

18700

*UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO*

**FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**



**DEBER LEGAL VS DEBER MORAL
LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL DERECHO
ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO DE MÉXICO**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA:

DORA MARÍA SIERRA MADERO

DIRECTOR DE TESIS:

DR. JOSÉ LUIS SOBERANES FERNANDEZ

COMITE TUTORIAL:

DR. JUAN DE DIOS GONZÁLEZ IBARRA

DR. MARIO ÁLVAREZ LEDESMA

DR. NOÉ RIANDE

MÉXICO, D.F.

2000



Universidad Nacional
Autónoma de México

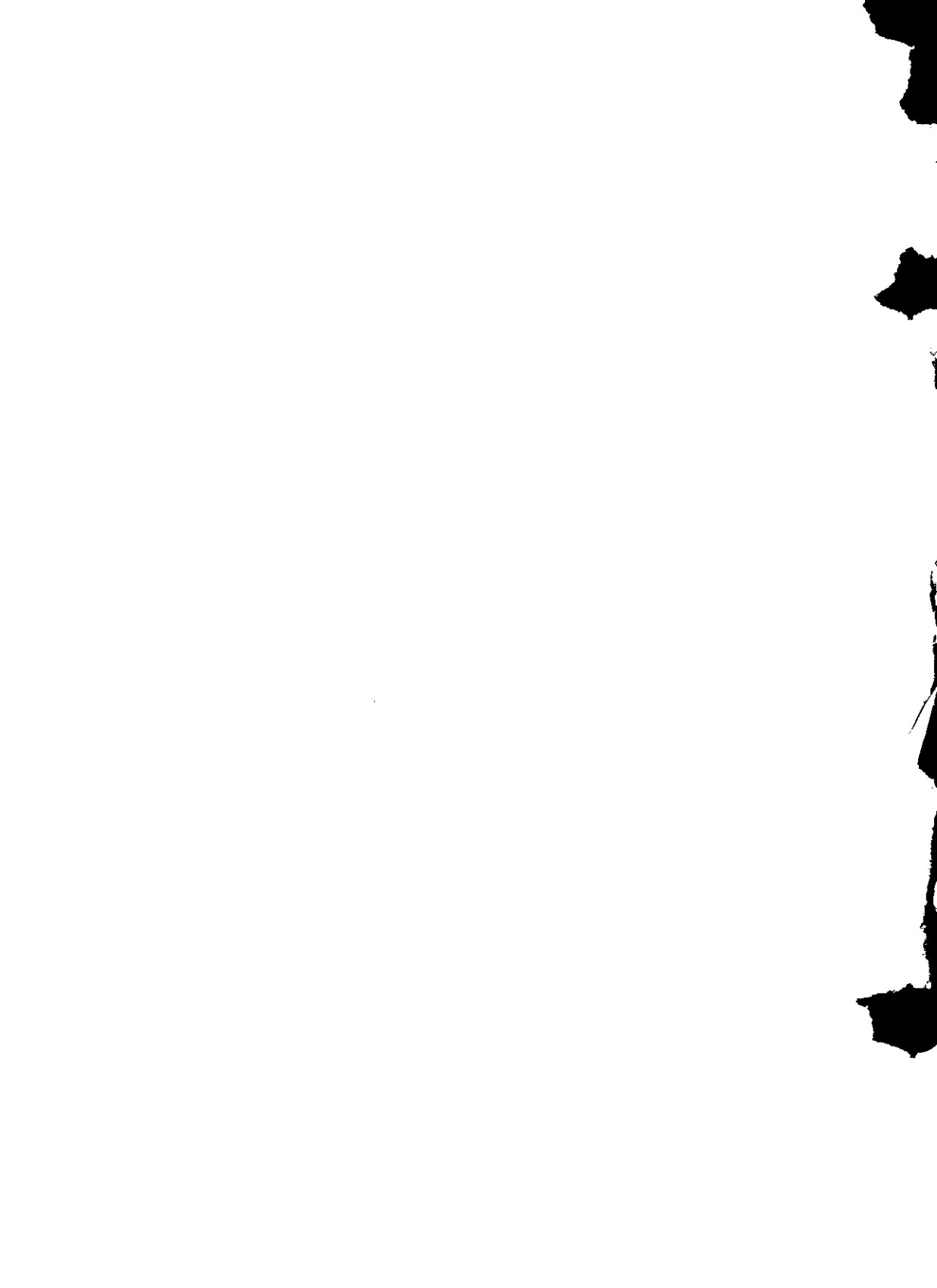


UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



A Dios. a quien todo le debo

Agradecimientos:

A mi padre, Lic. Maclovio Sierra de la Garza, un gran abogado, con admiración y agradecimiento

A mi madre, Alejandra Madero González, una gran mujer, de quien tanto he aprendido

A mi hermano Maclovio, también un brillante abogado, que se nos adelanto al cielo muy joven aún

A Cecilia mi hermana, que también nos acompaña desde el cielo

A mis hermanos Juan, Jorge y Gabriel, a mis cuñados Teresa, Nancy, Tere y Adriana y a todos mis sobrinos, con todo cariño

Al resto de nuestra numerosa familia con mucho afecto y gratitud

Al Dr. José Luis Soberanes Fernández, por su invaluable ayuda

A la Universidad Panamericana, mi *alma mater*, a su Facultad de Derecho, a sus directivos y profesores por impulsarme a realizar el doctorado en derecho

A la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, a mis profesores y compañeros, por todas sus enseñanzas

A la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, especialmente a los profesores del Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado, por su hospitalidad y desinteresada ayuda en la realización de este trabajo

A mis alumnos, por todo lo que me han enseñado y por ser un fuerte estímulo para continuar estudiando

A Rosalía Canales de la Parra, Edith Diez Domínguez, Paola Pallares y Mary Pou por el apoyo técnico en la realización de la investigación

Y a tantas personas más que sería imposible mencionar nominalmente, a los que les agradezco su inapreciable colaboración

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
1. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA DESDE UNA PERSPECTIVA IUSFILOSÓFICA.	
1.1 Diversos enfoques.....	7
1.2 Relaciones moral y derecho. Distintas teorías.....	8
1.2.1 Tesis de la vinculación.....	9
1.2.2 Tesis de la separación.....	18
1.3 La cuestión de fondo: iusnaturalismo vs iuspositivismo.....	26
1.4 Consideraciones críticas.....	31
2. ANÁLISIS DOCTRINAL DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA	
2.1 La noción jurídica de objeción de conciencia.....	37
2.1.1 Origen y evolución de la noción de objeción de conciencia.....	39
2.1.1.1 Primera etapa. La objeción de conciencia como desobediencia a la autoridad por el imperativo de obedecer a una ley superior-moral o divina antes que a la ley humana.....	43

2.1.1.2 Segunda etapa. La objeción de conciencia como derivación de la libertad de conciencia.....	49
2.1.1.3 Tercera etapa. El reconocimiento jurídico de la objeción de conciencia.....	52
2.1.2 Diversas definiciones de objeción de conciencia.....	53
2.1.3 Nuestro concepto de objeción de conciencia desde el punto de vista jurídico.....	57
2.2 Elementos esenciales.....	58
2.3 Naturaleza jurídica de la objeción de conciencia.....	64
2.4 Tipos de objeción de conciencia.....	71
2.5 Distinción de figuras afines.....	73
2.6 Conclusiones de este capítulo.....	86

3. EL ENFOQUE DEL DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO

3.1 Introducción.....	90
3.2. Origen y evolución del término derecho eclesiástico del Estado.....	93
3.3 Origen del derecho eclesiástico del Estado como disciplina jurídica autónoma.....	99
3.4 La disciplina de derecho eclesiástico del Estado desde el punto de vista académico.....	102
3.5 Problemas actuales que enfrenta el derecho eclesiástico del Estado como disciplina jurídica.....	103

3.5.1	Denominación y objeto de estudio.....	103
3.5.2	Contenido del derecho eclesiástico del Estado.....	108
3.5.3	Las fuentes del derecho eclesiástico del Estado.....	109
3.5.4	Hacia una definición del derecho eclesiástico del Estado.....	111
3.6	El derecho eclesiástico del Estado mexicano.....	112
3.6.1	El principio de libertad religiosa.....	119
3.6.2	El principio de separación entre la Iglesia y el Estado.....	121
3.6.3	El principio de laicidad.....	123
3.6.4	El principio de igualdad y la Iglesia católica.....	124
3.7	Conclusiones de este capítulo.....	126

4. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y LAS LIBERTADES RELIGIOSA, DE PENSAMIENTO Y DE CONCIENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

4.1	Las libertades de pensamiento, conciencia y religión desde el punto de vista doctrinal.....	133
4.1.1	Confusión terminológica y relación entre las libertades de pensamiento, conciencia y religión.....	133
4.1.2	Fundamento común de las libertades de pensamiento, conciencia y religión.....	137
4.1.3	Bienes jurídicos comunes tutelados por las libertades de pensamiento, conciencia y religión.....	139

4.1.3.1	La libertad humana.....	139
4.1.3.2	El ámbito de racionalidad y de conciencia.....	146
4.1.4	Bien jurídico particular tutelado por cada una de las libertades de pensamiento, conciencia y religión.....	149
4.2	La libertad de pensamiento, conciencia y religión, en el derecho internacional.....	153
4.2.1	Principales textos de carácter internacional en materia de derechos de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.....	154
4.2.1.1	Sistema europeo.....	154
4.2.1.2	Sistema interamericano.....	155
4.2.1.3	Sistema de Naciones Unidas.....	157
4.2.2	La interpretación jurisprudencial de los textos internacionales de derechos humanos.....	160
4.3	La libertad de pensamiento, conciencia y religión en la jurisprudencia de los órganos del Consejo de Europa.....	164
4.3.1	Contenido del derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y religión.....	165
4.3.1.1	Bien jurídico protegido por el art. 9 del CEDH.....	165
4.3.1.2	Fuero interno y externo.....	168
A)	Fuero interno. Libertad de conciencia.....	168
B)	El fuero externo. Libertad de pensamiento y de religión.....	171

B.1 Concepto de religión y de pensamiento o convicciones y concepto de “manifestación”.....	171
B.2 Medios admitidos para manifestar la religión creencia.....	177
B.2.1 Celebración del culto y la observancia (de los ritos).....	178
B.2.2 La enseñanza y el derecho de los padres a la educación de sus hijos según las propias convicciones.....	180
a) La noción y el alcance del derecho a la enseñanza o instrucción en sí mismo considerado.....	182
b) Titularidad del derecho atribuido a los padres.....	183
c) Marco de protección ofrecidos por el artículo 2 del primer protocolo del CEDH.....	184
d) Obligaciones concretas del Estado....	187
B.2.3 La práctica de la religión o las creencias.....	190
B.3 Modos admitidos de manifestar la propia religión o creencia.....	193
B.3.1 Manifestación individual o colectiva de la religión.....	193

B.3.2 Manifestación de la religión en público y en privado.....	194
B.3.3 Obligaciones del sujeto pasivo.....	195
4.3.2 Sujetos de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.....	196
4.3.2.1 Activo.....	196
4.3.2.2 Pasivo.....	199
4.3.3 Los límites de la libertad religiosa.....	200
4.3.4 La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y el principio de igualdad.....	210
4.4 Conclusiones de este Capítulo.....	215

5. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

5.1 Sistema europeo.....	221
5.1.1 Resoluciones de carácter general.....	225
5.1.1.1 Resolución 337 (1967) de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa sobre el derecho de objeción de conciencia.....	225
5.1.1.2 Recomendación 478 (1967) de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa relativa al derecho de objeción de conciencia.....	228

5.1.1.3 Recomendación 683 (1972) de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa sobre las acciones que deberán tomarse respecto de las conclusiones de la Conferencia Parlamentaria de Derechos Humanos celebrada en Viena del 18 al 20 de octubre de 1972.....	228
5.1.1.4 Recomendación 816 (1977) de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa sobre el derecho de objeción de conciencia al servicio militar.....	229
5.1.1.5 Resolución del Parlamento europeo sobre el derecho de objeción de conciencia al servicio militar del 7 de febrero de 1983.....	230
5.1.1.6 Recomendación R(87) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre objeción de conciencia.....	232
5.1.1.7 Resolución del Parlamento europeo sobre el derecho de objeción de conciencia al servicio militar del 13 de octubre de 1989.....	232
5.1.1.8 Resolución del Parlamento europeo del 11 de marzo de 1993.....	233
5.1.1.9 Resolución del Parlamento europeo del 19 de enero de 1994.....	234
5.1.2 Jurisprudencia europea.....	235
5.2 Sistema de Naciones Unidas.....	237

5.2.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).....	238
5.2.2 Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas.....	239
5.2.2.1 Resolución 1987/46 de la Comisión de Derechos Humanos.....	240
5.2.2.2 Resolución 1989/59 de la Comisión de Derechos Humanos.....	241
5.3 Sistema interamericano.....	242
5.3.1 Resoluciones generales. Convención Americana de Derechos Humanos.....	242
5.3.2 Jurisprudencia.....	243
5.4 Conclusiones de este capítulo.....	245

6. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO DE DIVERSOS PAÍSES

6.1 La objeción de conciencia en el sistema jurídico español.....	252
6.1.1 Antecedentes histórico-jurídico de la objeción de la conciencia al servicio militar en España.....	253
6.1.2 El tratamiento jurídico de la objeción de conciencia en el derecho español.....	272

6.1.2.1	La protección jurídica, definición y contenido esencial de la libertad de conciencia en el derecho español.....	273
6.1.2.2	Criterios constitucionales y legales que permitan resolver los conflictos entre conciencia y ley en el derecho español.....	274
6.1.2.3	El criterio de la intensidad de protección jurídica dado al deber objetado.....	282
6.1.2.4	El concepto legal de conciencia. La ausencia de una definición legal.....	284
6.1.2.5	La constatación jurídica de la conciencia.....	285
6.1.3	El tratamiento jurídico, por parte del derecho español, a los supuestos más conocidos de objeción de conciencia ajenos a la materia militar.....	286
6.2	Los conflictos entre conciencia y ley en el derecho holandés.....	291
6.2.1	La libertad de conciencia en el derecho holandés.....	291
6.2.2	Supuestos de objeción de conciencia legalizados en el derecho holandés.....	296
6.2.3	Principios rectores para la legalización de la objeción de conciencia en el derecho holandés.....	298
6.2.3.1	Directrices para el poder legislativo.....	298
6.2.3.1.1	En general.....	298
6.2.3.1.2	En materia penal.....	300

6.2.3.1.3	La apelación a la conciencia en la ley laboral holandesa.....	302
6.2.3.2	Directrices del poder judicial.....	303
6.2.4	El concepto legal de la conciencia.....	304
6.3	La objeción de conciencia en el derecho italiano.....	305
6.3.1	Protección jurídica de la libertad de conciencia en el derecho italiano.....	305
6.3.1.1	Consagración constitucional.....	305
6.3.1.2	Consagración legal.....	307
6.3.2	Tratamiento jurídico de la objeción de conciencia.....	307
6.3.3	La objeción de conciencia al servicio militar.....	308
6.4	Los conflictos entre conciencia y ley en el derecho francés.....	309
6.4.1	Protección jurídica de la libertad de conciencia.....	309
6.4.2	Los conflictos entre conciencia y ley.....	309
6.5	Los conflictos entre conciencia y ley en el derecho estadounidense.....	311
6.5.1	Consideraciones preliminares en torno al sistema jurídico estadounidense.....	311
6.5.2	Evolución de la jurisprudencia estadounidense respecto al otorgamiento de excepciones religiosas.....	314
6.5.3	Caracterización de la objeción de conciencia en el derecho estadounidense.....	327

6.5.4 Tratamiento de las objeciones de conciencia en el derecho estadounidense.....	331
6.5.5 Comentario crítico.....	332
6.6 Conclusiones de este capítulo.....	335

7. LAS LIBERTADES RELIGIOSA, DE PENSAMIENTO Y DE CONCIENCIA EN EL DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO MEXICANO

7.1 Introducción.....	339
7.2 Breve referencia histórica.....	339
7.2.1 Conquista (1521).....	343
7.2.2 Época colonial (1521- 1810).....	345
7.2.3 Independencia y nacimiento del Estado Mexicano (1824).....	349
7.2.4. Reforma liberal y Constitución del 1857. Separación de la Iglesia y del Estado.....	354
7.2.5 Porfiriato (1876- 1911).....	358
7.2.6 Revolución de 1910 y Constitución de 1917.....	358
7.2.7 Guerra cristera (1926- 1929).....	359
7.3 La protección jurídica de la libertad de conciencia en el derecho mexicano.....	362
7.4 Conclusiones de este capítulo.....	376

8. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO MEXICANO. EL CASO DE LOS TESTIGOS DE JEHOVÁ Y EL CULTO A LOS SÍMBOLOS PATRIOS.

8.1	Descripción del caso.....	380
8.2	Resoluciones de las autoridades en el caso de expulsiones de escuelas públicas de menores testigos de Jehová.....	383
	8.2.1 Los tribunales de amparo.....	383
	8.2.2 Las comisiones de derechos humanos	392
	8.2.3 Las autoridades educativas.....	400
8.3	El caso de los maestros de escuelas públicas que son testigos de Jehová.....	404
	8.3.1 Resoluciones de las comisiones de derechos humanos.....	404
	8.3.2 Los tribunales de amparo.....	406
8.4	Conclusiones de este capítulo.....	406
	Conclusiones.....	411
	Bibliografía	

INTRODUCCIÓN

La objeción de conciencia, o la negativa a acatar una determinada disposición legal por razones morales, es un fenómeno que a pesar de ser muy antiguo, es hasta tiempos recientes cuando ha cobrado especial atención por parte de los estudiosos del Derecho y la Ciencia Política.

Su importancia se ha venido acentuando tanto por la pluralidad ideológica y religiosa que caracteriza a nuestra sociedad contemporánea como por la creciente actividad reguladora del Estado que pretende ordenar las complejas relaciones sociales que el mundo moderno ha generado.

Nos proponemos estudiar este fenómeno y su tratamiento jurídico tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho de diversos países. Hemos elegido de modo particular la perspectiva del derecho eclesiástico del Estado, por ser ésta la disciplina jurídica que tiene por objeto de estudio el tratamiento jurídico del fenómeno religioso en su relevancia civil, como fenómeno social que interesa al Estado.

Entendiendo al fenómeno religioso en un sentido amplio, es decir abarcando no solo las creencias religiosas, sino las convicciones filosóficas y morales más profundas de las personas, aún de los no creyentes, protegidas por las libertades religiosa, de pensamiento y de conciencia. Y entendiendo el término "eclesiástico" no solo referido a la Iglesia católica, sino a todas las

agrupaciones religiosas que en ejercicio del derecho de asociación, manifiestan y expresan la dimensión colectiva del derecho de libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia.

En consecuencia, no es nuestro propósito hacer un análisis filosófico del problema de la objeción de conciencia. Nos proponemos en cambio examinar el tratamiento jurídico de este problema en México y en otros países, y determinar si el tratamiento jurídico mexicano se ajusta a los términos del derecho internacional de los derechos humanos expresado tanto en los convenios internacionales como en su interpretación jurisprudencial.

En cuanto al plan de trabajo, para comprender mejor la problemática que plantea la objeción de conciencia vamos a exponer en primer término una visión panorámica de las distintas teorías iusfilosóficas sobre las relaciones moral y derecho, no para abundar en ellas sino tan solo como marco de referencia y con objeto de delimitar claramente nuestro enfoque. Acto seguido analizaremos la figura de la objeción de conciencia desde el punto de vista doctrinal.

En virtud de que nuestro enfoque es el del derecho eclesiástico del Estado nos referiremos en el tercer capítulo a esta disciplina como disciplina autónoma y analizaremos su objeto de estudio, sus principios informadores y su metodología.

En el cuarto capítulo analizaremos la protección internacional de la libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia, en virtud de que constituye

en la actualidad el principio total informador de la disciplina del derecho eclesiástico del Estado.

A continuación investigaremos si la objeción de conciencia se encuentra protegida por el derecho internacional de los derechos humanos.

En el capítulo sexto expondremos el tratamiento jurídico de la objeción de conciencia en diversos países tanto de tradición jurídica romano canónica como de tradición anglosajona.

Finalmente en los dos últimos capítulos revisaremos la protección jurídica brindada a las libertades religiosa, de pensamiento y de conciencia en el derecho eclesiástico mexicano así como el tratamiento jurídico de la objeción de conciencia .

Nos referiremos de modo particular al caso de los Testigos de Jehová y los símbolos patrios por ser uno de los pocos casos actuales en México sobre los cuales encontramos resoluciones tanto de los tribunales de amparo como de las comisiones de derechos humanos y autoridades administrativas. De este modo podremos apreciar en un caso práctico la forma en que se enfrentan y se resuelven estos conflictos en el derecho mexicano y si este tratamiento es acorde con los lineamientos y parámetros del derecho internacional de los derechos humanos.

Las fuentes de nuestra investigación están formadas, además de por algunas fuentes doctrinales y legislativas, por una importante selección de resoluciones provenientes de instancias jurisdiccionales de carácter

internacional y nacional en materia de derechos humanos. Consideramos sumamente valioso este material porque nos permite acercarnos a los problemas concretos de objeción de conciencia y dilucidar los criterios concretos con los que se resuelven estos conflictos.

Nuestra metodología es el análisis dogmático— jurídico de las fuentes consultadas, y el método histórico— comparativo para algunos apartados de la investigación.

Finalmente pretendemos mostrar las ventajas que representa la regulación de la objeción de conciencia como un mecanismo muy útil para resolver los conflictos entre ley y conciencia de modo pacífico y sin alterar el orden público ni afectar los bienes jurídicos fundamentales protegidos por el derecho.

CAPÍTULO PRIMERO

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DESDE UNA PERSPECTIVA IUSFILOSÓFICA

1.1. Diversos enfoques

1.2. Relaciones moral y derecho. Distintas teorías

1.2.1. Tesis de la vinculación

1.2.2. Tesis de la separación

1.3. La cuestión de fondo: iusnaturalismo vs iuspositivismo

1.4. Consideraciones críticas

El tema de la objeción de conciencia se encuadra dentro de un tema clásico de la filosofía del derecho como es la relación entre moral y derecho, y más en particular, el de la obligatoriedad moral de obedecer al derecho.

Es un tema sumamente complejo, y sobre el cual existen muy diversas teorías.

Como hemos señalado en nuestra introducción, no es el propósito de la presente investigación el análisis iusfilosófico de la objeción de conciencia, sino analizar el tratamiento jurídico que se da en el derecho internacional y en el derecho de diversos países a los conflictos entre ley y conciencia.

Concretamente nuestro tema se analizará desde la perspectiva de tres disciplinas jurídicas: del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho comparado y del derecho eclesiástico del estado.

Sin embargo, nos parece que no es permitido soslayar un breve análisis iusfilosófico de los conflictos entre ley y conciencia que sirva para encuadrar el tema y delimitar el objeto de estudio y la perspectiva elegida para esta investigación.

Además de que, como quedará demostrado más adelante, consideramos que la objeción de conciencia constituye precisamente un mecanismo muy apropiado para resolver el problema que surge en la práctica por la diversidad de concepciones iusfilosóficas sobre el derecho mismo y las relaciones entre la moral y el derecho.

1.1. Diversos enfoques.

El tema de la objeción de conciencia podría analizarse desde muy diversos ángulos dentro de la filosofía del derecho.

Consideramos, sin embargo, que existen dos puntos de vista fundamentales:

a) uno que podríamos calificar de general u objetivo, el cual plantea la cuestión de la no obligatoriedad de las leyes injustas.

b) otro de carácter particular o subjetivo, desde el cual podrían hacerse los siguientes cuestionamientos:

¿Merecen consideración alguna los motivos de conciencia para determinar un eximente de responsabilidad, o una excepción a la obligación de cumplir con una disposición legal, independientemente de que tal disposición sea o no considerada injusta de acuerdo con una moral crítica?

Es decir, ¿la autoridad política debe respetar las convicciones personales de conciencia de los gobernados?

En caso afirmativo, ¿es absoluta esta obligación de la autoridad política o este derecho del gobernado?

En caso de no ser absoluta, ¿cuáles son los límites?

La cuestión fundamental que se plantea es si es exigible jurídicamente el cumplimiento de un deber legal cuando haya una objeción de conciencia para cumplirlo. Nótese que no digo en cuanto la ley sea injusta objetivamente

hablando, sino cuando para el que deba obedecerla suponga un escollo en su conciencia, es decir, que conforme a su particular código ético sea injusta.

O en otros términos, si es obligatorio jurídicamente cumplir una determinada disposición legal cuando contradiga las convicciones de conciencia de determinada persona.

Esto nos remite a la cuestión de la obligatoriedad moral del derecho. Es decir, si el derecho obliga en conciencia a obedecerlo.

La respuesta que sé de a los cuestionamientos anteriores depende de la concepción que se tenga sobre el derecho y la moral y su relación, así como del hombre y del mundo en general.

Por tal razón nos ocuparemos en el presente capítulo de exponer un breve panorama de las distintas concepciones iusfilosóficas que sirva para ilustrar los problemas que suelen plantearse sobre estos temas y las distintas respuestas que se ofrecen.

1.2. Relaciones moral y derecho. Distintas teorías.

En el panorama iusfilosófico encontramos diversas teorías que intentan responder a las cuestiones anteriores. En términos generales encontramos dos grandes corrientes:

1°. Una que sostiene que la moral y el derecho son cosas diferentes e independientes, a la que se conoce como la tesis de la separación.

2º. Otra que sostiene que la moral y el derecho, aunque son realidades distintas, están vinculadas entre sí y existe alguna relación entre ellas.

Para ilustrar la variedad de planteamientos y cuestiones que suelen formularse en esta materia resulta muy interesante la obra del profesor Rodolfo Vázquez que contiene una compilación de textos de los autores más representativos en castellano o traducidos al castellano, en cada una de las dos corrientes.¹

Veamos brevemente lo que nos dice cada uno de ellos.

1.2.1. Tesis de la vinculación

El profesor alemán Robert Alexy sostiene la tesis de que hay una relación conceptual necesaria entre moral y derecho.

“Mi tesis —nos dice el autor— es que hay una relación conceptual necesaria entre el derecho y la moral que supone que el positivismo jurídico falla como teoría general”²

Para este autor el derecho no puede definirse sin algún elemento de la moral, y por eso critica las teorías iuspositivistas que niegan esto.

“Todas las teorías positivistas argumentan a favor de la tesis de la

1cfr. Vázquez, Rodolfo (comp.), Derecho y Moral. ensayos sobre un debate contemporáneo. Barcelona, España, Editorial Gedisa, 1998

2 Alexy, Robert, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, en Vázquez Rodolfo, *op. cit.* pág. 115

separación. Esta dice que el concepto de derecho ha de definirse de manera que no incluya en absoluto algún elemento de la moral. Consecuentemente para una teoría positivista sólo quedan dos elementos definitorios: el elemento de la decisión de la autoridad y el elemento de la efectividad social.. La gran cantidad de modificaciones al positivismo jurídico resultan de las diferentes interpretaciones y evaluaciones de estos dos elementos de la definición.”³

Alexy sostiene que para considerar como jurídica a una norma y por lo tanto con toda su fuerza obligatoria, ha de atenderse tanto a su validez formal, como a su efectividad y a su calificación moral. Si una norma careciera de alguno de estos tres elementos no podría ser considerada como derecho para todos los efectos a que haya lugar en cuanto a su fuerza obligatoria.

Al respecto nos dice “En contraste con esto, todas las teorías no positivistas argumentan a favor de la tesis de la vinculación. La tesis de la vinculación tiene por objeto definir el concepto de derecho de manera que incluya elementos de la moral. Sin embargo, ningún no positivista serio excluye del concepto de derecho los elementos de la decisión de la autoridad y de la efectividad social. La diferencias entre éstos y los positivistas se establece más bien por su tesis de que el derecho ha de definirse de una manera que, además de estos rasgos que se refieren a los hechos, incluya también elementos de la moral.”⁴

³ *Ibidem*, p. 115 y 116

⁴ *Ibidem*, p. 116

Por su parte Ernesto Garzón Valdés sostiene que existe una vinculación conceptual necesaria entre moral y derecho apoyándose básicamente en el argumento del punto de vista interno, en términos *hartianos*, es decir, el punto de vista de las autoridades y funcionarios que deben aplicar las normas jurídicas.⁵

Para ello trata de demostrar la falsedad de los dos argumentos principales en los que — en su opinión— se apoyan los iuspositivistas para negar la vinculación conceptual necesaria entre moral y derecho: uno de tipo conceptual que dice que el término derecho se vuelve muy estrecho si solo se emplea para los sistemas jurídicos justos, y no habría un término para designar a los sistemas jurídicos injustos.

Contra este argumento sostiene que “Quienes adoptan el punto de vista interno, solo pueden explicar la validez última de las normas recurriendo a argumentos morales, que para ellos se identifican con argumentos éticos. Dicho en términos de teoría política: para ellos legitimación coincide con legitimidad, entendiendo esta última como coincidencia de las normas del sistema con los principios de la ética.”⁶

Aunque reconoce que no en todos los casos es así porque no todas las autoridades y funcionarios se adhieren al sistema por razones morales, pero sostiene que para rebatir este argumento sería necesario que ninguna autoridad

⁵Hart, H.L.A., 158 “Legal and Moral Obligation”, en A.L. Melden (comp.) *Essays in Moral Philosophy*, Seattle
⁶*cf.* Garzon Valdes, Ernesto, “Algo más sobre la relación moral y derecho”, en Rodolfo Vázquez, *op. cit.*, p. 149

se adhiriera al sistema por razones morales.

Otro que se remite a las consecuencias, afirmando que el iusnaturalismo impide un punto de vista crítico frente a los sistemas establecidos.

Este argumento lo rebate sosteniendo que “no cuesta encontrar contraejemplos históricos que permiten poner en duda la corrección de la tesis según la cual habría una relación causal entre iusnaturalismo o iuspositivismo y el comportamiento ciudadano. En la larga lista de cómplices de las dictaduras se encuentran tanto iusnaturalistas como iuspositivistas”⁷

Pero Garzón se contradice cuando al principio de su artículo sostiene que “La referencia a ordenamientos jurídicos existentes significa que habré de tomar en cuenta el derecho tal como es y no como debería ser. Es decir, adoptaré una posición iuspositivista por lo que respecta a la teoría general del derecho y al modo de entender la ciencia del derecho. Sostendré en cambio que el positivismo jurídico no puede dar cuenta del funcionamiento real de los ordenamientos jurídicos positivos si rechaza no solo la vinculación necesaria entre existencia del derecho positivo y moral en el sentido de mores sino también entre el derecho y la ética.”⁸

Nos parece que este párrafo contradice su postura de la vinculación conceptual entre derecho y moral, ya que para efectos de este artículo considera al derecho sin relación con algún elemento moral, y luego sostiene que el

⁷ *Ibidem*, p. 156

⁸ *Ibidem*, p. 139

derecho tiene una relación conceptual con la moral, de tal manera que solo considera que es derecho y por lo tanto obligatorio, al derecho moralmente justo.

Garzón rebate también el argumento *kelseniano* que sostiene que no es posible establecer una vinculación conceptual necesaria entre moral y derecho porque no existen criterios objetivos de moralidad. Contra este argumento Garzón sostiene el objetivismo moral y dice que cabría una moral objetiva “Cabría la posibilidad de un objetivismo ético que aceptara como punto de partida el deber de satisfacer las necesidades básicas y derivadas de las personas dentro del marco de la mayor libertad posible”. Otra posibilidad que señala es la de las declaraciones de derechos humanos como expresiones de la moral objetiva.⁹

Neil MacCormick Se pregunta si deben utilizarse las leyes para la consecución de valores morales y más en concreto, qué principios morales deberían observarse en el ejercicio del poder del Estado.

Se pregunta en concreto si las leyes tienen o no un fundamento moral. Ello es determinante en particular para la elaboración de la legislación penal. “En muchos países, en las últimas décadas, su validez ha sido un tema muy discutido en los debates sobre la reforma de la ley. Las leyes contra la sodomía, contra el aborto, contra las publicaciones obscenas y contra la fornicación y el adulterio han sido criticadas por implantar valores morales, fuesen o no valores

de la mayoría.”¹⁰

A favor de la ausencia de un fundamento moral en las leyes cita el argumento de Stuart Mill de que la moral requiere la libre elección y por lo tanto no debe ser constreñida mediante una ley, y que solo por razones de daño puede limitarse válidamente la libertad de los demás. “La base fundamental del argumento sobre lo que estoy denominando ausencia de fundamento moral es materialmente la misma que la utilizada en relación con la ausencia de fundamento religioso o no implantación de la religión.”¹¹

Dice que tanto la moral como la religión constituyen un ámbito fuera de la jurisdicción del Estado, una cuestión estrictamente personal.

La teoría del daño, según la cual solo se justifica la limitación a la libertad por parte de las leyes penales para evitar daños a terceros, se justifica igualmente porque los daños constriñen la libertad de elección de los demás. Por ello en última instancia el argumento en contra del fundamento moral se reduce al liberalismo.

En contra de estos argumentos MacCormick dice que “construir una concepción sobre los intereses humanos en tanto que personas morales que requieren protección significa (sea o no sea una cuestión controvertida) elaborar el contenido de un valor fundamental. ...Además, cuando recurrimos a

9 *Ibidem* p. 157

10 MacCormick Neil, “En contra de la ausencia de fundamento moral” en Rodolfo Vázquez, *op. cit.*, p. 163

11 *Ibidem*, p. 165

la consideración del interés público o del bien común ...demostramos de nuevo que la cuestión de cuales son los intereses que hay que proteger contra violaciones lesivas es una cuestión moral controvertida”¹²

Este argumento puede reforzarse viendo la relación entre la ley penal y las demás ramas del derecho y así observamos como el hablar de robo nos remite al concepto de propiedad, y hablar de fraude fiscal al de tributación, ambos con una fuerte connotación moral.

“Concluyo no solo que el principio del daño es un principio que conlleva la implantación de ciertas exigencias morales siendo, por tanto, incompatible con el principio de ausencia de fundamento moral, sino también que existe una razón independiente y precisa para rechazar el principio de ausencia de fundamento moral. De acuerdo con el argumento de la solidaridad social a la ley penal le concierne y en cierto grado debería concernirle, la implantación de valores morales.”¹³

Concluye también invocando un principio de fundamentación moral limitada inequívocamente moral por lo dicho al referimos al daño y absolutamente limitada por la necesidad de respetar la autonomía moral de las personas. Esa limitación se determina por el concepto de deberes de justicia que son los únicos que deben estar protegidos por la ley positiva. “...de las exigencias de moralidad, las únicas que independientemente de las relaciones

12 *Ibidem* p. 171

13 *Ibidem*, p. 177

paternales o cuasi paternales es permisible imponer, son las exigencias de respeto a las personas que conciernen a otros.”¹⁴

“Incluso en esta esfera podemos exigirles que los ejerzan teniendo en cuenta el riesgo inevitable de que algunas personas serán coaccionadas a actuar en contra de su conciencia y que otras estarán expuestas al castigo por acciones que realizaron conscientemente de acuerdo con lo que honestamente consideraban que eran exigencias de respeto a los demás (ej. aborto, eutanasia, etc.)¹⁵

“ Por consiguiente, prescribo un límite doble al ejercicio correcto del poder del Estado, en el contexto de un principio de fundamentación moral limitada: los poderes del Estado pueden y deben ejercerse para implantar exigencias morales, pero únicamente esas que son deberes de respeto a las personas que conciernen a los demás, y solo lo mínimamente necesario para asegurar para todos las condiciones de respeto propio en tanto que seres autónomos.”¹⁶

Javier Muguerza pretende convencernos de que el meollo del conflicto entre ley y conciencia se expresa en la metáfora con la que titula su artículo.¹⁷

Respecto al tribunal de la conciencia se adhiere al pensamiento *kantiano* que sostiene la autonomía de la conciencia moral y por lo tanto la responsabilidad moral de los actos humanos ante sí mismo y su mérito o

¹⁴ *Ibidem*, p. 179

¹⁵ *Idem*

¹⁶ *Idem*

¹⁷ Muguerza, Javier, “El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal”, en Rodolfo Vázquez, *op. cit.* p. 207

demérito. Habla de una autonomía absoluta en la cual el sujeto es a la vez juez, acusado y legislador. Señala que la conciencia es una facultad inherente al ser humano y no algo arbitrariamente creado.¹⁸

Ante la antinomia *kantiana* respecto a la libertad y la causalidad recurre como Kant a la distinción entre fenómeno y *nóumeno* y entre mundo del ser y del deber ser, de esta forma establece la causalidad ante los actos del mundo de los fenómenos o del ser y la libertad en el mundo del *noumeno* o del deber ser.

Respecto a la conciencia del tribunal argumenta a favor de la primacía de la conciencia moral del juez, como un recurso para humanizar al derecho. Habla de la responsabilidad del juez de seguir su conciencia en la resolución de los casos trágicos.¹⁹

La argumentación jurídica en ocasiones no es suficiente para no violentar el sentido de la ley.

“A título de conclusión, lo único que se me ocurriría decir a mí es que la conciencia, la conciencia moral, del juez no es algo que éste pueda colgar en el perchero, como hace con el abrigo, al vestirse la toga y pasar a la sala donde aplica la ley”.²⁰

Apoyándose en Duncan Kennedy argumenta a favor de la primacía de la conciencia a partir del análisis de los casos trágicos, en el cual trata de

18 aunque su funcionamiento si es arbitrario, es decir voluntarista.

19 aquellos en los que no existe ninguna solución posible más que infringir la ley, para que el juez no necesite violentar su conciencia

20 *Ibidem*, p. 206

demostrar que cualquiera que sea la decisión que tome un juez en un caso trágico debe ser una decisión existencial. Esto es, una decisión que le habrá de comprometer como persona, como sujeto moral y no tan sólo como juez.”²¹

“...me gustaría haber podido convencer a mis lectores de que el tema de la conciencia del tribunal era tan importante por lo menos como el del tribunal de la conciencia. Y me gustaría haberles podido convencer porque de lo que sí estoy convencido es de que la inhumanidad del derecho sería más indeseable que la ausencia de todo derecho...”²²

1.2.2. Tesis de la separación

Eugenio Bulygin se plantea la cuestión de la conexión conceptual entre moral y derecho, y critica la siguiente tesis de Garzón Valdés: “ la tesis que he de sostener es más fuerte: entre derecho y moral existe una relación conceptual, es decir, el sistema jurídico no puede existir sin la pretensión de corrección moral de su regla de reconocimiento”²³

“Ninguna pretensión garantiza su corrección ética de la misma manera que ninguna creencia garantiza la verdad de lo creído”²⁴

²¹ *Idem*

²² *Ibidem*, p.208

²³ Bulygin, Eugenio, “¿ Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?” en Rodolfo Vázquez, *op. cit.* p. 222

²⁴ *Ibidem* p. 223

Concluye que el argumento de Garzón no es suficiente para apoyar su pretensión de una vinculación necesaria entre derecho y moral ideal o ética.²⁵

Norbert Hoerster se plantea la siguiente pregunta ¿existen principios objetivos de un comportamiento social justo racionalmente fundamentables?

Responde en sentido negativo basándose en la imposibilidad de demostrar racionalmente la existencia de principios morales objetivos que existen independientemente del sujeto cognoscente y que son accesibles al conocimiento.

“La suposición de normas y valores objetivos, independientes del sujeto valorante y accesibles a través de un acto de conocimiento, son difícilmente conciliables con una imagen científico-racional del mundo.”²⁶

“La manifiesta falta de un método universalmente aceptado para un (supuesto) conocimiento en este ámbito es sólo uno de los problemas que aquí se presenta. En cambio, la concepción de valores y normas como expresión exclusiva de valoraciones y normaciones humanas, es decir, en última instancia, de intereses humanos, puede prescindir de todo postulado metafísico e incorporarse sin fisuras a una teoría empírica de la persona y de la vida humana en sociedad”²⁷

Propone una ética fundamentada intersubjetivamente, es decir,

²⁵ *Idem*

²⁶ Hoerster, Norbert “Ética jurídica sin metafísica” en Rodolfo Vázquez, *op cit.* 231

fundamentada democráticamente, por la aceptación de la mayoría y apoyándose en el concepto de interés individual. “De acuerdo con la concepción aquí sostenida el derecho y la moral social están al servicio del mismo fin, es decir, la protección general de intereses individuales”²⁸

“Estoy convencido de que de manera totalmente análoga a la prohibición de matar puede fundamentarse intersubjetivamente toda una serie de requerimientos básicos de un orden jurídico en el sentido más amplio de la palabra.”²⁹

Francisco Laporta defiende la idoneidad del siguiente enunciado para efectos prácticos “Esto es derecho válido pero es inmoral” entendiendo por derecho a una norma jurídica, por validez, la pertenencia formal a un sistema de normas, y por moral a la moral crítica, asumida ésta proposición por un observador externo.

“Esta norma jurídica es formalmente válida pero es inmoral”

¿Porqué solo aborda esta cuestión?

“...la cuestión derecho-moral no es, como parece, una sola cuestión, sino una compleja trama de problemas lo suficientemente heterogéneos...”³⁰

“...el problema particular que creo merece ser subrayado una vez más es

27 *Idem*

28 *Ibidem* p. 244

29 *Ibidem* p. 242

30 Laporta, Francisco, “Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporte del iusnaturalista”, en Rodolfo Vázquez, *op. cit.* p. 249

un problema práctico: nos tropezamos con frecuencia con normas que han pasado todos los controles formales de pertenencia a un sistema jurídico y que son, además, aceptadas y aplicadas oficialmente como tales, pero que, sin embargo, violan flagrantemente exigencias morales o demandas de justicia ampliamente compartidas. Normas, por ejemplo, que vulneran claramente la Declaración Universal de Derechos Humanos. Tales normas son consideradas jurídicas pero son tachadas de injustas o inmorales, incluso por la misma persona. De hecho se organizan con frecuencia campañas destinadas a lograr su derogación y si tiene sentido tratar de derogar una norma es porque esa norma está de algún modo en vigor como jurídica.”³¹

Sostiene que no existe una conexión conceptual entre moral y derecho, y que por lo tanto el derecho puede identificarse por sí mismo, sin necesidad de recurrir a la moral para calificar su justicia y por lo tanto su juridicidad.

Crítica a los iusnaturalistas que sostienen una conexión conceptual entre moral y derecho. Para los iusnaturalistas que critica, solo es derecho y por lo tanto vinculante, el derecho justo

“Entiendo por iusnaturalista, precisamente, a alguien que afirma la existencia de esa conexión necesaria o conceptual y que, además, y simultáneamente, la une a la afirmación de que hay valores o pautas morales objetivos y cognoscibles, de tal forma que si el derecho no incorpora de algún

³¹ *Ibidem*, p 249

modo dichas pautas o valores no merece, en sentido estricto, la calificación de derecho, o lo que es lo mismo, a “eso” no le cuadra el concepto o el nombre de “derecho”³²

Lleva la argumentación iusnaturalista a un punto en el que el derecho se identifica por su contenido material conforme a criterios de justicia y como criterio complementario por criterios formales.

Esto es debido a que si sólo se identificara por su contenido material, entonces habría un gran número de normas jurídicas que no estén formalmente establecidas y por lo tanto no se les catalogue como jurídicas, esto es ilógico.

Denuncia la contradicción que esto supone puesto que los criterios formales provienen de normas jurídicas y en fin estas también deben identificarse, a menos que a las normas de competencia se les otorgue una validez moral y entonces se llega al peligro de reconocer como justas las normas porque la autoridad así lo sostiene terminando en un dogmatismo, que impide una crítica abierta a las normas jurídicas.

“En definitiva, si se asume que no es posible identificar el derecho o las normas jurídicas sin alguna noción de normas de competencia, y se pretende después que hay una conexión conceptual entre derecho y moral, la existencia del derecho y la existencia de una moralidad crítica empiezan a ser incompatibles.”³³

32 *Ibidem* p. 257

33 *Ibidem* p. 263

“Si la identificación del derecho válido se ha de llevar a cabo a través de la idea de “autoridad” y se colorea la naturaleza de esa autoridad con tintes inequívocamente morales, entonces dicha autoridad se presenta emitiendo decisiones y normas cuyo contenido queda excluido de toda argumentación moral...”³⁴

“Lo que, desde el siglo XVIII, los ilustrados trataron de defender es la posibilidad de actitudes críticas frente al poder político y la legislación vigente, y para hacer sitio a esa posibilidad fué para lo que advirtieron que el derecho podía ser inmoral y que decirlo con toda la claridad no constituía ninguna contradicción en los términos.”³⁵

Este autor sostiene que es derecho, sólo el derecho formalmente promulgado, sin atender a su contenido material para su identificación. Pero nada dice respecto a si es vinculante ese derecho válido formalmente pero injusto. Y este es el punto crucial, puesto que la razón por la que algunos iusnaturalistas establezcan la conexión conceptual entre derecho y moral es precisamente su vinculariedad u obligatoriedad. Si llevamos la discusión a sus últimas consecuencias, se llegaría a afirmar que todo derecho formalmente establecido es jurídicamente vinculante y por lo tanto exigible por la fuerza, aunque moralmente no sea obligatorio o más bien que sea moralmente obligatorio no cumplirlo, y esto nos conduce al indeseable callejón sin salida

³⁴ *Idem*

³⁵ *Ibidem* p. 250

de la arbitrariedad y el autoritarismo.

Ello no quiere decir que sea inmutable. Sino que en algunos casos la fuerza obligatoria se deriva de su validez formal, cuando es indiferente que sea de una u otra forma, es decir, cuando su fuerza obligatoria le viene de una convención humana. En otros casos su fuerza obligatoria no proviene de convención humana sino de principios ajenos a la voluntad humana como es la naturaleza de las cosas y que en definitiva hablan de un ser supremo creador y providente.

Ulises Schmill por su parte se propone hacernos algunas consideraciones sobre la posible operancia de la moral, como sistema de normas, en el orden jurídico.

Pretende el autor “ presentar una breve reconstrucción teórica de las características esenciales de la moral y el derecho, para distinguirlos como órdenes normativos diversos y, adicionalmente hacer algunas consideraciones que posibiliten la comprensión teórica de la manera en que las normas morales pueden desempeñar algunas funciones dentro del orden jurídico”³⁶

El autor toma el concepto de mandato como fundamento de todo lo que dirá en el estudio.

Concluye diciendo que “De todo lo que hemos dicho puede observarse fácilmente que los elementos del mandato mismo contienen la especificación de las conductas ordenadas y facultadas. No hay un solo elemento que se

36 Schmill, Ulises, “Derecho y moral: una relación externa”, en Rodolfo Vázquez, *op. cit.* p. 266

produzca causalmente sin la intervención de la conducta de un ser humano. Podríamos decir que estamos en un ámbito de absoluta positividad.”

Como buen positivista, concibe al derecho como un orden coactivo y dinámico y al Estado como un aparato coactivo, llegando a establecer una identidad entre Estado y derecho. “El Estado es el mismo derecho positivo. El instituto de poder o dominación, que es el Estado, es el mismo derecho positivo en su efectividad empírica.”³⁷

El autor pasa a analizar el sistema normativo de la moral en comparación con el del derecho para establecer una clara distinción entre ambos órdenes normativos, de acuerdo con la distinción *kantiana* de autonomía, unilateralidad, incoercibilidad e interioridad.

Concluye su análisis sosteniendo que el orden jurídico y el orden moral son distintos, con características estructurales diversas

“Sin embargo, es posible encontrar una relación externa entre los dos órdenes normativos, sin que esto implique la subordinación de uno al otro, que es el sentido inmanente de todas las doctrinas iusnaturalistas o la coordinación de ambos bajo un orden normativo superior.”³⁸

La moral cumple determinadas funciones en el derecho, una es determinar la interpretación del derecho y otra disminuir la incertidumbre que las diversas interpretaciones posibles acarrea. Otra función es la de influir en el órgano

³⁷ *Ibidem*, p. 277

³⁸ *Ibidem*, p. 286

aplicador de las normas jurídicas determinando en algunos casos, bajo su cuenta y riesgo, la no aplicación de determinada norma jurídica.

Sin embargo, todas estas funciones no explican la vinculación conceptual entre moral y derecho sino tan solo una relación externa que es lo que quiere demostrarnos el autor.

1. 3. La cuestión de fondo: iusnaturalismo vs iuspositivismo.

Esta cuestión como es de suponer es más profunda. Mario Álvarez Ledesma nos remite a la discusión iusnaturalismo y iuspositivismo para comprender el fondo del problema.³⁹

Al abordar el tema de las relaciones moral y derecho el profesor Álvarez Ledesma plantea cuatro cuestiones a las que intenta dar respuesta o al menos sugerir el camino para encontrar una respuesta. Señala al respecto que se propone "...hacer ver que el centro de gravedad sobre el que gira la relación derecho—moral está dado por la aspiración de hacer del derecho un instrumento verdaderamente útil para las mejores causas de la humanidad..."⁴⁰

La primera pregunta que se formula es ¿cuando y porqué surge la supuesta tensión entre el derecho positivo y el derecho natural?

Se remite a Norberto Bobbio para explicar que se entiende por iusnaturalismo aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural

³⁹ Álvarez Ledesma, Mario, *Introducción al derecho*, México, Mac Graw Hill, 1997

⁴⁰ *Ibidem*, p. 77

y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo. Por iuspositivismo se entiende aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho más que el derecho positivo.⁴¹

Desde un punto de vista histórico-político, nos dice que la tensión “tiene su origen en el cuestionamiento que con carácter ético o moral se hace de las normas injustas producidas por una autoridad que posee el recurso de la fuerza institucionalizada.”⁴²

La segunda pregunta que se formula Álvarez Ledesma es ¿qué está detrás de la tensión iuspositivismo-iusnaturalismo y en qué consiste esta tensión?

Para responder a esta pregunta se basa en las obras de Carlos S. Nino quien señala que el iusnaturalismo se apoya en dos tesis filosóficas y éstas son:

1º. Hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos, asequibles a la razón humana, cuya validez no depende del reconocimiento efectivo de ciertos órganos o individuos.

2º. Los sistemas o las normas jurídicas, aun creados e impuestos por el poder estatal no podrían ser calificados como derecho, si no satisfacen los principios aludidos en la primera tesis.

41 *Ibidem*, p. 79

42 *Idem*

De estas dos tesis deriva Álvarez Ledesma las principales versiones tanto del iusnaturalismo como del iuspositivismo.

A los que admiten las dos tesis les llama iusnaturalistas ontológicos. A los que solo admiten la primera tesis les denomina iusnaturalistas deontológicos.

Asimismo, algunos positivistas aceptarían aunque con determinadas condiciones la primera tesis, y negarían la segunda. Estos iuspositivistas moderados niegan el carácter jurídico de estos principios y desde luego el que sean condición de validez para el derecho.

De lo anterior, Álvarez Ledesma llega a dos conclusiones:

La primera afirma que “la disputa entre una determinada clase de iuspositivistas y iusnaturalistas es, en un plano inicial, de orden verbal o terminológico, pues autores calificados de iuspositivistas (iuspositivismo conceptual) y de iusnaturalistas (iusnaturalismo deontológico) aceptan que la validez material –la obligatoriedad, no la eficacia- de las normas jurídicas no se funda exclusivamente en el hecho de que el derecho positivo sea producido y garantizado coactivamente por la autoridad estatal y bajo el procedimiento estructurado previamente para tal efecto, sino que dicha validez alude a ciertos principios que los positivistas llaman –entre otros nombres- moral ideal, y los iusnaturalistas derecho natural.”⁴³

En cambio entre los iusnaturalistas ontológicos y los iuspositivistas escépticos hay un verdadero rompimiento, ya que los segundos niegan las dos tesis centrales del derecho natural.

La segunda conclusión radica en el tipo de relación que se considera que debe haber entre moral y derecho. Con esta segunda conclusión responde a la segunda pregunta sobre lo que hay detrás de la tensión iusnaturalismo-iuspositivismo, y es el tipo de relación moral y derecho. Los iuspositivistas sostienen que no es una relación conceptual, es decir, que el derecho se identifica por sí mismo. Y los iusnaturalistas ontológicos requieren de la moral para identificar al derecho. Álvarez Ledesma se identifica con los iusnaturalistas deontológicos y sostiene que la relación moral y derecho tiene como función dotar de validez material al derecho, pero no formal. Es decir, que el derecho no requiere de la moral para ser identificado como derecho, pero sí requiere de la moral para determinar su obligatoriedad.

La tercera pregunta es ¿el derecho deber ser justo? A lo que responde Álvarez Ledesma, que no es necesario que sea justo para que sea derecho pero sí para que goce de plena validez material o fuerza obligatoria.

Álvarez Ledesma asume la distinción *kantiana* entre moral y derecho, y así distingue a la moral del derecho porque la primera es autónoma, incoercible, unilateral e interior. En cambio el derecho es heterónimo, coercible, bilateral y exterior.

Para responder a la pregunta sobre si el derecho debe ser justo para ser derecho, señala las aportaciones de Kelsen y en particular a la tesis de la neutralidad según la cual el derecho debe ser definido prescindiendo de su contenido, sino tan solo con criterios de validez formal. Esta tesis, como ya vimos no niega necesariamente que la obligatoriedad del derecho dependa de su justicia. Pero hay una postura extrema del positivismo que sostiene Kelsen y que se expresa en la tesis del subjetivismo, o mejor llamada del relativismo ético, es decir en la tesis de que los criterios o principios que rigen una idea de justicia o de derecho recto son de naturaleza subjetiva y por tanto relativa.

Álvarez Ledesma señala algunas críticas que se han hecho a la teoría de Kelsen pues es preciso distinguir que la validez formal del derecho sirve tan solo para identificar las reglas jurídicas pero no para definirlas. "La legalidad, es decir, la validez formal de las normas jurídicas, garantiza la eficacia de un orden jurídico, pero no su validez material y, por tanto, no garantiza su obligatoriedad sino su coercibilidad".⁴⁴

Finalmente, se plantea esta cuarta pregunta ¿es necesario que el derecho esté dotado de validez moral? o, bien ¿tiene algún objeto vincular al derecho y a la moral? A ello responde: " El derecho...si bien es distinto de la moral requiere de ésta para fundar la obligatoriedad de sus prescripciones ... En este sentido, es evidente que todo derecho, como medio regulador de conductas sociales, como prescripción de lo que debe ser, hacerse o no hacerse

socialmente, contiene, necesariamente, una moralidad intrínseca, una escala de valores en función de la cual se justifica lo debido...”⁴⁵

Concluye diciendo que la separación de la moral y del derecho es indispensable para la identificación de las normas jurídicas. Se trata en definitiva de moralizar el derecho y no de legalizar la moral.

1.4. Consideraciones críticas

Un primer problema que yo aprecio en relación a la postura de Álvarez Ledesma es tratar de conciliar el carácter autónomo que Kant concede a la moral, con la primera tesis del iusnaturalismo, que sostiene la existencia de principios objetivos que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos, asequibles a la razón humana, cuya validez no depende del reconocimiento efectivo de ciertos órganos o individuos.

En la moral *kantiana* la validez de los principios morales sí depende del reconocimiento efectivo o aceptación por parte de los individuos.

Nos parece, por tanto, que no se puede ser iusnaturalista en cualquiera de sus modalidades y sostener la separación y distinción *kantianas* entre moral y derecho, porque hay una contradicción intrínseca en ello.

Por otra parte el tema de la objeción de conciencia lo aborda Álvarez

44 *Ibidem* p. 101

45 *Ibidem* p. 110-111

Ledesma, dentro del gran tema de la obediencia al derecho. Como ha sostenido antes, el derecho injusto es derecho válido formalmente pero no es obligatorio cumplirlo, es decir, no es coercible, y por lo tanto admite una objeción de conciencia.

La crítica que podría hacerse aquí es que no aborda el problema más difícil de la objeción de conciencia y es a nuestro juicio el de las leyes religiosa o moralmente "neutras", es decir, el enfoque particular o subjetivo sobre la objeción de conciencia, que plantea la cuestión de si los motivos de conciencia merecen alguna consideración por parte del derecho para permitir una excepción al cumplimiento de un deber legal o una eximente de responsabilidad.

Esto es porque con alguna frecuencia nos encontramos con ciertas disposiciones legales que desde un punto de vista objetivo no constituyen ninguna violación directa a la libertad de religiosa o de conciencia -como sería el caso de una ley que obligara a profesar una determinada creencia religiosa- y que, sin embargo, su cumplimiento les supone un escollo en su conciencia, tal es el caso del culto a los símbolos patrios, por ejemplo.

En efecto, el problema fundamental que yo aprecio en materia de objeción de conciencia, es el de las diferentes concepciones religiosas y morales que observamos actualmente en la sociedad.

No comparto la tesis del positivismo extremo que sostiene que la moral es relativa, pero me parece que no podemos negar la pluralidad ideológica que

caracteriza a nuestra sociedad actual. Y el problema radica en que para efectos prácticos no se cuenta con un único código moral.

Consideramos que en efecto, este problema de la objeción de conciencia sólo es posible resolverlo a favor de la libertad de conciencia y sin caer en la anarquía, o la dictadura de la conciencia como atinadamente sostienen algunos autores, si se sostiene la primera tesis del iusnaturalismo sobre la existencia de una moral objetiva y asequible a nuestro conocimiento, cuya validez no dependa de ninguna convención humana.

En este sentido la objeción de conciencia procedería no sólo contra los preceptos que sean considerados objetivamente injustos, puesto que en esos casos habría que propugnar más bien por la derogación de la ley.

En cambio, lo verdaderamente útil de la objeción de conciencia es que proporciona una protección a la libertad de conciencia más allá de las normas consideradas intrínsecamente injustas, sino frente a aquellas normas que no violan ningún precepto de la moral objetiva pero que en el interior de la conciencia del objetor constituyen un escrúpulo de conciencia que también merece una protección por parte del derecho. Desde luego que esta protección no puede ser ilimitada. La cuestión de los límites se determina precisamente por medio de la moral objetiva. Hay actos que en ningún momento pueden ser considerados moralmente buenos o indiferentes, y contra estos actos no

procede una objeción de conciencia. Pero hay otras prescripciones legales que son moralmente indiferentes para la moral objetiva, pero que para determinadas personas constituyen actos moralmente reprobables, como prestar el servicio militar y cosas similares.

Son estos los casos que podríamos llamar moralmente neutros, y que merecen una protección por parte del derecho con base en la libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia.

Se podría argumentar en nuestra contra que este punto de vista no es útil para el iuspositivista. Sin embargo, nos parece que el propio derecho positivo de los derechos humanos ha establecido esos límites que deben fijarse a tales derechos, y que están constituidos por los bienes jurídicos fundamentales que el derecho protege por encima de la libertad de conciencia con la mayor intensidad posible en la mayoría de los códigos penales de los diferentes países: la vida, la familia, el patrimonio, la convivencia social, la veracidad en las relaciones sociales y jurídicas, etc.

Este es a nuestro juicio, el punto más interesante de la objeción de conciencia, que como veremos en las páginas siguientes, permite otorgar excepciones al cumplimiento de determinadas prescripciones legales por razones de conciencia. El problema radica en cómo lograr lo anterior sin

trastocar el principio de autoridad o de obediencia al derecho, y sin lesionar al estado de derecho. Eso es lo que trataremos de exponer en los siguientes capítulos.

CAPÍTULO SEGUNDO

ANÁLISIS DOCTRINAL DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

2.1. La noción jurídica de objeción de conciencia.

2.1.1 Origen y evolución de la noción de objeción de conciencia.

2.1.1.1 Primera etapa. La objeción de conciencia como desobediencia a la autoridad por el imperativo de obedecer a una ley superior- moral o divina- antes que a la ley humana

2.1.1.2 Segunda etapa. La objeción de conciencia como derivación de la libertad de conciencia

2.1.1.3 Tercera etapa. El reconocimiento jurídico de la objeción de conciencia.

2.1.2. Diversas definiciones de objeción de conciencia.

2.1.3. Nuestro concepto de objeción de conciencia desde el punto de vista jurídico.

2.2. Elementos esenciales.

2.3. Naturaleza jurídica de la objeción de conciencia.

2.4. Tipos de objeción de conciencia.

2.5. Distinción de figuras afines.

2.6 Conclusiones de este capítulo

2.1. La noción jurídica de objeción de conciencia

La objeción de conciencia es un tema del que se han ocupado filósofos y moralistas, y en tiempos recientes numerosos juristas de diversas especialidades, como filosofía del derecho, derechos humanos, teoría del Estado, ciencia política, derecho constitucional, derecho administrativo, derecho eclesiástico, etcétera.⁴⁶

El interés por esta cuestión se ha ido acrecentando por el auge que han cobrado a partir de la Segunda Guerra Mundial los estudios de derechos humanos y en particular la protección jurídica de las libertades religiosa, ideológica y de conciencia. Refleja la inquietud actual por establecer claramente los límites del poder político, ante la consolidación del Estado moderno como poder supremo y soberano.

46 Si bien son pocos los autores que han estudiado este tema en México, señalamos a continuación algunos títulos de libros y artículos de revistas publicados recientemente en nuestro país sobre la objeción de conciencia:

Adame Goddard, Jorge, "La objeción de conciencia en México", en Derecho fundamental de libertad religiosa, número 1, Derechos Humanos, Serie: Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 7-15.

Escriba Ivars, Javier, "La objeción de conciencia", en Ars Juris, No. 10, México, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Universidad Panamericana, 1993, pp. 95-121.

González Shmall, Raúl. Derecho eclesiástico mexicano. un marco para la libertad religiosa, México, Porrúa, 1997, 311 pp.

Pacheco Escobedo, Alberto, "La libertad religiosa en la legislación mexicana de 1992", en AA.VV. La libertad religiosa. Memorias del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico. México, D.F., Instituto de Serie E: Varios, núm. 71. Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, pp. 107-124.

—, "Ley y conciencia", ponencia presentada en el simposio internacional "La objeción de conciencia en México y en el mundo", organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en México, D.F., los días 9 y 10 de julio de 1997.

Soberanes Fernández, José Luis, "La objeción de conciencia ante la justicia constitucional en México", ponencia presentada en el simposio internacional La objeción de conciencia en México y en el mundo, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en México, D.F., los días 9 y 10 de julio de 1997.

De unos años para acá, se ha gastado mucha tinta en analizar y estudiar este problema desde el punto de vista jurídico. El hecho desencadenador de los estudios recientes en torno a la objeción de conciencia lo constituyó la negativa, por motivos religiosos, a prestar el servicio militar obligatorio. Sin embargo, actualmente suele estudiarse el problema en forma independiente al del supuesto en que se originó: el servicio militar obligatorio y la participación en actividades militares.

El debate es intenso, puesto que no se ha llegado a un acuerdo sobre la significación del término y mucho menos sobre su tratamiento jurídico en los modernos regímenes democráticos de este fin de siglo.

El problema que plantea la objeción de conciencia en la doctrina jurídica no es ajeno al gran debate en torno a los derechos humanos, lo cual también ha suscitado una abundante literatura por parte de los estudiosos del derecho.

Antes de entrar a analizar la problemática de la objeción de conciencia en el derecho positivo, es preciso partir de un pequeño marco teórico de referencia. Para ello, en el presente capítulo proporcionaremos una noción aproximada de lo que se entiende actualmente por objeción de conciencia desde el punto de vista jurídico, de sus elementos esenciales y de su naturaleza. También hablaremos de los tipos de objeción de conciencia y su distinción con figuras afines.

Es importante partir de una noción precisa de objeción de conciencia ya que como bien dice el eclesiasticista Prieto Sanchís, "muchas polémicas

jurídicas encontrarían una fácil solución si antes de abordar las cuestiones ideológicas o de fondo, se esclareciese el sentido y el alcance de los vocablos utilizados".⁴⁷

Semejante tarea no resulta sencilla tratándose de la objeción de conciencia, ya que —como hemos apuntado antes— son muy numerosos los puntos de vista desde los que suele estudiarse este fenómeno, siendo la diversidad de enfoques lo que en ocasiones ha contribuido al oscurecimiento y confusión en torno al tema que pretendemos abordar.

Incluso en el campo del derecho, es distinta la perspectiva del constitucionalista, que la del filósofo del derecho, y la del eclesiasticista, que la del político.

En este trabajo pretendemos estudiar la objeción de conciencia desde el punto de vista jurídico, y en concreto desde la perspectiva eclesiasticista, sin perder de vista por ello la unidad de la doctrina jurídica, ni su vinculación con otras disciplinas, como son la filosofía moral y la filosofía política, necesarias para su adecuada comprensión.

2.1.1 Origen y evolución de la noción de objeción de conciencia

Para poder dar una noción aproximada de lo que se entiende hoy día por objeción de conciencia desde el punto de vista jurídico, y en concreto desde la

⁴⁷ Prieto Sanchis, Luis, en Iban, Ivan C, Montilla Agustin y Prieto Sanchis, Curso de derecho eclesiástico, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1991, p. 343

perspectiva eclesialista, es preciso hacer una breve repaso sobre el origen de este fenómeno y su evolución a lo largo de la historia de la humanidad.

El término "objeción de conciencia" comenzó a utilizarse en el ámbito jurídico hasta fechas muy recientes, a propósito de la objeción de conciencia al servicio militar que apareció por primera vez en los ordenamientos jurídicos de varios países europeos a principios del presente siglo.⁴⁸

Sin embargo, la realidad a la que se refiere la objeción de conciencia es tan antigua como la comunidad política misma.⁴⁹

Lo que sucede es que su estudio correspondía más bien al campo de la filosofía moral y de la filosofía política, porque siempre se le consideró al margen de la ley, es decir, no se le otorgaba reconocimiento jurídico como ahora se hace en algunos sistemas jurídicos.

La objeción de conciencia como derecho subjetivo, manifestación o modalidad de la libertad de conciencia, se remonta a los albores del siglo XVI con el advenimiento de la Edad Moderna y todos los cambios religiosos,

48 La objeción de conciencia al servicio militar fue reconocida por primera vez en las constituciones de Holanda (1922), R.F.A (1968), Portugal (1976), España (1978). En otros países su reconocimiento se hizo por la vía de la legislación ordinaria, como en Suecia (1902), Gran Bretaña (1916), Noruega (1922), Dinamarca (1933), Austria (1955), Luxemburgo (1953), Francia (1953), Bélgica (1964), Italia (1970), Finlandia (1959), *cfr.* Ramos Morente, Miguel, Guía de la objeción de conciencia, Málaga, Ayuntamiento y Diputación Provincial, 1990, pp. 113-114.

49 Sobre la evolución histórica de la objeción de conciencia, es muy interesante el libro de Cattelain, La objeción de conciencia, editado en Barcelona en el año de 1973. Por otra parte, algunos autores se muestran reacios a la tarea de exponer los antecedentes históricos de la objeción de conciencia por el riesgo de deformar la historia con interpretaciones subjetivas en clave moderna. Así opina el profesor Gregorio Cámara Villar en su obra La objeción de conciencia al servicio militar (las dimensiones constitucionales del problema), Madrid, Editorial Civitas, 1991, p.34 y ss.

filosóficos, políticos y sociales que se dieron en esa etapa de la historia de la humanidad.⁵⁰

Aunque antes del siglo XVI ya existía la desobediencia a la autoridad por consideraciones morales, esto es distinto a la objeción de conciencia considerada como un derecho subjetivo derivado de la libertad de conciencia.

En efecto, en épocas anteriores la desobediencia a la autoridad política se justificaba por la injusticia intrínseca del mandato de autoridad o de la ley. La desobediencia a la autoridad política se fundaba por tanto en el imperativo de obedecer primero a la ley moral o divina, de índole superior a la ley humana, cuando hubiera contradicción entre ambas. La desobediencia, en consecuencia, no se fundaba en el dictamen de la conciencia individual sino en consideraciones de carácter objetivo, extrínsecas a la subjetividad de la persona.

Distinguimos, por tanto, tres etapas claramente diferenciadas por las que ha transitado la realidad a la que se refiere la objeción de conciencia actualmente:

a) La primera etapa corre desde la Antigüedad hasta los inicios del siglo XVI. La desobediencia a la autoridad por razones morales, se fundaba en

⁵⁰ Carpintero, Francisco, junto con otros filósofos del derecho, se ha abocado con gran prestancia a analizar este importante salto en la historia del derecho, que comienza a partir del siglo XVI con Fernando Vázquez de Menchaca, entre otros; *cfr. Una introducción a la ciencia jurídica*, Madrid, Editorial Civitas, 1988.

la consideración injusta del mandato de autoridad o bien en razones de tipo religioso.

b) En la segunda etapa, que corre desde los inicios del siglo XVI hasta principios del siglo XX, comienza a desarrollarse la concepción subjetiva de objeción de conciencia como un derecho derivado de la libertad de conciencia. Se invoca la libertad de conciencia para justificar la desobediencia a la autoridad.

c) La tercera etapa corre desde inicios del siglo XX hasta nuestros días. Es en ésta en que se produce el tránsito del término al terreno jurídico. Aunque en el campo de la filosofía moral y política se la siga concibiendo como un tipo de desobediencia a la autoridad⁵¹ fundada en convicciones de

51 Es probable que a nuestros lectores les extrañe el que en ocasiones hable de "desobediencia a la autoridad" y no de "desobediencia al derecho", como suele hacerse al referirse a la objeción de conciencia. Ello se explica porque —como más adelante expondré— el ámbito propio donde pervive y se desarrolla la institución de la objeción de conciencia es el del derecho público, donde la autoridad política tiene el principal cometido. Para afirmar esto, parto de la distinción entre derecho privado en sentido estricto y derecho público o derecho en sentido amplio.

Como sabemos, en la doctrina jurídica actual de corte positivista no suele hacerse esta distinción y se identifica ley o norma jurídica con derecho, reconociendo el carácter de derecho a toda ley o norma que haya sido debidamente promulgada siguiendo las formalidades previstas por la propia ley, independientemente de su contenido.

El derecho en sentido estricto lo entendemos aquí como el objeto de la justicia, el *ius suum* o lo debido a otro en razón de una cierta igualdad, por ejemplo: la entrega del objeto preciso que debe devolver el depositario al deponente en el contrato de depósito, la entrega del precio pactado por la adquisición de una cosa, etc.

El derecho público en cambio regula la actividad de la autoridad política para conseguir el orden público o bien común de la comunidad que le ha sido confiada para su gobierno. Para realizar esta tarea de gobierno, la autoridad se sirve de leyes humanas, que deben ser racionales, es decir, adecuadas para alcanzar el fin que se han propuesto. Desde este punto de vista ley y derecho no se identifican, ya que si bien hay leyes que protegen al derecho entendido como lo justo, hay otras leyes que tienen una finalidad más amplia como el buen gobierno de la comunidad y la consecución del bien común.

El derecho en sentido estricto por tanto, no admite excepciones en atención a la conciencia de las personas, porque de hacerse se lesionaría la justicia. Es decir, no puede invocarse el derecho a la objeción de conciencia para dejar de pagar el precio

conciencia, en el terreno jurídico se le suele entender como una excepción al cumplimiento de un deber legal por motivos de conciencia. Por lo general se le concibe como una modalidad de la libertad de conciencia, que es un derecho humano comúnmente reconocido en nuestra época.

Veamos ahora con más detalle cada una de estas etapas:

2.1.1.1. Primera etapa. La objeción de conciencia como desobediencia a la autoridad por el imperativo de obedecer a una ley superior —moral o divina— antes que a la ley humana

La desobediencia a la autoridad en esta etapa se ubica en el contexto de los conflictos gobernante *versus* gobernado, los cuales se han dado desde que la sociedad se organizó políticamente bajo el mando de una autoridad. Algunos de estos conflictos eran motivados por la desobediencia de un gobernado a alguna

pactado por un inmueble en un contrato perfectamente válido. Tampoco puede invocarse la objeción de conciencia para librarse de las obligaciones que un progenitor tiene hacia a sus descendientes menores, etc.

Las otras leyes en cambio, que no protegen relaciones de justicia, sí podrían ser objetables en dado caso, siempre y cuando no se vulnera el orden público, o los derechos de terceros. Éste sería el caso de la objeción de conciencia al servicio militar.

La distinción entre derecho en sentido estricto y lo que hoy llamamos derecho público, la entendían muy bien los reyes y gobernantes del pasado, que se sentían obligados por el derecho, mientras que en las otras materias —guiados por la prudencia gubernativa— dictaban o derogaban las leyes según consideraran oportuno.

Es por ello que, cuando me refiero a la objeción de conciencia, hablo de desobediencia a la autoridad o al derecho en sentido amplio, más que desobediencia al derecho en sentido estricto entendido como "lo justo".

Ésta es más o menos la visión del derecho que encontramos en D'ors, Álvaro, *Una introducción al estudio del derecho*, Madrid, Editorial Rialp, 168 pp., en Carpintero, Francisco, *Derecho y ontología jurídica*, Madrid, Editorial Actas, 1993, 340 pp., y en otros autores que disienten de una concepción legalista del derecho.

ley o mandato de autoridad alegando su injusticia u oposición a unas leyes superiores, divinas o de derecho natural.

Es importante destacar que en esta primera época se habla más bien de resistencia ante la ley injusta, o de desobediencia a una ley o mandato de autoridad por la necesidad de obedecer a unas leyes superiores "no escritas" que se le oponen.

En estos casos, aunque era la conciencia personal la que en definitiva oponía la resistencia, no se invoca la libertad de conciencia para justificar la desobediencia, sino la injusticia intrínseca del mandato de autoridad, por su oposición a una ley superior no escrita, o escrita en los corazones humanos.

Los motivos de desobediencia podían fundarse tanto en una creencia religiosa como en una ética natural o derecho natural, no necesariamente vinculada a un determinada concepción religiosa, sino a una concepción "natural" de la justicia.

En la historia de la humanidad conocemos varios casos de desobediencia a la autoridad por estos motivos, no sólo en el cristianismo, sino también en la cultura grecoromana anterior a Jesucristo. Tenemos, por ejemplo, el caso de Sócrates que prefirió morir antes que obedecer a un mandato de autoridad que consideraba injusto,⁵² o el de Antígona en la famosa tragedia de Sófocles.

52 Así se expresaba Sócrates frente a sus acusadores: "...mucho os respeto y os amo, atenienses, pero antes es Dios que vosotros, y a Dios tengo que obedecer [...] Y entonces probé, no de palabra, sino de obra, que la muerte me importa un bledo, perdonadme la expresión, y que lo que a mí me importa es no hacer nada injusto e impío". Cfr. Platón, Apología de Sócrates, *Critón o el deber ciudadano*, 14a. edición, México, Colección Austral, No. 639, , Espasa-Calpe Mexicana, S.A., p. 55 y ss.

Otros casos de desobediencia a la autoridad política por motivos religiosos los encontramos en el pueblo judío, cuya religión monoteísta contrastaba con la religión politeísta de los pueblos por los que estuvieron dominados en diversos períodos de su historia. La *Biblia* relata varios episodios como son las historias de Ananías, Azarías y Misael frente al rey Nabucodonosor de Babilonia,⁵³ o de los hermanos Macabeos frente al rey Antíoco.⁵⁴

La condena de Jesucristo fue un hecho muy significativo en el tema de la confrontación entre autoridad divina y autoridad humana, de la autoridad humana frente a la "verdad trascendente" o creencia religiosa.⁵⁵ Jesucristo señaló la superioridad de la autoridad divina sobre la humana,⁵⁶ y la confrontación que en ocasiones se daría entre ambas,⁵⁷ pero también distinguió dos ámbitos para el ejercicio de cada una de ellas, destacando la autonomía de

53 Nabucodonosor, rey de Babilonia, había ordenado adorar a una estatua de oro. Entre sus súbditos se encontraban tres jóvenes judíos que se habían rehusado a obedecer el decreto real. El rey, furioso, los castigó metiéndolos a un horno ardiente, donde por intervención milagrosa de Dios no sufrieron daño alguno, lo cual hizo rectificar al rey y convencerse del poder del Dios de los judíos; *cfr. Sagrada Biblia*, "libro del profeta Daniel", capítulo I.

54 El rey Antíoco, de Grecia, habiendo invadido Jerusalén y sometido al pueblo judío pretendía imponer el helenismo en Israel. Pretendiendo forzar a Eleazar a comer carne de cerdo y resistiéndose este último se expresaba así: "...Y dejaré a los jóvenes un ejemplo de fortaleza, si sufriere con ánimo pronto y constante una muerte honrosa, en defensa de una ley que es la más santa y venerable..."; *cfr. Sagrada Biblia*, "libro II de los Macabeos", 6, 28.

55 Aunque podría alegarse que la autoridad religiosa fue quien realmente condenó a Jesucristo, no podemos olvidar que quien finalmente dictó y ejecutó la sentencia de muerte fue la autoridad romana, si bien lo hizo por instigación de las autoridades político-religiosas de los judíos.

56 En el interrogatorio de Pilatos, Jesucristo sentenció: "No tendrías poder alguno, si no te fuera dado de lo alto...", en Juan 19,11.

57 "...Si me han perseguido a mí, también os han de perseguir a vosotros...", en Juan, 15, 20.

una respecto de la otra.⁵⁸ La historia de Jesucristo refleja un caso ejemplar de desobediencia a la autoridad política por obedecer a la autoridad divina en un campo que Jesucristo consideraba propio de esta última, pero en una época en la que el ámbito del poder religioso y del poder civil se confundían y no estaban delimitados.

Posteriormente, con la propagación del cristianismo, los casos de desobediencia a la autoridad por motivaciones religiosas se multiplicaron debido al contraste entre la doctrina cristiana y el "mundo pagano" en el que nació y se desarrolló la nueva religión. Tenemos datos de numerosos mártires cristianos que prefirieron la muerte antes que plegarse a las costumbres y creencias paganas que contrariaban su fe.

Con el nacimiento del cristianismo comenzó el dualismo poder político-poder religioso.⁵⁹ Los primeros cristianos se consideraban sometidos a dos poderes: el del emperador en los asuntos civiles y temporales, y el de la Iglesia en los asuntos religiosos e intemporales. Eran "ciudadanos de dos ciudades".⁶⁰

58 Así lo ha entendido la Iglesia apoyándose en la famosa frase dicha por Jesucristo: "Dad a Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César", Mt, 22.

59 Sobre la historia de las relaciones poder político-poder religioso, hay abundante literatura. Es interesante el Autores Varios, Tratado de derecho eclesiástico, Pamplona, España Instituto Martin Azpilicueta, Facultad de Derecho Canonico, EUNSA, 1994 y tantas otras obras de eclesiasticistas contemporáneos.

60 En la famosa obra de San Agustín, La ciudad de Dios, se expone esta doctrina: "Así que esta ciudad celestial, entre tanto que es peregrina en la Tierra, va llamando y convocando de entre todas las naciones ciudadanos, y por todos idiomas va haciendo recolección de la sociedad peregrina, sin atender a diversidad alguna de costumbres, leyes e institutos, que es con lo que se adquiere o conserva la paz terrena, y sin reformar ni quitar cosa alguna, antes observándolo y siguiéndolo exactamente, cuya diversidad, aunque es varia y distinta en muchas naciones, se endereza a un mismo fin de la paz terrena, cuando no impide y es contra la religión, que nos enseña y ordena adorar a un solo, sumo y verdadero Dios. ...pues que las leyes tocantes a la religión

Así es como aparecieron algunos casos de desobediencia a la autoridad civil respecto de aquellas materias en las que encontraban oposición entre lo prescrito por la autoridad política y las prescripciones religiosas. Un caso se dió a propósito de la participación en empresas militares, que algunos cristianos rechazaban por considerarlo violatorio del mandamiento de "no matarás".⁶¹

Posteriormente, cuando el Imperio adoptó al cristianismo como religión oficial, y a lo largo de la Edad Media, los casos de desobediencia a la autoridad civil por motivos religiosos fueron menos frecuentes, al menos en el seno de la cristiandad.

También en esta época desconocemos casos de desobediencia a la autoridad civil por obedecer a las leyes morales exclusivamente, pero nos parece poco probable que los hubiera, toda vez que a lo largo de la Edad Media la religión absorbió prácticamente a la moral y no es sino hasta Santo Tomás de

no pudo tenerlas comunes con la ciudad terrena, y por ello fue preciso disentir y no conformarse con ella y ser aborrecida de los que opinaban lo contrario, sufrir sus odios, enojos y los ímpetus de sus persecuciones crueles..." San Agustín, La ciudad de Dios, 6a. edición, México, Porrúa, 1981, capítulo XVII, p. 486.

61 Así lo refiere Cesárea, Eusebio de, en su famosa Historia eclesiástica: "Podría contarse cómo millares de cristianos han dado pruebas de un admirable celo por la religión del Dios del universo, no sólo desde el momento en que se desencadenó la persecución general, sino mucho antes, esto es, desde que reinaba la paz soberana [...] Y entonces se pudo ver que muchísimos, dejando la milicia quisieron volver gustosos a su vida privada, antes que renegar de la religión del supremo Creador de todas las cosas.

Así un jefe militar, cuyo nombre se ignora, comenzó la persecución contra las tropas. Después de completar el censo de los que estaban en filas y de haberlos purificado con las ceremonias de la lustración, dio a escoger: o conservar su categoría, si obedecían a los emperadores, o, al contrario, ser privados de ella, si se oponían a la orden dada. La mayoría de los soldados del reino de Jesucristo, sin vacilación alguna, prefirieron la confesión de su fe a la gloria del siglo y a las ventajas de que gozaban..."; cfr. Lactancio Sobre la muerte de los perseguidores, introducción, traducción y notas de Don Casimiro Sánchez Aliseda, México, Librería Parroquial, pp. 129-130.

Aquino en el siglo XIII cuando se plantea nuevamente la distinción entre los ámbitos natural y religioso, entre la ética o moral natural y la teología moral.

Santo Tomás aborda el problema de la oposición entre la ley humana y la ley moral natural o la ley divina justificando en este caso la desobediencia a la autoridad y a la ley injusta.⁶² Tras afirmar el principio general de la obligación moral de obedecer a la ley y a la autoridad política, justifica y obliga a la desobediencia cuando la ley es injusta o contraria a la ley divina.

Al tratar el tema de la conciencia, Santo Tomás afirma que la conciencia es un acto del entendimiento práctico por el que el hombre juzga de la bondad o maldad de las acciones humanas por su conformidad o no con la ley moral natural.⁶³ Afirma también la obligación moral de obedecer a los dictámenes de la propia conciencia extendiendo esta obligación a los casos de la conciencia invenciblemente errónea. Aunque nada dice respecto de la desobediencia a una ley humana en este supuesto, nos parece que aplicando la doctrina de la obligatoriedad de obedecer a la conciencia invenciblemente errónea justificaría

62 Dice Santo Tomás: "Las leyes humanas son o justas o injustas. Si son justas, tienen poder para obligar en el foro de la conciencia, recibido de la ley eterna, de la cual se derivan [...] Las leyes son justas: por razón del fin, cuando se ordenan al bien común; por razón de su autor, cuando la ley establecida no excede la potestad del legislador, y por razón de la forma, cuando se imponen las cargas a los súbditos con igualdad de proporcionalidad y en orden al bien común". Respecto a las leyes humanas que se oponen al bien humano nos dice que "son más bien violencias [...] Por eso tales leyes no obligan en el foro de la conciencia, si no es para evitar el escándalo y el desorden". Respecto a las leyes humanas que se oponen al bien divino nos dice que: "Nunca es lícito observar estas leyes, porque es necesario obedecer a Dios antes que a los hombres" I-II, q. 96, art. 4, en *Suma Teológica*, tomo VI, El tratado de la ley, Madrid, Ediciones BAC, 1956, pp. 184-185.

63 "La conciencia, en la acepción genuina de la palabra, indica la relación de un conocimiento con una cosa: pues conciencia equivale a "ciencia con otro". (I, q. 79 art. 13, en *Suma Teológica*, *op. cit.*, tomo III, El tratado del hombre, p. 320).

moralmente el incumplimiento de la ley, por la obligación de seguir la voz de la propia conciencia, aunque ésta sea errónea, con la única condición que este error sea invencible.

Estas consideraciones que hace Santo Tomás de ninguna manera establecen que la autoridad política deba tomar en cuenta las consideraciones de la conciencia de los gobernados para exigir el cumplimiento de sus leyes. Ya que sus estudios se mueven en el terreno de la ética y de la teología moral, justificando moralmente una conducta, pero no jurídicamente. Sin embargo, no cabe duda de la influencia que la doctrina de Santo Tomás, y en especial la doctrina sobre la obligatoriedad de la conciencia invenciblemente errónea, ha tenido en la elaboración posterior de la doctrina de la Iglesia católica respecto a la libertad religiosa, y por ende, respecto a la objeción de conciencia.⁶⁴

2.1.1.2 Segunda etapa. La objeción de conciencia como derivación de la libertad de conciencia

El problema de la objeción de conciencia entendido como derecho subjetivo aparece propiamente a partir del siglo XVI, con la reforma protestante en materia religiosa y con "la modernidad" en materia filosófica.⁶⁵

64 La doctrina de la Iglesia católica sobre la libertad religiosa y la libertad de conciencia se expone en la Declaración sobre la libertad religiosa *Dignitatis humanae*, del Concilio Vaticano II. Un estudio muy completo sobre esta declaración lo hace Fuenmayor, Amadeo, en su libro *La libertad religiosa*, Pamplona, EUNSA, 1974, 216 pp.

65 Excedería los límites del presente trabajo presentar una exposición completa de la transformación de la sociedad en los siglos XV y XVI, por lo que nos remitimos a las múltiples obras historiográficas sobre esta época. El profesor Cámara Villar nos hace notar, sin embargo, la paradoja que refleja la actitud tanto de Lutero como de Calvino en relación con la tolerancia religiosa, ya

Se propone el concepto de "libertad de conciencia" como un derecho frente a la autoridad político-religiosa, que reúne ambos campos. Nos encontramos así con que el pensamiento moderno va a dar pie a una concepción "subjetiva" del derecho natural y de los derechos de libertad, que por ese entonces comienzan a gestarse.

La diferencia con la noción de desobediencia a la autoridad de épocas anteriores, radica en que ésta se apoyaba, no en criterios subjetivos, sino objetivos: éticos o religiosos; por ello no le llamamos propiamente objeción de conciencia. La desobediencia partía de una concepción objetiva de la justicia, de la moral y de la religión. No se consideraba que el individuo pudiera darse sus propias leyes o normas morales o religiosas, ya que éstas siempre le venían de fuera, y su conciencia era una facultad intelectual que le permitía conocer y aplicar a los casos particulares las normas jurídicas, morales y religiosas, que existían independientemente incluso de que el sujeto las conociese. Con la objeción de conciencia se registra un cambio en la concepción de la conciencia: pasa de ser juez a ser legisladora.

Tenemos así, que la doctrina del "libre examen" que surge con el protestantismo, favorece la formación de múltiples sectas y grupos religiosos,

que si bien en un principio "Lutero defendió ideas de libertad religiosa y los derechos subjetivos de la conciencia [...] pronto se negó a aceptar exclusivamente el argumento de la conciencia y remitía a las Escrituras como criterio definitivo y objetivo [...] Antes de que terciara el siglo XVI —nos sigue diciendo este autor— Lutero había llegado a una posición profundamente conservadora, convirtiéndose en un feroz partidario del uso de la fuerza contra los herejes (en realidad el ala izquierda del protestantismo, aliado de las clases bajas) y de los derechos del príncipe a intervenir en materia religiosa". (*op. cit.*, p. 53).

cada uno con su propia concepción religiosa. El subjetivismo moral hace su aparición y provoca el surgimiento de un tipo de objetores de conciencia, que reclaman una autonomía moral absoluta, fundada en un concepto subjetivo de justicia, y no objetivo como en épocas anteriores.

Es en este momento donde se presentan algunos casos de objeción de conciencia a la participación en actividades militares por parte de miembros de algunas sectas de origen protestante.⁶⁶ Y es en este momento también, cuando la autoridad política abre la posibilidad de admitir estas objeciones, en un acto de tolerancia, imbuida como estaba de las ideas "modernas" de libertad.⁶⁷

El pensamiento moderno que se inicia en el siglo XVI, se manifiesta violentamente en las revoluciones inglesa y francesa de los siglos XVII y XVIII que dió origen a una serie de cambios políticos que influyen poderosamente en el origen de la doctrina de los derechos del hombre o derechos humanos, como actualmente se les denomina.

Es en este contexto donde la objeción de conciencia encuentra el terreno fértil que facilitó el surgimiento de la noción jurídica de objeción de conciencia, y deja atrás el ambiente de clandestinidad e ilegalidad en que la desobediencia a la autoridad se había movido. Ya que con anterioridad, la

66 Entre éstas encontramos la de los anabaptistas en sus diferentes grupos (menonitas, los hermanos suizos, los socinianos...) y posteriormente los amish en América. *Cfr. Cámara Villar, op. cit., p. 54.*

67 Es preciso advertir, sin embargo, que no todos los casos de objeción de conciencia que se presentaron en esta época se fundan en un concepto absoluto de la libertad de conciencia propuesto por el pensamiento moderno. Entre los casos famosos de objeción de conciencia que se presentaron en esta época invocando no el derecho de libertad de conciencia sino la injusticia intrínseca del mandato de autoridad está el caso de Tomás Moro, que le llevó al martirio.

desobediencia a la autoridad podía ser legítima, si se impugnaba una ley o mandato injusto, y era justificada por el derecho natural o la moral, pero nunca por la autoridad del derecho positivo. Siempre se trataba pues, de una desobediencia a la autoridad política y a la ley humana.

2.1.1.3 Tercera etapa. El reconocimiento jurídico de la objeción de conciencia

La concepción jurídica de la objeción de conciencia, aparece por primera vez en los ordenamientos jurídicos, constitucionales o legales hasta pleno siglo XX, a propósito del servicio militar obligatorio, y se hizo extensiva a otros supuestos hasta hace sólo unas cuantas décadas.

La noción jurídica de objeción de conciencia abre la puerta para que la autoridad admita y reconozca, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, la legitimidad de la desobediencia a un mandato legal por razones de conciencia. Claro está que el término de desobediencia a la autoridad o desobediencia al derecho ya no es apropiado, porque parecería un contrasentido que la ley permitiera que se le desobedeciera legítimamente. Por eso, es más apropiado en el terreno jurídico utilizar el término de excepción a un deber legal por motivos de conciencia.

En la elaboración de esta noción contribuyó eficazmente la doctrina de los derechos humanos que, como hemos visto, comenzó a gestarse a partir del siglo XVI. Pero también contribuyó, no cabe duda, la doctrina de la Iglesia católica a

partir del Concilio Vaticano II que, aprovechando algunas ideas del pensamiento moderno y en una actitud de "diálogo con el mundo", ayudó a delimitar de un modo más claro los ámbitos de competencia del poder civil y del poder religioso, recalcando la autonomía de cada uno de estos ámbitos, sin desconocer los puntos de contacto entre uno y otro, pero estableciendo claramente los límites del poder político en materia religiosa como también los límites del poder religioso en materia política.⁶⁸

Con base en estas teorías es como se ha podido construir el concepto moderno de objeción de conciencia, basado en una inmunidad de coacción por parte de la autoridad civil en materia religiosa, y defendiendo el derecho de todo hombre a obrar conforme a su conciencia y a no ser obligado a actuar en contra de su conciencia, dentro de los justos límites.

2.1.2 Diversas definiciones de objeción de conciencia

Una vez hechas las consideraciones anteriores, podemos ahora analizar las definiciones de objeción de conciencia que han dado algunos juristas especialistas en la materia y que nos ilustran un poco sobre la confusión terminológica y jurídica que existe alrededor de este tema.

Algunos autores conciben la objeción de conciencia más que como un concepto jurídico, como un medio de resistencia ante lo que se considera una

⁶⁸ Cfr. la declaración conciliar *Dignitatis humanae* y los comentarios que al respecto hace Fuenmayor, Amadeo de, *op. cit.*, *supra*, p.49.

intromisión abusiva de la autoridad en la interioridad de las personas, quienes manifiestan una oposición abierta a obedecer el mandato legal. Así, el profesor Ramos Morente nos dice que "la objeción de conciencia, en su sentido más amplio, puede entenderse como la rebeldía del individuo ante lo que considera una intromisión del Estado en un ámbito que no le pertenece: su conciencia. O bien como la oposición a una ley, norma o imposición que contraste con los valores, creencias o convicciones de una persona".⁶⁹

Desde luego que no encontramos aquí una noción jurídica de la objeción de conciencia, sino un tipo de desobediencia al derecho o a la autoridad, algo acaso más propio del campo de la filosofía moral o política.

Menos radical, pero en la misma línea que la anterior, está la definición del profesor Oliver quien señala: "De forma muy genérica, podríamos definir la objeción de conciencia como la negativa a cumplir un mandato de la autoridad o una norma jurídica, invocando la existencia, en el fuero de la conciencia, de un imperativo que prohíbe dicho cumplimiento".⁷⁰

Otros autores conciben la objeción de conciencia haciendo una mezcla de su noción filosófico-política y de su noción jurídica. En esta línea, se halla la definición del profesor Navarro-Valls, quien nos dice: ". . . desde esta amplia perspectiva, deberemos de entender por objeción de conciencia toda pretensión contraria a la ley, motivada por razones axiológicas —no meramente

69 Ramos Morente, *op. cit.*, p. 19, *supra*, p. 40

70 Oliver Araujo, Joan, *La objeción de conciencia al servicio militar*, Madrid, Editorial Civitas, 1993, p. 29.

psicológicas— de contenido primordialmente religioso o ideológico, ya tenga por objeto la elección menos lesiva para la propia conciencia entre las alternativas previstas en la norma, eludir el comportamiento contenido en el imperativo legal o la sanción prevista por su incumplimiento o, de aceptarse el mecanismo represivo, lograr la alteración de la ley contraria al personal imperativo ético".⁷¹

Incluye en esta definición el profesor Navarro-Valls la concepción legal e ilegal de objeción de conciencia, que se mueve, por lo tanto, en los dos campos, el jurídico y el de la filosofía moral o política. Nos parece imprecisa, por lo tanto, esta definición para dar una noción jurídica de objeción de conciencia.

Un tercer grupo de autores concibe la objeción de conciencia desde el punto de vista jurídico, como lo hace el profesor Vera Urbano: "La objeción de conciencia, en términos generales —nos dice este autor—, viene a ser el rechazo de un deber legal, fundado en convicciones íntimas de la persona. Se trata de constituir una excepción particular por motivos éticos personales, frente a un deber jurídico de carácter general."⁷² Podemos apreciar en esta definición, que si bien en un principio parece moverse en el terreno de la ilegalidad, matiza luego su definición y acertadamente coloca la noción en el terreno jurídico.

71 Navarro Valls, Derecho eclesiástico del estado español, 3ª edición, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1993 p. 483.

72 Vera Urbano, Francisco de Paula, Derecho Eclesiástico I, Madrid, Ed. Tecnos, 1990., p. 341.

Es el profesor Prieto Sanchís quien, a nuestro juicio, proporciona la noción jurídica más acertada de objeción de conciencia cuando sostiene que:

"...desde el punto de vista jurídico la objeción de conciencia no constituye ninguna autorización para desobedecer al derecho, pues esto sería absurdo, sino una cláusula que, en atención a la conciencia del sujeto, permite eludir el cumplimiento de determinadas obligaciones o el padecimiento de las sanciones correspondientes".⁷³

El profesor Prieto Sanchís concibe la objeción de conciencia, en definitiva, como un conflicto de normas entre la consagración constitucional de la libertad de conciencia (artículo 16.1 de la Constitución española) y la ley cuyo cumplimiento se pretende eludir. "El problema jurídico de la objeción se resuelve en la búsqueda de esa norma que autorice al sujeto a eludir algunos deberes jurídicos, ya sea con carácter de cláusula general, ya sea caso por caso".⁷⁴

Independientemente de que nos adhiramos a una u otra de las definiciones antes apuntadas, nos parece que lo importante de esto es constatar que la objeción de conciencia entra en el terreno jurídico desde el momento en que los motivos de conciencia son relevantes para el ordenamiento jurídico, y constituyen una causa de excepción al cumplimiento de un deber legal en atención a determinadas razones de conciencia.

73 *cfr.* Iban, Iván C., Luis Prieto Sanchis y Agustín Motilla, *Curso de derecho eclesiástico, op. cit.*, p. 349.

74 *Idem.*

Desde este punto de vista, podríamos comparar la objeción de conciencia con algunas figuras jurídicas propias del derecho penal, que constituyen también casos de excepción a la aplicación de una ley general. Se trata de las llamadas causas de justificación o eximentes de responsabilidad. Vemos, así, que el de la objeción de conciencia no es el único caso en el que ciertos aspectos subjetivos son relevantes para el derecho. Observamos también que esto tiene importancia en la configuración de la responsabilidad jurídica con conceptos como los de "dolo", "culpa", "mala" o "buena fe", etcétera.

Si bien es cierto que el derecho en estos casos actúa por medio de presunciones, toda vez que su materia propia son las cosas exteriores, ello no modifica la relevancia jurídica de determinadas condiciones subjetivas a la hora de resolver las cuestiones jurídicas.

2.1.3 Nuestro concepto de objeción de conciencia desde el punto de vista jurídico

Para concluir este apartado, podemos definir la objeción de conciencia desde el punto de vista jurídico, como "una excepción al cumplimiento de un deber legal de carácter general o de un mandato particular de autoridad, por respeto a la libertad de conciencia del objetor, bajo determinadas condiciones y respetando ciertos límites necesarios para proteger el orden público o bien común y los derechos de terceros".

Es importante señalar que el concepto que hemos dado de objeción de conciencia, aparentemente puede no coincidir con el que se maneja en los sistemas jurídicos de los distintos países. Ello se explica por la tendencia a confundir el concepto de objeción de conciencia en sí mismo considerado, con el tratamiento jurídico que en cada país se da a este fenómeno. Por ejemplo, en algunos países la objeción de conciencia se identifica con la objeción de conciencia al servicio militar, por ser el primer supuesto que se reguló en algunos Estados democráticos modernos en el presente siglo.

Sin embargo, hay que saber distinguir el fenómeno tal y como es regulado por el derecho positivo, de el fenómeno mismo. Para evitar esta confusión, algunos autores, prefieren hablar de las "objeciones de conciencia". A nuestro modo de ver es posible dar un concepto general de objeción de conciencia, siempre y cuando quede claro que la forma en que se regula en cada país es diferente.

2.2. Elementos esenciales

Una vez que hemos expuesto lo que, en nuestra opinión, debemos entender por objeción de conciencia desde el punto de vista jurídico, veamos ahora cuáles serían los elementos esenciales de este concepto:

a) En primer lugar debemos señalar que la objeción de conciencia ampara un comportamiento individual, característica que nos permite distinguir

la objeción de conciencia de otras figuras afines, como la desobediencia civil.⁷⁵ En esta última, si bien nos encontramos también con la negativa a obedecer una ley, se trata de un comportamiento colectivo cuyo fin es oponer resistencia a una determinada disposición legal y conseguir su derogación para todos. Inclusive es frecuente que en la desobediencia civil se incumplan determinadas leyes civiles que en sí mismas no son objetadas, sino como un medio de presión para que se deroguen otras leyes, se modifique una política o se satisfaga una determinada demanda colectiva.

En la objeción de conciencia, el objetor no tiene pretensiones derogatorias generales. Simplemente solicita que se le exceptúe de su cumplimiento por motivos de conciencia. Asimismo, necesariamente se trata de un comportamiento individual, debido a que el juicio de conciencia es individual y personalísimo, independientemente de que se acepte o no la existencia de principios morales de valor universal.

Aunque más adelante abundaremos sobre este tema, y respecto a los movimientos colectivos de objetores de conciencia al servicio militar obligatorio, localizados en varios países europeos, nos parece que ellos se han apartado de lo que es propiamente la objeción de conciencia, y constituyen en realidad verdaderos movimientos de desobediencia civil, puesto que los han utilizado como un medio de presión para que los gobiernos modifiquen su

75 Más adelante abordaremos el tema de la desobediencia civil, por lo que de momento no nos detenemos mayormente en explicar esta figura.

sistema de reclutamiento militar.⁷⁶ De hecho, en muchos de los países afectados se están dando los pasos necesarios para profesionalizar las fuerzas armadas y librarse con ello de los quebraderos de cabeza que han provocado los movimientos de objetores de conciencia⁷⁷ e insumisos. En este sentido algunos autores más bien hablan de un verdadero "fraude a la ley" con los susodichos objetores de conciencia, quienes, aunque se declaran objetores de conciencia, en realidad recurren a esta opción como un medio para sustraerse de las cuestionadas obligaciones militares establecidas para todos los varones mayores de 18 años.⁷⁸

b) El segundo elemento esencial de la objeción de conciencia es la existencia de un claro deber legal para el objetor que se oponga a sus convicciones morales. Este deber legal puede derivarse tanto de una ley general como de un mandato de autoridad debidamente fundado en una ley (de acuerdo con el principio de legalidad, vigente en los modernos Estados de derecho).

76 En la ya citada obra de Ramos Morente, Miguel, Guía de la objeción de conciencia, se presenta una relación detallada de los principales movimientos de objetores de conciencia localizados solamente en España. Movimientos en los que participan miles de jóvenes españoles; *cfr. supra*, p.40

77 De hecho ésta fue una de las propuestas de Manuel Aznar durante su campaña como candidato a la presidencia del gobierno español: "El PP, en cumplimiento de su programa, se propone reducir durante esta legislatura el servicio militar a seis meses como paso previo a su definitiva desaparición que se producirá en el plazo máximo de seis años"; periódico El Mundo, Madrid, 9 de junio de 1996, p. 5.

78 Lamentándose de esta situación, el actual ministro de defensa del gobierno español, Eduardo Serra, se expresaba así: "lo que antes era la salvaguarda de los derechos de las minorías se ha convertido en un portillo para eludir el servicio militar", periódico El País, Madrid, 12 de junio de 1996, p. 19.

El deber legal puede ser de cualquier tipo. Puede tratarse tanto de un precepto positivo o negativo, de un hacer o de un no hacer (acción u omisión) es decir, que prescriba una determinada conducta o que la prohíba. Aunque algunos autores sostienen que la objeción de conciencia sólo es posible frente a deberes positivos y nunca prohibitivos, en realidad pueden darse casos tanto de unos como de otros, si bien es más factible la procedencia de la objeción de conciencia cuando se trata de mandatos preceptivos que prohibitivos. Esto se debe a que la consecuencia del incumplimiento de un mandato positivo o preceptivo suele ser menos grave y ocasionar menos perjuicio al orden público, que el incumplimiento o violación a un mandato prohibitivo, por el principio general de libertad que rige en los modernos Estados democráticos.⁷⁹

c) El tercer elemento esencial de la "objeción de conciencia" es que los motivos en que se apoya la pretensión de excepción sean motivos de conciencia. Es decir, que la razón que ocasionó que el objetor solicite la exoneración de un determinado deber legal sea la consideración de que la realización de dicha conducta contradice su personal código ético, porque siente el imperativo de obedecer a sus convicciones de conciencia, aun por encima del deber legal que le exige la disposición legal o el mandato de autoridad objetados.

⁷⁹ Cfr. Navarro Valls, *Derecho eclesiástico del estado español*, op. cit., p. 488.

Este elemento permite distinguir la figura de la objeción de conciencia de otros casos de irresponsabilidad jurídica o de no imputabilidad por razones distintas a las razones de conciencia, como serían las eximentes de responsabilidad o las causas de justificación en el terreno del derecho penal.

Se trata, por tanto, del elemento más difícil de probar, por tratarse de un elemento subjetivo. Son muy variados los métodos que se utilizan hoy día en cada país para comprobar la sinceridad de los supuestos "objectores". Un ejemplo es la fijación de una prestación social sustitutoria igual o más gravosa que la obligación general. Este método se utiliza en algunos países en relación a la objeción de conciencia al servicio militar. No obstante, el sistema de la prestación social sustitutoria más gravosa ha sido cuestionado por algunos autores, que lo consideran como una violación a la libertad de conciencia y a la igualdad ante la ley. Hablaremos más detenidamente de este punto en las páginas subsiguientes.

d) El cuarto elemento esencial de la objeción de conciencia es que la consecuencia jurídica del incumplimiento o inobservancia del deber legal en caso dado, sea una sanción o la privación de un beneficio al que sólo puede acceder si se realiza la conducta que le impone la autoridad. Esto se debe a la existencia de normas de autoridad a las cuales se les denomina "imperfectas", precisamente por no prever una sanción por su incumplimiento, y en este caso la desobediencia no acarrearía responsabilidad jurídica alguna. Ello implica que debe existir una obligación personal para el objetor, ya que de lo contrario no

habría necesidad de solicitar la excepción al cumplimiento de un determinado deber legal.

Se puede protestar contra normas que se consideren injustas o que contradigan la propia conciencia moral, pero si de esas normas no se deriva una obligación personal para el objetor, no estamos frente a un caso de objeción de conciencia propiamente hablando, sino quizá ante otro tipo de fenómenos como una manifestación pública contra determinada legislación en ejercicio del derecho de petición. Así, por ejemplo, en el caso de la despenalización del aborto, independientemente de las protestas ciudadanas en ejercicio del derecho de petición, sólo surgirán objetores de conciencia de entre los médicos y personal sanitario de los hospitales a quienes se obligue a practicar abortos o para quienes se derive algún perjuicio en caso de negarse a ello.

e) Por último, debemos decir que el quinto elemento esencial del concepto jurídico de la objeción de conciencia es que respete ciertos límites, es decir, que de permitirse la objeción no se afecten derechos de terceros, ni se quebrante la justicia —natural o positiva— ni se lesione el orden público o bien común.

Explicaremos esto con detalle cuando abordemos el punto de los límites de la objeción de conciencia. Bástenos, por ahora, decir que hay deberes legales inobjetables porque protegen relaciones de justicia en estricto sentido. Hay en cambio otro tipo de deberes legales que aunque persiguen el bien común como toda ley, resuelven situaciones circunstanciales, de conveniencia en un

momento determinado, y que su incumplimiento no conlleva consecuencias de la misma magnitud que cuando se trata de deberes ineludibles de justicia, como sería el caso del que quisiera oponer la objeción de conciencia contra el deber legal de dar alimentos y educación a sus hijos menores.

2.3. Naturaleza jurídica de la objeción de conciencia

Una vez que hemos analizado la noción jurídica de la objeción de conciencia y sus elementos esenciales, como se le concibe actualmente en gran parte de los sistemas jurídicos, pasemos a tratar ahora el tema de su naturaleza jurídica y de su fundamento.

Desde luego que para abordar este punto no podemos ignorar las consideraciones que hicimos en las páginas anteriores a propósito de la confusión reinante en la doctrina jurídica alrededor del tema que nos ocupa.

Por ello, es preciso que partamos de la noción jurídica de objeción de conciencia que hemos expuesto en el presente capítulo, para estar en posibilidad de hablar ahora de su naturaleza jurídica.

Los cuestionamientos que suelen hacerse al abordar este aspecto son:

La objeción de conciencia, ¿es un derecho autónomo constitucionalmente reconocido, o es un derecho derivado de un derecho humano fundamental como es la libertad religiosa y de conciencia?

Si se le considera como un derecho derivado del derecho humano fundamental de libertad religiosa y de conciencia, ¿merece la misma protección que los demás derechos fundamentales?

Si admitimos que es un derecho autónomo constitucionalmente reconocido, ¿debe estar legalmente regulado cada supuesto de objeción de conciencia o se puede considerar como un derecho general de objeción de conciencia?

Para el derecho español, es importante definir si la objeción de conciencia es o no un derecho fundamental, ya que de esto depende si es autoaplicable por todos los funcionarios y autoridades en todos los niveles, o si requiere una reglamentación específica para poder aplicarse. Asimismo, determinará si goza o no de la protección de los derechos humanos fundamentales como es la posibilidad de recurrir al amparo.⁸⁰

Las opiniones sobre la naturaleza de la objeción de conciencia son muy variadas, así por ejemplo el profesor Escrivá Ivars⁸¹ sostiene que la objeción de conciencia es un tipo de desobediencia civil. Concibe la desobediencia civil como un tipo legítimo de desobediencia al derecho, comparándola con los otros tipos de desobediencia al derecho ilegítimos, como son los delitos y las faltas. Al faltar el elemento de antijuridicidad en la desobediencia civil —nos dice

⁸⁰ El profesor Millán Garrido, Antonio explica esto claramente en su libro La objeción de conciencia, Madrid, Editorial Tecnos, 1990, p. 143 y ss.

⁸¹ Escrivá Ivars, Javier, "La objeción de conciencia", en Ars Juris, No. 10, México, Revista del Instituto de Investigación y Documentación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, 1993, p. 101.

este jurista— no puede considerarse una conducta ilícita, en un sistema democrático donde existe una real protección a los derechos humanos.

Disentimos del punto de vista del profesor Escrivá, puesto que, como veremos más adelante y sin perjuicio de que tratemos con más detenimiento esta figura, la desobediencia civil es una cuestión distinta de la objeción de conciencia, porque no podemos considerarla legítima o legal en ningún caso. Aunque recientemente se le ha tolerado, no podemos olvidar que la desobediencia civil es un tipo de resistencia pacífica ante un sistema o medida política, o ante una ley o conjunto de leyes que se consideran injustas o desacertadas. La desobediencia civil es en definitiva una medida pacífica de presión para que el gobierno modifique ciertas leyes o políticas de gobierno.

Incluso suele ser considerada como un arma política, pero siempre en el marco de la ilegalidad. El fundamento de la desobediencia civil es por tanto la libertad política o la libertad de expresión, pero no el derecho fundamental de libertad religiosa y de conciencia, aunque en ocasiones coincidan en muchos aspectos.

El profesor González del Valle, por su parte y refiriéndose en concreto al derecho español, niega el carácter de derecho fundamental a la objeción de conciencia y la considera como un derecho autónomo constitucional o legalmente reconocido.

En este sentido, habla el profesor González del Valle de un derecho de objeción de conciencia al servicio militar establecido en el artículo 30.2 de la

Constitución española —único supuesto de objeción de conciencia constitucionalmente reconocido en el ordenamiento español—, pero no admite un derecho general a la objeción de conciencia. De igual manera, no admite este profesor que el fundamento de la objeción de conciencia sea la libertad religiosa y de conciencia ya que "fundamentar el derecho a no hacer el servicio militar en la ideología, religión o creencias de los españoles resulta, según mis luces, incongruente. Consiste ni más ni menos que en dividir a los españoles en dos categorías —los que profesan determinadas ideologías o religiones y el resto— para imponerles distintas obligaciones como consecuencia".⁸²

Disentimos también del punto de vista del profesor González del Valle, toda vez que precisamente ése es el punto clave —a nuestro modo de ver— de la objeción de conciencia: que el derecho conceda la suficiente relevancia jurídica a las convicciones de conciencia como para determinar la posibilidad de una excepción al cumplimiento de una obligación legal general.

El profesor Navarro-Valls va mucho más lejos todavía, y sostiene que la objeción de conciencia debe ser considerada como un derecho humano fundamental derivado de las libertades religiosa y de conciencia.⁸³ Reconoce este autor un derecho general de objeción de conciencia, y alega en su favor una presunción general de legalidad, a menos que se justifique su limitación, de acuerdo con los límites claramente establecidos al ejercicio de las libertades

82 González del Valle, José María, Derecho eclesiástico español, 3ª edición, Asturias, Universidad de Oviedo, 1995., p. 319.

83 Navarro- Valls, Rafael, Derecho eclesiástico del estado español, *op. cit.*, p. 487.

religiosa y de conciencia. Nos parece que el profesor Navarro-Valls se excede respecto a la consideración del derecho de objeción de conciencia como un derecho general, ya que, como veremos enseguida, no podemos perder de vista el principio general de la obligatoriedad de toda ley o mandato de autoridad en un Estado de derecho, a menos que exista una razón de suficiente entidad como para justificar válidamente una excepción al deber general de obedecer a la autoridad.

Finalmente tenemos la opinión del profesor Prieto Sanchís, para quien la objeción de conciencia es una modalidad de la libertad de conciencia y se resuelve como un asunto de conflicto de normas: la norma constitucional que consagra el derecho fundamental de libertad religiosa y de conciencia, y la norma que prescribe el deber legal que pretende objetarse. Este conflicto debe resolverse a la luz de los límites de la libertad de conciencia.⁸⁴

Ésta es la opinión que nos parece más atinada al hablar de la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia, aunque no negamos su carácter positivista. Sin embargo, nos parece que esta concepción es la que puede permitir una noción verdaderamente jurídica de la objeción de conciencia y su entrada al terreno de la legalidad.

En nuestra opinión y pretendiendo ser más precisos en este tema, consideramos que la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia es la de

84 En Iban C. Iván, Luis Prieto y Agustín Moilla, *Curso de derecho eclesiástico*, op. cit., p. 351.

"una excepción a la obligación de cumplir un determinado deber legal por razones de conciencia, ya sea que se funden en motivaciones religiosas o simplemente éticas". Su fundamento sería por tanto, las libertades religiosa y de conciencia, por considerar a la objeción de conciencia como una modalidad más de la libertad de conciencia.

En consecuencia, la objeción de conciencia no puede considerársele como un derecho fundamental y autoaplicable por todos los funcionarios ni autoridades, sino que la autoridad encargada de exigir el cumplimiento de la ley valorará las circunstancias particulares del caso para ver si no se rebasan los límites del derecho de libertad religiosa y de conciencia, y por lo tanto es **procedente la objeción.**

Consideramos que esta valoración puede hacerla cualquier autoridad, y quedarían abiertas las vías ordinarias para inconformarse en su caso contra esta resolución.

El tratamiento jurídico de la objeción de conciencia pretende conciliar el ejercicio del derecho de libertad religiosa y de conciencia, con la obediencia que deben los gobernados a las leyes y mandatos de autoridad, de tal manera que, sin menoscabar el orden jurídico y la autoridad estatales, se respete y proteja la libertad religiosa y de conciencia. Para lograrlo es imprescindible un análisis profundo de los alcances y límites del derecho de libertad de conciencia, en el cual se apoya y fundamenta la objeción de conciencia. Como todos los derechos humanos y las libertades públicas, no son derechos

absolutos, sino que están subordinados al orden público o, más precisamente, al bien común.

La dificultad que esto conlleva explica que todavía en algunos países, como es el nuestro, en los que es muy reciente la consagración legal del derecho de libertad religiosa, se muestre una cierta reticencia al reconocimiento y aceptación de la objeción de conciencia.

Finalmente, debemos advertir que cuando admitimos el reconocimiento jurídico de la objeción de conciencia, estamos admitiendo que las leyes ordinarias no siempre constituyen límites suficientes al ejercicio de la libertad de conciencia, sino que se precisa, además, que concurran otros límites señalados, por ejemplo en los instrumentos internacionales de derechos humanos, como son los conceptos de orden, moral y salud públicos, derechos de terceros, etcétera tema del que nos ocuparemos más adelante, pero que no queremos dejar de mencionar en este apartado.

Esto significa, por lo tanto, que no basta para negar la objeción de conciencia el que contradiga un mandato legal, porque la objeción de conciencia es precisamente una excepción al deber general de obedecer las leyes, sino que se precisa además que su incumplimiento infrinja algunas de las otras limitaciones al derecho de libertad de conciencia.

2.4. Tipos de objeción de conciencia

Para hablar de las distintas modalidades de objeción de conciencia que pueden presentarse, es preciso referirnos a los distintos tipos de conflictos que pueden surgir entre un determinado deber legal y la conciencia personal de un individuo. Por este camino llegamos a la siguiente clasificación de objeciones de conciencia:

a) Absolutas o relativas. Esta clasificación obedece a las consecuencias del incumplimiento del deber legal. Son objeciones de conciencia absolutas cuando la consecuencia del incumplimiento del deber legal es la imposición de una sanción, ya sea de tipo penal o administrativo.

Son objeciones de conciencia relativas cuando la consecuencia del incumplimiento del deber legal es la privación de un beneficio.

En el primer caso, es una objeción de conciencia propiamente dicha porque el deber legal constituye claramente una obligación positiva. En el segundo caso, es una objeción de conciencia en sentido impropio, ya que no hay obligación ineludible de cumplir el deber legal, pero sí es un requisito o condición para tener derecho a un beneficio. Por ejemplo, estar afiliado al sistema de seguro obligatorio para obtener el permiso para conducir un vehículo. Hay algunas sectas religiosas que prohíben el aseguramiento por considerarlo como un signo de desconfianza en la providencia divina.

b) Comportamiento omisivo o activo. Esta clasificación se relaciona con el contenido del deber legal, si se trata de una obligación de hacer o de no

hacer. Es más frecuente que el contenido de los tipos penales sean conductas prohibidas, y por lo tanto el contenido del deber legal es de no realizar determinadas conductas o comportamientos que están prohibidos por el ordenamiento jurídico. En cambio, en otras materias del derecho, como por ejemplo el derecho administrativo, es más común que el contenido del deber legal sea la realización de una determinada conducta.

c) Con o sin prestación sustitutoria. Esta clasificación obedece a las condiciones requeridas para permitir la objeción de conciencia en un determinado supuesto, y depende del tipo de deber legal de que se trate, ya que hay determinados deberes legales que, por su misma naturaleza, no admiten la posibilidad de una prestación social sustitutoria.

Sería el caso del aborto en los países en que está permitido. Aunque no puede hablarse propiamente de un deber legal de practicar abortos, sí es verdad que hay hospitales estatales en los cuales las consecuencias de negarse a practicar abortos puede acarrear al personal perjuicios de diversa índole: como el despido del centro de trabajo o, en el mejor de los casos, la privación de un ascenso al que de otro modo se tendría derecho.

En el caso del aborto, no puede establecerse una determinada prestación sustitutoria más allá del deber general de médicos, enfermeras, y demás personal sanitario, de cumplir acabadamente sus demás deberes profesionales en el centro de trabajo. Ello también por el carácter excepcional que reviste el

aborto mismo, ya que parte de un reconocimiento a la vida, y sólo por excepción y en determinadas circunstancias admite la posibilidad del aborto.

d) Legales o ilegales. Se refiere al reconocimiento jurídico del derecho de objeción de conciencia en ciertos casos, como, por ejemplo, el caso del servicio militar en España y en otros países de la Unión Europea. En estos casos se discute si se trata de una verdadera objeción de conciencia, o más bien de una opción que la ley prevé. Esto no se cuestiona en el caso de la objeción de conciencia reconocida por la vía jurisprudencial, como una medida de protección al derecho de libertad religiosa, ideológica o de conciencia.

2.5. Distinción de figuras afines

Para una mejor comprensión de la objeción de conciencia, desde el punto de vista jurídico, es preciso distinguirla tanto de los tipos de transgresión ilegítima del orden jurídico como los delitos y las faltas, como de otros casos legítimos de transgresión del orden jurídico, también llamados causas de justificación en materia penal, entre las que se encuentran el estado de necesidad, la legítima defensa, el ejercicio de un derecho y otras.

Como hemos señalado con anterioridad, pretendemos construir una noción jurídica de objeción de conciencia que no implique una transgresión al orden jurídico, sino una excepción legítima al deber general de obedecer al derecho por respeto a la libertad de conciencia.

Dejando claro este punto, es conveniente, sin embargo, distinguir en primer lugar la objeción de conciencia de algunas formas ilegítimas de transgresión al orden jurídico con las que suele confundírsele:

1. Dentro de estas formas ilegítimas encontramos dos grandes divisiones:

a) Aquellas que no pretenden la modificación total o parcial del orden jurídico. Dentro de éstas tenemos:

Los actos ilícitos que dan lugar a una responsabilidad civil.

Los delitos y las faltas que dan lugar a una responsabilidad penal y administrativa, además de la civil.

b) Aquellas que pretenden la modificación total o parcial del orden jurídico. Entre éstas tenemos:

Las que utilizan medios violentos como la revolución y la rebelión.

Las que utilizan medios pacíficos como la desobediencia civil.

Hago la advertencia de que cuando la objeción de conciencia no es reconocida jurídicamente en un sistema jurídico como el mexicano, entonces sí suele considerársele como un delito o como una falta administrativa. Por ejemplo, la negativa a prestar el servicio militar obligatorio está considerada como delito y es castigada con varios años de prisión en las legislaciones de muchos países europeos. Asimismo, la negativa a administrar determinados tratamientos terapéuticos puede dar lugar a una responsabilidad penal o, al menos, a una responsabilidad profesional por parte del personal médico de un

hospital, o de los padres o tutores en el caso de menores de edad. La negativa a honrar los símbolos patrios suele ser considerada como una falta administrativa que es sancionada en distinta medida, según se trate de los alumnos o de los profesores en el ámbito de la escuela pública.

Entre todas estas figuras que constituyen transgresiones ilegítimas del orden jurídico, sólo me detendré a analizar la desobediencia civil.

La desobediencia civil es tal vez la figura jurídica con la que más frecuentemente suele confundirse a la objeción de conciencia. Esto se debe, quizá, a que se trata de una forma de transgresión al derecho que en ocasiones ha sido tolerada, y llega incluso a reconocerse en algunos países como una estrategia política.

Asimismo, hay otra causa que explica la confusión entre la objeción de conciencia y la desobediencia civil. Se trata de los movimientos colectivos de objetores de conciencia al servicio militar y de los llamados "insumisos".⁸⁵

Aunque se les denomine objetores de conciencia, vemos que se trata más bien de verdaderos movimientos de desobediencia civil. Esto podremos apreciarlo más claramente una vez que señalemos las características de la desobediencia civil y sus diferencias y semejanzas con la objeción de conciencia.

85 Se les llama "insumisos" a aquel tipo de objetores que se niegan también a realizar cualquier prestación social sustitutoria como una forma de manifestar su desacuerdo con las políticas de reclutamiento militar en un determinado país.

Respecto a la desobediencia civil, sabemos que en el siglo pasado Henry David Thoreau, ciudadano norteamericano, promovió un movimiento de desobediencia civil para cuestionar el deber de participar en la guerra de Estados Unidos contra México, por considerarla injusta.⁸⁶

En cuanto al término, parece ser que comenzó a utilizarse para distinguirla de la desobediencia militar, considerando la desobediencia civil como una desobediencia a una orden de un superior jerárquico fuera del ámbito militar.

La desobediencia civil se hizo popular con Ghandi quien, utilizando medios pacíficos logró la independencia de su país respecto del colonialismo británico.

Actualmente es considerada como una estrategia política para conseguir la modificación de ciertas leyes o políticas del gobierno, en ocasiones de modo directo, desobedeciendo la o las leyes que se pretenden modificar, y otras de manera indirecta, desobedeciendo una o más leyes que en sí mismas no se pretenden modificar, como un modo de presión para que el gobierno reforme o cambie una determinada legislación o política de gobierno.

La desobediencia civil y la objeción de conciencia se distinguen antes que nada en que la objeción de conciencia, jurídicamente considerada es una institución legal siempre y cuando reúna todos y cada uno de sus elementos esenciales. Cuando es reconocida se le considera como un caso de excepción al derecho.

Thoreau, Henry D., *Desobediencia civil*, traducción Ma Eugenia Díaz, Tecnos, Madrid, 1987

En cambio, la desobediencia civil siempre es ilegal. Por eso, la desobediencia civil carece de naturaleza jurídica propiamente hablando, aunque hay que admitir que en ciertos regímenes se le reconoce el carácter de estrategia política.

Veamos a continuación algunas otras distinciones entre objeción de conciencia y desobediencia civil.

a) Desde el punto de vista de los motivos en los que se basan para desobedecer a la ley, vemos que mientras que la objeción de conciencia se funda en motivos éticos exclusivamente, la desobediencia civil pretende justificar la transgresión al orden jurídico en motivos éticos o políticos.

b) Desde el punto de vista de las pretensiones o finalidad que persigue una u otra, vemos que en la desobediencia civil se busca la modificación de uno o varios preceptos o actos o políticas de gobierno, mientras que en la objeción de conciencia se busca el respeto a la libertad de actuar conforme a los dictados de la propia conciencia.

c) Desde el punto de vista de su procedencia, vemos que la desobediencia civil requiere agotar los recursos jurídicos y políticos ordinarios, mientras que la objeción de conciencia no.

d) Desde el punto de vista de su naturaleza, la desobediencia civil es una estrategia o método de transformación jurídico-político. Mientras que la objeción de conciencia es una excepción al cumplimiento de un deber legal por motivos de conciencia.

e) Desde el punto de vista de su fundamento, la desobediencia civil se funda en el derecho de participación política, que es un principio democrático. La objeción de conciencia se funda en los derechos de libertad religiosa y de conciencia.

f) Desde el punto de vista de la forma en que se realiza, la desobediencia civil, en ocasiones, es indirecta, es decir, que se violan determinados preceptos para presionar al gobierno a que modifique otros. En cambio la objeción de conciencia siempre es directa, es decir, se incumple el precepto que se considera violatorio de las propias convicciones de conciencia.

g) Desde el punto de vista de las sanciones, en la desobediencia civil se aceptan las sanciones impuestas por la transgresión legal, y con ese gesto se demuestra un amplio respeto por el derecho y una conformidad generalizada con el Estado en el cual se habita.

h) Desde el punto de vista de su publicidad, la desobediencia civil siempre es pública, porque pretende precisamente llamar la atención sobre una situación injusta o de otro tipo. En cambio la objeción de conciencia es personal y privada.

A pesar de estas diferencias, la desobediencia civil y la objeción de conciencia tienen algunas semejanzas como es la no violencia, no pretender cambios al sistema legal en su conjunto y que ambas son formas de desobediencia al derecho desde el punto de vista de la filosofía moral y política.

2. Dentro de las formas legítimas de transgresión al orden jurídico o casos de excepción al derecho que es preciso distinguir de la objeción de conciencia se encuentran:

a) Las causas de justificación en el ámbito del derecho penal.

b) La cláusula de conciencia en el ámbito del trabajo de los periodistas.

a) Las causas de justificación vuelven legítima una conducta tipificada como delito al faltar el elemento de la antijuridicidad. Se distinguen de la objeción de conciencia en que las conductas amparadas por las causas de justificación se encuentran tipificadas como delito, siempre y en todo caso. En cambio, las conductas amparadas por la objeción de conciencia no siempre se encuentran tipificadas como delito, aunque el supuesto más frecuente, el de la negativa a prestar el servicio militar obligatorio, sí se le considera como una conducta delictiva.

Por antijuridicidad entendemos "lo contrario al derecho". Más concretamente significa que la conducta tipificada como delito no está justificada por alguna de las causas de justificación señaladas en los ordenamientos penales, como son la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho, etcétera.

Para Jiménez de Azúa "son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que pueden subsumirse en un tipo legal; esto

es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen" ⁸⁷

"En suma —sigue diciendo este autor— las causas de justificación no son otra cosa que aquellos actos realizados conforme a derecho. Su concepto depende, pues, de la antijuridicidad..." ⁸⁸

La objeción de conciencia, desde el punto de vista jurídico, es semejante a las causas de justificación, aunque puede estar referida a cualquier tipo de trasgresión al orden jurídico. En cambio, las causas de justificación se refieren únicamente a conductas delictivas muy concretas, como es el homicidio, en el caso de la legítima defensa, o el robo en el caso del estado de necesidad.

b) La cláusula de conciencia también es una forma legítima de trasgresión o de excepción al derecho, ya que constituye un motivo justificado de rescisión de la relación laboral en el caso de los periodistas y las empresas informativas para las cuales trabajan.

"La cláusula de conciencia —nos dice José María Desantes— es una cláusula implícita, por mandato legal, en el contrato de trabajo que sirve de *lex privata* a la relación laboral informativa". ⁸⁹

87 Jiménez de Azúa, Luis, Treatado de derecho penal, 3a edición, Buenos Aires, Editorial Losada, 1965, tomo III, p. 1035.

88 *Idem*.

89 Desantes, José María, Alfonso Nieto, Miguel Urabayen., La cláusula de conciencia, Pamplona, EUNSA, 1978, p. 145.

RECEIVED
 JUL 23 1978
 LIBRARY OF THE
 UNIVERSITY OF
 CALIFORNIA

Se distingue de la objeción de conciencia en que la cláusula de conciencia se da en el ámbito de las relaciones contractuales de derecho laboral de los periodistas, e implica una desobediencia al patrón (en este caso la empresa periodística) por razones de conciencia, pero no una transgresión a una norma jurídica que impone un determinado deber legal, como sucede en el caso de la objeción de conciencia.

Sin embargo, es frecuente incluir a la cláusula de conciencia como un tipo de objeción de conciencia, tanto porque el deber de obedecer a los patrones está contenido en un precepto de la ley laboral, como porque el dato que determina la justificación de la rescisión de la relación laboral es el dato de conciencia.

En nuestra opinión es conveniente distinguir la cláusula de conciencia de los periodistas, de la objeción de conciencia en general, toda vez que no es lo mismo incumplir un deber legal prescrito por una norma jurídica que un incumplimiento de contrato en el ámbito de las relaciones laborales. Es más grave el incumplimiento de un deber legal prescrito por una norma jurídica que la desobediencia a un deber contractual derivado de una relación laboral. Por ello el tratamiento de la objeción de conciencia suele ser distinto, y requiere en todo caso para que proceda la objeción de conciencia que el incumplimiento del deber legal no transgreda los límites de las libertades religiosa y de conciencia, de los que hablaremos con más detenimiento en un capítulo subsiguiente.

Con esta opinión coincide José María Desantes, quien al respecto afirma que "la cláusula de conciencia no se identifica con la objeción de conciencia más que por el hecho causal: la conciencia".⁹⁰

Varía por lo tanto, el ámbito en el que se dan una y otra, pero el fenómeno es el mismo. Puede estar o no reconocida por el ordenamiento jurídico. La cláusula de conciencia se da en el ámbito de una relación laboral de tipo privado o asimilado al derecho privado, en el que el acuerdo de voluntades hizo surgir esa relación jurídico-laboral. Se incumple, pues, una obligación voluntariamente contraída, pero este incumplimiento es legítimo por la causa que lo motiva. En cambio el ámbito de la objeción de conciencia es de una relación en el que la voluntad no originó esa obligación, aunque en ocasiones tenga cierta participación al colocarse la persona en el supuesto del hecho que hace surgir la obligación jurídica o consecuencia de derecho.

Lo importante de estas distinciones, por un lado, es que permiten darnos cuenta de que la objeción de conciencia no es el único caso de excepción al derecho, y por otro, que tampoco es el único caso en el que el derecho se ocupa de la conciencia moral del individuo, hasta hacerla relevante ante el derecho, y capaz de constituir un motivo legítimo de justificación de una conducta en principio prohibida por el ordenamiento jurídico.

90 *Idem.*

Podríamos preguntarnos ¿cómo es posible que el derecho pueda enjuiciar los datos de conciencia que son íntimos e impenetrables para cualquier persona ajena al objetor? Sobre este punto son interesantes las observaciones que hace José María Desantes a propósito de la cláusula de conciencia:

"El derecho no juzga acerca de las intenciones, ni juzga acerca de los hechos que ocurren en el interior de la personalidad del hombre [...] Que el hecho de conciencia tenga su origen y desarrollo en el interior del hombre no empece el que, tras su manifestación externa, repercuta en la vida de la comunidad cuyo ordenamiento, sin dejar de ser ético, es ya jurídico por naturaleza".⁹¹

Por otra parte —agrega—, la extrapolación del hecho interior de la conciencia a la esfera externa, que ya cae bajo el imperio del derecho, se produce de varias formas:

a) Una de ellas, porque el mismo hombre que ha vivido las experiencias sucesivas de la conciencia quiera exteriorizarlas o, al menos, exteriorizar sus efectos; son ejemplo de ello el matrimonio de conciencia y las obligaciones de conciencia como subespecie de las obligaciones naturales.

b) Otras veces es el ordenamiento jurídico el que establece un cinturón de seguridad para salvaguardar, no ya la intimidad, sino la conciencia libre del individuo. Una de estas fortalezas de la conciencia la constituyen los

⁹¹ *Op. cit.*, p. 181.

ordenamientos que, al menos como regla general, han reconocido y regulado el secreto profesional del informador (o de los ministros religiosos en el curso de un proceso civil).

c) Finalmente, el derecho se ocupa también de la conciencia cuando, sin entrar en su formación y en su desenvolvimiento interno, regula las consecuencias de su acción normativa o enjuiciadora. Éste es el supuesto de la objeción de conciencia en los ordenamientos jurídicos y en la tendencia de autores que admiten su institucionalización como Langlande-Demoyen. Y éste es el caso también de la cláusula de conciencia.

"La ley ha tomado en cuenta el dato subjetivo de la conciencia del profesional de la información como causa que se conecta con determinados efectos".⁹²

Para la procedencia de la cláusula de conciencia se necesitan menos requisitos que para la procedencia de la objeción de conciencia. "Basta con que éste (el periodista) apele al testimonio de la conciencia para que se produzcan los efectos jurídicos que la ley le atribuye".

El hecho de que el incumplimiento de una cláusula del contrato de trabajo sea menos grave que la transgresión de un deber legal prescrito por una norma jurídica, permite que la procedencia de la cláusula de conciencia sea más sencilla que en el caso de la objeción de conciencia.

⁹² *Idem*

"En la cláusula de conciencia —nos dice José María Desantes— la ley rinde un tributo a la libertad de las conciencias de los informadores. No entra en la averiguación de si la conciencia está bien o mal formada, si es cierta o dudosa, ni si la decisión de la voluntad coincide con el dictamen de la conciencia. Parece dar así una posibilidad de fraude que, efectivamente, puede producirse. Pero los riesgos de producción de fraude no son tan grandes como, a primera vista, pueda parecer. En la vida jurídica, la buena fe se presume siempre. Este principio general ha inspirado al legislador al establecer la cláusula de conciencia".⁹³

"El reconocimiento de la libertad de las conciencias —termina diciendo este autor— en que consiste la cláusula, está en función de suponer, con presunción *iuris tantum*, como en el principio de la buena fe, que la conciencia del informador ha emitido correctamente su dictamen. En otras palabras, ha verificado criteriológicamente la subsunción de unos datos fácticos en unos principios. La presunción, que incluye por axioma el riesgo de error, se reduce, sin embargo, a suponer que está bien hecha la subsunción y están correctamente apreciados los hechos. La ley muestra con ello la confianza en el informador profesional en cuanto tal".⁹⁴

⁹³ *Ibidem*, p. 184.

⁹⁴ *Idem*.

2.6. Conclusiones de este capítulo

a) La objeción de conciencia es un término de reciente acuñación, aunque la realidad a la que se refiere se remonta al nacimiento mismo de la comunidad política bajo el mando de una autoridad. Esta realidad es la confrontación entre un mandato de la autoridad política y las convicciones de conciencia del destinatario del mandato, que lleva a plantearse la desobediencia a la autoridad por razones de conciencia.

b) Podemos distinguir tres etapas en la evolución del fenómeno de la objeción de conciencia que desembocan en su reconocimiento jurídico a principios del siglo XX. Se trata, por tanto, del tránsito de la objeción de conciencia desde la clandestinidad hasta su reconocimiento jurídico como derecho derivado del derecho de libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia

c) La objeción de conciencia desde el punto de vista jurídico, en nuestra opinión, es “una excepción al cumplimiento de un deber legal por motivos de conciencia, bajo determinadas condiciones y respetando ciertos límites necesarios para proteger el orden público o bien común y los derechos de terceros”

d) Los elementos esenciales de la objeción de conciencia son:

Que ampare un comportamiento individual.

Que exista un claro deber legal para el objetor que se oponga a sus convicciones morales.

Que los motivos que explican la oposición al cumplimiento del deber legal sean motivos de conciencia.

Que la consecuencia del incumplimiento del deber legal sea una sanción o la privación de un beneficio.

Que respete ciertos límites, es decir que de permitirse la objeción de conciencia no se afecten derechos de terceros ni se quebrante la justicia -natural o positiva- ni se lesione el orden público o bien común.

e) La naturaleza jurídica de la objeción de conciencia es el de una excepción al cumplimiento de un determinado deber legal por razones de conciencia. Se funda en las libertades religiosa, de pensamiento y de conciencia, y se le concibe más concretamente como una modalidad de la libertad de conciencia.

f) Encontramos los siguientes tipos de objeciones de conciencia:

Absolutas y relativas.

Comportamiento omisivo o activo.

Con o sin prestación sustitutoria.

Legales o ilegales.

g) Debemos distinguir la objeción de conciencia de otras figuras afines, tales como:

Los actos ilícitos que dan lugar a una responsabilidad civil .

Los delitos y las faltas que dan lugar a una responsabilidad penal administrativa.

CAPÍTULO TERCERO

EL ENFOQUE DEL DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO

3.1 Introducción

3.2. Origen y evolución del término derecho eclesiástico del Estado.

3.3. Origen del derecho eclesiástico del Estado como disciplina jurídica autónoma.

3.4. La disciplina de derecho eclesiástico del Estado desde el punto de vista académico

3.5. Problemas actuales que enfrenta el derecho eclesiástico del Estado como disciplina jurídica.

3.5.1 Denominación y objeto de estudio.

3.5.2 Contenido del derecho eclesiástico del Estado.

3.5.3 Las fuentes del derecho eclesiástico del Estado

3.5.4 Hacia una definición del derecho eclesiástico del Estado.

3.6. El derecho eclesiástico del Estado mexicano:

3.6.1 El principio de libertad religiosa

3.6.2 El principio de separación entre la Iglesia y el Estado

3.6.3 El principio de laicidad

3.6.4 El principio de igualdad y la Iglesia católica.

3.7. Conclusiones de este capítulo

3.1 Introducción

El derecho eclesiástico del Estado (DEE) es una disciplina jurídica poco conocida y desarrollada en México. Se debe lo anterior a la difícil trayectoria que las relaciones Iglesia-Estado han seguido en nuestro país.

Es verdad que desde la Constitución de 1917 —y aún antes, con las llamadas leyes de Reforma— existía en México una normativa específica que reflejaba la postura del Estado mexicano ante el fenómeno religioso, y en concreto frente a las agrupaciones religiosas denominadas "Iglesias".⁹⁵

La Constitución mexicana de 1917 adoptó como una de sus decisiones fundamentales, la subordinación de la Iglesia al Estado.⁹⁶

Mucho se ha escrito sobre las condiciones que motivaron dicha decisión por parte de la facción revolucionaria que llegó al poder al triunfo de la Revolución mexicana de 1910.⁹⁷

A pesar de la numerosa literatura de carácter histórico-político que surgió como consecuencia de este hecho, prácticamente no se publicaron estudios que

95 Cfr. texto original de los artículos 30., 50., 24, 27 y 130 de la Constitución Política de 1917, de la Ley Reglamentaria del artículo 130 constitucional (ley de cultos) y del Código Penal en los artículos correspondientes a las violaciones al texto constitucional y a su ley reglamentaria, todos ellos vigentes hasta la reforma constitucional de 1992.

96 El constitucionalista mexicano Jorge Carpizo, habla de siete principios básicos de la Constitución de 1917 en su texto original. Entre ellos menciona "la supremacía del Estado sobre las Iglesias". Al respecto nos dice: "En la Constitución de 1917 se superó el principio de la separación del Estado y las Iglesias para configurarse la plena supremacía del primero sobre las segundas según lo dispone el artículo 130 Constitucional". Cfr. *Estudios constitucionales*, 5ª. edición, México, Porrúa, 1996, p. 468.

97 El propio Carpizo parece explicar esta decisión por razones históricas y políticas, considerando el papel histórico que representó la Iglesia católica al apoyar a los grupos conservadores que resultaron perdedores frente a la reforma liberal; cfr. *Estudios constitucionales*, *op. cit.*, p. 467.

analizaran e interpretaran la nueva normativa desde el punto de vista jurídico,⁹⁸ debido a que, también por peculiares razones histórico-políticas, la legislación antireligiosa no llegó a aplicarse, y cuando se intentó hacerlo se desencadenó un conflicto armado de tal magnitud que resultó realmente imposible su aplicación.⁹⁹

Así es como, a pesar de existir un derecho eclesiástico mexicano desde 1917 —entendido éste como legislación estatal en materia religiosa—, puede decirse que la disciplina jurídica del derecho eclesiástico del Estado mexicano vio la luz hasta las reformas en materia religiosa de 1992, año en que comenzaron a publicarse los primeros estudios en esta materia.¹⁰⁰

98 Sobre este punto Alberto Pacheco nos dice que "los que se escribieron con anterioridad, no son estudios que puedan calificarse como jurídicos analizando las leyes o sus principios y justificación. La única excepción en la que se produjeron trabajos de mérito () fue la legislación en materia educativa por el gran interés que siempre suscitaron las leyes de educación, y en relación a las cuales, existen trabajos jurídicos de relieve". Pacheco Escobedo, Alberto. Temas de derecho eclesiástico del Estado mexicano, México, Ediciones Centenario, 1993, p. 19

99 Nos referimos a la llamada Guerra Cristera, que tuvo lugar en nuestro país de 1926 a 1929.

100 Señalamos a continuación algunos de los principales títulos.

Adame Goddard, Jorge. "Las reformas constitucionales en materia de libertad religiosa", en: Ars Iuris No. 7, México, Revista del Instituto de Investigación y Documentación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, pp. 1-21.

. Análisis de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, en Ars Iuris No. 9, pp. 271-312.

Autores varios. Estudios jurídicos en torno a la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, México, Secretaría de Gobernación-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, 268 pp.

González Fernández, J. Ruiz Massieu y José Luis Soberanes. Derecho eclesiástico del Estado mexicano, 2ª ed., México, Porrúa, 1993, 344 pp.

González Schmall, R. El nuevo marco jurídico en materia religiosa, México, Umbral II XXI, 1993.

. El derecho eclesiástico mexicano, México, Porrúa, 1997.

No ha ocurrido lo mismo en otros países, incluso de nuestra misma tradición jurídica, como España, Italia o Alemania, en los que la disciplina del derecho eclesiástico del Estado tiene carta de naturalización desde hace varias décadas. Si bien es verdad que no en todos los países se le reconoce la categoría de disciplina autónoma,¹⁰¹ son muy numerosas las publicaciones de corte jurídico que analizan, comentan e interpretan la normativa vigente que regula las relaciones Iglesia-Estado en los distintos sistemas.¹⁰²

Jiménez Urresti, Teodoro Ignacio. Reestreno de las relaciones entre el Estado mexicano y las Iglesias, México, Ed. THEMIS, p. 251.

Méndez Gutiérrez A.(coord.). Una ley para la libertad religiosa. México. Diana-Cambio XXI,1992.

Pacheco Escobedo, Alberto. Temas de derecho eclesiástico del Estado mexicano. México, Ediciones Centenario, 1993, 141 pp.

Soberanes Fernández, José Luis. "De la intolerancia a la libertad religiosa en México". en *Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Serie E:Varios, núm. 71. 1996. pp. 543-550.

101 *Cfr. infra*, p.99.

102 Señalamos a continuación algunos de los principales títulos de derecho eclesiástico del Estado publicados en España: AA.VV., Tratado de derecho eclesiástico, Pamplona, España. Instituto Martín de Azpilcueta, Facultad de Derecho Canónico. Universidad de Navarra. Ediciones Universidad de Navarra, 1994.

AA.VV., Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Profesor Pedro de Lombardia, Madrid. Edersa-Universidad de Navarra-Universidad Complutense de Madrid. 1989. pp.893.

González del Valle, José María. Derecho eclesiástico español, 3a. edición. Asturias, España. Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones. 1995. 411 pp.

—, "El derecho eclesiástico: denominación, origen, evolución y materias que abarca", en AA. VV., Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro de Lombardia. Madrid, España. UCM, EUNSA, EDERSA. 1989. pp. 149-162.

A fin de estar en posibilidad de comprender mejor el incipiente derecho eclesiástico mexicano, es preciso hacer primero un breve repaso sobre el origen, desarrollo y características de esta disciplina en general, para luego referirnos al caso mexicano.

3.2. Origen y evolución del término derecho eclesiástico del Estado

El término derecho eclesiástico del Estado ha sufrido una significativa transformación, acorde con la realidad histórico-política de cada época y país.

Podemos distinguir las siguientes etapas en la evolución del término:¹⁰³

Llamarez Fernández, Dionisio. Derecho eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia, 2ª ed., AGISA, Universidad Complutense, Madrid, 1991

Navarro-Valls, Rafael (coordinador), et al., Derecho eclesiástico del Estado español, tercera edición a cargo del Instituto Martín de Azpilcueta, Ediciones, Pamplona, España, Universidad de Navarra, 1993, 544 pp.

Ibán, C. Iván y Luis Prieto Sanchis, Lecciones de derecho eclesiástico, 2a. edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1989, 243 pp.

Souto Paz, José Antonio, Derecho eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias, 3a. edición, revisada y ampliada, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1995, 596 pp

Vera Urbano, Francisco de Paula, Derecho eclesiástico I, Madrid, Editorial Tecnos, 1990.

103 Sobre el origen del término Derecho eclesiástico del Estado. *cfr.* González del Valle, José María, "El derecho eclesiástico denominación, origen, evolución y materias que abarca", en Las relaciones entre la Iglesia y el Estado, *Estudios en memoria del profesor Pedro de Lombardía*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid y Universidad de Navarra, EDESA, 1989, p. 149-162, y Souto Paz, José Antonio, Derecho eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A., 1992, p. 25 y ss.

1o. Derecho eclesiástico como sinónimo de derecho canónico. En una primera etapa y a lo largo de toda la Edad Media el término derecho eclesiástico del Estado se utilizaba como sinónimo de derecho canónico, que era el ordenamiento jurídico propio de la Iglesia católica, promulgado por la propia autoridad eclesiástica.

Se trata de una época en la que la unidad religiosa reinaba por toda la Europa medieval, distinguiéndose claramente a los que profesaban una religión distinta, como musulmanes y judíos, y que eran considerados por este hecho, fuera de esa unidad socio-política conocida como "cristiandad".

2o. Derecho eclesiástico como derecho interno de las distintas confesiones religiosas. El término derecho eclesiástico (*Kirkchenrecht*) surgió en Alemania a principios del siglo XVI para distinguir el derecho canónico de la Iglesia católica (*Kanonisches Recht*) del derecho eclesiástico de las nuevas Iglesias protestantes, que surgieron con la reforma luterana y que se consideraban a sí mismas como las verdaderas continuadoras de la Iglesia fundada por Jesucristo.

La expresión *Kirkchenrecht* necesitó ser adjetivada, pasándose a hablar de derecho eclesiástico católico, derecho eclesiástico evangélico, etcétera. Con la división de la cristiandad, no existiría ya un sólo derecho eclesiástico como lo era el derecho canónico.

Los protestantes no quisieron seguir utilizando el término "derecho canónico", ni siquiera adjetivado (evangélico, anglicano, etcétera), porque tenían una especial aversión al *Corpus Iuris Canonici*, puesto que desde el siglo IV se utilizaba la expresión "canon" para designar las normas provenientes de la autoridad eclesiástica que regulan la vida interna de la Iglesia católica.

Los protestantes, en cambio, consideraban que la autoridad secular o civil era competente para regular la vida y disciplina interna de las Iglesias y por ello utilizaron, adjetivado, el término de derecho eclesiástico, para designar este nuevo derecho que, aunque regulaba la disciplina interna de las Iglesias — incluso en sus elementos más típicamente religiosos, como era la liturgia—, era expedido por la autoridad civil en coordinación con la autoridad religiosa.¹⁰⁴

Los príncipes alemanes que apoyaron la reforma protestante cubrieron en parte el vacío de poder en materia religiosa, surgido del rompimiento con Roma, reuniendo en su persona el poder político y el religioso, convirtiéndose así en legisladores del nuevo derecho eclesiástico que normaba la disciplina y organización de cada una de las iglesias protestantes surgidas en ese momento.

"La diferencia entre el *Kirkchenrecht* católico y el *Kirkchenrecht* de las Iglesias protestantes estriba en que el *Kirkchenrecht* católico está formado, según los católicos, por normas de proveniencia exclusivamente eclesiástica,

104 González del Valle, "El derecho eclesiástico: denominación, origen, evolución y materias que abarca", *op. cit.*, pp. 149-150

mientras que el *Kirkchenrecht* de los protestantes está formado, según ellos, por normas de proveniencia eclesiástica y estatal".¹⁰⁵

"Este nuevo significado del derecho eclesiástico como el derecho del Estado que regula las confesiones religiosas —nos dice el profesor Souto Paz— está extremadamente vinculado al proceso dialéctico poder político y poder eclesiástico. En los países que asumen la religión protestante como religión oficial del Estado, se cierra una larga polémica entre los dos poderes y se inicia el monopolio del Estado en estas materias. Una postura coherente con los principios que animan el Estado absoluto que, por aquel entonces comienza su andadura".¹⁰⁶

3o. Derecho eclesiástico del Estado como una disciplina distinta del derecho eclesiástico que regula la vida interna de las Iglesias. A pesar de que el término fue acuñado por protestantes, los juristas católicos no tuvieron inconveniente en aceptarlo, y es así como posteriormente, se utilizó para designar al derecho promulgado por el Estado para regular la materia religiosa, ya no respecto a la vida interna de las iglesias, sino respecto a la relevancia civil del fenómeno religioso, sobre todo en aquellos países en los que la autoridad política no tenía injerencia en los asuntos internos de las confesiones religiosas.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p.157.

¹⁰⁶ Cfr. Souto Paz, *op. cit.*, p. 25.

Es así como el término derecho eclesiástico del Estado (*Statskirkchenrecht*) comenzó a utilizarse en Alemania en el siglo XIX, para distinguirlo del derecho eclesiástico puro y simple (*Kirkchenrecht*), que era el derecho interno de las distintas Iglesias.

4o. Derecho eclesiástico del Estado como *legislatio libertatis*. Fue a partir de la Segunda Guerra Mundial, al irrumpir con especial fuerza el movimiento universal en favor de los derechos humanos, cuando se empezó a concebir el derecho eclesiástico como una *legislatio libertatis*, es decir, como la regulación jurídica del derecho de libertad religiosa. Esto se dio de modo especial en Italia, y de ahí pasó a España aunque, como decíamos, en cada país ha presentado características particulares.

Sobre esta acepción del término derecho eclesiástico del Estado, nos dice el profesor Souto Paz:

"...todavía es reciente la formulación del derecho eclesiástico como *legislatio libertatis*, es decir, como derecho de libertad religiosa. Los orígenes de esta nueva tendencia parece que se encuentran más que en una evolución científica de la disciplina, en un replanteamiento político de la materia. Esta nueva acepción nace en Italia después de la Segunda Guerra Mundial..."¹⁰⁷

Abundando en los orígenes de la concepción del derecho eclesiástico del Estado como *legislatio libertatis* en Italia, el insigne canonista Pedro de

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 27

Lombardía muestra cómo los acontecimientos histórico-políticos que desembocaron en la Segunda Guerra Mundial influyeron decisivamente en la génesis del concepto del derecho eclesiástico del Estado como *legislatio libertatis*: "...entre las diversas componentes culturales que explican la aludida tendencia [considerar al derecho eclesiástico del Estado como *legislatio libertatis*], se enlaza de manera sutil una cuestión de política legislativa y de aplicación del derecho positivo, muy típicamente italiana, con el gran tema de la crisis del positivismo en la coyuntura histórica de la Segunda Guerra Mundial, que habría afectado al derecho eclesiástico —como se ha observado también en Italia—, con considerable retraso respecto de otras ramas de la ciencia jurídica. No creo que pueda ignorarse el papel que ha desempeñado la idea de *legislatio libertatis*, como componente axiológico de la lucha por superar la residual mentalidad preconstitucional presente en el derecho eclesiástico italiano bastantes años después de la entrada en vigor de la ley fundamental republicana. En definitiva, se estaba reclamando una nueva política eclesiástica, alentada por parte de la bibliografía, por algunos sectores de la jurisprudencia, por el clima en que se forjan determinadas propuestas de revisión constitucional, etcétera. Me resulta difícil precisar lo que la idea conceptual de la *legislatio libertatis* tuvo de estímulo desencadenador o de

legitimación *a posteriori* de tan interesante proceso; pero la conexión entre el hecho cultural y el hecho político resulta evidente".¹⁰⁸

Hoy —sin desconocer la importancia capital del principio de libertad religiosa— prevalece la acepción de derecho eclesiástico del Estado como el estudio, análisis e interpretación de la legislación estatal o del derecho concordatorio —en los casos que lo haya—, en materia religiosa de cada país. Es por ello que se habla de un derecho eclesiástico del Estado español, de un derecho eclesiástico del Estado italiano o de un derecho eclesiástico del Estado mexicano, etcétera.

En este sentido resultan muy pertinentes las palabras de Alberto Pacheco cuando nos dice que "el derecho eclesiástico tiene en consecuencia diverso contenido normativo en los distintos Estados, pero en todos ellos obedece a principios comunes y su materia de estudio es siempre el fenómeno religioso en su dimensión de fenómeno social que le interesa al Estado y que éste regula según su propia filosofía social".¹⁰⁹

3.3. Origen del derecho eclesiástico del Estado como disciplina jurídica autónoma

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 26-27

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 21-22.

Una de las dificultades que enfrenta actualmente el derecho eclesiástico del Estado desde el punto de vista doctrinal es su consideración como disciplina jurídica autónoma.

No en todos los países se admite su autonomía como disciplina jurídica. Hay muchas razones que explican lo anterior. Una de ellas, quizá la de más peso, radica en la dispersión de las normas relativas a la materia religiosa, las cuales se encuentran diseminadas entre una gran variedad de ramas del derecho, como es el derecho constitucional, administrativo, penal, civil, fiscal, internacional público, etcétera.

La extremada especialización ha sido criticada por la dogmática jurídica moderna que pugna por una mayor consideración interdisciplinaria de los estudios y la enseñanza del derecho.

Quizá ello explique que en los países anglosajones no se le considere como una rama autónoma del derecho, y que en Francia y Bélgica siga discutiéndose su categoría autónoma, aunque ello no significa que le nieguen su consistencia y la posibilidad de alcanzarla.

En cambio, en otros países como Austria, Alemania, Italia, Portugal, España —todos ellos de tradición jurídica similar a la nuestra—, el derecho eclesiástico es considerado como disciplina autónoma desde hace bastante tiempo.

Hay quien sostiene que la autonomía de la disciplina se dio en el momento en que el estudio de la legislación estatal sobre la materia religiosa es objeto de un tratamiento autónomo, diferenciado del derecho canónico, al que entonces estaba ligado. Este fenómeno se produce por vez primera en Francia y en Estados Unidos de América del Norte a mediados del siglo XIX, como consecuencia de la neta separación entre la Iglesia y el Estado... "Esa separación entre la Iglesia y el Estado hace que carezca de sentido efectuar un tratamiento conjunto del derecho estatal y del derecho interno de las confesiones religiosas, cual si se tratase de sistemas jurídicos complementarios, que no se explican el uno sin el otro".¹¹⁰

Respecto a la conveniencia de dar a esta materia un tratamiento autónomo se alzan muchas voces, considerando que "el fenómeno religioso tiene características propias muy marcadas lo que hace necesario separarlo normativamente de los demás fenómenos sociales, no para dar privilegios a las confesiones religiosas o a sus miembros, sino para adecuar el ejercicio de la libertad religiosa al ejercicio de las demás libertades, respetando lo que de peculiar tiene la práctica de cualquier religión".¹¹¹

110 González del Valle. "El derecho eclesiástico...". *op. cit.*, p. 152

111 Pacheco, *op. cit.*, p. 22

La consideración autónoma de la ciencia debe interpretarse sin perder de vista la unidad que debe conservar la disciplina jurídica. Así lo sostiene Pedro de Lombardía cuando nos dice que "las fundamentales razones que pueden aducirse en favor de la autonomía científica del derecho eclesiástico son, en definitiva, las mismas que pueden aducirse en favor de la autonomía de las distintas ramas que se van desgajando del añoso árbol del *Ius Commune*, como consecuencia del proceso de progresiva especialización que se va produciendo, debido al avance técnico de los estudios jurídicos. Proceso de especialización, indiscutiblemente positivo, en la medida en que no lleve a perder de vista la unidad fundamental del ordenamiento jurídico y de las ciencias que lo estudian".¹¹²

3.4. La disciplina de derecho eclesiástico del Estado desde el punto de vista académico

En España, la materia de derecho eclesiástico del Estado, fue introducida como materia obligatoria en los planes de estudio del segundo ciclo en el año de 1990,¹¹³ aunque ciertamente venía impartándose desde muchos años antes.

112 Lombardía, Pedro de y Juan Fornés, "El derecho eclesiástico", en AA. VV. Derecho eclesiástico del Estado español. 3ª edición. Pamplona. Ediciones Universidad de Navarra, 1992, pp. 23-87.

113 La historia científica y académica del Derecho eclesiástico en España conoció un momento de particular importancia en 1990, con el real decreto 424/1990 de 26 de octubre (*Boletín Oficial del Estado...*) núm. 278, de 20-XI-1990, p. 34.355-34.357), donde se establecen los requisitos para obtener el título de licenciado en derecho. Este decreto se retrasó en su aplicación por el real decreto 1.267/1994 de 27 de noviembre, por el que se prorrogó el plazo para que las universidades presentaran sus propuestas para homologar sus planes de estudio.

Fue a partir de la Constitución de 1978, cuando España dejó de ser un país confesionalmente católico, cuando la materia de derecho eclesiástico del Estado vino a sustituir gradualmente a la materia de derecho canónico, que se impartía como obligatoria en las facultades de derecho. No quiere decir que se haya abandonado el estudio del derecho canónico, porque ciertamente gran parte del contenido de la materia de derecho eclesiástico del Estado lo constituye el derecho canónico, en virtud de los acuerdos celebrados con la Santa Sede por tratarse de un país mayoritariamente católico.

El cambio refleja el efecto secularizador en esta disciplina jurídica, tanto en España, como mucho antes, en los países de origen protestante

3.5. Problemas actuales que enfrenta el derecho eclesiástico del Estado como disciplina jurídica

El desarrollo de la disciplina enfrenta actualmente no pocos obstáculos y problemas por resolver, respecto a su denominación, su objeto propio y sus fuentes, entre otros.

3.5.1 Denominación y objeto de estudio

La cuestión de su denominación tiene relación con el problema de su objeto propio de estudio.

Respecto a ello, un sector de la doctrina coincide en afirmar que el objeto de estudio de la disciplina en el actual momento histórico, es la regulación jurídica del derecho de libertad religiosa.¹¹⁴

Hay quienes incluso van más allá, y señalan que la libertad de conciencia constituye el objeto propio de estudio del derecho eclesiástico del Estado, siendo la libertad religiosa una derivación de la libertad ideológica y constituyendo ambas (libertad ideológica y religiosa) el reverso de la moneda respecto de la libertad de conciencia.¹¹⁵

Pero también se alzan algunas voces,¹¹⁶ advirtiendo del planteamiento equivocado que supone convertir en objeto propio de estudio de la disciplina, uno de sus principios informadores, como es el principio de libertad religiosa.¹¹⁷

114 Entre otros podemos citar a Souto Paz, Jose Antonio, Derecho eclesiástico del Estado, *op. cit.*, e Iván C. Iban, Prieto Sanchis y Agustín Luis Motilla, Curso de Derecho eclesiástico, Madrid. Universidad Complutense de Madrid, 1991.

115 El principal autor que sostiene esta teoría dentro de los eclesiasticistas españoles es Dionisio Llamazaes. *cfr.* Derecho eclesiástico del Estado, *op. cit.*

116 Entre ellos se encuentran Javier Hervaday José María González del Valle. "El derecho eclesiástico: denominación, origen, evolución y materias que abarca", en Las relaciones entre la Iglesia y el Estado, *Estudios en memoria del profesor Pedro de Lombardía*, Madrid. Universidad Complutense de Madrid, 1989, pp. 149-162.

117 "Se ha definido el derecho eclesiástico como una *legislatio libertatis*. Y la afirmación puede considerarse exacta en la medida en que los eclesiasticistas [...] han contribuido poderosamente a la afirmación de ese principio en la legislación y en la cultura actuales y en la medida en que suele constituir el principio básico de las legislaciones estatales en materia religiosa. No obstante, el principio de libertad religiosa no resuelve, a mi entender, todos los problemas propios del derecho eclesiástico. Tal es el caso del patrimonio histórico artístico, la seguridad social del clero y otros temas". González del Valle, José María. *op. cit.*, p. 160.

Coinciden estos autores en señalar que el objeto de estudio del derecho eclesiástico del Estado es el estudio de la relevancia civil del fenómeno religioso. Es decir, la posición del ciudadano y de las comunidades en el Estado y ante él, en función del fenómeno religioso. Para apoyar sus afirmaciones demuestran cómo dentro del contenido de la materia, se encuentran temas que nada o casi nada tienen que ver con la libertad religiosa, como es todo lo referente al patrimonio artístico de los bienes eclesiásticos, a la seguridad social de los ministros de los cultos, y otras cuestiones parecidas.¹¹⁸

Preocupa a este sector de la doctrina, un empequeñecimiento del objeto de estudio de la disciplina que nos ocupa, y una pérdida de su identidad y consiguiente desprestigio, lo cual crea confusión con la disciplina de los derechos humanos, cuyo objeto de estudio lo constituyen —aquí sí— los derechos de libertad, entre los que encuentra un lugar especialmente importante el derecho de libertad religiosa.

Acorde con esta postura se encuentra la concepción de Alberto Pacheco, cuando afirma que "su materia de estudio es siempre el fenómeno religioso en

118 "El principio de libertad religiosa no es la materia u objeto de la legislación estatal, sino una perspectiva desde la que resulta obligado enjuiciar esa materia [...]; otro tanto cabe decir del principio de igualdad religiosa: libertad e igualdad religiosa no son la materia u objeto del derecho eclesiástico: la materia la constituyen las confesiones religiosas, no una perspectiva, no la única, desde la que debe contemplarse esa legislación. Caben y son necesarias también otras perspectivas. Esta perspectiva se enuncia en forma de principio en la cultura jurídica moderna, ya que casi la totalidad de las constituciones estatales proclaman hoy día la libertad y la igualdad religiosas... la libertad religiosa, lo mismo que la igualdad, no es el objeto de la ciencia del derecho eclesiástico. De otro modo no cabría hacer ciencia del derecho eclesiástico allí donde faltase la igualdad y libertad religiosas [...]. La actitud del Estado respecto a las confesiones es de interés para el eclesiástico, independientemente de que esa actitud propicie o no la libertad religiosa". González del Valle, José María. "El derecho eclesiástico: denominación, origen...", *op. cit.*, p. 161

su dimensión de fenómeno social que le interesa al Estado y que éste regula según su propia filosofía social".¹¹⁹

Estos señalamientos son rebatidos por los que, considerando la evolución que han tenido en la actualidad los derechos humanos, y en particular el derecho de libertad religiosa, niegan la categoría jurídica a todo precepto que en materia religiosa no respete el principio de libertad religiosa o no tienda a desarrollarlo.

Por lo que respecta a la denominación, no están conformes con la denominación actual, entre otros, los que consideran que su objeto de estudio es el derecho de libertad religiosa, o de conciencia. Entre las denominaciones propuestas se encuentran: derecho de la tolerancia, derecho del pluralismo, derecho de libertad de conciencia, derecho de libertad religiosa, etcétera.

Sea lo que fuere, parece razonable la opinión de aquellos que establecen un objeto de estudio más amplio para esta disciplina, sin que por ello se niegue el papel fundamental que juega en su elaboración el derecho de libertad religiosa y de conciencia. Opinamos, en consecuencia, que la denominación de derecho eclesiástico del Estado sigue siendo válida y necesaria, precisamente para evitar la desaparición o pérdida de identidad de una disciplina que se muestra, hoy por hoy, tan importante en el campo jurídico. Piénsese en todas aquellas materias que quedarían fuera de la disciplina si se constriñese su

119 *Cfr. supra*, p.99.

estudio al derecho de libertad religiosa o de conciencia, como por ejemplo lo relativo a la condición jurídica de los ministros de los cultos, la regulación jurídica de los inmuebles destinados al culto, también desde el punto de vista arqueológico o artístico, la cuestión fiscal de las asociaciones religiosas, etcétera, etcétera.

Otro argumento que refuerza lo anterior, y que ya se mencionó al hablar de la autonomía del derecho eclesiástico del Estado,¹²⁰ es la perspectiva propia que el fenómeno o hecho religioso proporciona a nuestra disciplina, lo cual requiere de una especialidad, como es la disciplina eclesiástica. Su propia denominación hace una clara referencia a la dimensión colectiva de la libertad religiosa, entendiendo por "Iglesia" la comunidad de creyentes cuyo motivo de agrupación es precisamente las creencias que profesan. Este hecho hace necesario que exista una disciplina jurídica especializada en el estudio de estos temas, considerando, por otra parte, su influencia decisiva en el comportamiento de las personas dentro de la sociedad.

No cabe duda, sin embargo, que la pieza clave de la disciplina del derecho eclesiástico del Estado, en estos momentos, es el derecho de libertad religiosa, y por ello existe una íntima conexión entre esta disciplina y aquella otra de los derechos humanos, también de origen muy reciente.

120 *Cfr. supra*, p.99 a102.

Concretamente, respecto al tema de la objeción de conciencia, podemos decir que en gran parte éste se nutre de la doctrina de los derechos humanos, ya que, como veremos más adelante, la libertad de conciencia no hace referencia tan sólo a las creencias religiosas, sino que también se refiere a aquellas convicciones más profundas que forman parte de la ética o ciencia moral, no necesariamente vinculadas a un credo religioso, sino compartidas incluso por personas de distintas religiones.¹²¹

3.5.2 Contenido del derecho eclesiástico del Estado

Respecto al contenido del derecho eclesiástico nos remitimos a lo dicho en el apartado anterior, respecto al objeto propio de la disciplina, ya que indudablemente su contenido dependerá de la postura que se adopte.

Sin embargo, y a pesar de la divergencia de posturas, podemos constatar que existe una similitud muy grande respecto al contenido de la materia, en los tratados clásicos de derecho eclesiástico del Estado en España y en otros países.

Concretamente en España se ha establecido el siguiente contenido oficial en los nuevos planes de estudio de las universidades españolas.¹²²

121 *Cfr.* Dictamen del grupo plural de la Cámara de Diputados presentado a la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales dentro de los trabajos parlamentarios previos a la elaboración de la LARCP, publicado en AA. VV., Estudios jurídicos en torno a la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, México, Secretaría de Gobernación-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Serie G: Estudios doctrinales, número 160, 1994, p. 142.

122 *Cfr.* real decreto 424/1990 de 26 de octubre (BOE núm. 278, de 20-XI-1990, pp. 34.355 - 34.357).

I. La tutela de la libertad religiosa en el derecho español y comparado.

II. Reflejos jurídicos: enseñanza, matrimonio, asistencia religiosa, objeción de conciencia.

III. Régimen jurídico de las relaciones entre el Estado y las Iglesias y confesiones religiosas.

En la mayor parte de los tratados y manuales de derecho eclesiástico del Estado español, también se incluyen algunos otros temas como: las fuentes del derecho eclesiástico, aspectos históricos de las relaciones Iglesia-Estado, aspectos patrimoniales de las Iglesias, condición jurídica de los ministros de los cultos, libertad de conciencia e ideológica, etcétera.

Esta misma temática la encontramos con algunas variantes, en casi todos los textos de derecho eclesiástico del Estado, por lo que podemos concluir que, a pesar de la divergencia de opiniones respecto al objeto de estudio de la materia, hay un consenso importante por lo que se refiere a los temas que forman parte de su contenido.

3.5.3 Las fuentes del derecho eclesiástico del Estado

El asunto de las fuentes del derecho eclesiástico del Estado está estrechamente relacionado con el tipo de sistema de relaciones Iglesia-Estado que se adopten en cada país.

Podemos distinguir tres sistemas de fuentes del derecho eclesiástico del Estado:

1) En un primer sistema encontramos aquellos países de corte confesional como son Inglaterra, Dinamarca, Finlandia, Noruega, etcétera, en los que las fuentes del derecho eclesiástico del Estado están formadas por el derecho interno de las determinadas confesiones religiosas. Las normas que componen este derecho pueden provenir, tanto de la propia Iglesia o confesión religiosa, como del Estado, en los casos en que este último tenga injerencia en asuntos internos de las confesiones religiosas, como sucede en algunos Estados confesionales. Tal es el caso de los musulmanes, o de Estados protestantes, o de los Estados "regalistas" del pasado.

2) Un segundo sistema estaría constituido por aquellos países que han asumido el principio de separación entre la Iglesia y el Estado como base de sus relaciones, y en consecuencia, sus fuentes estarían formadas, en todo caso, por el derecho estatal en materia religiosa. Comprende la legislación del Estado reguladora del fenómeno religioso, como fenómeno social, respecto a los individuos o respecto a los distintos grupos religiosos, pero sin intervenir en la regulación interna de la confesión religiosa, sino tan sólo en lo que afecta su relevancia civil del fenómeno religioso. Este es el caso de nuestro país.

3) Finalmente, un tercer sistema lo formarían aquellos países en los que el Estado mantiene una relación de colaboración o cooperación con las

Iglesias mediante pactos o concordatos, y en consecuencia las fuentes del derecho eclesiástico del Estado serían el derecho concordatario que proviene tanto del Estado como de las confesiones religiosas. España e Italia son algunos ejemplos de este sistema.¹²³

3.5.4 *Hacia una definición del derecho eclesiástico del Estado*

Una vez hechas las consideraciones anteriores, nos encontramos en posibilidad de proporcionar una definición válida del derecho eclesiástico del Estado que nos dé una idea aproximada de su objeto, fuentes y contenido:

"Se entiende actualmente por derecho eclesiástico del Estado la legislación estatal, incluidos los concordatos y otras convenciones, que el Estado pueda establecer con las confesiones religiosas distintas de la católica, sobre materia eclesiástica".¹²⁴

Nos parece más precisa aún la que nos proporciona Javier Hervada sobre el derecho eclesiástico del Estado en sentido normativo: "... el derecho eclesiástico es el conjunto de normas jurídicas de la comunidad política que regulan la relevancia civil del hecho religioso". El autor aclara que se dice "comunidad política" y no "Estado", porque incluye, además de las normas

¹²³ Souto Paz, *El derecho eclesiástico del Estado*, *op. cit.*, p. 27 y ss

¹²⁴ González del Valle, José María, *op. cit.*, p. 160.

estatales, las normas de derecho internacional que también forman parte del derecho interno de un Estado.¹²⁵

El derecho eclesiástico del Estado es, así, una rama del derecho estatal, aquella, que versa sobre el fenómeno religioso, pero únicamente en cuanto a su relevancia civil o política, o sea, en cuanto de alguna manera incide en las materias de competencia estatal, es decir en todo aquello que afecte al bien común de la comunidad política.

Más adelante, al hablar sobre el derecho de libertad religiosa, desarrollaremos con mayor profundidad esta idea, que es clave para comprender hasta dónde llega la competencia del Estado en materias religiosas, conforme al principio moderno de libertad religiosa.

3.6. El derecho eclesiástico en el Estado mexicano (DDEM)

Como ya hemos apuntado con anterioridad¹²⁶ el derecho eclesiástico en el Estado mexicano nació prácticamente con las reformas constitucionales de 1992 y en consecuencia, su estudio debe partir del análisis del texto de los artículos 3º, 24, 27 y 130 de la Constitución mexicana y de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público (LARCP), que son, hoy por hoy, las únicas fuentes del derecho eclesiástico en el Estado mexicano, las cuales se han

¹²⁵ AA. VV., Tratado de derecho eclesiástico, *op. cit.*, p. 32.

ido enriqueciendo con la interpretación jurisprudencial y las resoluciones administrativas, así como con el reglamento de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público que está por promulgarse.

Considerando que el estudio del derecho eclesiástico del Estado debe analizar e interpretar la normativa vigente en cada país, es preciso que partiendo del análisis del texto legal, investiguemos las ideas de fondo que inspiraron la reforma constitucional y descubramos los principios informadores del nuevo derecho eclesiástico del Estado mexicano, lo cual nos permitirá una adecuada interpretación y aplicación de la nueva normativa.

Sobre este aspecto, se han externado una gran variedad de opiniones y puntos de vista, en ocasiones encontradas.

Hay quien analiza la reforma desde una perspectiva política sosteniendo que la misma se llevó a cabo mediante una negociación cupular entre el gobierno de Carlos Salinas de Gortari y la jerarquía católica, a cambio del apoyo al régimen en momentos en que la legitimidad del presidente Salinas era fuertemente cuestionada.¹²⁷

126 *Cfr supra*, p 91

127 Sobre este enfoque *cfr* las obras de Roberto Blancarte, Historia de la Iglesia católica en México, México, Fondo de Cultura Económica, 1992 e Iglesia y Estado en México; seis décadas de acomodo y de conciliación imposible, México, IMDOSOC, colección Diálogo y autocrítica, 1990.

No es nuestro propósito detenernos en estas consideraciones, sin que por ello signifique que neguemos la influencia que los factores sociopolíticos y de otra índole hayan tenido en la reforma constitucional.

Pretendemos eso sí, descubrir los principios o líneas de fuerza que subyacen en la nueva normativa jurídica, es decir, el espíritu de la ley, el propósito de sus autores, que no necesariamente coinciden con los de quienes literalmente la aprobaron en el seno del Congreso.¹²⁸

~~Desde una perspectiva jurídica, prácticamente todos los que se han puesto a analizar la nueva normativa coinciden en señalar dos grandes principios que la inspiran: el principio de libertad religiosa y el de separación entre el Estado y las Iglesias. Respecto al orden de prelación entre uno y otro hay diversidad de opiniones. González Schmall¹²⁹ sostiene que el nuevo derecho eclesiástico en el Estado mexicano se apoya en primer término en el principio de separación entre la Iglesia y el Estado. Se basa para ello en el análisis del texto legal y en su exposición de motivos, así como en los debates sostenidos en el procedimiento previo a su promulgación. Sin dejar de reconocer los avances que implica la reforma, este autor critica el que la libertad religiosa no sea el primer y fundamental principio que inspira la nueva legislación. "Es muy claro que la preocupación central del Lic. Salinas —nos dice González Schmall— no~~

¹²⁸ De hecho, uno de los aspectos más criticados de la reforma, fue que ésta no se haya debatido públicamente, sino privadamente entre las cúpulas gubernamentales y religiosas: *cf.* González Schmall, Raúl, Derecho eclesiástico mexicano, *op. cit.*, p. 217.

era la libertad religiosa como derecho humano, sino el problema histórico Iglesia-Estado, que había que replantearlo en términos de "modernidad". Por ello, no resulta extraño, dado nuestro sistema presidencialista, que la cuestión de las relaciones Iglesia-Estado, que se traduce en el principio de separación de ambas entidades, haya prevalecido sobre el de la libertad religiosa en la nueva normatividad".¹³⁰

Se lamenta este autor de las deficiencias del nuevo régimen jurídico en materia eclesiástica, que en su opinión no protege adecuadamente la libertad religiosa, y propone las necesarias reformas para subsanar lo anterior. "Hubieron de transcurrir 75 años para que se abrieran algunos espacios a la libertad religiosa. Pero esto aún no es suficiente. Hay todavía cerrojos, hay discriminaciones irritantes, hay prohibiciones injustificadas, hay limitaciones innecesarias, hay omisiones inexplicables, y hay facultades excesivas otorgadas al poder público".¹³¹

No opina lo mismo Alberto Pacheco, quien sostiene que el derecho de libertad religiosa es el primero y principal principio informador de la nueva

¹²⁹ *Op. cit.*, p. 217 y ss

¹³⁰ *Ibidem.*, p. 218

¹³¹ *Ibidem.*, p. 250

legislación mexicana en materia religiosa, incluso por encima del principio de separación entre la Iglesia y el Estado.¹³²

Para este autor, los demás principios informadores del derecho eclesiástico en el Estado mexicano se iluminan y adquieren su pleno sentido a la luz del principio de libertad religiosa. Fundamenta su aseveración en diversos argumentos como el hecho de que "la libertad de creencias" esté incluida en el capítulo de las garantías individuales en la Constitución, también en el hecho de que el principio de separación se mencione apenas una vez en el texto constitucional, mientras que al desarrollo de la libertad de creencias se destinen varios artículos tanto del texto constitucional como de la ley reglamentaria. Por otra parte, señala cómo la Constitución se refiere a la separación Iglesia-Estado como un principio "histórico", queriendo decir que ya existía, sólo que en la reforma constitucional se le da un sentido nuevo a la luz de la consagración del derecho de libertad religiosa. En definitiva, para este autor, "el principio de libertad religiosa es superior al de separación del Estado y las Iglesias (artículo 130) siendo éste la forma concreta que el Estado mexicano ha adoptado para realizar y garantizar aquélla. O sea, la separación es una forma de vivir la libertad y no es la libertad la que se produce por la separación, pues podría haber separación sin libertad".¹³³

132 Pacheco. Alberto. *op. cit.*, p. 33.

133 *Ibidem.*, p. 33.

Estamos de acuerdo con la opinión de Alberto Pacheco, ya que la razón de ser de un régimen de separación entre el Estado y la Iglesia es precisamente resguardar el ámbito de libertad para la Iglesia en una materia que le es propia como lo es la materia religiosa. Sin que sea la única forma de hacerlo, es la forma que ha escogido nuestro país para ello. Tan es así que la intervención del Estado en materia religiosa se justifica únicamente cuando concurren razones de orden y moral públicos, observancia de las leyes o derechos de terceros. (*cf.* art. 3o. de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público).

Nos parece que el artículo mencionado es muy significativo y consagra un importante marco de libertad para los ciudadanos en materia religiosa. Podría argüirse que estos conceptos son muy amplios, sin embargo, y por fortuna, su interpretación no puede hacerse de forma arbitraria, sino de una manera acorde con los textos internacionales de protección a la libertad religiosa, y sus homólogas, como son la de pensamiento y la de conciencia, y acorde también con la doctrina moderna de los derechos humanos.

Por otro lado, son continuas las referencias a la protección de las libertades tanto en la exposición de motivos como en las discusiones y debates del grupo parlamentario que aprobó la reforma.¹³⁴

134 "Tales reformas constituyen un paso más que los mexicanos damos para alcanzar las metas de libertad, justicia y democracia, por las que con denuedo hemos luchado a lo largo de nuestra vida como nación". 2o párrafo del dictamen del grupo plural que analizó la iniciativa de LARCP

Finalmente, no podemos dejar de reconocer la transformación operada en nuestro país en materia democrática y la preocupación creciente por respetar y hacer respetar los derechos humanos. No podemos olvidar tampoco el compromiso asumido por el gobierno mexicano al suscribir el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y aun cuando no lo hubiera suscrito, hubiera sido muy difícil para México mantenerse ajeno o contrario a los principios fundamentales en materia de derechos humanos que rigen hoy por hoy en la **comunidad internacional**.

Esto no significa que no puedan perfeccionarse algunos aspectos de la reforma y proporcionar una mejor protección al derecho de libertad religiosa en materia **educativa, por ejemplo, o en lo referente a la objeción de conciencia, tema del que nos ocuparemos de modo especial en la presente investigación.**

Ahora bien, el nuevo marco jurídico en materia religiosa en México se funda también en otros principios derivados de los dos principios mencionados en los párrafos que anteceden. Se trata de los principios de igualdad de las confesiones religiosas frente al Estado y de laicidad del Estado. González Schmall menciona también el de autonomía de las agrupaciones religiosas, pero nos parece que va implícito en el de laicidad del Estado y en el de separación, como veremos más adelante.

Veamos ahora con detalle estos principios informadores del derecho eclesiástico en el Estado mexicano.

Para emprender esta tarea nos auxiliaremos, además del texto constitucional, de las exposiciones de motivos tanto de la reforma constitucional como de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público. Asimismo, recurriremos también a la interpretación doctrinal de los juristas que se han ocupado de la materia, en los pocos años que tiene de vida.

3.6.1 El principio de libertad religiosa

El artículo 24 de la Constitución establece que: "Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos de culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley".

Interpretando armónicamente este artículo con el artículo primero de la Constitución, que garantiza en favor de todos los habitantes de la República el ejercicio de determinadas libertades, vemos que en este artículo se pretende proteger el ejercicio de la libertad religiosa o libertad de creencias, como señala el texto constitucional.

Éste es el primer principio con el que nos encontramos, y que ubica al derecho eclesiástico en el Estado mexicano en la misma línea de todos aquellos países que conciben el principio de libertad religiosa como el pilar más

importante sobre el que se apoya la concepción moderna del derecho eclesiástico del Estado.¹³⁵

Sobre la dimensión y alcances del derecho de libertad religiosa, vemos que en términos generales la legislación actual protege tanto el ejercicio individual como colectivo del derecho de libertad religiosa (artículo 130 constitucional), su dimensión pública y privada (artículo 24 constitucional), limita la injerencia estatal a la observancia de las leyes, la conservación del orden y la moral públicos y los derechos de terceros. (artículo 3o de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público).

Dicha ley detalla todavía más los alcances de este derecho que protegen también los siguientes aspectos de la libertad religiosa:

a) Su dimensión negativa o inmunidad de coacción: "No profesar creencias religiosas, abstenerse de practicar actos y ritos religiosos y no pertenecer a una asociación religiosa" (artículo 2o.),

b) "No ser objeto de discriminación, coacción u hostilidad por causa de sus creencias religiosas, ni ser obligado a declarar sobre las mismas" (artículo 2o),

c) "No ser obligado a prestar servicios personales ni a contribuir con dinero o en especie al sostenimiento de una asociación, Iglesia o cualquier otra

¹³⁵ Cfr. *supra*, p. 107 *in fine*

agrupación religiosa, ni a participar o contribuir de la misma manera en ritos, ceremonias, festividades, servicios o actos de culto religioso" (artículo 2o., d.),

d) Su dimensión positiva: "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" (artículo 2o., a),

e) La libertad de asociación con fines religiosos (artículo 2º, f),

f) La libertad para las asociaciones religiosas de decidir libremente sobre la formación y designación de sus ministros" (artículo 9o, II).

En la exposición de motivos de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, se manifiesta el propósito de la reforma en relación a la libertad religiosa cuando se dice que "Las reformas de referencia garantizan el ejercicio de la libertad en materia religiosa", precisándose más adelante que: "Uno de los principios que orientó la reforma constitucional y que, por lo tanto, debe impregnar de manera fundamental su reglamentación legal, es la consolidación de las libertades que los mexicanos hemos alcanzado a través de nuestra historia".

3.6.2 Principio de separación entre las Iglesias y el Estado

Siguiendo con el texto constitucional, encontramos el primer párrafo del artículo 130 constitucional que dice: "El principio histórico de la separación del Estado y las Iglesias orienta las normas contenidas en el presente artículo".

Mediante este principio se reconoce la autonomía e independencia propias de cada una de las dos entidades, las cuales tienen sus campos o ámbitos propios de competencia.

Cuando el Estado mismo evita intervenir en la vida interna de las agrupaciones religiosas¹³⁶ y reconoce que el aspecto religioso de los hombres es un campo o materia para la cual se declara incompetente, limita su función a garantizar el libre ejercicio de la religión en todas sus dimensiones, y participa sólo en aquello que sea necesario para cumplir su fin de conservar el orden público, la observancia de las leyes y el respeto a los derechos de terceros.

Este principio tiene como consecuencia que las Iglesias se rijan internamente por sus propios estatutos (artículo 6o. de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público), y que el Estado no las sostenga económicamente. Tampoco podrán las autoridades políticas asistir con carácter oficial a ningún acto público, ni a actividad que tenga motivos o propósitos similares (artículo 25, párrafo 3).

Por parte de las Iglesias, este principio limita a los ministros de los cultos, en virtud de que son representantes oficiales de las asociaciones religiosas, para

intervenir en política y ocupar cargos públicos, ya que es un campo propio del Estado y se sale del ámbito propio de la materia religiosa (artículo 14 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público).¹³⁷

La Constitución señala que se trata de un principio "histórico" toda vez que no es novedad en nuestra legislación. Sin embargo, el cambio operado en el tratamiento de la libertad religiosa ha motivado una concepción diferente de este principio, subordinado ahora al principio de libertad religiosa.

3.6.3. El principio de laicidad

El término de Estado laico también se ha ido modificando, de una manera acorde con la evolución de que ha sido objeto el principio de libertad religiosa en nuestro sistema jurídico.

Así, vemos cómo en un primer momento este concepto tenía una connotación de anticlericalismo y actitud contraria a la Iglesia católica. Actualmente, este concepto significa, podríamos decirlo así, la "neutralidad" del Estado respecto a la materia religiosa. El Estado se declara incompetente para intervenir en una materia que excede su función.

En la nueva legislación este principio se expresa cuando se dice que "el Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna",

136 Cfr artículo 3o de la LARCP.

agregándose enseguida que "las autoridades no intervendrán en la vida interna de las asociaciones religiosas" (artículo 24 constitucional).

Asimismo, es manifestación de este principio la limitación fijada al Estado al señalarle los casos en los que por excepción puede intervenir en asuntos religiosos, y que vienen indicados de modo limitativo en el artículo 3o. de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.¹³⁸

Este principio, como el de separación, es iluminado y se comprende mejor a la luz del principio de libertad religiosa.

"Si hay pluralidad ideológica y política debe existir, también, en consecuencia, pluralidad religiosa. El Estado moderno debe protegerla y garantizarla. Ésta es la esencia del laicismo del Estado. Este carácter laico no supone un ánimo contrario ni opuesto a la religión. Por el contrario: garantiza la no confesionalidad del Estado y asegura con ello la libertad de cultos y la tolerancia religiosa".¹³⁹

3.6.4. Principio de igualdad y la Iglesia católica

Finalmente, nos encontramos con el principio de igualdad que, como los demás, se deriva del principio de la libertad religiosa, y se expresa así en el

137 Sobre este punto, es importante distinguir lo que es la participación en política en general, de la política partidista, que es a lo que parece referirse el texto constitucional, toda vez que no se puede negar a los ministros de los cultos un derecho humano fundamental como es el derecho de libertad de expresión: *cf.* Pacheco, Alberto, *op cit.*, p. 127.

138 *Cfr. supra*, p.120.

texto constitucional, cuando establece que el Estado no puede dictar ninguna ley que establezca o prohíba religión alguna (artículo 24 constitucional).

Y en la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público cuando dice que "las asociaciones religiosas son iguales ante la ley" (artículo 6o, párrafo 3).

Este principio es una consecuencia lógica de la aplicación de aquel otro que garantiza la igualdad ante la ley (artículo 13 constitucional).

No significa que el Estado establezca que todas las religiones son iguales, en el sentido de igualmente verdaderas, porque excede su competencia calificar la veracidad de ninguna religión. El papel del Estado se limita a garantizar el ejercicio de la libertad religiosa por parte de las personas y por parte de las asociaciones religiosas. El análisis de cada confesión religiosa para efectos de su registro no se hace con bases teológicas, sino sólo en cuanto a los aspectos de observancia de las leyes, orden y moral públicos y salvaguarda de los derechos de terceros, como se señala en el artículo 3º de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.

Por medio del principio de igualdad se prohíben las prácticas discriminatorias y se garantiza de un mejor modo la libertad religiosa: "A partir de estos principios se puede lograr, por una parte, el respeto al sentimiento religioso de las personas y al ejercicio del culto público, en los términos

señalados por la ley; y por la otra, se establece el marco adecuado de respeto y coexistencia entre las diversas Iglesias y religiones..."¹⁴⁰

3.7 Conclusiones de este capítulo

a) El derecho eclesiástico del Estado es una disciplina jurídica cuyo nacimiento, desarrollo y problemática actual han estado determinados por múltiples factores de diversa índole: religiosa, ideológica, histórica, política, etcétera.

b) Estos factores también han motivado que actualmente se le considere como una disciplina en proceso de transformación, cuya identidad no está del todo clara.

c) A pesar de ello la disciplina existe y son numerosos los especialistas que se dedican a ella, todos ellos con la aspiración común de lograr un clima de libertad y respeto a la práctica religiosa individual y colectivamente considerada.

d) La transformación de la percepción del fenómeno religioso y su estatuto jurídico en el seno de los modernos Estados democráticos ha influido poderosamente para que en nuestro país se realizara una profunda reforma

jurídica en esta materia a partir de 1992, que ha determinado el surgimiento del derecho eclesiástico mexicano.

e) Los principios informadores del nuevo derecho eclesiástico mexicano, que subyacen en la nueva normativa surgida con la reforma de 1992 son cuatro: el principio de libertad religiosa, el de separación del Estado y las Iglesias, el de laicidad y el de igualdad. Constituye el de libertad religiosa el primero y más importante de todos ellos, del que se derivan y en el que se apoyan los otros tres principios.

CAPÍTULO CUARTO

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y LAS LIBERTADES RELIGIOSA, DE PENSAMIENTO Y DE CONCIENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

4.1 Las libertades de pensamiento, conciencia y religión desde el punto de vista doctrinal

4.1.1 Confusión terminológica y relación entre las libertades de pensamiento, conciencia y religión

4.1.2 Fundamento común de las libertades de pensamiento, conciencia y religión

4.1.3 Bienes jurídicos comunes tutelados por las libertades de pensamiento, conciencia y religión

4.1.3.1. La libertad humana

4.1.3.2. El ámbito de racionalidad y de conciencia

4.1.4 Bien jurídico particular tutelado por cada una de las libertades de pensamiento, conciencia y religión

4.2 La libertad de pensamiento, conciencia y religión en el derecho internacional

4.2.1 Principales textos de carácter internacional en materia de derechos de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

4.2.1.1 Sistema europeo

4.2.1.2 Sistema interamericano

4.2.1.3 Sistema de Naciones Unidas

4.2.2 La interpretación jurisprudencial de los textos internacionales de derechos humanos

4.3. La libertad de pensamiento, conciencia y religión en la jurisprudencia de los órganos del Consejo de Europa

4.3.1 Contenido del derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y religión

4.3.1.1 Bien jurídico protegido por el art. 9 del CEDH

4.3.1.2 Fuero interno y externo

A) Fuero interno. Libertad de conciencia

B) El fuero externo. Libertad de pensamiento y de religión

B.1 Concepto de religión y de pensamiento o convicciones y concepto de "manifestación"

B.2 Medios admitidos para manifestar la religión
creencia

B.2.1 Celebración del culto y la observancia
(de los ritos).

B.2.2 La enseñanza y el derecho de los
padres a la educación de sus hijos según las propias convicciones.

a) La noción y el alcance del derecho
a la enseñanza o instrucción en sí
mismo considerado

b) Titularidad del derecho atribuido a
los padres.

c) Marco de protección ofrecidos por
el artículo 2 del primer protocolo del
CEDH

d) Obligaciones concretas del Estado.

B.2.3 La práctica de la religión o las
creencias.

B.3 Modos admitidos de manifestar la propia
religión o creencia.

B.3.1 Manifestación individual o colectiva de
la religión.

B.3.2 Manifestación de la religión en público y en privado.

B.3.3 Obligaciones del sujeto pasivo.

4.3.2 Sujetos de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

4.3.2.1 Activo

4.3.2.2 Pasivo

4.3.3 Los límites de la libertad religiosa.

4.3.4 La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y el principio de igualdad.

4.4 Conclusiones de este Capítulo.

Siguiendo con nuestro propósito de estudiar la objeción de conciencia desde la perspectiva eclesial, conviene que analicemos ahora los derechos de libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia desde el punto de vista de la doctrina de los derechos humanos.

En el capítulo precedente afirmamos que la objeción de conciencia es una concreción o manifestación del derecho de libertad de conciencia. Es preciso analizar, por tanto, el derecho de libertad de conciencia, con objeto de determinar el estatuto concreto de la objeción de conciencia y examinar si recibe la misma intensidad de protección jurídica que los derechos fundamentales de libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia.

Para ello es necesario referirnos también a los derechos de libertad religiosa y de pensamiento, íntimamente relacionados e interconectados con la libertad de conciencia, sin olvidar que debido a esta relación, la objeción de conciencia cae dentro del objeto de estudio del derecho eclesial del Estado, cuyo principio toral es —hoy en día— el principio de libertad religiosa (e indirectamente también la libertad de pensamiento y de conciencia).

Ello explica que para abordar este tema recurramos a la doctrina de los derechos humanos, que nutre e informa en gran medida al moderno derecho eclesial del Estado, por lo que respecta a las libertades religiosa, de pensamiento y de conciencia.

Para emprender este capítulo me limitaré a estudiar la forma en que la doctrina de los derechos humanos concibe actualmente estas tres libertades. Para ello me remitiré —además de a la doctrina eclesiasticista—, a los textos internacionales de derechos humanos y a su interpretación jurisprudencial, elaborada tanto en el sistema de Naciones Unidas, como en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos.

Sin desconocer la gran importancia que reviste para la ciencia jurídica ~~moderna el análisis histórico-filosófico de la doctrina de los derechos humanos,~~ he de advertir que excedería los límites del presente trabajo tratar este aspecto.

Me interesa sobre todo dejar constancia de la operatividad práctica de los derechos de libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia tal y como son interpretados por los órganos jurisdiccionales de carácter internacional. En efecto, ésta ha sido la forma en que la doctrina de los derechos humanos ha ido penetrando en los sistemas jurídicos nacionales, según hemos podido constatar en nuestra propia experiencia nacional.

4.1. Las libertades de pensamiento, conciencia y religión desde el punto de vista doctrinal

4.1.1 Confusión terminológica y relación entre las libertades de pensamiento, conciencia y religión

El primer punto que salta a la vista en la lectura de los textos internacionales de derechos humanos es que, por regla general, cuando se habla de la libertad religiosa, se alude también a la libertad de pensamiento y a la libertad de conciencia.

Es importante, por tanto, esclarecer si se trata de términos sinónimos o, por el contrario, determinar el significado concreto que a cada uno de ellos se pretende otorgar.

Esta tarea no resulta fácil, en primer, lugar porque de la lectura de los textos mismos es difícil llegar a una conclusión satisfactoria. En efecto, la terminología utilizada no sólo en estos textos, sino en otros instrumentos de carácter internacional y nacional, suele ser confusa y prolija, ya que también se utilizan términos parecidos como "creencias", "convicciones filosóficas o morales", "ideologías ", etcétera. En segundo lugar, porque las opiniones de la doctrina tampoco son uniformes, y finalmente porque de la interpretación jurisprudencial que se ha hecho hasta el momento —especialmente en el ámbito europeo—, todavía quedan algunos puntos oscuros o debatibles, como veremos.

A reserva de que más adelante abundemos en este punto, conviene decir de momento que estas tres libertades se encuentran estrechamente relacionadas entre sí, ya que poseen una raíz común: la protección de esa dimensión de la personalidad humana que es su racionalidad, esa nota distintiva del ser humano

que lo distingue de los otros seres del reino animal, del reino vegetal y del reino mineral.

Por ello, cuando se pretende indagar si en un determinado país se respeta la libertad religiosa, debe también indagarse si se respetan y garantizan convenientemente las libertades de pensamiento y de conciencia.

Nos dice Javier Hervada, a este propósito, que es común, en materia de derechos humanos, que los derechos no se presenten aisladamente, sino en ~~relación con otros derechos, de tal manera que más que hablar de un derecho~~ concreto se habla de un entramado de derechos, o eslabones de una misma cadena. Esto se debe al fundamento común de todos ellos, es decir, a la dignidad humana, entendiendo por ésta el estatuto ontológico del ser humano, es decir, su naturaleza específica, lo que hace que el hombre sea hombre y no otra cosa.¹⁴¹

Es así como en materia de derechos humanos no podemos hablar de un catálogo de derechos, o considerar los derechos *in abstracto*, y hacer caso omiso de las circunstancias concretas y relacionales en las que se dan.

En nuestra opinión, nos parece suficiente con decir que los derechos humanos surgen de cada relación concreta. Son como las exigencias de justicia que se derivan de la naturaleza humana en cada situación relacional concreta en que se desenvuelven las personas dentro de la sociedad. No se puede hablar, por ejemplo, de un derecho a la vida sin pensar en las posibles violaciones a

este derecho dentro cada situación relacional concreta. Es decir, los derechos humanos se van determinando y especificando de acuerdo con la evolución de la sociedad. Hace unos siglos no tenía sentido hablar del derecho a la intimidad en el mismo sentido que ahora lo hacemos, a la vista del desarrollo portentoso que han tenido las comunicaciones a finales de este siglo XX. Lo mismo podríamos decir respecto a los otros derechos.

Si bien es verdad que en materia de derechos humanos siempre encontraremos ese sustrato común que es la dignidad humana, es igualmente verdadero que las exigencias de protección que reclama son distintas en cada situación histórica y, en particular, en su aspecto relacional. Es decir, no se puede hablar de un derecho general de libertad, haciendo caso omiso del contexto en que se reclama. No es lo mismo la libertad de tránsito para un ciudadano común y corriente que para una persona sujeta a proceso penal. Ni tampoco la libertad de expresión puede entenderse en el mismo sentido en el ámbito de la disciplina militar que en el ámbito del medio periodístico. Esto no quiere decir, por otro lado, que los derechos humanos puedan reducirse y "matizarse" a tal extremo que anulen completamente la protección que deben brindar. Quiere decir, simplemente, que en materia de derechos humanos hay una parte permanente que es la que nos interesa dilucidar, y una parte evolutiva o circunstancial, que también interesa precisar.

¹¹¹ Hervada, Javier. Los eclesiasticistas ante un espectador, Pamplona, EUNSA, 1993, p. 186.

4.1.2 Fundamento común de las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión

Es importante, por tanto, en materia de derechos humanos reconocer ese común fundamento que constituye el título legítimo por medio del cual pueden hacerse valer.

Hoy en día existe un gran consenso sobre la importancia de reconocer los derechos humanos. Casi nadie lo pone en tela de juicio; inclusive la legitimidad de los sistemas políticos se suele medir por la protección que brindan a los derechos humanos.

En lo que no se está de acuerdo es en el fundamento de estos derechos. Se rechaza la tesis de que los derechos humanos se fundamentan en la dignidad humana, es decir, en la naturaleza humana. A veces con justa razón, ya que al amparo de la bandera del llamado "iusnaturalismo" se han cometido graves excesos en la historia de la humanidad, exagerando en ocasiones esa inmutabilidad y universalidad de la naturaleza humana, sentando como de derecho natural comportamientos que a todas luces son históricos y evolutivos.

Sin embargo, la confusión que en ocasiones se ha dado sobre la doctrina iusnaturalista tampoco puede impedirnos avanzar en el conocimiento científico de lo que es el hombre.

Actualmente se prefiere recurrir al argumento del fundamento democrático de los derechos humanos, como si la opinión de la mayoría fuera la garantía

máxima de credibilidad, cuando la experiencia cotidiana nos demuestra justamente lo contrario. Las grandes mayorías que apoyaron a Hitler no dudaban de la veracidad de su ideología, y como éste, tenemos numerosos ejemplos en la historia de la humanidad, que nos vendría bien recordar cuando se introduzca la tentación de conceder más crédito del debido al sistema democrático, como si por sí mismo garantizara el progreso y mejoramiento de la vida societaria.

Parece que, más bien, habrá que trabajar por contribuir a un esclarecimiento profundo y científico de lo que es el hombre, y esto nos permitirá realmente avanzar en la superación de las graves injusticias y atropellos que la sociedad moderna comporta.

Digo científico, no en el sentido positivista decimonónico, sino científico en el sentido de un conocimiento racional, sólido y certero. Con la certeza relativa que se puede tener en las cosas en que intervienen las acciones humanas, que por ser contingentes y concretas no revisten la misma exactitud en el conocimiento de disciplinas de carácter especulativo, como son las matemáticas, la composición química de ciertos materiales, etcétera.

En ocasiones puede argüirse que las verdades que no se pueden alcanzar por medio del método experimental, son opinables, y que por lo mismo el mejor método para llegar a una conclusión es el método democrático. Es verdad que la gran mayoría de las cuestiones sociales son de esta índole, es

decir, variables, opinables y relativas. Sin embargo, esto no quita que podamos tener unos cuantos principios sólidos o básicos que nos sirvan de guía y criterio decisorio en la multiplicidad de relaciones sociales que se nos presentan a cada momento.

4.1.3 Bienes jurídicos comunes tutelados por las libertades de pensamiento, conciencia y religión

4.1.3.1 La libertad humana

El primer cuestionamiento que podríamos hacernos al abordar este tema, es ¿cuál o cuáles son los bienes jurídicamente protegidos por estos derechos?

La primera respuesta que nos vendría a la mente sería: la libertad. Pero ¿qué entendemos por libertad para estos efectos?, y ¿de qué tipo de libertad estamos hablando?, porque ya hemos visto que no es la libertad en general la que se protege con estos derechos, sino un aspecto de la libertad personal: la libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia.

La libertad de la que estamos hablando es una inmunidad de coacción civil en relación a cierto ámbito de la existencia humana en el cual el hombre debe tomar libremente sus decisiones, sin que por ello se le pueda exigir responsabilidad jurídica alguna.¹⁴² Esto no elimina su responsabilidad moral, es decir, el que sepa afrontar las consecuencias de estas decisiones tomadas en uso

de su libertad. Es un ámbito para el cual todo tipo de autoridad civil resulta incompetente: autoridad política, autoridad profesional, autoridad doméstica, etcétera.

En ocasiones se puede encontrar un cierto tipo de oposición entre la libertad y la autoridad humana. Esta aparente oposición no es real, toda vez que, bien comprendida, la autoridad es más bien un motor de la libertad humana. La autoridad humana es necesaria para conseguir el bien común de cualquier grupo social. Siempre se requiere alguien que mire por el bien del conjunto. Alguien convenientemente dotado y capacitado para gobernar al grupo social y dirigir a la colectividad al bien común. La autoridad no es en este sentido una intrusa, o alguien molesto que lesiona la libertad de los gobernados, sino "el piloto que conduce la nave a buen puerto", que tiene esa visión de altura que toda autoridad debe tener. Es pues "el faro que muestra el camino" y que facilita a las personas sujetas a su autoridad la consecución del bien común. Los actos de la autoridad más que limitar nuestra libertad la ilustran, la orientan, la dirigen, porque de otra forma sería difícil el que cada uno cumplamos nuestra obligación de contribuir al bien de la colectividad en la que vivimos. No tendríamos esa visión de conjunto, ni la cualificación que toda autoridad requiere.

Estas consideraciones son importantes para delimitar el ámbito competencial que corresponde a la autoridad política respecto al gobierno del

grupo social, y el ámbito propio de los gobernados respecto del cual toda autoridad resulta radicalmente incompetente. El ámbito de competencia de la autoridad civil obedece a la necesidad de dirigir a la comunidad hacia el bien común. Por ello tendrá competencia en todo aquello que sea necesario para ese fin. Resulta, por tanto, que desde este punto de vista el ámbito protegido por las libertades de pensamiento, conciencia y religión no es materia del bien común y por lo tanto, la autoridad política es incompetente.

Es verdad que en ocasiones la frontera no es tan nítida. De ahí la necesidad de contar con criterios claros que nos ayuden a resolver los conflictos que se presenten. Y la objeción de conciencia es precisamente uno de esos conflictos que se presenta en ese límite de competencia entre la autoridad política y la persona humana. Porque en la objeción de conciencia se entiende que la disposición de la autoridad en principio es legítima, porque es competente para regular esa materia y porque no adolece de ningún otro vicio que permita sustraerse legítimamente a su cumplimiento. Sólo que en ese caso concreto lesiona la conciencia moral del gobernado y, por lo tanto, puede dar cabida a una excepción al deber de obedecer, respetando los límites y condiciones requeridos como vimos con anterioridad.

Hay un sector de la doctrina que se inclina por establecer como criterio decisivo en las cuestiones conflictivas fallar a favor de la persona, por el valor tan grande que tiene el respeto a este ámbito personal para el cual el Estado

resulta incompetente, siempre y cuando el bien jurídico protegido por la disposición de la autoridad no resulte de mayor valía. Por ejemplo, es claro que los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal resultan de mayor jerarquía o de mayor intensidad en su tutela jurídica que los bienes jurídicos protegidos por sanciones administrativas o por sanciones civiles.

No parece acertada, por otro lado, aquella tesis que reconociendo la incompetencia del Estado en cierto ámbito de la persona, pretende justificar la autoridad política sólo en razón de la preservación de la libertad de todos, ya que en este caso se estaría haciendo caso omiso a la función tan importante que tiene la autoridad en la consecución del bien común. Y asimismo, cabría preguntarse si tal teoría es la más adecuada para promover la cooperación solidaria que todo grupo humano pretende conseguir, considerando que precisamente lo que se busca con el fenómeno asociativo es esa potencialización de las limitadas capacidades individuales y la ocasión de perfeccionamiento personal en el servicio a los demás. Con esta visión reduccionista, “los demás”, en lugar de ser misión de mi propia libertad, oportunidad de dar y recibir, son unos molestos intrusos que lo único que hacen es limitar mi libertad.

"La libertad no es un fin en sí mismo —nos dice Javier Hervada—. La libertad por la libertad no da sentido a la vida humana, porque el sentido de algo —lo que hace que algo tenga sentido— es la finalidad... la libertad

pertenece a la bondad del hombre (es un rasgo de su eminencia de ser y, por lo mismo, de su dignidad), pero por sí sola no pertenece a su perfección, a su realización personal, porque el hombre se realiza, se perfecciona y da sentido a su vida por la finalidad. La vida humana recibe su sentido —esto es, no es un absurdo o sinsentido— por el cumplimiento de los fines naturales del hombre [...] ejerciendo la libertad, se puede tanto convertir la vida de uno en un continuo servicio a los demás como llevar una vida delictuosa y criminal. La libertad, por sí misma, es un gran bien —el mayor bien que ha recibido el hombre—, pero no es un bien absoluto, que encuentre en sí misma su sentido y su plenitud, sino que, como todo el ser del hombre, encuentra su sentido y su plenitud en su ordenación al bien, esto es, a los fines naturales del hombre".¹⁴³

No opina de esta forma Dionisio Llamazares para quien la libertad es un fin en sí mismo, como se puede deducir de los siguientes párrafos:

"...para el hombre de esta época la tarea más importante sigue siendo la búsqueda de nuevas cotas de libertad y la defensa de las ya ganadas; el derecho de libertad de conciencia es, en última instancia, el verdadero protagonista de nuestra historia".¹⁴⁴

" Conseguir para el hombre el ideal de persona como radical libertad, no sólo frente a otros o frente a las propias circunstancias, sino también frente a uno mismo: la capacidad de disponer no sólo de nuestras cosas, sino, incluso,

¹⁴³ Los eclesiológicos..., *op. cit.*, p. 26.

¹⁴⁴ Derecho eclesiológico del Estado. *op. cit.*, p. 13.

de nosotros mismos y de nuestra misma capacidad de decisión. La libertad de conciencia no es sólo una utopía, es una utopía cierta y definida y, aunque parezca paradoja, alcanzable".¹⁴⁵

Y siguiendo el pensamiento del iusnaturalismo racionalista (Hobbes, Locke. . .) nos dice Llamazares que el Estado debe limitarse a intervenir sólo en aquello en que sea estrictamente necesario para preservar la igual libertad de todos. Y que la finalidad del poder político es salvaguardar las libertades de todos.

Identifica este autor la libertad de conciencia con la libertad humana en general, y reconoce que no es ilimitada, sólo puede limitarse legítimamente "para salvaguardar la libertad de todos". Ésta sería la misión del Estado y del derecho como vemos en el siguiente párrafo:

"El respeto a ultranza del derecho individual de libertad de conciencia conduciría inexorablemente a la desaparición del Estado y el derecho: a la anarquía. Lo cual no quiere decir que el derecho pueda regularlo todo. El objetivo del derecho no es otro que asegurar para todos en condiciones de igualdad el máximo ámbito de libertad o, lo que es lo mismo, hacer posible que la persona individual alcance su máxima estatura y su máxima realización como radical libertad. De ahí que sea la propia conciencia individual la suprema norma de su conducta, que esa norma sólo pueda ser contradicha por

145 *Ibidem*, p 14

la norma jurídica cuando sea necesario para preservar la libertad de todos, y que el objetivo fundamental del derecho y de la norma jurídica no sea tanto limitar (prohibiendo u obligando) la libertad individual, cuanto encauzarla".¹⁴⁶

Contrasta este punto de vista con el que sosteníamos anteriormente sobre la justificación y finalidad de la autoridad humana. En efecto, de acuerdo con el pensamiento *hobbesiano* que sigue Llamazares, los demás y el Estado serían algo molesto, porque limitan mi libertad, en lugar de considerar a los demás como la misión de mi libertad y a la ley y a la autoridad como aquella guía necesaria para que yo contribuya al bien común. Sin pretender abundar en esta discusión, podríamos preguntarnos, ¿cuál de estas dos posturas contribuye más al mejoramiento de la vida comunitaria? Creo que las dolorosas experiencias que el liberalismo nos ha acarreado son suficientes para responder a estos cuestionamientos.

4.1.3.2 *El ámbito de racionalidad y de conciencia*

El ámbito de racionalidad y de conciencia sería el núcleo protegido por las libertades de pensamiento, de conciencia y religiosa.

"Hallamos así —nos dice Viladrich— la base común de tres grandes derechos humanos o libertades fundamentales: el derecho de libertad ideológica, el derecho de libertad de conciencia y el derecho de libertad

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 684.

religiosa. El ámbito de racionalidad y de la conciencia, donde cada hombre realiza su encuentro personal y la consonancia de sus comportamientos sociales con la verdad, el bien y Dios, no puede ser sustituido, violado, coaccionado o ignorado por el Estado. Se trata de un ámbito liberado del Estado, en el sentido de que no pertenece ni a la esencia o identidad del Estado, ni a la esfera de competencias de su poder".¹⁴⁷

Javier Hervada por su parte nos dice que "más que un derecho (en sentido técnico: un derecho concreto y determinado), es el núcleo de exigibilidad y debitud inherente a la dignidad humana en lo que atañe al ser y a la actividad del espíritu humano. Este núcleo de debitud y exigibilidad comprende el pensamiento (creencias, convicciones, opiniones), la religión y la conciencia". [...] Es como un derecho "radical y fundamental que puede ser descrito así: el derecho de la persona a su ser, a su sociabilidad, a su libertad y al desarrollo de su personalidad (su finalidad)".¹⁴⁸

Sigue diciendo Hervada, más que un derecho se trata propiamente de la "raíz y fundamento de los derechos humanos, criterio de interpretación y cláusula-límite de ellos". Y que este núcleo no se puede exigir en los tribunales, sino los derechos humanos derivados del mismo ya que "sólo por vía de criterio

147 Viladrech, Pedro-Juan y Javier Ferrer Ortiz. "Los principios informadores del derecho eclesiástico español", en AA. VV. Derecho eclesiástico del Estado Español, 3a. Edición, Pamplona, EUNSA., 1993, p. 187.

148 Los eclesiásticos... *op cit.*, p. 207

y principio de interpretación un derecho inconcreto e indeterminado puede servir de base a una resolución judicial".¹⁴⁹ En este sentido, se dice que los derechos humanos informan al ordenamiento jurídico. Porque se requiere un "título" o concreción para reclamarlos judicialmente: ejemplos de esto son el derecho a la salud, a la vivienda, a la información, etcétera.

Dionisio Llamazares —como hemos visto— no concuerda con este punto de vista, ampliando mucho más el ámbito material de protección de estas libertades. Es más, a través de la libertad de conciencia ~~protege todo el~~ comportamiento humano y no sólo lo relativo a las creencias religiosas o filosóficas más profundas. Establece una suerte de derecho general de libertad, o más bien de liberación, por el cual cualquier disposición de la autoridad sólo sería legítima si se justifica en la finalidad de preservar la libertad de los demás.

Respecto a la relación entre libertad ideológica, de religión y de conciencia, este autor expresa que "libertad ideológica y religiosa de un lado y libertad de conciencia de otro, vienen a ser las dos caras de la misma moneda: desde el punto de vista subjetivo se habla de libertad de conciencia; desde el punto de vista objetivo, de libertad ideológica y religiosa".¹⁵⁰

Sostiene también que la libertad religiosa es una subespecie de la libertad ideológica. "En ambos casos estamos ante un intento de explicación global del

¹⁴⁹ *Ibidem.* p. 191.

¹⁵⁰ Llamazares. Derecho eclesiástico del Estado, *op. cit.*, p. 14.

universo que asumido por el individuo implica unas convicciones personales determinantes de la actitud y comportamiento ante el universo. Siempre que se den esas características estamos ante una ideología, que puede ser religiosa o no religiosa según que esas convicciones tengan como fundamento la creencia en un Ser Superior o no".¹⁵¹

Como ya vimos anteriormente, esta forma de ver las cosas ha determinado la opinión de este autor respecto a la identidad del derecho eclesiástico del Estado, para quien no es más que el derecho de la libertad de conciencia. Opinión que por otra parte ha sido suficientemente criticada por connotados eclesiasticistas, según ya vimos.

Concordamos con estas críticas, ya que una concepción así lleva a la larga al aniquilamiento del Estado y de toda autoridad y por lo mismo a la anarquía, aunque este autor se cuida de rebatir estos argumentos.

Esto no impide que reconozcamos el enorme valor que tienen estas tres libertades en el conjunto de los derechos humanos, y ello porque como bien dice Viladrich: "...desde el ángulo esencial, los derechos fundamentales más importantes son los que expresan las realidades más dignas, más exclusivas o específicas, las que definen al ser humano como persona. Y éstas son aquellas que reflejan su naturaleza de ser racional [...] Sobre este ámbito, el Estado es en la raíz— como hipotético sustituto de la persona de cada ciudadano—

151 *Ibidem.* p 15

absolutamente incompetente. Ésta es la frontera entre el Estado totalitario, que sólo tiene ciudadanos súbditos en todo, incluso en su ámbito más personal, y el Estado democrático de ciudadanos libres o con libertad fundamental en el ámbito de su racionalidad y su conciencia".¹⁵²

4.1.4 Bien jurídico particular tutelado por cada una de las libertades de pensamiento, conciencia y religión

Una vez que hemos expuesto la raíz común de estas tres libertades, veamos ahora cuál es el bien jurídico tutelado por cada una de ellas.

Esta tipificación es necesaria para determinar el estatuto jurídico que a cada una corresponde, de lo cual se derivan consecuencias muy concretas, como por ejemplo las relativas al tratamiento jurídico de las confesiones religiosas, o de otro tipo de agrupaciones o sociedades, como podría ser una sociedad de ateos o agnósticos. Si bien, tanto una confesión religiosa como una sociedad de ateos tienen en común que el objeto que las une, son sus creencias religiosas o sus convicciones ideológicas, tienen al mismo tiempo una diferencia fundamental que determina un tratamiento jurídico distinto. En efecto, una sociedad de ateos estaría regulada por el derecho común aplicable a las sociedades. En cambio una confesión religiosa estaría regulada por un derecho especial, toda vez que en la primera no es necesario regular lo

¹⁵² Viladrich, Pedro-Juan y Javier Ferrer Ortiz. "Los principios informadores...". *op. cit.*, pp. 186-187.

referente al culto, ni a la condición jurídica de los ministros de los cultos, y que en la segunda es imprescindible una regulación sobre estas cuestiones.¹⁵³

Libertad religiosa. Para determinar claramente el bien jurídico protegido por esta libertad, es preciso examinar en primer lugar lo que debemos entender por "religión". La palabra "religión" viene del latín *religare* o sea: ligar, vincular. Luego entonces, implica una relación, se entiende una relación con el Ser Supremo. Con frecuencia se utiliza también el término de libertad de creencias, ya que se quiere proteger también a aquellas creencias particulares que, sin constituir una religión propiamente, participan de muchas de sus características, y podrían equipararse a las religiones tradicionales en muchos aspectos.

Así pues, esta libertad protege ese acto íntimo por el cual una persona se adhiere a una u otra fe religiosa o creencia.

Aunque se dice que el derecho de libertad religiosa protege también la libertad para no adherirse a ninguna religión, la protección concreta que se brinda a los ateos o agnósticos discurre más bien por el cauce de la libertad de pensamiento, ya que, como decíamos anteriormente, las consecuencias jurídicas en cada caso son distintas. Es decir, el acto de fe y la adhesión a una determinada confesión religiosa exigen, para ser verdaderamente efectivas, de

¹⁵³ Hervada, Javier "Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica", en Persona y derecho, Pamplona, UNSA vol II (1984), p. 29

manifestaciones muy concretas, como son los ministros de culto o la celebración de los ritos, los cuales en el caso de los no creyentes no se requieren.

Por ello nos parece importante destacar que la libertad religiosa protege concretamente a los creyentes, y el bien jurídico protegido es el acto de fe y adhesión a una determinada confesión o creencia religiosa.¹⁵⁴

La libertad de pensamiento protege, como hemos dicho, todas aquellas ideologías o convicciones filosóficas que, sin llegar a ser una religión, desempeñan en el hombre una función o papel similar al de la religión. Incluye tanto convicciones de tipo moral como de otro tipo: filosófico, ideológico, etcétera. Pero, a la vez, su ámbito se limita a estas convicciones más profundas y trascendentes, ya que no todo pensamiento o ideología cae dentro de la protección que brinda esta libertad. Y esto, porque a través de la libertad de expresión se protegen aquellas otras ideas o convicciones de tipo científico, político, literario, etcétera, que no constituyen propiamente este núcleo íntimo que resulta protegido por las libertades de pensamiento, conciencia y religión.¹⁵⁵

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 38-39.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 37.

El contenido concreto de la libertad de conciencia es el que más problemas acarrea desde el punto de vista doctrinal, ya que existen muchas opiniones encontradas sobre este particular.

Hay un sector muy conservador que considera que la libertad de conciencia protege tan sólo el fuero interno de la persona, es decir, la libertad de elección para adherirse o no a una determinada creencia.¹⁵⁶ Contra esta opinión se ha llegado a argumentar que el derecho no puede regular el fuero interno, por quedar fuera del alcance de la tutela jurídica los actos interiores e íntimos de la conciencia.¹⁵⁷ Al respecto, podemos afirmar que, efectivamente, el derecho no tiene injerencia en la intimidad de las personas; que no se puede dictar una ley, por ejemplo, que ordene o prohíba determinados pensamientos y que sólo se puede regular o prohibir, en dado caso, las manifestaciones exteriores de los mismos.

Sin embargo, es interesante la opinión de algunos que sostienen que lo que la libertad de conciencia protege es precisamente esa libertad de elección respecto a la propia religión, convicciones o creencias. Esto implica que se

156 Es la opinión sostenida por la doctrina holandesa; *cfr.* Vermeulen, Ben P. "Conscientious objection in Dutch law", en AA.VV. *L'obiezione di coscienza nei paesi della Comunità Europea, atti dell'incontro*. Bruxelles-Lovaino 7-8 dicembre, 1990. European Consortium for Church-State Research. Milano, Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, Pubblicazioni di Diritto Ecclesiastico, Dott. A. Giuffrè Editore, 1992 p. 259-289. Comentaremos esta doctrina en su momento, cuando tratemos el tema de la objeción de conciencia en el derecho comparado.

157 Martínez Torró, Javier. "El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al convenio europeo de derechos humanos" en Anuario de derecho eclesiástico del Estado, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas-EDERSA, Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1986, Vol. II, pp. 446-447.

proscriben todas aquellas actividades que interfieren de modo abusivo y por medios ilícitos en la libertad de las conciencias; se refieren a aquellos procedimientos inquisitoriales, por ejemplo, que violentan la libertad de conciencia por medio de hipnosis, o ciertas torturas o presiones psicológicas, medios, por lo demás, utilizados en algunos casos por ciertas sectas que buscan atraer adeptos a sus filas.

4.2. La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión en el derecho internacional

La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión está protegida por los principales convenios o pactos internacionales de derechos humanos, tanto en el ámbito global como en el ámbito regional. Veamos el contenido de cada uno de estos instrumentos, conforme al orden cronológico de su aprobación.

4.2.1 Principales textos de carácter internacional en materia de derechos de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

4.2.1.1 Sistema europeo

En orden cronológico, sabemos que el primer instrumento pacticio (es decir, sin considerar los instrumentos meramente declarativos) de carácter internacional en materia de derechos humanos fue el Convenio Europeo para la

Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, también conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) aprobado por el Consejo de Europa en Roma, el 4 de noviembre de 1950.

Las libertades de pensamiento, conciencia y religión se protegen por el siguiente artículo:

"Art. 9.1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones, individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral pública, o la protección de los derechos o las libertades de los demás".

Asimismo, en el año de 1952 fue aprobado el primer protocolo adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuyo artículo 2o. reza así:

"A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la

enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”¹⁵⁸

4.2.1.2 Sistema interamericano

El segundo instrumento pacticio en materia de derechos humanos que consagra las libertades de pensamiento, conciencia y religión es la Convención Americana de Derechos del Hombre, también conocida como Pacto de San José (PSJ), porque fue aprobada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1966.

El texto del artículo 12 dice así:

"Art. 12.1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Esto implica la libertad de conservar su religión o sus 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.

2. 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.

158 Hervada, Javier, y José Manuel Zumaquero. Textos internacionales de derechos humanos. Pamplona, EUNSA, 1978, pp. 277-281.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral o los derechos y libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".¹⁵⁹

México prestó su adhesión a este pacto en el año de 1980 como consta en el *Diario Oficial* del 9 de enero de 1981.

4.2.1.3 Sistema de Naciones Unidas

Como sabemos, los dos instrumentos pacticios fundamentales en materia de derechos humanos derivados de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de la Organización de Naciones Unidas, son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos aprobados el año de 1966. México se adhirió a estos pactos en el año de 1980 según consta en el *Diario Oficial* del 9 de enero de 1981.

¹⁵⁹ Hervada y Zumaquero, *op cit*, pp. 559-581

El artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra en la siguiente forma el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión:

"Art. 18.1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados partes en el presente pacto 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"¹⁶⁰

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 559-581.

Asimismo el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagra el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación acorde con sus convicciones.

"Art. 13.3 Los Estados partes en el presente pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".¹⁶¹

La preocupación de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas ante las continuas violaciones de los preceptos anteriores por parte de los Estados miembros ha cristalizado en la aprobación —el 25 de noviembre de 1981— por la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) de la "Declaración para la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o en las Convicciones" (DETFIDFRC), la cual pretende detallar el contenido de las libertades de pensamiento, conciencia y religión consagradas en el art. 18 del Pacto

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 546-557.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹⁶² En fechas muy recientes, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha adoptado la Resolución 52/122 para la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa. Basada en los informes de la Tercera Comisión, esta resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas muestra su honda preocupación por las situaciones de intolerancia religiosa que se observan en no pocos países del mundo y declara que “la libertad de manifestar la religión o las creencias sólo se podrá restringir a condición de que las limitaciones estén prescritas por la ley, sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás y se apliquen de manera que no vicien el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”.

Se sabe, asimismo, de la existencia de un proyecto para la firma de un convenio mediante el cual los países miembros de Naciones Unidas se comprometerían a hacer efectivas las disposiciones de la citada declaración. La concreción de este pacto ha encontrado serios escollos, por la falta de consenso

162 “Considerando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos se proclaman los principios de no discriminación y de igualdad ante la ley y el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones [...] Preocupada por las manifestaciones de intolerancia y por la existencia de discriminación en las esferas de la religión o las convicciones que aún se advierten en algunos lugares del mundo proclama la presente Declaración...” Exposición de motivos de la DETFIDFRC, Documento 48 A/RES/36/55 del 25 de noviembre de 1981, en Las Naciones Unidas y los derechos humanos, 1945-1995.

y gran heterogeneidad que existe en esta materia entre las altas partes contratantes.¹⁶³

4.2.2 La interpretación jurisprudencial de los textos internacionales de derechos humanos

Como hemos visto, el primer instrumento de carácter pacticio a nivel internacional en materia de derechos humanos fue el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que es el fruto más importante del Consejo de Europa (CE), constituido en La Haya en el año de 1949 como conclusión del primer Congreso del Comité de Movimientos para la Unidad Europea.

Lo que resalta especialmente de este convenio es que establece un sistema jurisdiccional de ámbito internacional para que los particulares puedan demandar las violaciones a los derechos humanos protegidos por el convenio.

Esta función recae en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Consejo de Ministros, todos ellos con sede en la ciudad de Estrasburgo.¹⁶⁴

¹⁶³ Interesantes estudios sobre las medidas que se han tomado por parte de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas para brindar una protección más efectiva a las libertades de pensamiento, conciencia y religión los encontramos en Escobar Hernández, Concepción, "Un nuevo paso en la protección internacional de la libertad de pensamiento, conciencia y religión: el procedimiento público especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas", en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Madrid, Universidad Complutense, 1990, pp. 87-129, y Contreras Mazarío, José María, "La libertad religiosa y la no discriminación por motivos religiosos en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas", en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Madrid, Universidad Complutense, 1989, vol. V, pp. 19-31

El sistema está diseñado de tal forma que la Comisión de Derechos Humanos actúa como filtro de las demandas que deben llegar al Tribunal. Para que un asunto sea resuelto por el Tribunal, los particulares deben presentar la demanda ante la Comisión, quien después de un estudio detenido declara si es o no admisible. En caso de no ser admisible elabora una declaración de no admisibilidad debidamente fundada y motivada. En caso de ser admisible elabora un reporte donde determina las violaciones al Convenio detectadas y lo turna tanto al Comité de Ministros como al Estado demandado.¹⁶⁵

A partir de entonces se tiene un plazo de tres meses para que la Comisión o el Estado demandado turnen el asunto al Tribunal para su resolución. En caso de que ninguno de ellos lo turne al Tribunal, resolverá el Comité de Ministros, casi siempre en el mismo sentido del reporte elaborado por la Comisión.

En consecuencia, sólo la Comisión o los Estados demandados están legitimados para excitar al órgano jurisdiccional, y serán estos órganos las partes en el procedimiento contradictorio que entonces se inicia, si bien, actualmente se permite que los abogados de los particulares demandantes

164 En relación al funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es muy interesante la obra del que fuera secretario del Tribunal, doctor Marc-André Eiseen, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, traducción de Javier García de Enterría I., y Velázquez, publicado en Madrid, por Editorial Civitas.

165 Sobre el sistema europeo de protección de derechos humanos es muy interesante el estudio de Martínez Torrón, Javier, "La objeción de conciencia en el derecho internacional", en Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica, 1989/2, Padova, Italia, CEDAM, 1990, pp. 149-194.

tengan una cierta participación en el procedimiento ante el Tribunal, el cual, por lo demás, goza de plena jurisdicción.

El papel de la Comisión es sumamente importante, porque en la práctica sus funciones son cuasijurisdiccionales, lo que otorga gran importancia a la doctrina elaborada por la Comisión, la cual forma actualmente un cuerpo jurisprudencial de gran valor para la doctrina de los derechos humanos.

Es ciertamente algo inusitado en el derecho internacional clásico, en el cual sólo se reconoce el carácter de sujetos a los Estados y nunca a los nacionales de dichos Estados. Es una manifestación concreta de la penetración de la doctrina de los derechos humanos en las distintas ramas del saber jurídico.

Se comprende que Europa haya sido pionera en este sistema de protección de los derechos humanos, por la dolorosa experiencia vivida tan de cerca durante la Segunda Guerra Mundial.

Por ello, la jurisprudencia del sistema europeo reviste una importancia capital en la tarea de interpretación y aplicación de los derechos humanos consagrados por el Convenio. Es clara su influencia en la redacción de los artículos relativos a las libertades de pensamiento, conciencia y religión consagradas posteriormente, tanto en los pactos de derechos humanos de Naciones Unidas como en el Pacto de San José, en el ámbito interamericano.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Resultan de gran interés los trabajos realizados sobre este tema por el profesor Martínez Torró en "El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al convenio europeo de derechos humanos" en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA). Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1986.

Aunque en estos últimos se prevé también un sistema de protección jurisdiccional de los derechos humanos, los resultados obtenidos son muy distintos, toda vez que dentro del sistema europeo son pocas las veces en que el Tribunal y la Comisión de Derechos Humanos se han pronunciado en relación con libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia, a diferencia de las veces en que se ha pronunciado sobre los demás artículos del convenio. Existe ya un cuerpo de doctrina jurisprudencial muy valioso que permite extraer los criterios fundamentales que han establecido los órganos del Consejo de Europa para la interpretación del alcance y protección ofrecida para estas libertades.

En cambio, en los sistemas interamericano y de Naciones Unidas, las resoluciones dictadas en materia de libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia, son realmenté escasas, por lo que no se puede hablar hasta el momento de la existencia de criterios jurisprudenciales bien definidos.¹⁶⁷

Es por esta razón que al analizar detalladamente la interpretación de los convenios internacionales en materia de libertades de pensamiento, conciencia y religión nos basaremos especialmente en la jurisprudencia europea y en la doctrina elaborada en torno a esta jurisprudencia.

vol. II, pp. 403-496 y en "La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea", en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Madrid, EDESA, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1993, vol. IX, pp. 53-88.

167 *Cf.* Martínez Torrón, "La objeción de conciencia en el derecho internacional", *op. cit.*, p. 149 y ss.

Por otro lado, es indudable la influencia que la doctrina del sistema europeo ha tenido y tiene en la doctrina de Naciones Unidas y en la del sistema interamericano. Y esto porque cronológicamente el sistema europeo es anterior y cuantitativamente más abundante.

Finalmente, tanto el sistema de Naciones Unidas como el sistema interamericano todavía deben perfeccionarse, ya que sus resoluciones no tienen la misma fuerza ejecutiva que las resoluciones del Consejo Europeo, y por lo mismo no revisten el mismo prestigio e interés que tienen las resoluciones del sistema europeo.

4.3. La libertad de pensamiento, conciencia y religión en la jurisprudencia de los órganos del Consejo de Europa

En este apartado vamos a exponer de manera sucinta los principales rasgos que definen el ámbito concreto de protección que brinda el Convenio Europeo de Derechos Humanos a las libertades de pensamiento, conciencia y religión, de acuerdo con la jurisprudencia, tanto de la Comisión de Derechos Humanos como del Tribunal o Corte Europea de Derechos Humanos.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Para realizar este apartado nos hemos apoyado de manera importante en el exhaustivo análisis de la jurisprudencia europea que hace el profesor Martínez Torrón en los artículos ya citados, *efr supra*, p 166. Asimismo, hemos revisado las principales resoluciones tanto del Tribunal como de la Comisión. Todas las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos son publicadas por el Consejo de Europa. La "Serie A" comprende las sentencias y las decisiones de la Corte, mientras la "Serie B" contiene todos aquellos documentos y memoriales presentados en el curso del juicio. Las lenguas oficiales en que se publican son el inglés y el francés.

Como decíamos anteriormente, esta doctrina reviste una importancia capital para el objeto que nos ocupa en el presente capítulo, puesto que constituye una pauta muy importante a seguir por los demás sistemas de protección jurisdiccional de derechos humanos y por la influencia que tiene en la formulación doctrinal de las libertades públicas a nivel internacional.

4.3.1. Contenido del derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

4.3.1.1. Bien jurídico protegido por el artículo 9o del CEDH

Hasta el momento no existe una doctrina uniforme en la jurisprudencia de los órganos del Consejo de Europa que defina claramente estos tres conceptos. En ocasiones, la confusión es de tal magnitud que no se sabe si se trata de un solo derecho o de tres derechos.

Al parecer, el bien jurídico tutelado por estas libertades son las creencias o convicciones sean o no éstas de carácter religioso. La libertad de conciencia no

Asimismo, las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos y las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, además de ser publicadas por el Consejo de Europa, son publicadas en inglés por la editorial inglesa Sweet & Maxwell, en la publicación periódica denominada *European Human Rights Reports (EHRR)*. Para los países de habla francesa se publica en la casa editorial Carl Heymanns Verlag KG de Luxemburgo.

También existen otro tipo de publicaciones en las que, además de transcribir los textos de las sentencias o resoluciones más importantes de los órganos del Consejo de Europa, se hacen interesantes comentarios a los mismos. Tal es el caso de *1. interpretazione giudiziaria delle convenzioni europea dei diritti dell'uomo. Guida alla Giurisprudenza della Corte (1960-1987)*, publicación del Instituto Internacional de Estudios sobre Derechos del Hombre, constituido con la intervención del Consejo de Europa, la UNESCO y el gobierno italiano. Publicación a cargo de Roberto Facchin, Padova, CEDAM, 1988.

parece proteger ningún ámbito propio o autónomo, sino que aparece vinculada o derivada de la libertad de pensamiento o de religión.

"...la jurisprudencia europea —nos dice Martínez-Torrón— parece erigir las creencias como la noción central sobre la que bascula la protección otorgada a las tres libertades mencionadas. Con lo cual, las coordenadas del sistema se fijan en la libertad religiosa y la libertad de pensamiento, de manera que la libertad de conciencia tendría un cierto carácter residual, siendo tutelada en la medida en que el comportamiento del individuo pueda caracterizarse como manifestación de las convicciones personales, religiosas o no".¹⁶⁹

Esta interpretación se refuerza —como veremos más adelante— con la interpretación que la jurisprudencia ha dado al término "prácticas" como un medio protegido por el convenio para manifestar la propia religión o las convicciones.

Por ahora bástenos señalar que el término "práctica", tal como es empleado en el artículo 9.1, no cubre cada acto que es motivado o influido por una religión o creencia; al contrario, cuando las acciones de los individuos no expresan realmente la creencia religiosa o filosófica en cuestión, no pueden ser

¹⁶⁹ *Cf.* "El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al convenio europeo de derechos humanos", *op. cit.*, p. 124

consideradas como protegidas como tales por el artículo 9.1, aun cuando estén motivadas o influidas por ella.¹⁷⁰

Aún más, de acuerdo con la opinión del profesor Martínez-Torrón, "...es la libertad religiosa la clave que [...] permite determinar el alcance de la protección que el Convenio reconoce a la proyección o manifestación externa de las creencias en el sentido de que la clase de ideologías protegibles en virtud de la libertad de pensamiento parece delimitarse por referencia al ámbito típico de la libertad de religión [...] se alude a las creencias que desempeñan en la vida de una persona una función semejante a la que desempeña la religión, en cuanto conjunto de convicciones éticas y de concepciones sobre los aspectos más relevantes de la vida del hombre".¹⁷¹

170 *Cfr.* Caso *Arrowsmith vs Reino Unido*, Reporte de la Comisión (Rep. Com.) 7.050/75, en *Decisions and Reports (D.R.)*, No. 19, pp. 19-20. Se refiere a una ciudadana británica, puesta en prisión por supuestos panfletos pacifistas entre los soldados ingleses acuartelados en Irlanda del Norte, incitándolos a la desertión. El caso se resolvió en contra de la peticionaria por considerar que aunque el "pacifismo" es una ideología protegida por el artículo 9, el hecho de repartir panfletos no es una "manifestación" de esa ideología sino una conducta "motivada" en el pensamiento pacifista. Más adelante abundaremos en esta distinción entre "manifestación" y "motivación" para efectos del ámbito protegido por el artículo 9 del CEDH, *cfr. infra*, p. 171.

171 *Cfr.* "El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al convenio europeo de derechos humanos", *op. cit.*, p. 424.

4.3.1.2 *Doctrina del fuero interno y externo*

En los últimos años, la jurisprudencia europea ha elaborado la doctrina sobre el ámbito material de protección de estas tres libertades, mediante la distinción de los llamados "fuero interno" y "fuero externo"¹⁷²

A) Fuero interno. Libertad de conciencia

Se sostiene que el ámbito del fuero interno no puede ser restringido de ninguna forma. Protege la libertad de elección de religión o convicciones, prohibiendo toda intromisión en el fuero interno respecto del acto de elección como son algunos métodos de proselitismo abusivo. Protege también contra la llamada "indoctrinación" por parte del Estado o los particulares en esta materia.

Esta idea de la indoctrinación se expresó a propósito del caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen.¹⁷³ Se trataba de una demanda interpuesta por tres matrimonios en contra del gobierno danés, por la reforma a los planes de estudio que imponía, a temprana edad, una educación sexual "integral", es decir, sin constituir una materia particular, sino integrada en el contenido de otras materias, y sin que se previese la posibilidad de alguna excepción por motivos éticos o religiosos. La demanda se fundaba en el artículo 2 del primer

¹⁷² *cf.* Martínez Torró. "La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea", *op. cit.*, p. 53 y ss.

¹⁷³ Sentencia del Tribunal del 7 de diciembre de 1976, comentada por Martínez Torró, en "La objeción de conciencia en el derecho internacional", *op. cit.*, pp. 189-190

protocolo de Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre el derecho de los padres a la educación de sus hijos conforme a sus convicciones.

En este caso, el Tribunal no consideró que se violaba el artículo mencionado, porque el interés público exige que la educación sexual forme parte de los planes de estudio de las escuelas públicas, y porque finalmente los padres conservan el derecho de cambiar a sus hijos a escuelas privadas fuertemente subvencionadas por el Estado o bien porque la ley danesa permite a los padres ocuparse directamente de la educación de sus hijos.

Se argumentaba que el artículo 2 del primer protocolo protege a los hijos sólo contra la "indoctrinación" por parte del Estado en materia de religión o de convicciones, ya sea en el ámbito educativo o en otras instancias. Y que la educación sexual no constituía una "indoctrinación" sino una transmisión "objetiva" de conocimientos. El Tribunal hacía notar que la determinación de los planes de estudio es competencia del Estado, y que comporta un amplio margen de apreciaciones discrecionales que la Corte no está legitimada para enjuiciar.

Sin embargo, en esta sentencia consta el voto discrepante del juez Verdorss, quien distingue entre la información sobre los hechos de la sexualidad humana —propia de la biología— y la información sobre las prácticas sexuales, incluida la anticoncepción, que constituía la materia de estudio impuesta por la ley danesa. Este segundo aspecto puede afectar el

ámbito de la conciencia y puede, por tanto, oponerse a las convicciones morales de los padres por el mero hecho de impartirse colectivamente en la escuela, y a una edad que ellos consideran demasiado temprana.

Por otra parte, nos dice que no existen indicios de que el artículo 2 prohíba exclusivamente el fin de inductrinamiento en la actividad educativa estatal. Al contrario, de una manera general se exige que el Estado respete las convicciones de los padres sin la menor referencia a la finalidad perseguida por la organización pública de enseñanza.

En consecuencia, el Tribunal debería haberse limitado a constatar si la legislación impugnada iba en contra de las creencias de los demandantes, y esto sucede en el presente caso porque la norma no regula la concesión de exenciones. Tampoco sirve de mucho la posibilidad de acudir a escuelas privadas o de educar personalmente a los hijos, porque eso entrañaría una discriminación injusta prohibida por el artículo 14 del Convenio, que consagra el principio de igualdad.

El criterio sobre el "proselitismo abusivo" fue expuesta con ocasión del caso Kokkinakis, resuelto por el Tribunal Europeo mediante sentencia del 25 de mayo de 1993.¹⁷⁴ En esta sentencia distingue la Corte el proselitismo

174. *Cfr. Albare Kokkinakis c. Greece, Arret 3/1992/348/421 del 25 de mayo de 1993 dictado por la Corte Europea de Derechos Humanos, publicado en el volumen 260-A de la serie A, editada por la Carl Heymanns Verlag KG, de Luxemburgo.*

El caso se refiere a un miembro de la confesión religiosa testigos de Jehová, que fue condenado a prisión por hablar con la esposa del cantor de la Iglesia ortodoxa, con base en la prohibición que existe en la ley griega de hacer proselitismo religioso

"abusivo" que se manifiesta como "la oferta de ventajas materiales o sociales con miras a ganar nuevos adeptos, la presión abusiva sobre personas en situación de ansiedad o necesidad", e incluso el empleo de la violencia o el "lavado de cerebro", y el proselitismo "lícito" protegido por el artículo 9 del Convenio.¹⁷⁵

B) El fuero externo. Libertad de pensamiento y de religión

Como decíamos, de acuerdo a la doctrina de los fueros, el fuero externo protegería las manifestaciones exteriores de la propia religión o convicciones. Es en este ámbito del fuero externo donde pueden establecerse limitaciones al derecho de manifestar la propia religión o convicciones, según veremos en páginas posteriores.

Para delimitar específicamente el ámbito protegido por el fuero externo, la jurisprudencia europea se basa en la interpretación que ha hecho de los términos "religión", "convicciones" y "manifestación", como en seguida veremos.

B.1. Concepto de religión y de pensamiento o convicciones y concepto de "manifestación"

175 "Il existerait cependant une différence radicale entre le témoignage et le 'proélytisme de mauvais aloi', celui qui consisterait à employer des moyens trompeurs, indignes et immoraux, telle l'exploitation du dénuement, de la faiblesse intellectuelle et de l'inexpérience de son semblable". Cfr. No. 30 de la sentencia.

Hasta el momento, la jurisprudencia europea no ha precisado el significado exacto de lo que debemos entender por "religión". Según Martínez-Torrón, al parecer la ha entendido en el sentido tradicional: "Creencia en un ser supremo y trascendente, de la que se deriva un dogma, una moral y un culto determinados, y que cuenta con una cierta organización estable —no necesariamente jerárquica— vertebrada sobre personas cualificadas o ministros"¹⁷⁶

Respecto a la libertad de pensamiento existen algunos criterios que nos permiten establecer una delimitación conceptual de lo que debemos entender por "convicción". En el caso *Arrowsmith* se ha sostenido concretamente que no todas las ideas son protegidas por esta libertad, sino aquellas "que alcanzan determinado nivel de obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia".¹⁷⁷ En este caso alcanzaron protección las ideas pacifistas. En cambio las preferencias lingüísticas no se consideran protegibles por la libertad de pensamiento. Esta protección la alcanzan por el artículo 10 del Convenio, al amparo de la libertad de expresión.¹⁷⁸

¹⁷⁶ *Cfr.* "La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia..." *op. cit.*, p. 63

¹⁷⁷ Caso *Arrowsmith*, *cfr. supra*, p. 167

¹⁷⁸ Este criterio fue sostenido por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso sobre el régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica, en su sentencia del 23 de julio de 1968. Un interesante comentario a esta sentencia lo encontramos en "L'interpretazione giudiziaria della convenzione europea dei diritti dell'uomo, Guida alla Giurisprudenza della Corte", *cfr. supra* p. 165. (1960-1987), *op. cit.*, pág. 485 y ss. El caso se refiere a un grupo de madres de habla francesa, residentes en una región considerada por la ley belga de lengua flamenca, que reclaman, con base en el artículo 2 del primer protocolo del CEDH, la libertad para que sus hijos sean educados en lengua francesa, es decir en la lengua materna, invocando el derecho de los padres a

Se trata de "aquellas convicciones que, sin ser religiosas, poseen una intensidad axiológica equiparable [...] desempeñan en la vida de una persona una función semejante a la de la religión, en cuanto conjunto —más o menos profundo— de ideas sobre el mundo y sobre el hombre, de las cuales se derivan ciertas consecuencias éticas dirigidas a orientar con carácter prescriptivo el comportamiento del individuo".¹⁷⁹

Se ha reconocido legitimación activa a los grupos con fines filosóficos.¹⁸⁰ Pero no a agrupaciones con fines lucrativos, en relación a una sociedad anónima suiza —una imprenta—, que rehusaba pagar el impuesto eclesiástico, obligatorio en el cantón de Zurich.¹⁸¹

Como podemos apreciar, es la libertad de creencias religiosas el concepto primordial para delimitar el ámbito de protección del artículo 9, ya que, aun en el caso de que se trate de creencias no religiosas, se determinan por su posible equiparación a las creencias religiosas en cuanto a su seriedad, trascendencia y demás notas.

educar a sus hijos de acuerdo con sus convicciones. En este caso, la Corte no concedió la protección solicitada, toda vez que el derecho a la instrucción no incluye el derecho a ser educado en una determinada lengua.

179 Cfr. caso *Campell y Cosans*, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 25 de febrero de 1982, núm. 36.

180 Cfr. Decisión de no admisibilidad de la Comisión (Dec. Adm.) No. 12587/86, en relación a la Orden Secular de Druidas en el Reino Unido, D. R. No. 53, p. 246.

181 Cfr. Dec. Adm. 7.865/77, D.R., No. 16, p. 86.

Respecto a la forma que tiene la autoridad para determinar si en realidad se trata de una manifestación de una religión o creencia, en algunas ocasiones la Comisión ha llevado a cabo una indagación y valoración respecto del contenido de las creencias religiosas declaradas por el demandante, con el objeto de comprobar si sus reclamaciones se ajustaban a tales creencias, e incluso, en caso de pertenencia a grupos confesionales organizados, se han contrastado las alegaciones del actor con los dictámenes emitidos por la competente autoridad religiosa, prevaleciendo el criterio de esta última. Martínez-Torrón señala a este respecto el peligro que supone en el sentido de que "los jueces europeos podrían tender a convertirse en jueces de la ortodoxia de las convicciones personales, quedando sin protección las actitudes mantenidas desde una perspectiva supuestamente heterodoxa respecto de un determinado credo religioso".¹⁸²

El término "manifestación" es la noción central que sirve para circunscribir el conjunto de actividades protegibles por la libertad de pensamiento y de religión.

En este sentido, la Comisión ha sostenido un criterio formalista para resolver lo que debe entenderse por "manifestación", señalando la diferencia entre la "manifestación de la religión o las creencias" y la "motivación" de una

¹⁸² Cfr. "El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al convenio europeo de derechos humanos", *op. cit.*, p.

conducta en la religión o las creencias, que es el caso concreto de las objeciones de conciencia.

La Comisión ha manifestado, así, la tendencia a proteger las habituales expresiones del hecho religioso colectivo e institucionalizado.

Se habla, así, de "actos íntimamente vinculados a esas actitudes, tales como los actos de culto o devoción".¹⁸³

Esta interpretación restrictiva por parte de la jurisprudencia europea del término "manifestación" es la que ha dejado fuera del alcance de protección de este artículo a la llamada objeción de conciencia, que consiste precisamente en un comportamiento motivado en una creencia religiosa o en una determinada convicción sin que sea una expresión directa de devoción o de culto.

El profesor Martínez-Torrón disiente de esta interpretación, ya que en su opinión no es coherente con la postura que se ha adoptado por otros órganos del Consejo de Europa, respecto al reconocimiento de la objeción de conciencia al servicio militar. De esto hablaremos en el siguiente capítulo.

Un caso especialmente importante donde se ha expuesto esta doctrina, y del que ya hemos hablado, es el de "Arrowsmith" ya mencionado.¹⁸⁴ En este caso, la Comisión, admite que el "pacifismo" es una creencia protegida por el artículo 9, pero el hecho concreto de repartir los panfletos con ese contenido

¹⁸³ Cfr. Dec. Adm. 10358/83. D. R., No 37, p. 147.

¹⁸⁴ Cfr. *supra*, p.167.

entre las tropas inglesas asentadas en Irlanda del Norte no constituye una "manifestación" de la religión o las creencias, sino una conducta "motivada" en la religión y las creencias, que es distinto. La Comisión consideró que la conducta de Arrowsmith únicamente reflejaba una oposición a la política británica en Irlanda del Norte, y no era una manifestación directa de sus creencias.

Apoyándose en esta doctrina, la Comisión ha excluido de la protección otorgada por el artículo 9 la realización de aquellos actos que sólo son permitidos pero no exigidos por la propia confesión religiosa, como el de un judío que demandaba el que no pudiera conceder a su mujer el libelo de repudio¹⁸⁵ o actitudes de indisciplina en el ámbito militar.¹⁸⁶

Asimismo, la Comisión también ha sostenido el criterio de que no constituyen manifestaciones protegibles por el convenio aquellas actividades de naturaleza comercial, aunque estén relacionadas con una creencia religiosa. Este criterio lo expresó con ocasión de un caso presentado por la Iglesia de Cienciología y uno de sus ministros, contra Suecia. Se trataba de un artefacto que se promocionaba en una de las revistas de esta confesión religiosa, que indicaba a las personas que se confiesan si ha sido descargada del peso espiritual de sus pecados. A raíz de varias quejas ante el *Ombudsman* de los

185 *Cfr* Dec Adm 10180/82, D.R. No 35, p 199 y ss

186 *Cfr* Dec Adm 11567/85

consumidores, la autoridad prohibió que en la publicidad de este artefacto se incluyeran ciertas palabras o argumentos de persuasión de carácter religioso.¹⁸⁷

B.2 Medios admitidos para manifestar la religión o creencia

No hay consenso en la doctrina sobre si la enumeración del artículo 9 es ejemplificativa o taxativa. No se puede deducir esto tampoco de la jurisprudencia. Sin embargo, en opinión de Martínez-Torrón eso es irrelevante, dada la amplitud semántica de los términos empleados, en particular del término "práctica". Sin embargo, la doctrina jurisprudencial de la Comisión ha seguido una interpretación estricta de este término como ya lo hemos señalado anteriormente.

Por otra parte no existe una construcción sistemática por parte de la jurisprudencia europea, respecto de cómo deben de interpretarse cada uno estos medios de manifestar la libertad religiosa.

Martínez-Torrón, opina al respecto que "...el culto y la observancia de los ritos constituyen un ámbito específico del derecho de libertad religiosa, sin que al mismo tiempo aparezca nítida la distinción entre esas dos nociones. La práctica, por su parte, definiría el campo propio de la libertad de conciencia, tenga o no una fundamentación religiosa, siempre que se trate estrictamente de obligaciones en conciencia: es decir, actos fundados en un dictamen interno

187 Cfr. D.R., No. 16, pp. 69 y 71

genuinamente moral, que impone, por tanto deberes de una fuerza compulsiva superior a cualquier otra instancia normativa. La enseñanza, finalmente marcaría un punto de confluencia entre la libertad religiosa y de pensamiento, y comprendería un triple aspecto: el derecho de los grupos a la formación de sus adeptos o fieles, el derecho de la persona individual a que no se le impida ser instruido en los postulados doctrinales de la creencia de su elección, y el derecho al proselitismo y a la difusión de una doctrina".¹⁸⁸

B.2.1. Celebración del culto y la observancia (de los ritos)

El culto y la observancia de los ritos no plantean mayores problemas. La concepción de qué sea culto o rito debe dejarse a la propia confesión religiosa, sin que el Estado pueda emitir juicios a ese respecto, aunque sí puede acudir a peritos o a la pertinente autoridad religiosa para comprobar el rigor de las reclamaciones formuladas por la persona individual.

El derecho de libertad religiosa exige que se asegure la libre práctica del culto y de los ritos, siempre que no existan motivos para justificar su prohibición, en aplicación de alguno de los límites establecidos por el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El punto clave está en dilucidar si las medidas restrictivas son o no necesarias

¹⁸⁸ Cfr. "El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en tomo al ...". *op. cit.* p. 436

La libertad de culto y la observancia de los ritos puede comportar una actuación positiva por parte de las autoridades públicas, dirigida a garantizar que las confesiones no sean privadas de los medios imprescindibles para realizar sus tareas, por ejemplo licencias de construcción de templos, exención de obligaciones militares y alternativas de sus ministros, etcétera.

Esto no significa que exista un derecho a la eficacia jurídico-civil de los ritos, por ejemplo en el caso del matrimonio. De acuerdo a la jurisprudencia de la Comisión, es patente que el Estado no se encuentra obligado a ello por el Convenio. Así se estableció con ocasión de una demanda contra la Republica Federal Alemana.¹⁸⁹ Un judío reclamaba que no se le reconociera el matrimonio que celebró conforme al rito judío. La Comisión sostuvo el criterio que conforme al artículo 12 del Convenio se reconoce el "derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia según las leyes nacionales que regulan el ejercicio de este derecho".

Otra cuestión que se ha planteado respecto a este punto, es el ejercicio cultural de personas que se encuentran sometidas a diversas obligaciones contractuales o procesales.

Respecto a las obligaciones contractuales derivadas de una relación laboral, es una realidad que en muchos países la legislación laboral protege el ejercicio del culto de los trabajadores. La Comisión, por su parte, ha sostenido

¹⁸⁹ C/f. Dec. Adm. 6.167/73, D.R., p'p. 64-65.

el criterio de que no se estima que haya restricción a la libertad religiosa cuando las incompatibilidades entre el personal culto religioso y las obligaciones laborales no fueron manifestadas por el empleado en el momento de realizar el contrato, ni surgieron en los primeros años de su trabajo.¹⁹⁰

Respecto a las personas recluidas en centros penitenciarios, la Comisión ha adoptado un criterio ambiguo, denegando en la mayoría de los casos las diversas demandas interpuestas por los reclusos, por el evidente abuso que en muchas ocasiones suponen.

Para denegar estas demandas, se ha sostenido el criterio de que ciertas circunstancias particulares pueden justificar una limitación a alguna de las garantías protegidas por el Convenio. Asimismo, también se han invocado razones de seguridad y orden público para justificar la desestimación de algunas demandas.

Sin embargo, la Comisión también ha sostenido el criterio general de que se debe permitir a los reclusos el ejercicio de su religión y del culto. Las negativas que se han dado se deben a que las peticiones son un tanto frívolas y carentes de fundamento.

B.2.2. La enseñanza y el derecho de los padres a la educación de sus hijos según las propias convicciones

¹⁹⁰ C/ J. Dec Adm 8.160/78. D R . No 22. pp 27-50

Como veíamos anteriormente, este derecho implica: el derecho a ser instruido en la propia religión o convicciones; el derecho de los grupos religiosos o filosóficos a formar a sus adeptos, y el derecho a difundir las propias ideas religiosas o las propias convicciones. Es decir el proselitismo lícito.

Uno de los derechos que incluye este medio de manifestar la libertad religiosa es el derecho a ser instruido en las propias convicciones. Posee la peculiaridad de que puede ser ejercido por unas personas en nombre de otras. Es lo que ocurre con los padres. Esta peculiaridad, y su conexión con otro derecho, el derecho a la educación, es lo que explica que se le haya dedicado un artículo especial en el primer protocolo (*cf.* artículo 2o), y que la mayor parte de los casos planteados con fundamento en la "enseñanza" se funden en este artículo. Por ese motivo, en este apartado analizaremos también el contenido del artículo 2o del Primer Protocolo.

El criterio adoptado en relación con la manifestación de la religión o las convicciones a través de la enseñanza se puso de manifiesto en el caso Kokkinakis, que fue resuelto por el Tribunal.¹⁹¹ Recordemos que se trataba de un testigo de Jehová que fue condenado penalmente en Grecia por actividades de proselitismo, por conversar sobre temas religiosos con la esposa de un cantor de la Iglesia ortodoxa griega. A pesar de que la sentencia fue favorable

¹⁹¹*Cf.* caso Kokkinakis. *supra*, p. 170

al actor, no resolvió el problema de fondo, que es el hecho de que en Grecia la Constitución prohíba y castigue penalmente toda actividad de proselitismo religioso. La Comisión no enjuició a la legislación griega, sino que definió cómo debía interpretarse esa disposición constitucional de acuerdo con los principios de la Convención. En este sentido, sostuvo que la prohibición de la Constitución griega debe referirse al proselitismo "abusivo" y no a todo proselitismo. Es un caso en el que se pone de manifiesto la actitud extremadamente condescendiente de la Comisión así como el respeto a la autonomía de los países miembros.

Por lo que se refiere al derecho de los padres a la educación de sus hijos conforme a sus convicciones, hemos visto que en este aspecto se permite el ejercicio de este derecho a través de terceras personas, concretamente de los padres o de las personas que ejerzan la patria potestad sobre menores de edad.

La jurisprudencia ha interpretado los siguientes aspectos del artículo 2o del Primer Protocolo:

a) La noción y el alcance del derecho a la enseñanza e instrucción en sí mismo considerado

Por educación se entiende: "el procedimiento total mediante el que, en cualquier sociedad los adultos inculcan a los más jóvenes sus creencias, hábitos y demás valores".¹⁹²

¹⁹² Caso Campbell y Cosans. *cf. supra*, p. 173

La enseñanza o instrucción, se refiere en cambio a la transmisión de conocimientos y a la formación intelectual.

El derecho de los padres abarca las dos dimensiones, mientras que el ámbito que corresponde al Estado es el de la instrucción.

Respecto al alcance del derecho a la instrucción se ha precisado que:

I) No impone a los Estados la obligación de "mantener a su costa o subvencionar un sistema de enseñanza de una forma o en una escala determinada [...] confiere a la persona la facultad de servirse, en principio, de los medios educativos existentes en un momento concreto"

II) Comporta que el individuo titular del mismo tenga la posibilidad de sacar provecho de la enseñanza recibida, es decir, el derecho a obtener, según las reglas vigentes en cada Estado, el reconocimiento oficial de los estudios realizados".¹⁹³

b) La titularidad del derecho atribuido a los padres

Los titulares originarios de ese derecho son los padres biológicamente considerados.

Esa titularidad puede trasladarse —por determinadas razones— a otras personas físicas o morales (por determinación judicial) o a personas físicas en el caso de la adopción.

¹⁹³ Caso lingüístico belga. *cf. supra*, p. 172

La jurisprudencia ha establecido que la titularidad de ese derecho va anexa al derecho-deber de tutela de los menores, y en particular que es integrante del derecho de custodia, para situaciones anómalas.¹⁹⁴

Si la custodia la tiene una persona jurídica, la capacidad decisoria se encuentra limitada por la opción religiosa que haya dirigido hasta entonces la educación de los menores, de manera que las autoridades han de encomendar esa tarea a una institución que pueda garantizar la continuidad de esa orientación educativa.¹⁹⁵

c) Marco de protección ofrecido por el artículo 2º del primer protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos

I) Significado de la expresión "convicciones religiosas" o "filosóficas"

Sobre este punto nos remitimos a lo expuesto al hablar del ámbito de protección de la libertad de pensamiento.¹⁹⁶

La jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal permiten entender qué manifestaciones de las convicciones personales resultan protegidas por este artículo:

I) Las preferencias lingüísticas no resultan protegibles.¹⁹⁷

194 *Cfr* Dec Adm . 5.608/72 y 7.911/77, D.R., No 12, p. 194.

195 *Cfr* Dec Adm . 2.648/65

196 *Cfr. supra* pp 171 y ss

197 Caso lingüístico belga. *cfr supra*, p 172

2) El derecho a la exención de las clases de religión, cuando los padres profesan otra religión o creencias, sí resulta protegido.

3) La educación sexual no es protegible por el artículo.

4) Las convicciones contrarias al empleo de castigos corporales en el ámbito escolar sí resultan protegibles.¹⁹⁸

Se ha rechazado que por convicciones filosóficas se entiendan aquellas ideas personales que se refieren a cuestiones meramente educativas, por ejemplo, el que los hijos sean educados junto con compañeros de capacidad intelectual equivalente, a exigir la enseñanza de un determinado tipo de matemáticas, o de reclamar un concreto libro de texto cuando otros libros semejantes se encuentran en el mercado.¹⁹⁹

II) Conjunto de compromisos asumidos por el Estado en esta materia

Las obligaciones que vinculan al Estado en esta materia tienen un presupuesto indudable: su competencia para regular la materia educativa mediante la programación de los planes de estudio, la creación de centros educativos, la subvención de escuelas de iniciativa privada, etcétera. En estas tareas desempeña un papel importante el principio de discrecionalidad como lo ha reconocido la jurisprudencia.

III) El ámbito de la responsabilidad estatal.

¹⁹⁸ Caso Campell y Cosuns, *cf. supra*, p. 173

¹⁹⁹ *Cfr.* Martínez Torrón, "El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al..." *op. cit.*, p. 483.

---Ámbito subjetivo. Incluye al Estado en tanto que regula a nivel general el sistema educativo, ya sea por la vía legislativa o administrativa, pero también vincula a todos sus órganos, agentes y funcionarios; "en tanto que organiza la enseñanza en las escuelas públicas, queda sometido al control de la jurisprudencia europea en lo relativo a la conducta de las autoridades académicas de esos centros, incluidos los profesores".²⁰⁰

---Ámbito objetivo. Comprende todo el sistema de enseñanza, tanto privada como pública; "...el reconocimiento de las escuelas privadas, aunque se financie un elevado porcentaje de su costo económico, no dispensa al Estado de sus obligaciones en el marco de la escuela pública".²⁰¹

Dentro del sistema público, el deber de respetar las creencias de los padres no se circunscribe al modo en que imparte la enseñanza religiosa, sino que se extiende a todo el programa educativo estatal, sin que pueda hacerse —a estos efectos— una neta separación entre la instrucción religiosa y las restantes materias del currículum académico.²⁰²

La responsabilidad del Estado incluye, además, las cuestiones de disciplina en las escuelas.²⁰³

200 Caso *Campell y Cosans*, *cf. supra*, p. 173

201 Caso *Kjeldsen, Busk*, *cf. supra*, p. 168

202 *idem*

203 Caso *Campell y Cosans*, *cf. supra*, p. 173

d) Obligaciones concretas del Estado

Aunque el contenido de estas obligaciones se encuentra indeterminado en el texto del artículo, la jurisprudencia ha precisado un poco las obligaciones del Estado, determinando unas de contenido negativo y otras de carácter positivo.

Las de carácter negativo, se concretan en el deber general de respeto a las convicciones de los padres y en abstenerse de actividades contrarias a esas creencias.

Para precisar esto, es decir, lo que se prohíbe al Estado, la jurisprudencia ha elaborado la doctrina del "indoctrinamiento", a propósito de la sentencia del caso *Kjeldsen, Busk*.²⁰⁴

Aunque ha sido el criterio general asumido, el caso *Campell y Cosans* constituye una excepción porque no parece que los castigos corporales constituyan una actividad de indoctrinamiento por parte del Estado.

La resolución del caso *Campell y Cosans* abre la puerta para una interpretación más exacta de las obligaciones que comporta el artículo 2o, que lleve a afirmar, en términos objetivos —dejando al margen la finalidad pretendida por los poderes públicos—, el deber de evitar cualquier

²⁰⁴*Cf. supra*, p. 168

contradicción real entre la organización estatal de la enseñanza y las convicciones religiosas o filosóficas de los padres de familia.²⁰⁵

“Esto no significa que al dictar normas generales en materia educativa, el Estado haya de contemplar exhaustivamente todas las opciones religiosas o ideológicas: aparte de que resultaría imposible, es preciso tener en cuenta el innegable margen de discrecionalidad que tiene el Estado para adoptar las medidas que juzgue conveniente para el interés colectivo. Pero sí comporta la necesidad de conceder, en concreto, las exenciones que puedan solicitarse respecto a esas normas, sin perder de vista que el respeto de la libertad religiosa y de pensamiento forma parte fundamental del interés público.”²⁰⁶

Respecto a las obligaciones de carácter positivo, se ha señalado la conexión de ese derecho con el derecho a la instrucción. La jurisprudencia ha determinado lo siguiente:

a) Este derecho no se extiende hasta exigir al Estado el establecimiento de un determinado sistema docente conforme a sus deseos.

²⁰⁵ Martínez Forró. "La libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al convenio europeo de derechos humanos", *op. cit.* p. 187

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 488.

b) Si parece implicar el derecho a que las autoridades de un colegio público expulsen a un profesor que persiste en difundir doctrinas religiosas o morales contrarias a las convicciones de los padres del alumnado.²⁰⁷

Los conflictos que se han planteado respecto a las obligaciones positivas del Estado en esta materia se han presentado respecto a la escuela privada. Se ha establecido claramente que no existe obligación concreta para los Estados de costear ningún sistema concreto de enseñanza.²⁰⁸

Basándose en este criterio restrictivo, la jurisprudencia europea no reconoce el derecho a exigir del Estado la financiación de las escuelas privadas, aun cuando sea la única forma de proporcionar a los hijos una educación acorde con las propias convicciones.²⁰⁹

Sin embargo, de algunas decisiones se puede inferir que el Estado no puede monopolizar el sistema educativo nacional: si bien el Convenio no confiere un derecho a la financiación pública de las escuelas privadas, sí existe el derecho a su creación y dirección.²¹⁰

Se puede inferir, asimismo, que las autoridades no pueden actuar discriminatoriamente al distribuir ayudas económicas disponibles, y en

207 Dec. Adm. 8.010/77, D.R., 16 pp. 102-103.

208 Caso Lingüístico belga, *supra*, p. 172

209 Cfr. Dec. Adm. 6.853/74, D.R., 9 p. 27-36 y también 7.782/77, D.R. 14, p. 179-185 y 9.461/81 D.R., 31, pp. 210-212.

210 Dec. Adm. 6.853/74 D.R., No. 9, p. 30.

concreto que "prestar un bajo porcentaje de ayuda financiera —o no prestar ninguno— a las escuelas privadas, cuando sí se concede a las públicas, constituiría una infracción al principio de igualdad". Aunque también se reconoce que la ayuda no debe ser la misma.²¹¹

B.2.3. La práctica de la religión o creencias

Como ya advertíamos, no hay una definición clara de lo que deba entenderse por "prácticas" a la luz de la jurisprudencia europea. Algunos autores consideran que dentro de este término deben quedar protegidos aquellos comportamientos que se ubican dentro de lo que comúnmente llamamos "objeción de conciencia". Sin embargo, es claro que hasta el momento, no se ha querido admitir esta interpretación y sólo se ha admitido alguna demanda de objeción de conciencia en algún caso aislado, siendo la tónica general no admitirlas.

Martínez-Torrón nos dice al respecto: ...desde mi punto de vista, la práctica de las convicciones personales, más que constituir en rigor una manifestación del personal pensamiento o religión, define propiamente el campo específico de la libertad de conciencia: es decir, tutela aquellos comportamientos individuales motivados en el juicio moral subjetivo sobre la situación concreta ante la que se encuentra la persona siendo indiferente que su fundamentación sea o no religiosa, con tal de que se trate estrictamente de un

²¹¹ Dec. Adm. 7.782/77 D.R., No. 14, p. 182.

dictamen de carácter ético y no de una simple opinión sobre la conveniencia de una acción.²¹²

Ese dictamen moral puede imponer la realización positiva de una conducta o, al contrario, la necesidad de abstenerse de ella, con un grado de obligatoriedad no siempre igualmente intenso. Y, en cualquier caso, los deberes a que da lugar son de una imprevisible diversidad, poco susceptible de ser encasillada dentro de unos rígidos moldes conceptuales.²¹³

De ello se derivan dos consecuencias inmediatas:

"...ningún ordenamiento jurídico es capaz de contemplar *a priori* todas las posibilidades conflictuales de sus normas respecto de las obligaciones de conciencia de sus ciudadanos, debiendo limitarse a prever las que afloran más habitualmente; de manera que son inevitables los casos reales de conflicto, aun suponiendo un ordenamiento dotado de la máxima flexibilidad y de la mejor voluntad de eludirlos; lo cual comporta que gran parte de esas fricciones hayan de resolverse en el caso concreto, por la vía judicial o administrativa".

"...la enorme variedad de situaciones posibles de contraste entre obligaciones jurídicas y obligaciones de conciencia hace inviable su resolución mediante esquemas generales de corte racionalista: la respuesta jurídica — justa— deberá hallarse en cada caso concreto, efectuando un balance de los

212 "El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en tomos al...". *op. cit.*, p. 484.

213 *Idem.*

intereses en juego, y sin perder de vista que la libertad de conciencia es uno de los derechos fundamentales de la persona, cuya eficaz protección constituye una de las bases —probablemente la más importante— de un Estado de derecho" ²¹⁴

La excepción al criterio restrictivo por parte de la Comisión la constituye el caso Chahuan, referente a un hindú ortodoxo contra el gobierno británico. Aquel se negaba a la sindicación obligatoria por motivos de conciencia, y por esta razón fue despedido de la empresa donde trabajaba: la Ford Motor Company. El hindú discrepaba de muchas de las decisiones sindicales y había ofrecido a la empresa entregar una cantidad equivalente a las cuotas sindicales para obras benéficas. A pesar de que la ley británica prohíbe el despido por motivos de conciencia, en los tribunales locales habían considerado legítimo el despido. En este caso la Comisión declaró admisible la demanda.²¹⁵ El caso finalmente se resolvió por la vía de la conciliación, ya que el gobierno británico decidió no seguir adelante con el proceso y otorgar una indemnización al demandante por los perjuicios que el despido pudiera haberle ocasionado.

214 "La libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al convenio europeo de derechos humanos", *op. cit.*, p. 446 y ss.

215 *Cfr.* Dec. Adm. 11518/85

B.3. Modos admitidos de manifestar la propia religión o creencia

B.3.1. Manifestación individual y colectiva de la religión.

Respecto a la manifestación individual de este derecho, implica, en sentido contrario, el derecho a no ser obligado a manifestar las propias convicciones. Sin embargo, no se ha señalado si un Estado puede exigir que se haga constar la propia religión, a efectos, por ejemplo, del Registro Civil, o de los censos. Se presentó un caso al respecto, pero la demanda fue desechada porque no se habían agotado los recursos procesales locales, por lo que no se pudo saber el criterio de la Comisión a este respecto.²¹⁶

Respecto a la manifestación colectiva, al hablar de los sujetos de este derecho, ya se dijo que se reconocen también a las confesiones o agrupaciones religiosas. Este criterio se expresó en ocasión del caso de un profesor de religión musulmán a contra el Reino Unido, quien exponía que no se le dejaba libre los viernes para asistir a la mezquita. La autoridad inglesa aducía que era suficiente con que se le permitiera el ejercicio individual de su religión. La Comisión en cambio sostuvo que el derecho de libertad religiosa debería garantizar tanto el ejercicio individual como el ejercicio colectivo de la

²¹⁶ Dec. Adm. 2.854/66.

religión. Finalmente la demanda fue rechazada por otras razones, pero dio ocasión para que la Comisión definiera este criterio.²¹⁷

El ejercicio colectivo de la religión goza, además, de protección por su estrecha relación con otro de los derechos protegidos por el convenio, que es el derecho de asociación garantizado por el artículo 11. La Comisión ha sostenido, sin embargo, que al amparo de estos derechos una confesión religiosa no puede exigir su inscripción en el registro público de confesiones religiosas.

El asunto se planteó a raíz de que la autoridad austriaca negara la inscripción a una asociación que se había formado para dar continuidad a otra que el gobierno había disuelto por contravenir al orden público. La Comisión consideró que no se violaba el convenio, en virtud de que el ordenamiento austriaco garantizaba plenamente la libre actuación de cualquier religión, aun sin estar oficialmente reconocida, con independencia de que estuviera o no registrada.²¹⁸

B.3.2. Manifestación de la religión en público y en privado

A propósito de algunas demandas interpuestas por personas físicas en virtud de que se les negaba la posibilidad de manifestar públicamente la

²¹⁷ Dec. Adm. 8.160/78.

²¹⁸ Dec. Adm. 8.652/79.

religión, la Comisión ha sostenido el criterio de que se puede restringir lícitamente este derecho por alguna de las razones señaladas en el párrafo 2o del artículo 9. Un caso se planteó en Inglaterra por un profesor al que se le prohibió que impartiera formación religiosa en horas de clase, organizando clubes evangélicos en locales del colegio, y se le prohibió llevar *slogans* de contenido religioso en su ropa y en su portafolio. El motivo que adujo la Comisión es el respeto a los derechos de los demás, toda vez que se trataba de una escuela no confesional, en las cuales la ley inglesa establece que los padres pueden exigir que sus hijos no reciban clases de instrucción religiosa o que se les proporcione una instrucción religiosa aséptica, sin referencia al credo de ninguna confesión en particular.

B.3.3. Obligaciones del sujeto pasivo

Respecto a la caracterización de las violaciones que puedan cometerse por parte del sujeto pasivo, se ha sostenido el criterio de que la libertad religiosa no protege contra cualquier crítica a ese respecto, sino que se precisa que los ataques alcancen un nivel tal que lleguen a impedir la manifestación de las creencias.²¹⁹

La obligación del sujeto pasivo derivada del artículo 9 no sólo es de abstención, toda vez que se debe proveer jurídicamente a fin de hacer efectivo

²¹⁹ Dec. Adm. 8.282/78.

el ejercicio de este derecho. Así lo ha sostenido la Comisión.²²⁰ De esto ya hablamos al tratar lo relativo a la manifestación de la propia religión a través del culto y la observancia y a través de la enseñanza.

4.3.2 Sujetos de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

4.3.2.1 Activo

¿Quién es reconocido como titular activo del derecho, en orden a su ejercicio y a su capacidad para reclamar la correspondiente protección de los órganos previstos por el Convenio?

a) Se reconoce en primer lugar esta titularidad a las personas físicas. Este punto no reviste la menor duda, ya que la redacción del artículo es clara: "Toda persona..."

b) La representación se permite en caso de menores de edad; confróntese con el artículo 2o, del primer Protocolo, que ya comentamos.

c) Finalmente son titulares de este derecho las personas morales, incluidas las confesiones religiosas. Sobre este punto, la doctrina de la jurisprudencia ha presentado una evolución clara y favorable al reconocimiento de la titularidad de este derecho en favor de las confesiones religiosas.

Al principio no se reconocía. Se pensaba que los derechos de las confesiones religiosas eran respetados a través del derecho garantizado a sus miembros por el artículo 9. Posteriormente, la Comisión revocó esta doctrina señalando que era artificial distinguir entre libertad religiosa de la Iglesia y de sus miembros, aduciendo como fundamento que las confesiones, al interponer una demanda, actúan en nombre de sus miembros.²²¹

Martínez-Torrón critica esta argumentación porque podría llevar a la conclusión equivocada de que se precisa una organización democrática al interior de la confesión religiosa para que pueda hacer valer sus derechos. Esto contradice —nos dice— a la doctrina de la propia Comisión que ha sostenido que "las Iglesias pueden auto organizarse e imponer uniformidad a sus miembros en cuestiones doctrinales, quedando al mismo tiempo asegurada la libertad religiosa de los individuos por su derecho de abandonar esa Iglesia en caso de oponerse a sus enseñanzas".²²² En esta ocasión la Comisión declaró infundada la demanda de un ministro de la Iglesia Nacional Danesa, que rehusaba someterse a las indicaciones recibidas de su Iglesia sobre el modo de bautizar.²²³

221 Dec. Adm. 7.805/77.

222 "La libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al convenio europeo de derechos humanos", *op. cit.*, p 418.

223 Dec. Adm. 7.374/76.

También se les ha reconocido legitimación activa a las entidades intraconfesionales, al menos cuando de acuerdo con la ley nacional tienen una personalidad jurídica diferenciable de la Iglesia o confesión a la que pertenecen.²²⁴

En sentido negativo, se ha negado la legitimación activa en materia de libertad de conciencia a las personas jurídicas,²²⁵ como lo muestra el caso de un empleado de un centro de rehabilitación de toxicómanos, que se había negado a declarar ante las autoridades judiciales sobre un paciente del centro. La demanda la presentaron el centro y el empleado.

La decisión de la Comisión aduce que por la naturaleza misma de la libertad de conciencia no puede reconocerse legitimación activa a las personas jurídicas. Este criterio sorprende un poco, toda vez que, como ya hemos visto, no existe por parte de los órganos del Consejo Europeo un criterio claro que permita distinguir entre la tres libertades.

224 Sentencia del 9 de diciembre de 1994 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Holy Monasteries vs Greece* (Series A, No. 301-A) EHRR. *op cit.* Volume 20, July 1995, Part I, p. 1-55. El caso se refiere a ocho monasterios griegos que impugnan un decreto del gobierno griego por el cual —entre otros agravios— resulta afectado su patrimonio. La Corte determinó en esa sentencia que los monasterios deben ser considerados como organizaciones no gubernamentales y por lo tanto distintas de la Iglesia ortodoxa griega, la cual es considerada parte del Estado, por el sistema de relaciones Iglesia-Estado que priva en ese país de carácter confesional. “The applicant monasteries are therefore to be regarded as non-governmental organisations”. asentó la Corte (p. 41).

225 Dec. Adm. 11921/86.

4.3.2.2 Pasivo

¿Quién aparece como titular pasivo? ¿quién queda obligado a garantizar el ejercicio de ese derecho, quedando sujeto a responsabilidad en caso de infracción?

a) En primer lugar el Estado es el obligado.

b) También son sujetos pasivos los órganos dependientes del gobierno.²²⁶

Una excepción a este respecto lo constituyen las confesiones religiosas, que en algunos países tienen el carácter de órganos del Estado. Es el caso, ya citado, de un ministro de la Iglesia nacional danesa que demandó a dicha Iglesia porque no le permitían bautizar en la forma que él deseaba.²²⁷ La Comisión sostuvo el criterio de que la Iglesia no está obligada a respetar la libertad religiosa de sus ministros ni de sus fieles [...] a pesar de que en cierto modo, los ministros actúen también al servicio del Estado: esta libertad queda salvaguardada por el derecho reconocido a los fieles o ministros de cambiar de religión.

c) En algunos casos, se reconoce que son sujetos pasivos algunas instancias privadas, en las que el interés público desempeña un importante papel, como es el amplísimo campo de las relaciones laborales.

²²⁶ Dec. Adm. 7.511/76.

²²⁷ Cf. *supra*, p. 197.

d) Indirectamente, los particulares también son sujetos pasivos, toda vez que el Estado debe proveer los recursos legales necesarios para defenderse contra las agresiones de otros particulares en materia de libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia.

4.3.3. Los límites de la libertad religiosa

Para abordar este tema, es preciso recordar que las limitaciones al derecho de libertad religiosa sólo son válidas respecto a su manifestación en el fuero externo, pero no respecto al ámbito protegido por el fuero interno, a saber, la libertad de elección, la prohibición de "indoctrinamiento", o cualquier medio abusivo o ilícito que tienda a forzar el acto de elección.

Es importante, por otro lado, asentar el criterio de que la enumeración del párrafo 2o del artículo 9 es taxativa. Asimismo, la interpretación de los conceptos-límite debe ser restrictiva, ya que por la amplitud que cabría otorgar a cada término podría llegar a anularse incluso la libertad que se está tratando de proteger. Así lo ha establecido el Tribunal, en el caso *Klass y otros contra Alemania*, sobre la invasión de la vida privada y familiar que supone la intervención de teléfonos como instrumento para la investigación de actividades terroristas.²²⁸

²²⁸ *Cfr.* sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 6 de septiembre de 1978

La propia ley marca determinadas condiciones para que los límites puedan considerarse legítimos:

1o. Que sean medidas previstas por la ley. Aunque se reconoce a la autoridad administrativa o judicial facultades para determinar estas medidas, siempre y cuando esté previsto en la ley el suficiente margen de discrecionalidad en el campo concreto donde se esté planteando el conflicto.

2o. Que sean necesarias en una sociedad democrática.

Qué debemos entender por sociedad democrática, nos lo aclara el Tribunal al hablar de "pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura", elementos que determinan que "toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia ha de ser proporcionada al fin legítimo que se persigue" y que "deben traducirse en un régimen institucional que esté sometido al principio de la preeminencia del derecho, que comporte esencialmente un control eficaz del ejecutivo ejercido —sin perjuicio del control parlamentario— por un poder judicial independiente, que asegure el respeto de la persona humana...".²²⁹ O bien, lo que es propiamente un Estado de derecho en el que debe garantizarse el principio de legalidad, la separación de poderes y el respeto a la dignidad de la persona humana.

²²⁹ Cf. Martínez-Torrón. "La libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al convenio europeo de derechos humanos". *op. cit.*, p. 461.

El término "necesarias" designa una necesidad social imperiosa: "...los parámetros que permiten detectar esa necesidad no pueden ser aplicados en términos absolutos, sino que reclaman la evaluación de diversos factores[...] la naturaleza del derecho implicado, el grado de interferencia —por ejemplo, si es apropiado al legítimo fin que intenta—, la naturaleza del interés público y el nivel de protección que requiere las circunstancias de ese caso".²³⁰

La Comisión también se ha ocupado de aclarar lo que se debe entender por limitaciones "necesarias en una sociedad democrática" en el caso *Tennenbaum vs. Sweden*.²³¹ Se trata de un caso en que se priva a un matrimonio sueco del derecho de custodia sobre sus tres hijas menores, por la necesidad de proteger la salud física y mental de las menores. Entre otros agravios, los quejosos alegan la violación del derecho de los padres a impartir a sus hijos una educación que esté de acuerdo con sus propias convicciones religiosas o filosóficas (artículo 2o del primer Protocolo). Esto en vista de que las autoridades dieron a una institución protestante la custodia de las niñas, en lugar de otorgársela a en una escuela judía, como era el deseo de los padres. Independientemente de que la demanda fue rechazada, toda vez que la Comisión consideró que había razones de peso que justificaban los actos de las

²³⁰ *Ibidem*, p. 462

²³¹ App No 16031/90, de mayo de 1993, L.HRR. *op cit.*, Volume 18, January-December 1994, Part 7, Commission Supplement, Nos. 3 and 4, pp. 41-44

autoridades, el caso dio pie para que la Comisión se pronunciara sobre lo que debemos entender por “medidas necesarias en una sociedad democrática”, sosteniendo el criterio de que la noción de “necesidad” implica que la interferencia se funda en una presión social necesaria y en particular que es proporcionada para legitimar la restricción de alguno de los derechos protegidos por el artículo 9 del Convenio. Más aún, la Comisión debe tomar en cuenta que el margen de apreciación para valorar si son medidas “necesarias en una sociedad democrática” se ha dejado a los Estados miembros. Ello no significa sin embargo, que las facultades de la Comisión se limiten sólo a revisar el cuidado y la buena fe, sino que debe determinar si las razones aducidas por los Estados son relevantes y suficientes.²³² Asimismo, en el caso *Manoussakis and Others vs. Greece*.²³³

Es una decisión de admisibilidad en la que la Comisión volvió a utilizar el criterio de las “medidas necesarias en una sociedad democrática”,

232 “In thus remains to be determined whether the interference was ‘necessary in a democratic society’ in the interests of the children.

According to the established case law of the Commission and the European Court of Human Rights, the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued. In determining whether an interference is ‘necessary in a democratic society’, the Commission furthermore has to take into account that a margin of appreciation is left to the Contracting States [...] That does not mean, however, that the Commission’s review is limited to carefully and in good faith [...] It must determine whether the reasons adduced to justify the interference at issue are relevant and sufficient” (idem, p. 42).

233 App. No. 18748/91 del 25 de mayo de 1995, EHRR, *op. cit.*, Commission Supplement, No. 2, Volume 21, January-June 1996, Part 7, pp. 3-7.

para declarar injustificada la restricción al derecho de manifestar la propia religión que el gobierno griego había impuesto a los demandantes.

El caso se refiere a un testigo de Jehová que alquiló un inmueble para realizar distintas actividades relacionadas con esa confesión religiosa.

La autoridad inició un procedimiento penal contra el demandante, acusándolo de “establecer un local para encuentros religiosos y ceremonias de miembros de otra denominación, en particular de los Testigos de Jehová, que es una denominación sin autorización de la autoridad eclesiástica reconocida ni del Ministerio de Educación y Asuntos Religiosos, como se requiere por la ley griega para la construcción e inauguración de cualquier establecimiento de cualquier credo religioso”. En Grecia la autoridad eclesiástica reconocida es precisamente la Iglesia ortodoxa griega, por tratarse de un Estado confesional.

La Comisión, una vez que reconoció que efectivamente se trataba de una interferencia al derecho de manifestar la propia religión, pasó a analizar si se justificaba por alguno de los conceptos límite que el propio artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece.

La Comisión consideró que el procedimiento requerido por la ley griega para obtener la autorización de una denominación religiosa era muy cuestionable.

En primer lugar por la necesidad de involucrar a la Iglesia ortodoxa griega, la cual es la religión dominante en ese país. En segundo lugar, la

penalización del uso del local para las actividades religiosas, sin contar con la autorización de las autoridades competentes, puede parecer desproporcionada.

Incluso, haciendo referencia al margen de apreciación de los Estados para justificar si son medidas necesarias para la protección del orden público o los derechos y libertades de los demás, la Comisión no puede aceptarlo en vista de las circunstancias del caso.

El factor principal que determinó la decisión de la Comisión fue la **falta de proporción entre la conducta por la cual el demandante fue acusado y la sentencia dictada en su contra por esa conducta: tres meses de prisión conmutable por una sanción pecuniaria. Consideró, además, que esa sentencia es incompatible con el espíritu de tolerancia que debe caracterizar a una sociedad contemporánea democrática.**²³⁴

En definitiva "debe conseguirse el equilibrio entre el ejercicio individual de los derechos garantizados y la necesidad de las disposiciones restrictivas impuestas por el Estado para la defensa del interés público".²³⁵

234 "The main factor influencing the Commission's opinion is the lack of proportion between the conduct of which the applicants were accused and the sentence passed against them for that conduct [...] The sentence is, moreover, incompatible with the spirit of tolerance and broad-mindedness which should obtain in a contemporary democratic society [...] The measure in question was not therefore 'necessary in a democratic society' within the meaning of Article 9 (2) of the Convention" (*idem*, p. 7).

235 Martínez Torró, "La libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al convenio europeo de derechos humanos" *op. cit.*, p. 462.

"Los esfuerzos de la jurisprudencia para lograr el equilibrio han encontrado una formulación teórica en la llamada doctrina del margen de apreciación, cuyo efecto ha sido relativizar el concepto de necesidad, remitiendo su determinación concreta a la prudencia de la Corte del Estado miembro en el enjuiciamiento de cada caso sometido a su jurisdicción".²³⁶

Esa doctrina fue enunciada por primera vez en el caso Handyside, con relación al artículo 10 del Convenio (libertad de expresión). Se trataba de un caso en que se había invocado el concepto de "moral pública" para justificar la restricción a la libertad de expresión. En esa ocasión el Tribunal sentenciaba que las autoridades locales eran las mejor situadas para apreciar la violación de la moral pública en cada país, y por lo tanto se reservaba a los Estados un margen propio de apreciación, aunque también sentenciaba que ese margen de apreciación no era absoluto, ya que "el margen de apreciación va íntimamente ligado a una supervisión europea, que afecta tanto a la finalidad de la medida litigiosa como a su necesidad".²³⁷

Posteriormente se ha matizado el margen de apreciación en función de dos factores:

²³⁶ *Ibidem*. p. 463

²³⁷ *Idem*

a) Según los diversos conceptos-límite que constituyen el fin perseguido por la medida restrictiva: unos admiten mayor objetivación que otros, y a mayor objetividad corresponde menor discrecionalidad del Estado.²³⁸

b) Según la naturaleza de las propias actividades objeto de la limitación: a medida que éstas afectan en mayor grado a la esfera individual — y en menor grado a la social— el margen de discrecionalidad estatal disminuye, con el consiguiente aumento del poder de control atribuido a la Corte europea, y la exigencia de unas razones más poderosas que justifiquen la intromisión en el ámbito de autonomía de la persona.

Esta construcción jurisprudencial de los conceptos-límite, aunque ha sido elaborada en relación a otros derechos del convenio, resulta aplicable a las libertades de pensamiento, conciencia y religión. Aunque es verdad que hace falta una clarificación jurisprudencial del significado de cada uno de los cinco conceptos enumerados.

238 La Comisión ha considerado por ejemplo que las medidas protectoras del ambiente y del uso del suelo son motivo suficiente para justificar una cierta restricción a la protección otorgada por el artículo 9 de la Convención. Este criterio lo sostiene en la decisión de no admisibilidad del caso *Iskon and others vs. United Kingdom* (App No. 20490/92, de marzo de 1994). Se refiere a una agrupación religiosa Krishna que adquiere una propiedad en una zona rural de Inglaterra para la realización de sus actividades. Las autoridades establecen un límite máximo de mil personas diarias que puedan visitar el inmueble. Y determina que sólo podrán exceder ese número previo permiso de las autoridades competentes. La Comisión consideró justificada la medida con base en los conceptos de orden y salud pública: "The Commission in addition finds an element of protection of public order or health in the aim of the interference, in that planning legislation is generally accepted as necessary in modern society to prevent uncontrolled development". (Cfr. *EEHRR*, volume 18, January-December 1994, part 7, Commission Supplement Nos. 3 and 4, Summaries and Extracts, *op. cit.*, pp. 133-146).

El Tribunal se ha ocupado en ocasiones de señalar algunos matices que contribuyen parcialmente a fijar el alcance de estos conceptos, en especial en los supuestos de moral y orden públicos.

Respecto al concepto de moral pública, se señala la índole cambiante y particularista que impide hablar en rigor de una noción europea de moral pública. Por lo tanto, se concede en esta materia un margen mayor de discrecionalidad a los Estados miembros.²³⁹

Sobre el concepto de orden público, la Comisión lo ha interpretado en el sentido de que se refiere, además del sentido tradicional, al orden que debe haber al interior de un grupo particular, por ejemplo, al interior de las fuerzas armadas, ya que un desorden en esta institución puede influir negativamente en la sociedad entera.

Aunque no se ha definido el significado de los conceptos-límite por parte de la Comisión y del Tribunal, sí se han invocado como motivos que legitiman la restricción por parte del Estado de las libertades religiosa, de conciencia y de pensamiento en algunos casos concretos. Así, se han invocado los conceptos de salud y seguridad públicas, orden público y los derechos y libertades de los demás. No se ha invocado hasta ahora el concepto de moral pública. A pesar de ello, sigue haciendo falta una clarificación doctrinal de estos conceptos por parte de los órganos del Consejo de Europa, que han

²³⁹ Cfr. sentencia Handyside

mantenido una conducta más bien oscura al respecto. También es notorio que ninguna demanda que se hubiera apoyado en estos conceptos haya pasado al conocimiento del Tribunal.

Solamente en el caso Kokkinakis²⁴⁰ podemos encontrar alguna luz clarificadora sobre la interpretación de la frase "necesarias en una sociedad democrática". Ya se señaló que es preciso que exista una proporción entre el fin perseguido y las medidas restrictivas empleadas para ciertas conductas (al referirnos a la prohibición del proselitismo religioso en Grecia).

Desde el punto de vista del análisis jurídico-formal de los distintos supuestos, la Comisión ha sostenido el criterio de que la aplicación del artículo 9 ha de entenderse como subsidiaria de otros artículos del Convenio. "Probablemente se deba a la enorme e imprevisible variedad de situaciones a que puede dar lugar la libertad de pensamiento, conciencia y religión".²⁴¹ La excepción a este criterio se aplicó en el caso Kokkinakis,²⁴² en el que el Tribunal consideró, por el contrario, que el artículo 9 fungía como "*lex specialis*" respecto al artículo 10 sobre la libertad de expresión, de manera que si ya se había constatado la violación del artículo 9, no tenía sentido entrar a examinar la violación del artículo 10.

²⁴⁰ Cfr. *supra* p.170

²⁴¹ Cfr. Martínez-Torrón "La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea", *op. cit.*, p. 61.

²⁴² Cfr. *supra* p.170

4.3.4. La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y el principio de igualdad

El artículo 14 del convenio establece que los derechos y libertades consagrados en el Convenio sean igualmente reconocidos a todas las personas. Es decir, que en la protección otorgada por cada artículo del Convenio debe darse sin discriminación alguna, especialmente por razones de raza, sexo, religión, etcétera.

La jurisprudencia europea ha interpretado de una forma un tanto formalista este principio, en virtud de que sólo lo consideran en relación a alguno de los derechos y libertades reconocidos por el convenio, y no frente a cualquier disposición legal. No se trata por tanto de la igualdad ante la ley, sino de la igualdad en el reconocimiento de los derechos y libertades protegidos por el convenio.

Esto hace que, más que hablar de un derecho, se hable de un principio. Las claves para comprender su operatividad en el marco del Convenio Europeo son dos:

a) Su carácter complementario. Es decir que no puede invocarse la violación del artículo 14 aisladamente sino en conexión con alguno de los demás artículos del convenio. También se admite que pueda darse una

violación indirecta de alguno de los artículos del convenio, aunque directamente no se viole.

Este criterio ha sido aplicado en diversos casos en que se han rechazado las demandas por estas razones:

Es el caso de la Iglesia de la ciencia²⁴³ a la que se le negó la entrada al Reino Unido, y la Comisión apoyó la decisión en virtud de que el Convenio Europeo no ampara el derecho a entrar o a permanecer en un país distinto al propio. Pudiendo invocar alguno de los conceptos límite establecidos en el artículo 9,2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prefirió invocar el principio de igualdad.

Otro caso fue el de un sacerdote católico al que —a pesar de reunir las condiciones requeridas por la ley— se le negó ocupar un cargo judicial debido a que la ley belga dispone que "las funciones judiciales son incompatibles con el estado eclesiástico".

La Comisión argumentó que el convenio no da derecho a conservar un oficio público; luego, *a fortiori*, tampoco el derecho a ser candidato a un puesto en la función pública.

Nuevamente se invoca este criterio erróneo para justificar válidamente la negativa en la persecución de un fin legítimo, por la falta de disponibilidad

243 Dec. Adm. 3.798/68.

que el oficio eclesiástico requiere para el ejercicio de cargos y funciones públicas.

Ese planteamiento, excesivamente formalista, permite abrir la puerta a efectivas discriminaciones por razones religiosas, toda vez que en muchas ocasiones un trato discriminatorio entraña una violación a las libertades protegidas por el artículo 9, y el protocolo 1, artículo 2.

b) Su equivalencia con el principio de "no discriminación". Esto implica que el Convenio no protege cualquier distinción objetiva y razonable, sino únicamente la discriminación por las razones invocadas, entre las que se encuentra la propia religión. Se rechaza que la igualdad deba interpretarse en términos de absoluta uniformidad.

Esto último es importante respecto a la aplicación de las restricciones legítimas previstas en el convenio. Es decir, que constituye una violación al principio de igualdad una restricción aplicada de manera discriminatoria.²⁴⁴

Para indagar si se ha producido alguna quiebra al principio de igualdad se determinó un triple test:

a) Revisar si el tratamiento posee de hecho una justificación objetiva y razonable. Esto se determina en relación con la finalidad, así como en relación a los efectos.

b) Si la medida considerada discriminatoria persigue un fin legítimo.

²⁴⁴ *Cfr.* sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso *Grandrath* del 12 de diciembre de 1966

Este criterio fue invocado en el caso Grandrath. Un testigo de Jehová, que alegaba su condición de ministro de la secta, denunciaba un trato discriminatorio respecto de los ministros de otras confesiones religiosas, en virtud de que estaban exentos tanto del servicio militar como de la prestación sustitutoria (la ley alemana exoneraba de todo servicio a los ministros de la confesión evangélica y a los de la Iglesia católica, así como a los ministros de otras confesiones, cuya ocupación principal fuera el oficio religioso y cuya función dentro de su iglesia fuera equivalente a la de los ministros antes citados).

El gobierno alemán argumentaba en contra, aduciendo que dicha exención se había otorgado para facilitar el ejercicio del culto a los miembros de las distintas confesiones religiosas. Para que se les reconociese el carácter de ministros, la ley alemana exigía una dedicación total a los servicios religiosos, cosa que no se daba en el caso que comento; se trataba de un pintor que dedicaba tiempo completo a su profesión y en el tiempo libre realizaba sus prácticas ministeriales. (Por lo visto, los testigos de Jehová adquieren el rango de ministros por su bautismo). Esto era problemático para el gobierno alemán, porque concederles la exención implicaba concedérselas a la mayor parte de sus miembros, originando un trato desigual respecto de otras confesiones.

Grandrath alegaba que el único criterio aceptable era precisar si el trabajo ministerial era estimado por la persona como su vocación y su tarea principal, con independencia del número de horas que le dedique.

La Comisión subrayaba que la distinción establecida por la ley perseguía un fin jurídicamente válido: facilitar la atención religiosa de las diversas confesiones, al tiempo que velaba por los intereses de la defensa nacional evitando el excesivo número de exenciones.

Asimismo, señalaba que la autoridad debe basarse en parámetros objetivos para determinar si el oficio sagrado requería una dedicación continua, y no las razones subjetivas que sobre su ministerio tenía el demandante.²⁴⁵

c) Si existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.

Es inevitable que a veces estas reglas sean insuficientes, dada la complejidad de la casuística; por ello, el margen nacional de apreciación desempeña un papel importante.

Dos consecuencias se derivan de las consideraciones anteriores respecto al principio de igualdad :

245 Finalmente el caso se resolvió por el gobierno alemán en favor de los testigos de Jehová, a quienes se les concedió la exención tanto del servicio militar como de la prestación sustitutoria. La realidad es que el verdadero motivo que impide a los testigos de Jehová prestar el servicio militar y cumplir con la prestación sustitutoria es la insumisión a instancias nacionales ya que no les es lícito "servir a dos señores"

1) Su carácter subsidiario. Es decir, que una vez que se considera violado algún artículo del Convenio ya no se entra a examinar las posibles violaciones al artículo 14.

2) Su alcance limitado, según vimos.

Finalmente, es importante señalar que el Convenio Europeo no impone a los Estados la obligación de enfocar el tratamiento jurídico de las confesiones religiosas desde una perspectiva de igualdad, lo cual no es de suyo incompatible con un sistema de Iglesias de Estado, mientras se garantice la libertad a las otras Iglesias.

4.4. Conclusiones de este capítulo

Existe una gran confusión terminológica sobre lo que debemos entender en la doctrina por libertad de pensamiento , de conciencia y religiosa.

Estas tres libertades se encuentran estrechamente relacionadas entre sí, pues poseen una raíz común: la protección de la racionalidad humana . Por ello suele hablarse de un solo derecho con tres dimensiones distintas, de tal manera que no se considera debidamente una de ellas, si al mismo tiempo no se protegen las otras dos.

La libertad de pensamiento, conciencia y religión protege los siguientes bienes jurídicos: la libertad humana y el ámbito de racionalidad y de conciencia.

Lo que las distingue es el bien jurídico particular que protege cada una de ellas, a saber:

a) La libertad religiosa protege el acto de fe y adhesión a una determinada confesión religiosa, y sus manifestaciones exteriores de culto o devoción. Como su nombre lo indica, la religión implica una relación con uno o varios seres supremos, por ello esta libertad solo protege la profesión de una fe religiosa, pero no al ateísmo, porque no implica relación alguna con ningún ser supremo y por lo mismo no necesita de las manifestaciones externas de culto que toda religión requiere. Por ello se dice que la protección del ateísmo discurre más bien por el ámbito de la libertad de pensamiento.

b) La libertad de pensamiento protege aquellas ideologías o convicciones filosóficas que sin llegar a ser una religión, desempeñan en el hombre una función similar al de la fe religiosa. Protege sólo aquellas convicciones más profundas y trascendentes que implican una determinada cosmovisión de la vida, y no cualquier ideología que estaría protegida más bien por el ámbito de la libertad de expresión.

c) La libertad de conciencia protege el acto de adhesión a una creencia religiosa o a una determinada filosofía, de tal manera que prohíbe todo tipo de violencia abusiva en las conciencias, que tienda a limitar la libertad de elección en materia religiosa o de pensamiento. También protege la libertad de ajustar el

propio comportamiento a las propias creencias religiosas o filosóficas, dentro de los límites exigidos por el bien común.

En el derecho internacional se encuentran debidamente protegidas estas tres libertades.

En términos generales, se reconoce un derecho general de libertad en estas materias consideradas fuera del ámbito de competencia de la autoridad política. Aunque se establecen excepciones, en las cuales se legitima la intervención estatal que limita estas libertades por razones de bien común, es decir, cuando su ejercicio implica la interferencia en algún ámbito de competencia estatal.

Las libertades de religión y pensamiento gozan de una amplia protección, no así la libertad de conciencia en su aspecto de otorgar el derecho a ajustar el propio comportamiento a las personales convicciones religiosas o de pensamiento, puesto que sólo bajo determinadas condiciones puede permitir la excepción al cumplimiento de un deber legal por motivos de conciencia. En cambio, en el ámbito de la libertad de pensamiento y religiosa, ni siquiera las leyes pueden limitar su ejercicio, sino cuando exista uno de los motivos expresamente señalados en el derecho internacional y que serán interpretados de manera restrictiva.

La jurisprudencia de los órganos del Consejo de Europa ha llegado a formar un cuerpo de doctrina que permite establecer los criterios de

interpretación de los textos internacionales de derechos humanos en materia de libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia.

Destaca el hecho de que la intervención de los órganos jurisdiccionales de carácter internacional ha sido muy prudente y precavida, para evitar conflictos con los países miembros en una materia de suyo espinosa y difícil. A pesar de ello, la sola posibilidad de que un Estado miembro sea sancionado en los términos del sistema europeo ha provocado que los países miembros, por regla general, tengan un comportamiento respetuoso de los derechos humanos en esta materia. Tal vez la única excepción relevante es el caso de Grecia.

En el ámbito de Naciones Unidas y del sistema Interamericano, la actuación de los órganos jurisdiccionales ha sido muy reducida y de efectos limitados. Por ello no se puede hablar aún de un cuerpo de doctrina jurisprudencial como en el sistema europeo.

CAPÍTULO QUINTO

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

5.1. Sistema europeo

5.1.1 Resoluciones de carácter general

5.1.1.1 Resolución 337 (1967) de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa sobre el derecho de objeción de conciencia

5.1.1.2 Recomendación 478 (1967) de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa relativa al derecho de objeción de conciencia

5.1.1.3 Recomendación 683 (1972) de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa sobre las acciones que deberán tomarse respecto de las conclusiones de la Conferencia Parlamentaria de Derechos Humanos celebrada en Viena del 18 al 20 de octubre de 1972

5.1.1.4 Recomendación 816 (1977) de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa sobre el derecho de objeción de conciencia al servicio militar

5.1.1.5 Resolución del Parlamento europeo sobre el derecho de objeción de conciencia al servicio militar del 7 de febrero de 1983.

5.1.1.6 Recomendación R(87) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre objeción de conciencia

5.1.1.7 Resolución del Parlamento europeo sobre el derecho de objeción de conciencia al servicio militar del 13 de octubre de 1989

5.1.1.8 Resolución del Parlamento europeo del 11 de marzo de 1993

5.1.1.9 Resolución del Parlamento europeo del 19 de enero de 1994

5.1.2 Jurisprudencia europea

5.2. Sistema de Naciones Unidas

5.2.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

5.2.2 Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas

5.2.2.1 Resolución 1987/46 de la Comisión de Derechos Humanos

5.2.2.2 Resolución 1989/59 de la Comisión de Derechos Humanos

5.3. Sistema interamericano

5.3.1 Resoluciones generales. Convención Americana de Derechos Humanos

5.3.2 Jurisprudencia

5.4. Conclusiones de este capítulo

Una vez que hemos analizado con detalle el contenido y alcance de las libertades de pensamiento, conciencia y religión, es preciso que nos refiramos ahora a la objeción de conciencia desde la perspectiva del derecho internacional.

Analizaremos en primer término los textos de las declaraciones o resoluciones generales que han sido expedidos hasta el momento, tanto por parte de los órganos del Consejo de Europa, como de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos.

Posteriormente revisaremos la jurisprudencia elaborada sobre esta materia por los órganos jurisdiccionales de derechos humanos de carácter internacional.

Finalmente y como consecuencia del análisis de estas fuentes, deduciremos la categoría que se otorga a la objeción de conciencia en el derecho internacional; es decir, si puede considerársele como un derecho humano fundamental y autónomo, derivado de las libertades de pensamiento, conciencia y religión, y si goza de la misma intensidad de protección jurídica que los derechos de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

5.1. Sistema europeo

Como hemos señalado en el capítulo anterior, el primer documento pacticio de carácter internacional —aunque referido sólo al ámbito

européo— es el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, también conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) aprobado en Roma en el año de 1950.

De la misma manera, las primeras resoluciones generales en materia de objeción de conciencia en el ámbito internacional provienen de los órganos del Consejo de Europa y todas ellas se refieren a la objeción de conciencia al **servicio militar**.

Como sabemos, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos no existe hasta el momento ninguna disposición que incluya a la objeción de conciencia como un derecho humano protegido por el Convenio. La forma en que de alguna manera se ha introducido una cierta tutela a la objeción de conciencia ha sido por la vía de la interpretación jurisprudencial, si bien de una forma muy limitada, derivándolo de la protección que brinda el artículo 9 del Convenio.

La única alusión que se hace a la objeción de conciencia y solamente referida al supuesto del servicio militar, es en el artículo 4o del Convenio, cuando señala que la prestación social sustitutoria ni el servicio militar pueden considerarse como trabajos forzados, de acuerdo con el siguiente texto:

"Artículo 4o

.....

2. Nadie puede ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.

3. No se considera como 'trabajo forzado u obligatorio' en el sentido del presente artículo:

.....

b) Todo servicio de carácter militar o, en caso de objetores de conciencia, en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio".

Sin embargo, la jurisprudencia europea en ningún momento ha admitido que de este artículo se derive un reconocimiento implícito del derecho de objeción de conciencia al servicio militar. Aun cuando se han hecho diversos esfuerzos por lograr que se otorgue la categoría de derecho fundamental a este supuesto de objeción de conciencia, el caso es que hoy por hoy no se considera como un derecho protegido por el Convenio, y deja, por tanto, a la libre determinación de los Estados el reconocerlo o no y las modalidades y características de su ejercicio.

Es importante recordar que todas las resoluciones generales de carácter internacional se refieren a un único supuesto: al de la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. Como hemos comentado en otro momento, este supuesto de objeción de conciencia ha sido el detonador, en gran parte, de los estudios en torno a esta figura jurídica y de su configuración actual como una manifestación o concreción del derecho de libertad de conciencia.

Entre las múltiples causas que han influido en el surgimiento y evolución de la objeción de conciencia al servicio militar podemos señalar, además de la mayor sensibilidad y apreciación por la disciplina de los derechos humanos, un movimiento cada vez más intenso y persistente en favor de la desmilitarización de la sociedad, y por ende el auge que el "pacifismo" ha cobrado en las últimas décadas.

Así pues, la mayor conciencia de los derechos humanos junto con el anhelo pacifista han apoyado las demandas en favor del reconocimiento del derecho de objeción de conciencia al servicio militar, lo cual se ha visto plasmado en la consagración constitucional o legal de este derecho en gran parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros del Consejo de Europa.

Estos mismos movimientos pacifistas en favor del reconocimiento del derecho de objeción de conciencia al servicio militar han tenido una respuesta clara en el derecho internacional, y en concreto en las resoluciones

adoptadas por diversos órganos del Consejo de Europa en materia de derechos humanos como veremos a continuación.

5.1.1 Resoluciones de carácter general

5.1.1.1 Resolución 337 (1967) de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa sobre el derecho de objeción de conciencia²⁴⁶

A instancias de diversos movimientos de objetores de conciencia y de algunos organismos no gubernamentales de derechos humanos, entre los que destaca Amnistía Internacional, la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa dictó la primera resolución en materia de objeción de conciencia al servicio militar, que es la Resolución 337 (1967)

Entre los puntos más importantes que podríamos destacar del texto de esta resolución encontramos:

1o La fundamentación que hace de la objeción de conciencia al servicio militar en la libertad de pensamiento, conciencia y religión consagradas por el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En efecto, dice así la exposición de motivos de esta resolución:

²⁴⁶ Adoptada en la XVIII sesión ordinaria del 26 de enero de 1967 Cfr. Doc. 2170, del reporte del Comité Legal

"Teniendo presente el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que obliga a los países miembros a respetar la libertad de conciencia y de religión del individuo, declara..."

Asimismo, el punto 2 del apartado A, de esta resolución nos dice que:

"2. En los Estados democráticos, fundados sobre el principio de la preeminencia del derecho, debe considerar que el derecho citado en el punto anterior [se refiere a la objeción de conciencia al servicio militar] deriva lógicamente de los derechos fundamentales del individuo, garantizados por el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos".²⁴⁷

Lo anterior contrasta —como más adelante veremos— con la tendencia restrictiva de la jurisprudencia europea para admitir que la protección brindada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos se extienda a la objeción de conciencia al servicio militar, y menos aún a otros supuestos de objeción de conciencia.

2o. El reconocimiento de los motivos religiosos e ideológicos como causas suficientes para justificar la dispensa de la obligación de realizar un servicio armado, como se puede apreciar en el siguiente párrafo:

"1. Las personas obligadas al servicio militar que, por motivos de conciencia o razón de una convicción profunda de orden religioso, ético,

²⁴⁷ *Ibidem*, apartado A, No. 2

moral, humanitario, filosófico o de análoga naturaleza, rehúsen realizar el servicio con armas, deben tener un derecho subjetivo a ser dispensados de tal servicio”²⁴⁸

3o. La necesidad de establecer un procedimiento que garantice una decisión justa e imparcial para resolver sobre solicitudes de exención al servicio militar por motivos de conciencia. En concreto se pide que se informe a los reclutas de sus derechos, que el órgano decisorio esté separado de la autoridad militar, que haya los recursos administrativos y judiciales suficientes para establecer un buen sistema de control de las resoluciones y que los solicitantes estén debidamente asistidos por un abogado y los testigos que estime pertinentes.²⁴⁹

4o. Que la opción por el servicio sustitutivo no entrañe una discriminación injusta para los objetores en el plano social y económico. Que la duración del servicio sustitutivo sea al menos de la misma duración que el servicio militar y que los servicios sustitutivos se orienten a la realización de tareas útiles a la sociedad y a los países en vías de desarrollo.²⁵⁰

248 *Ibidem*, apartado B

249 *Ibidem* apartado C

250 *Idem*

*5.1.1.2 Recomendación 478 (1967) de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa relativa al derecho de objeción de conciencia*²⁵¹

Simultáneamente a la adopción de la Resolución 337, la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa emitió la Recomendación 478, por medio de la cual se recomienda al Consejo de Ministros que instruya a un experto en derechos humanos para dar efectividad a los principios asentados en la Resolución 337, como, por ejemplo, la celebración de una convención o una recomendación a los Estados miembros para que el derecho de objeción de conciencia sea firmemente implantado en todos los Estados miembros del Consejo de Europa. Asimismo, se invita a los Estados miembros a modificar sus legislaciones nacionales de tal forma que se ajusten lo más posible al contenido de la Resolución 337.

*5.1.1.3 Recomendación 683 (1972) de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa sobre las acciones que deberán tomarse respecto de las conclusiones de la Conferencia Parlamentaria de Derechos Humanos celebrada en Viena del 18 al 20 de octubre de 1972*²⁵²

La preocupación por brindar una tutela legal adecuada a la objeción de conciencia al servicio militar se pone de manifiesto en la recomendación 683

251 Adoptado en la XVIII sesión ordinaria del 26 de enero de 1967, Cfr. Doc. 2170 del Reporte del Comité Legal.

252 Adoptado en la XXIV sesión ordinaria del 23 de octubre de 1972, Cfr. Doc. 3161 del Reporte del Comité Legal.

de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa; por medio de ésta se instruía al Comité de Expertos en Derechos Humanos para que estudiara la posibilidad de completar la convención, mediante la adición de uno o más protocolos o de otro instrumento legal de carácter similar, en el que se proteja el derecho de asilo así como el derecho de objeción de conciencia.

*5.1.1.4 Recomendación 816 (1977) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el derecho de objeción de conciencia al servicio militar*²⁵³

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, preocupada por que los Estados miembros concedieran un adecuado estatuto legal a los objetores de conciencia, recomienda al Consejo de Ministros que urja a los gobiernos de los Estados miembros para que adecuen sus legislaciones nacionales a los principios adoptados por la resolución 337, y que se introduzca el derecho de objeción de conciencia al servicio militar en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.²⁵⁴

²⁵³ Adoptado en la XXIX sesión ordinaria del 7 de octubre de 1977. Cfr. Doc. 4027 del Reporte del Comité Legal

²⁵⁴ "The Assembly, 1. Wishing to promote legal status for conscientious objectors in Council of Europe member States ()
4. Recommend that the Committee of Ministers

a) Urge the government of member states, in so far as they have not already done so, to bring their legislation into line with the principles adopted by the Assembly.

b) Introduce the right of conscientious objection to military service into the European Convention on Human Rights."

5.1.1.5 *Resolución del Parlamento Europeo sobre el derecho de objeción de conciencia al servicio militar del 7 de febrero de 1983*²⁵⁵

Seis años más tarde, el Parlamento Europeo emitió una resolución respecto a la objeción de conciencia, cuyos puntos más importantes y novedosos, en relación a la resolución 337, son los siguientes:

a) Implícitamente otorga el carácter de derecho fundamental a la objeción de conciencia al servicio militar cuando dice que:

1. Recuerda que el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión es un derecho fundamental.

2. Constata que la protección de la libertad de conciencia implica el derecho a rehusar el servicio militar con armas y a separarse del mismo por razones de conciencia.²⁵⁶

En relación a esto también establece que el Parlamento Europeo, por medio de esta resolución:

" 9. Apoya los esfuerzos encaminados a crear un derecho humano a la objeción de conciencia en el seno del Convenio Europeo de Derechos Humanos".²⁵⁷

²⁵⁵ Resolución adoptada por el Parlamento Europeo el 7 de febrero de 1983. *Cf.* Diario Oficial de las Comunidades Europeas del 14 de marzo de 1983, p. 14.

²⁵⁶ *Ibidem*, Nos. 1 y 2.

²⁵⁷ *Ibidem*, No. 9.

b) Reconoce el derecho a la objeción de conciencia como "sobrevvenida", es decir, en el momento en el que ya se está cumpliendo con el servicio militar.

c) Establece el principio de que basta con una mera declaración motivada individualmente para obtener el estatuto de objetor de conciencia. Ello debido a la característica de impenetrabilidad de la conciencia humana, por parte de tribunal u autoridad humana alguna. Este principio, como puede comprenderse, afecta al procedimiento mismo para reconocer la condición de objetor, ya que impide realizar una indagación por parte del órgano resolutor sobre la sinceridad de la solicitud de objetor. Sobre el procedimiento mismo señala que éste debe ser expedito y pronto.²⁵⁸

d) Establece claramente que la prestación social sustitutiva de ninguna manera puede considerársele como una sanción, y ello determina su duración, su retribución económica, etcétera.²⁵⁹

²⁵⁸ *Ibidem*, No 7

²⁵⁹ *Ibidem*, No 4

5.1.1.6 Recomendación R(87) 8 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre objeción de conciencia²⁶⁰

Cuatro años más tarde el Comité de Ministros emite la Recomendación R(87) en la cual prácticamente se repiten los principios enunciados tanto por la Resolución 337 como por la Resolución del Parlamento Europeo de 1983. Cabe destacar que en el documento explícitamente se reconoce la objeción de conciencia sobrevenida y la posibilidad de que el servicio sustitutivo sea ~~tanto un servicio civil o un servicio militar no armado, para aquellos~~ objetores que sólo rechacen el servicio armado, pero no la estructura militar.

5.1.1.7 Resolución del Parlamento europeo sobre el derecho de objeción de conciencia al servicio militar del 13 de octubre de 1989²⁶¹

Esta resolución sostiene los siguientes puntos importantes y novedosos en relación a los documentos anteriores:

a) En su exposición de motivos reconoce el hecho de que seis años después de la resolución anterior del Parlamento Europeo, del 7 de febrero de

²⁶⁰ Adoptada por el Comité de Ministros el 9 de abril de 1987.

²⁶¹ Adoptada por el Parlamento Europeo el 13 de octubre de 1989. Cf: Diario Oficial de las Comunidades Europeas del 20 de noviembre de 1989, p. 122.

1983, "ni los gobiernos de los Estados miembros ni la Comisión de las Comunidades Europeas han tomado una iniciativa al respecto".²⁶²

b) También en la exposición de motivos señala el obstáculo que suponen para el proceso de integración europea, para la inserción de los jóvenes en el mundo laboral y para la libre circulación dentro de la Comunidad, las "...diferencias y discriminaciones contenidas en las disposiciones sobre el reconocimiento de la objeción de conciencia y sobre la reglamentación de las modalidades de prestación social sustitutoria".²⁶³

Señala, asimismo, que la objeción de conciencia al servicio militar no puede entenderse como una excepción al deber de defender a la patria sino como otra manera de hacerlo.²⁶⁴

Por lo demás, reitera los principios declarados en las resoluciones anteriores, sólo que en esta ocasión omite incluir una declaración formal sobre la naturaleza y categoría del derecho de objeción de conciencia como derecho humano. Simplemente, se limita a instar a la Comisión y a los Estados miembros para que se esfuercen por conseguir que la prestación sustitutoria civil se incluya como un derecho humano dentro del Convenio.²⁶⁵

262 *Ibidem*, segundo párrafo

263 *Ibidem*, letra D

264 *Ibidem*, letra E

265 *Ibidem*, No 11

5.1.1.8 Resolución del Parlamento Europeo del 11 de marzo de 1993²⁶⁶

Esta resolución hace un análisis de la situación de los derechos humanos en Europa, y dedica ocho artículos a la objeción de conciencia. Los puntos principales de esta resolución es que le da el carácter de derecho fundamental a la objeción de conciencia y, por lo tanto, establece el requisito de que se reconozca legalmente en los países miembros. Condena el caso de Grecia y de aquellos países que tratan a los objetores de conciencia como criminales. **Abandona el criterio de la mayor duración de la prestación social sustitutoria estableciendo una igual duración.** En fin, esta resolución refleja la nueva dimensión asumida por Europa al final de la Guerra Fría, y mira hacia **aquellos países del este de Europa, a los que también extiende la posibilidad de realizar en ellos la prestación social sustitutoria.**

4.1.1.9 Resolución del Parlamento Europeo del 19 de enero de 1994²⁶⁷

Se trata de una resolución dedicada exclusivamente a la objeción de conciencia, en la cual vuelve a pronunciarse la condena de aquellos países que siguen tratando a los objetores de conciencia como criminales, y se refiere concretamente a Grecia. Auspicia la creación de un servicio civil

266 Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 26 de abril de 1993, p. 178.

267 Publicada en la Gaceta Oficial de la Comunidad Europea del 14 de febrero de 1994.

europeo que permita prestar el servicio social alternativo en un país distinto al del país de origen. Finalmente, vuelve a instar a los países miembros para la aprobación de un protocolo adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos, que reconozca la objeción de conciencia como un derecho fundamental en los países miembros.

5 1.2. Jurisprudencia europea

Los órganos jurisdiccionales del Consejo de Europa han recibido un buen número de demandas en las que se denuncia la violación del artículo 9 del Convenio, por no respetar la libertad de conciencia consagrada por él.

Todas estas demandas tienen en común que reclaman la tutela jurídica sobre comportamientos, a los que se les puede catalogar dentro de la categoría de las objeciones de conciencia, por tratarse de la negativa, por motivos de conciencia, a realizar determinados comportamientos, que en principio son jurídicamente exigibles.

Los supuestos se refieren no sólo a la objeción de conciencia al servicio militar sino a otros supuestos de diversa índole.

Como ya vimos en otro apartado,²⁶⁸ la tónica de la jurisprudencia ha sido por lo general de carácter restrictivo, porque no se admite que el artículo 9 extienda su protección a las objeciones de conciencia. La Comisión ha

²⁶⁸ C/1 *supra* pp 190 y ss

sostenido que el artículo 9 sólo protege actos de manifestación directa de culto o devoción, pero no aquellas conductas, que estando motivadas en la religión o en las propias convicciones, pretendan eludir el cumplimiento de una determinada obligación legal o jurídica, que en sí misma no impide la manifestación directa de la propia religión o convicciones por medio del culto, la observancia de los ritos y la enseñanza, ni es una intromisión abusiva en el fuero interno, para lo cual el Estado es absolutamente incompetente.

Así pues, la Comisión ha mantenido un criterio restrictivo y formalista respecto al reconocimiento de las objeciones de conciencia, y por lo general no han sido admitidas demandas que reclamaban el respeto a la objeción de conciencia.

La excepción la constituye el caso Chahuan, del cual ya hablamos en su oportunidad.²⁶⁹

Los otros supuestos se refieren a casos de objeción de conciencia contra sistemas de aseguración obligatoria, contra obligaciones laborales, en el ámbito educativo, o también objeciones de conciencia en medio de situaciones de encarcelamiento. Todos estos casos fueron declarados inadmisibles por la Comisión, invocando la "neutralidad" de la norma jurídica que establece la obligación y el margen de apreciación que en esta

²⁶⁹ *Idem*

materia corresponde a las instancias nacionales. En alguna ocasión, y muy eventualmente, se ha recurrido al criterio de los límites para rechazar alguna demanda de objeción de conciencia.

También han sido declaradas inadmisibles las demandas de objetores de conciencia al servicio militar, invocando el artículo 4o del Convenio que dice que no se considerará trabajo forzado el servicio militar obligatorio ni la prestación social sustitutoria en los países en que esté prevista esta posibilidad. La Comisión ha interpretado este artículo como la no obligatoriedad para los gobiernos de regular la objeción de conciencia al servicio militar, a pesar de las recomendaciones favorables que han hecho otros órganos del Consejo de Europa.

Como también comentamos en su oportunidad, algún sector de la doctrina no ha estado conforme con la interpretación restrictiva que se ha hecho del artículo 9, por parte de la jurisprudencia europea.²⁷⁰

5.2. *Sistema de Naciones Unidas*

Dentro del sistema de Naciones Unidas son relativamente muy pocas las referencias o alusiones que encontramos en torno a la objeción de conciencia.

Analicemos los documentos correspondientes:

²⁷⁰ *Idem*

5.2.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²⁷¹

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado en 1966 se encuentra una breve alusión a la objeción de conciencia al servicio militar, en el artículo 8, con una redacción claramente inspirada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos:

“Artículo 8.

.....

3. a) ~~Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;~~

.....

c) No se considerarán como "trabajo forzoso u obligatorio" a los efectos de este párrafo:

.....

El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia”.²⁷²

271 Hervada, Javier y José Manuel. Zumaquero. Textos Internacionales de derechos humanos, Pamplona, EUNSA, 1978, pp. 559-581.

272 *Idem*

Un primer antecedente del reconocimiento por parte de las Naciones Unidas al derecho de objeción de conciencia sobre el servicio militar lo encontramos en la resolución 33/165, pronunciada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1978; en ella que reconoció el derecho de todas las personas a negarse a prestar servicios en fuerzas militares o policiales empleadas para imponer el *apartheid*, y exhortó a los Estados miembros a conceder asilo o tránsito seguro a otro Estado, en el espíritu de la Declaración sobre el Asilo Territorial, a las personas que se vieran obligadas a salir del país de su nacionalidad por razón de una objeción de conciencia a la colaboración en la imposición del *apartheid* mediante el servicio en fuerzas militares o policiales.

5.2.2. Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas

La Comisión de Derechos Humanos se ha ocupado en diversas ocasiones del tema de la objeción de conciencia. Concretamente, el 12 de marzo de 1981 pronunció la Resolución 40 (XXXVII), en la que se refería a la necesidad de una mejor comprensión de las circunstancias en que puede objetarse al servicio militar por razones de conciencia.

Posteriormente, la propia Comisión encomendó al señor Eide y al señor Mubanga-Chipoya un informe sobre la cuestión de la objeción de conciencia al servicio militar.²⁷³

La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas decidió distribuir ampliamente este informe, según consta en su resolución 33/1984 del 12 de marzo de 1984 y en la resolución 27/1984 del Consejo Económico y Social del 24 de mayo de 1984, con miras a recibir observaciones de los ~~gobiernos, órganos competentes de las Naciones Unidas y organismos~~ especializados, así como de otras organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales.

Todos estos antecedentes motivaron la aprobación, por parte de Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de las siguientes resoluciones en materia de objeción de conciencia al servicio militar:

4.2.2.1 Resolución 1987/46 de la Comisión de Derechos Humanos²⁷⁴

Se trata del primer texto de Naciones Unidas en el que se hace una petición genérica a los Estados para reconocer la objeción de conciencia. Aunque menciona las libertades de pensamiento, conciencia y religión,

²⁷³ Cf. Exposición de motivos de la Resolución 1987/46

²⁷⁴ Aprobada en la 54ª sesión el 10 de marzo de 1987

también alude al ideal de la paz y la cooperación universales, y a la necesidad de educar a la juventud en esos valores.

"La Comisión de Derechos Humanos [...] 1 Hace un llamamiento a los Estados para que reconozcan que la objeción de conciencia al servicio militar debe ser considerada como un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".²⁷⁵

5.2.2.2 Resolución 1989/59 de la Comisión de Derechos Humanos²⁷⁶

Dos años más tarde, la Comisión de Derechos Humanos se volvió a ocupar del tema de la objeción de conciencia al servicio militar, y emitió la Resolución 1989/59.

En esta resolución encontramos una definición clara de la objeción de conciencia como un derecho derivado de las libertades de pensamiento, conciencia y religión. Asimismo, se pedía al Secretario General que redactara un informe sobre el tema y proponía reexaminar la cuestión en su 47 período de sesiones en relación con el programa "El papel de los jóvenes en el

²⁷⁵ *Ibidem*, No 1

²⁷⁶ Aprobada en su 55ª Sesión del 8 de marzo de 1989

fomento y la protección de los derechos humanos, incluida la cuestión de la objeción de conciencia al servicio militar".²⁷⁷

5.3. Sistema interamericano

5.3.1 Resoluciones generales. Convención Americana de Derechos Humanos

~~Al igual que en los documentos pactados mencionados en los incisos anteriores,~~ en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 se incluye una breve alusión a la objeción de conciencia al servicio militar en el artículo 6 en el que se establece:

"Artículo 6. Prohibición de esclavitud y servidumbre.

.....

3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:

b) El servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél [...]"²⁷⁸

²⁷⁷ *Ibidem*, No. 8

²⁷⁸ Art. 6° de la Convención Americana de Derechos Humanos

Por su parte, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, reunida en su noveno período ordinario de sesiones en La Paz, Bolivia, del 22 al 31 de octubre de 1979, al considerar el *Informe Anual* presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en lo que se refiere a la situación del grupo religioso conocido como los testigos de Jehová, aprobó una Resolución sobre libertad de cultos.²⁷⁹

La parte dispositiva de esta Resolución, expresa lo siguiente: "Hacer un llamamiento a los Estados miembros para que no impidan el ejercicio del derecho a la libertad de credo y de culto de conformidad con sus respectivas disposiciones jurídicas, y de acuerdo con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En lo concerniente a los testigos de Jehová y sus filiales instar al restablecimiento de su derecho a la libertad de credo y de culto, de conformidad con la precitada Declaración"²⁸⁰

5.3.2 *Jurisprudencia*

Hasta el momento, sólo tenemos noticia de una denuncia en materia de objeción de conciencia interpuesta por la agrupación de los testigos de Jehová en contra del gobierno de Argentina, a raíz de la expedición del

²⁷⁹ Resolución sobre libertad de cultos de la Asamblea General de la OEA del 22 al 31 de octubre de 1979

²⁸⁰ *Idem*

decreto número 1867, del 31 de agosto de 1976, que restringía claramente la libertad religiosa y de culto de la agrupación mencionada.

Esta denuncia motivó la Resolución 02/79 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la cual se resuelve lo siguiente:

1. Declarar que el Gobierno de Argentina violó el derecho a la seguridad e integridad de la persona (artículo I), el derecho de libertad religiosa y de culto (artículo V), el derecho a la educación (artículo XII), el ~~derecho de asociación (artículo XXI) y el derecho de protección contra la~~ detención arbitraria (artículo XXV) de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

2. Recomendar al Gobierno de Argentina: a) que restablezca la vigencia de la libertad religiosa y de cultos; b) que derogue el Decreto número 1867 de 31 de agosto de 1976, por atentar contra los derechos fundamentales arriba consignados; c) que adopte las providencias necesarias a efecto de que cese la persecución en perjuicio de la congregación testigos de Jehová, y d) que informe a la Comisión dentro de un plazo de 60 días sobre las medidas tomadas para poner en práctica las recomendaciones consignadas en la presente Resolución.

3. Comunicar esta Resolución al Gobierno de Argentina y al denunciante.

4. Incluir esta Resolución en el Informe Anual de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos de conformidad con el artículo 9 bis, inciso c, III del Estatuto de la Comisión, sin perjuicio de que la Comisión en su próximo período de sesiones, pueda reconsiderar el caso a la luz de las medidas que el Gobierno haya adoptado.²⁸¹

Con fecha 26 de octubre de 1979, el gobierno argentino remitió su contestación a la Resolución mencionada explicando cuáles fueron las razones por las cuales nunca reconoció el carácter de religión a esa secta, ajustándose su juicio a normas emanadas de la Constitución y de la legislación vigente. Asimismo, expresó a la Comisión que el derecho a ejercer un culto no puede ocasionar la comisión de actos que la ley reprime como delictivos y especialmente que socaven los principios mismos de la nacionalidad.²⁸²

5.4. Conclusiones de este capítulo

Del análisis anterior, podemos deducir que a la objeción de conciencia, hoy por hoy, no se le confiere la categoría de derecho humano fundamental en el derecho internacional, a pesar de las diversas declaraciones de carácter

²⁸¹ Resolución 02/79 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

²⁸² Contestación del gobierno argentino, de fecha 26 de octubre de 1979

general en las que se recomienda el reconocimiento de la objeción de conciencia como un derecho humano fundamental.

En efecto, según hemos visto, en la interpretación que hace la jurisprudencia europea del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no se reconoce que la objeción de conciencia sea un derecho humano protegido por él, como sí lo reconoce respecto a las libertades religiosa, de pensamiento y de conciencia, con la extensión y límites que la doctrina jurisprudencial ha determinado, como expusimos en el capítulo anterior.

Esto no impide que existan fuertes movimientos en favor del reconocimiento de la objeción de conciencia como un derecho humano fundamental, especialmente por lo que se refiere al supuesto del servicio militar obligatorio.

Sin embargo, mientras no se incluya este derecho en el Convenio o mientras la jurisprudencia europea no lo considere como un derecho derivado de las libertades de pensamiento, conciencia y religión, y le otorgue la misma intensidad de protección jurídica que se otorga a los demás derechos establecidos por el Convenio, no podemos hablar de un derecho humano cuando nos referimos a la objeción de conciencia en el derecho internacional.

En relación a los sistemas de Naciones Unidas e Interamericano, podemos decir con, mayor razón, que la objeción de conciencia no está

reconocida como un derecho humano fundamental, toda vez que son escasas las resoluciones de carácter general que abogan porque se reconozca el derecho de objeción de conciencia al servicio militar, y porque la jurisprudencia emitida en el seno de estos sistemas no lo ha interpretado así, amén de que su jurisprudencia no tiene el mismo peso ni valor que la pronunciada por los órganos del Consejo de Europa, según hemos visto en el capítulo anterior.

Esta actitud, ciertamente precavida, de los órganos de derechos humanos de carácter internacional es explicable, por las dificultades que, ya de por sí, han enfrentado con los sistemas nacionales para hacer respetar los derechos humanos. Con mayor razón, en tratándose de un derecho que si no se le constriñe a ciertos límites y supuestos, puede llegar a mermar la autoridad estatal y la vigencia del Estado de derecho.

No sucede lo mismo en algunos Estados nacionales, en los que sí se reconoce el carácter de derecho humano fundamental al derecho de objeción de conciencia al servicio militar, debido, quizás, a que este derecho se halle consagrado dentro de la propia constitución estatal. Pero de ello nos ocuparemos en el próximo capítulo.

CAPÍTULO SEXTO
LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL
DERECHO COMPARADO

6.1 La objeción de conciencia en el sistema jurídico español

6.1.1 Antecedentes histórico—jurídicos de la objeción de la conciencia al servicio militar en España

6.1.2 El tratamiento jurídico de la objeción de conciencia en el derecho español

6.1.2.1 La protección jurídica, definición y contenido esencial de la libertad de conciencia en el derecho español

6.1.2.2 Criterios constitucionales y legales que permitan resolver los conflictos entre conciencia y ley en el derecho español

6.1.2.3 El criterio de la intensidad de protección jurídica dado al deber objetado

6.1.2.4 El concepto legal de conciencia. La ausencia de una definición legal

6.1.2.5 La constatación jurídica de la conciencia

6.1.3 El tratamiento jurídico, por parte del derecho español, a los supuestos más conocidos de objeción de conciencia ajenos a la materia militar

6.2 Los conflictos entre conciencia y ley en el derecho holandés

6.2.1 La libertad de conciencia en el derecho holandés

6.2.2 Supuestos de objeción de conciencia legalizados en el derecho holandés

6.2.3 Principios rectores para la legalización de la objeción de conciencia en el derecho holandés

6.2.3.1 Directrices para el poder legislativo

6.2.3.1.1 En general

6.2.3.1.2 En materia penal

6.2.3.1.3 La apelación a la conciencia en la ley laboral holandesa

6.2.3.2 Directrices del poder judicial

6.2.4 El concepto legal de la conciencia

6.3 La objeción de conciencia en el derecho italiano

6.3.1 Protección jurídica de la libertad de conciencia en el derecho italiano

6.3.1.1. Consagración constitucional

6.3.1.2 Consagración legal

6.3.2 Tratamiento jurídico de la objeción de conciencia

6.3.3 La objeción de conciencia al servicio militar

6.4 Los conflictos entre conciencia y ley en el derecho francés

6.4.1 Protección jurídica de la libertad de conciencia

6.4.2 Los conflictos entre conciencia y ley

6.5. Los conflictos entre conciencia y ley en el derecho estadounidense

6.5.1 Consideraciones preliminares en torno al sistema jurídico estadounidense

6.5.2 Evolución de la jurisprudencia estadounidense respecto al otorgamiento de excepciones religiosas

6.5.3 Caracterización de la objeción de conciencia en el derecho estadounidense

6.5.4 Tratamiento de las objeciones de conciencia en el derecho estadounidense

6.5.5 Comentario crítico

6.6. Conclusiones de este capítulo

Una vez que hemos analizado la tutela jurídica de la objeción de conciencia por parte de los principales sistemas de protección de los derechos humanos en el plano internacional, expondremos en el presente capítulo el tratamiento jurídico de la objeción de conciencia en algunos países miembros

de la Unión Europea, con particular atención hacia el sistema español. Asimismo, analizaremos también el sistema jurídico estadounidense en materia de objeción de conciencia.

Prestaremos especial atención al sistema español, por ser uno de los países con el que más vínculos nos unen, particularmente el idioma y toda la influencia que el derecho colonial español nos llegó. Aunado a ello está el hecho de la oportunidad que tuvimos de conocer más de cerca este sistema, a raíz de nuestra fructífera estancia en la Universidad Complutense de Madrid.

Es por ello que las fuentes consultadas en el caso del derecho español son más amplias, y abarcan tanto las fuentes legislativas —constitucionales y legales— como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y algunos autores, especialmente los más conocidos eclesiasticistas españoles.

En cuanto a los otros países, nuestro estudio es de un alcance más limitado ya que las fuentes consultadas se centran básicamente en los trabajos presentados en el “Congreso Internacional sobre la objeción de conciencia en los países de la comunidad europea”, que tuvo lugar en Bruselas en el año de 1990.²⁸⁴ Esto tiene la enorme ventaja de que nos permite asomarnos al

284 AAVV *L'obiezione di coscienza nei paesi della comunità europea. atti dell'incontro*, Bruxelles-Lovaino 7-8 dicembre, 1990, European Consortium for Church-State Research, Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, Pubblicazioni di Diritto Ecclesiastico, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1992. También hemos consultado el interesante estudio sobre la objeción de conciencia en el derecho comparado realizado por los profesores Rafael Navarro-Valls y Javier Martínez-Torrón, de la Universidad Complutense de Madrid y publicado originalmente en italiano con el título *Le obiezioni di coscienza, profili di diritto comparato*, Torino, Giappichelli Editore, 1995.

derecho de esos países a través de sus mejores especialistas, que exponen ante un grupo de expertos el tratamiento jurídico que se da a la objeción de conciencia y la forma en que suelen resolverse los conflictos entre ley y conciencia en sus países de origen. Con ello salvamos la dificultad que un estudio de derecho comparado nos exigiría, al tener que conocer con profundidad los sistemas jurídicos de cada país.²⁸⁵

Comenzaremos a hablar de la objeción de conciencia en el derecho español.

6.1. La objeción de conciencia en el sistema jurídico español

Como en la mayoría de los países, el surgimiento de la objeción de conciencia en España está estrechamente ligado al supuesto de la objeción de conciencia al servicio militar, y su consagración legal ha sido un poco tardía en relación a los demás países europeos.

La inclusión de la objeción de conciencia al servicio militar en el texto de la Constitución de 1978²⁸⁶ ha dado pie a una voluminosa literatura

²⁸⁵ Hay otros autores que siguen un método distinto para hablar de la objeción de conciencia en el derecho comparado. Entre ellos el Profesor Rafael Navarro- Valls, quien analiza cada supuesto de objeción de conciencia y su tratamiento en el derecho comparado. *cf.* Navarro- Valls, Rafael et. al. Derecho Eclesiástico del Estado Español, *op. cit.* Navarro- Valls y Martínez Torron, Le obiezioni di coscienza, profili de diritto comparato *op. cit.*

²⁸⁶ La objeción de conciencia se encuentra reconocida en la Constitución española en el artículo 30 cuyo texto dice así:

jurídica, y sobre todo, ha contribuido a la configuración jurídica del derecho de objeción de conciencia, ya no solamente referido al servicio militar, sino de manera general como un derecho derivado de la libertad de conciencia.

Importante papel ha jugado en este proceso la doctrina del Tribunal Constitucional Español, como en seguida veremos.

6.1.1 Antecedentes histórico-jurídicos de la objeción de conciencia al servicio militar en España

Respecto al proceso de positivación de la objeción de conciencia en el derecho español, podemos distinguir claramente las siguientes etapas.²⁸⁷

a) Desde el inicio del gobierno del general Franco en 1939 hasta el año de 1973.

Durante esta etapa, la objeción de conciencia no tenía ninguna cabida en el ordenamiento jurídico español. El deber de defender a España, con las armas —si fuera preciso—, era considerado como un gran honor y como un grave deber para todos los españoles.

1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España.

2. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer en su caso, una prestación social sustitutoria."

287 Sobre la historia del reconocimiento de la objeción de conciencia al servicio militar me remito a la bibliografía mencionada en el capítulo tercero del presente trabajo.

Las penas para los que se negaban a prestar el servicio militar eran ciertamente severas. Esto se agravaba con la situación que se producía con las llamadas "condenas en cadena"

Estas condenas afectaban especialmente a miembros de la confesión religiosa denominada "testigos de Jehová". Como sabemos, para esta agrupación religiosa cualquier participación en empresas bélicas, incluyendo el servicio militar, va en contra del mandamiento divino de "no matarás", razón por la cual se negaban a la prestación del servicio militar y por ello se les condenaba a varios años de prisión.

En virtud de que la obligación de cumplir el servicio militar vence a los 35 años, normalmente cuando salían de prisión eran nuevamente llamados a filas, al negarse volvían a ser condenados a más años de prisión y así sucesivamente, hasta que cumplían la edad límite para realizar el servicio militar.

El primer objetor de conciencia fue Jesús Martínez Nohales, miembro de los testigos de Jehová, que en 1958 fue condenado a 23 años de prisión por los delitos de desobediencia y sedición al negarse a prestar el servicio militar.

No obstante, no fue de entre los testigos de Jehová desde donde comenzaron a alzarse las primeras voces en contra de este sistema, sino que la protesta vino por parte de un joven católico, Pepe Beunza, quien en 1971,

influido por los movimientos pacifistas de Ghandi en la India, Lanza di Vasto en Italia, Henry David Thoreau en Estados Unidos y otros; se declaró objetor de conciencia y convocó a varios jóvenes a que se unieran en lo que posteriormente serían los primeros movimientos de objetores de conciencia (MOC) en España.

Fue así como comenzaron a presentarse ante las Cortes las primeras propuestas para flexibilizar el régimen penal, constituyeron los primeros antecedentes de lo que después fue la consagración constitucional de la objeción de conciencia en España. Así es como aparece publicado en el Boletín Oficial del Estado del 19 de diciembre de 1973 la ley 29/73, mediante la cual se reformaba el Código de Justicia Militar, reduciendo de 3 a 8 años las penas de prisión y terminando con las condenas en cadena.

b) La segunda etapa corre desde 1973 hasta la Constitución de 1978.

En esta etapa siguen las campañas por parte de cientos de jóvenes partidarios de la legalización de la objeción de conciencia, hasta que, el 26 de diciembre de 1976, el gobierno de la Unión de Centro Democrático (UCD) aprueba el Real Decreto 3011/76, sobre prórrogas de incorporación a filas por objeción de conciencia de carácter exclusivamente religioso. Este decreto fue ampliamente rechazado por el conjunto de objetores de conciencia, y no entró en vigor.

El 15 de octubre de 1977 se promulga la ley de amnistía, que incluye expresamente entre los amnistiados a los "objetores de conciencia a la prestación del servicio militar, por motivos éticos o religiosos". Con este decreto resolvió el problema de las condenas impuestas a los objetores, pero no así la situación jurídica en la que quedaban los objetores amnistiados, ni la de aquellos que a partir de ese momento mostrasen su negativa a la prestación del servicio militar, lo cual tampoco se resolvía con el decreto de diciembre de 1976, porque sólo protegía los motivos religiosos, y porque este decreto fue rechazado por los objetores.

El 23 de noviembre de 1977, el Ministerio de Defensa elabora una circular que vino a solucionar de modo transitorio el problema de los nuevos objetores que aun eran encarcelados. Establecía que los objetores quedaran en situación de "incorporación aplazada", y a quienes lo hicieran una vez ya incorporados, se les concediera una "licencia temporal" indefinida, hasta que la objeción de conciencia fuera regulada mediante una ley.

En 1977 surge el Movimiento de Objeción de Conciencia (MOC), que celebra su primer Congreso en Landa. Se define como "movimiento antimilitarista y de estrategia no violenta". El Movimiento agrupa en su seno a objetores de todo el Estado español.

c) La tercera etapa corre desde 1978 hasta 1984, año en el que se promulgan las dos leyes reguladoras del derecho de objeción de conciencia al

servicio militar. En 1978 fue promulgada la Constitución de la recién instaurada monarquía constitucional española. El artículo 30 establece la obligación para todos los españoles de defender a España y encomienda al legislador ordinario determinar las obligaciones militares para los españoles; le encomienda, asimismo, que regule, con las debidas garantías, la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio.

Esta etapa se caracteriza por no estar todavía regulada la forma en que el legislador configuraría el derecho de objeción de conciencia al servicio militar.

Destaca en esta etapa la sentencia del Tribunal Constitucional Español 15/1982, del 23 de abril de 1982,²⁸⁸ en la cual se define al derecho de objeción de conciencia como un derecho derivado de la libertad ideológica que está protegida por el artículo 16 de la Constitución. El Tribunal en esta ocasión definió la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia como una especificación de la libertad de conciencia protegida por la libertad ideológica del 16 constitucional, independientemente de que aún no se hubiera promulgado la legislación ordinaria que desarrollaría este derecho.²⁸⁹

²⁸⁸ *Boletín Oficial del Estado* del 18 de mayo de 1982.

²⁸⁹ Artículo 16.

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

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

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones."

Es importante el hecho de que en esta sentencia se haya relacionado la libertad de conciencia con la libertad ideológica, porque su campo de protección es más amplio que el de la libertad religiosa. Con esta interpretación del Tribunal Constitucional se admite la objeción de conciencia por motivos éticos, ideológicos, filosóficos, etcétera; además de los motivos religiosos.

d) La cuarta etapa corre de 1984 a 1987, donde se pronunciaron dos fallos muy importantes del Tribunal Constitucional que interpretan la legislación constitucional y legal sobre objeción de conciencia. En efecto, el 26 de diciembre de 1984 el pleno del Congreso de los diputados de la primera legislatura socialista, aprueba las dos leyes que actualmente regulan lo referente a la objeción de conciencia al servicio militar en el derecho español.

Se trata de la ley 48/84,²⁹⁰ que regula el ejercicio del derecho de objeción de conciencia y la prestación social sustitutoria. Así como la ley orgánica 8/84,²⁹¹ que regula el régimen de recursos y el régimen penal y disciplinario de la objeción de conciencia. El proyecto inicial contemplaba la

290 Boletín Oficial del Estado, del 28 de diciembre de 1984

291 Boletín Oficial del Estado, del 28 de diciembre de 1984

promulgación de una sola ley, con carácter de orgánica, pero de los debates parlamentarios se resolvió finalmente aprobar dos leyes, lo cual fue ampliamente cuestionado por los movimientos de objetores de conciencia, como en seguida veremos.

La ley contiene una exposición de motivos en la que se insertan los principios informadores del texto jurídico: *a)* amplitud de causas de objeción, es decir, reconocer tanto motivos ideológicos como religiosos para justificar la objeción, *b)* mínima formalidad de procedimientos, *c)* no discriminación entre objetores y no objetores, *d)* evitación de fraude, *e)* beneficio del servicio social sustitutorio.²⁹²

Se establece el procedimiento al que deben ajustarse todos aquellos que pretendan ser declarados objetores de conciencia y en consecuencia ser eximidos de la obligación de prestar el servicio militar obligatorio, realizando en su lugar un servicio de carácter civil, para proteger el principio de igualdad jurídica.

²⁹² Exposición de motivos de las leyes 8 y 48 / 84.

“Los principios que inspiran el texto son fundamentalmente cuatro: en primer lugar, la regulación de la objeción de conciencia con la máxima amplitud en cuanto a sus causas, con la mínima formalidad posible en el procedimiento y con la mayor garantía de imparcialidad en cuanto a su declaración. En segundo lugar, la eliminación de toda discriminación en cualquier sentido, entre quienes cumplen el servicio militar y los objetores de conciencia. En tercer lugar, la previsión de garantías suficientes para asegurar que la objeción de conciencia no será utilizada, en fraude a la Constitución, como una vía de evasión del cumplimiento de los deberes constitucionales. Por último, la consecución de que el cumplimiento de la prestación social sustitutoria redunde en beneficio de la sociedad y del propio objetor. *cf.* Preámbulo de la ley 48 / 84, 3°. Párr. Boletín Oficial del Estado, del 28 de diciembre de 1984.

Para lo anterior se crea el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia (CNOCC), cuya misión es precisamente la de tramitar el procedimiento mediante el cual se obtiene la declaración de la condición de objetor. Este procedimiento tiene como finalidad evitar el fraude de ley, constatando, en la medida de sus posibilidades, que realmente se trate de objetores de conciencia y no de personas que sólo quieran sustraerse de la obligación de prestar el servicio militar.

Para garantizar la sinceridad de los objetores y para equilibrar un poco los mayores costos personales que supone el servicio de armas, se establece una duración superior para la prestación social sustitutoria, ubicándola en un límite de 18 meses como mínimo y 24 como máximo, ya que la duración del servicio militar es de 12 meses.

También se establece un límite temporal para solicitar la declaración de la condición de objetor. Este límite impide la llamada objeción de conciencia "sobrevvenida", es decir, que no puede solicitarse la objeción una vez que ya se ha incorporado a filas y mientras dure el servicio militar obligatorio. Puede hacerlo por tanto, hasta la incorporación a filas, y una vez terminado el servicio, mientras dura la situación de reserva.

Respecto al régimen penal y disciplinario, se establecen las penas y sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la

prestación social sustitutoria, con un tratamiento análogo al del servicio militar.

Esta ley fue muy cuestionada por todos los movimientos de objetores de conciencia y, después de haber recibido muchas quejas, el Defensor del Pueblo interpuso un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Español en contra de las dos leyes reguladoras del derecho de objeción de conciencia, el cual fue resuelto mediante la sentencia 160/87 del 27 de octubre de 1987.²⁹³ En esa misma fecha, el Tribunal Constitucional resolvió mediante la sentencia 161/87²⁹⁴ una cuestión de inconstitucionalidad, también respecto algunos aspectos de las mencionadas leyes reguladoras de la objeción de conciencia.

Estas dos sentencias revisten una gran importancia, ya que nos proporcionan la interpretación auténtica de la legislación actual en materia de objeción de conciencia y delimitan el contenido esencial, naturaleza jurídica y alcance de este derecho en España. Sin embargo, han sido duramente cuestionadas, ya que se acusa al Tribunal Constitucional de haber dado marcha atrás en el reconocimiento que había hecho ya en la sentencia 15/82 de la naturaleza del derecho de objeción de conciencia como un

293 Boletín Oficial del Estado, del 12 de noviembre de 1987.

294 Boletín Oficial del Estado, del 12 de noviembre de 1987.

derecho fundamental, definiéndolo como una especificación de la libertad de conciencia, protegida por el artículo 16 constitucional ²⁹⁵

Veamos a continuación los puntos que fueron objetados de dichas leyes y la interpretación que hizo el Tribunal Constitucional en las referidas sentencias 160 y 161/87.

a) El carácter ordinario de la Ley 48/84, reguladora de aspectos sustantivos de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, frente al artículo 81 de la Constitución, ²⁹⁶ en orden a la regulación por ley orgánica de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y contra el artículo 9.3 de la Constitución, ²⁹⁷ ya que la mayor modificabilidad de la legislación ordinaria afecta a la seguridad jurídica de los objetores. Se critica que el legislador haya reservado los aspectos sustantivos para una ley ordinaria y los adjetivos para una ley orgánica.

²⁹⁵ *Supra*, p. 257

²⁹⁶ Artículo 81

1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución

2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto "

²⁹⁷ Artículo 9.3 CE

"Artículo 9

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos"

Considera asimismo el Tribunal Constitucional, que "el derecho de objeción de conciencia no está sujeto a la reserva de ley orgánica, por estimar que no es un derecho fundamental, sino el derecho a una exención de norma general, a un deber constitucional, el de defensa de España —lo que lo caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental—, y lo que legitima al legislador a regularlo por ley ordinaria, con las 'debidas garantías', que si por un lado son debidas al objetor, vienen asimismo determinadas por las exigencias defensivas de la comunidad, como bien institucional."

b) Las facultades concedidas al Consejo, que es quien declara la condición de objetor, y no el objetor a quien debería corresponder esta facultad. El Consejo sólo puede confirmar la condición, pero no otorgarla.

El Tribunal indica que no basta la simple "declaración del objetor para ser considerado como tal, pues el fuero de la conciencia ha de conciliarse con el fuero social o colectivo." Por eso es cierto también que el Consejo se limita a reconocer o no la condición de objetor, no a declarar el derecho.

c) La obligación de declarar del objetor de conciencia, según el artículo 3.2 de la ley 48/84²⁹⁸ y las correspondientes funciones inquisitoriales

298 "Artículo 3.

2. El Consejo podrá recabar de los interesados que, por escrito u oralmente, amplíen los razonamientos expuestos en la solicitud. Podrá, igualmente, requerir de los solicitantes o de otras personas u organismos la aportación de la documentación complementaria o testimonios que se entiendan pertinentes."

atribuidas al Consejo, lo que es atentatorio contra el derecho a no ser obligado a declarar sobre su ideología, creencias o religión y derecho a la intimidad personal respectivamente.

En cuanto a la supuesta violación del derecho a la intimidad, mediante los datos que pueden recabarse del objetor o de terceras personas u organismos, la sentencia señala que el derecho a la objeción en sí lleva "la renuncia del titular del derecho a mantenerlo — frente a la coacción externa— en la intimidad personal".

d) La semejanza del régimen del servicio civil y el servicio militar conforme al artículo 8.3 de la Ley 48/84,²⁹⁹ en contradicción con los artículos 6 y 7 de la Ley 48/84,³⁰⁰ que desvinculan la prestación social sustitutoria de las instituciones militares.

e) La duración superior del servicio civil del objetor en contra del artículo 14 de la Constitución sobre igualdad ante la ley.³⁰¹

²⁹⁹ Artículo 8

3 En la situación de actividad, el objetor realizará las actividades propias de la prestación social sustitutoria en un régimen análogo al establecido para el servicio militar "

³⁰⁰ Artículo 6

1 Quienes sean declarados objetores de conciencia estarán exentos del servicio militar y quedarán obligados a realizar una prestación social sustitutoria consistente en actividades de utilidad pública que no requieran el empleo de armas, ni supongan dependencia orgánica de instituciones militares "

³⁰¹ Artículo 14

f) La mayor gravedad del régimen disciplinario del servicio civil, en comparación con el régimen equivalente de los funcionarios civiles por las mismas infracciones y del régimen penal.

g) La obligación de prestar el servicio civil de los que estaban a la espera de la ley, atenta contra el artículo 9.3 constitucional (irretroactividad), ya que ahora se encuentran en graves problemas para hacerlo.

h) La negación de la objeción de conciencia sobrevenida.

Considera el Tribunal que la objeción de conciencia es una excepción al cumplimiento de un deber general establecido por la Constitución, y estima que una vez incorporado a filas, la pretensión del objetor de quedar eximido de su deber sería "perturbador para la seguridad de la estructura interna de las Fuerzas Armadas".

El recurso que venimos comentando se apoya —entre otros— en los siguientes argumentos:

a) La idea de que la objeción de conciencia es un derecho fundamental y no una mera exención del servicio militar; lo que implica que las dos leyes que regulan la objeción de conciencia se conviertan en una sola de carácter orgánico, acorde con su naturaleza de derecho fundamental.

h) Que se reconozca la posibilidad de objeción de conciencia durante la prestación del servicio militar, lo que se conoce como objeción sobrevenida.

c) Eliminar ciertos condicionamientos legales, como es el que implica la actuación del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, por violación de los derechos fundamentales a la intimidad, a la vida privada y a no declarar, garantizados por la propia Constitución.

d) Interpretación del principio de igualdad, que pone en tela de juicio la regulación del período de actividad de la prestación social, que puede llegar a ser el doble de tiempo que el servicio militar.

e) La dureza del régimen penal y disciplinario previsto en la ley.

Además de las impugnaciones anteriores, algún sector de la doctrina, ha pronunciado otras críticas no incluidas en los recursos anteriores, las cuales consisten en:

a) No se reconocen todas las motivaciones para declararse objetor de conciencia, en concreto los motivos políticos.

b) Se establece un tribunal que determina arbitrariamente quién ha de ser reconocido como objetor y quién no.

c) No acepta la objeción de conciencia en caso de guerra, más que como una continuación y reforzamiento de la actividad militar.

d) La prestación social sustitutoria está en contra de las convicciones del objetor, ya que:

- Se organiza y se estructura desde la perspectiva militar, en especial en sus aspectos de jerarquización y disciplina. Rechazan la intervención del Ministerio de Defensa en los asuntos de objeción de conciencia.

- Abarca áreas de actividad que podrían ser asumidas por personal laboral en paro.

- Limita los posibles campos de actuación y la posibilidad de que el objetor decida el tipo de servicio civil que podría realizar y dónde, olvidando recoger la posibilidad de que el objetor realice su trabajo social en el marco de un servicio civil por la paz. Rechazan la concepción militarista en todas sus facetas. "Nadie está obligado a regalar parte de su tiempo, de su vida, de forma gratuita, al Estado". Se critica que la prestación social sustitutoria convierte a los objetores en mano de obra barata.³⁰²

e) La quinta etapa corre del año 1987 a la actualidad.

No conformes con los fallos del Tribunal Constitucional, los movimientos de objetores de conciencia han seguido en su lucha por conseguir más espacios de libertad en esta materia. El Partido Socialista, que estuvo en el poder hasta hace poco, se ha rehusado a aprobar las propuestas hechas por diversos partidos y grupos de objetores. Sin embargo, hasta el

³⁰² En este sentido la opinión de Ramos Morente, Miguel. *Cfr. Guía de la objeción de conciencia, op. cit.*

momento, ninguna de las propuestas de reforma a las leyes reguladoras de la objeción de conciencia ha prosperado.

Son significativas las palabras del entonces ministro de Justicia, Enrique Múgica Herzog, al diputado Joseba Azcárraga, del grupo Parlamentario Mixto en la sesión del 15 de marzo de 1989: "Señor Azcárraga, ya estoy harto, está harto el Gobierno, está harto el partido que lo sustenta y creo que los demás partidos democráticos de esta Cámara también, de que se nos restriguen los derechos humanos, porque nadie como este Gobierno y nosotros ha defendido, en todo momento, los derechos humanos. Ya está bien de que se nos restriguen por algunos colectivos que están usando la objeción de conciencia no para defender los derechos humanos, sino para defender posturas totalmente antidemocráticas contra el Estado de derecho. Usted sabe, señor Azcárraga, como lo sé yo, que entre los colectivos apoyados por los elementos radicales y violentos —que también son suscitados por estos elementos violentos; usted como vasco lo conoce, como yo -- hay muchos que están utilizando la objeción de conciencia para perturbar las mismas bases del Estado Democrático, y nosotros estamos para defender el Estado democrático".³⁰³

"También le quiero decir, señor Azcárraga, que la Ley de Objeción de Conciencia fue declarada plenamente constitucional recientemente, el año de

³⁰³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados No 178 del 15 de marzo de 1989

1987, por el Tribunal Constitucional... Esta ley es comparable con las leyes de los países de nuestro entorno; incluso es mucho más benigna que la ley francesa. Los motivos de objeción de conciencia, fuera de toda perturbación atípica, intencionada y torpe, están contenidos en la propia resolución 367 del Consejo de Europa y son amplísimas abarcando los motivos: religiosos, políticos, culturales, humanitarios, todas las razones éticas. El plazo para solicitar la objeción de conciencia, tal como está en la sentencia del Tribunal Constitucional y en la propia Ley ratificada por el Tribunal, es antes de la prestación del servicio militar, como está en la mayor parte de los países".³⁰⁴

El primero de diciembre de 1989, el Consejo de Ministros acuerda pasar directamente a la reserva a la mayoría de los objetores acumulados hasta la entrada en vigor del Reglamento de la prestación social, el 10 de febrero de 1988. La adopción de esa medida, según el contenido del real decreto que la desarrolla, se debe a razones de interés nacional y afecta a más de 20,000 objetores. Aunque la medida fue bien acogida, pues puso fin a un largo período de incertidumbre, algunos sectores se mostraron inconformes pues creen ver en el fondo un intento de eludir el problema de tener que enviar a más de 40,000 objetores a la realización de una prestación social fuertemente contestada, y sobre la que una gran mayoría de objetores muestra su disconformidad.

³⁰⁴ *Idem.*

Al 31 de diciembre de 1989, el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia había denegado la condición de objetor a más de 2,000 objetores de éstos.

Actualmente la realidad asociativa de objetores de conciencia está conformada por diversos y heterogéneos grupos:

a) Los testigos de Jehová. Se niegan también a cualquier tipo de prestación social sustitutoria. El fundamento de su postura es que ellos se consideran súbditos del reino de Dios, están obligados a usar de su cuerpo en exclusiva dedicación a Jehová, no pudiendo servir personalmente a ningún poder terrenal. No se sienten obligados con el Estado en que se hallan, y quieren ser neutrales ante él. Sólo aceptarían, y de buen grado, los castigos que puedan derivarse de su actitud.

b) Movimiento de Objeción de Conciencia (MOC). Es el más numeroso actualmente. Por motivos distintos a los testigos de Jehová, se niegan también a la prestación social sustitutoria.

c) Mili KK. Impulsados en muchos lugares por partidos extraparlamentarios como el Movimiento Comunista o la Liga Comunista Revolucionaria. Discrepan en cuanto a la estrategia, porque no descartan en ciertas circunstancias un enfrentamiento violento con la policía.

d) Asociación de Objetores de Conciencia (AOC), a la que están confederados grupos y personas que tienen bases ideológicas similares a las

del Movimiento de Objeción de Conciencia —no violencia, antimilitarismo, etcétera—, pero discrepan de éste, al entender que no debe descartarse la realización de un servicio civil, como una de las vías a seguir.

Finalmente hay muchos objetores que "van por libre", pertenecen a otros colectivos juveniles o incluso a partidos políticos, cuyas juventudes, tras períodos de indefinición, animan a sus militantes a objetar: Partido Comunista, Juventudes Socialistas, Convergencia Democrática de Catalunya, etcétera.

La problemática de la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio en España se ha complicado mucho en estos últimos años, y ha derivado, en gran parte de los casos, en un movimiento de desobediencia civil, pues constituye una protesta contra la militarización de la sociedad y a favor de la paz, además de ser el rechazo, cada vez más generalizado, de la estructura actual del servicio militar. Esto se comprueba al ver las estadísticas, cada vez más numerosas, de objetores de conciencia lo cual ha desbordado, con mucho, la capacidad del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia y la organización de la prestación social sustitutoria. Asimismo, la aparición de los llamados "insumisos", es decir, aquellos que se rehúsan no sólo a prestar el servicio militar sino también a la prestación social sustitutoria, ha complicado todavía más el problema.

Nos parece que todo ello ha motivado la propuesta del Partido Popular, al cual pertenece el actual presidente del Gobierno, para profesionalizar las fuerzas armadas, proyecto del que se ha discutido mucho, y que por lo visto hay planes de realizar en un plazo determinado.³⁰⁵

6.1.2 El tratamiento jurídico de la objeción de conciencia en el derecho español

Tanto la legislación constitucional y ordinaria como la doctrina jurisprudencial, que se ha elaborado en torno a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, constituyen fuentes de gran valor para examinar el tratamiento jurídico que se da en el derecho español a los conflictos entre ley y conciencia, referidos a otros deberes legales distintos al del servicio militar obligatorio.

También constituye una fuente importante, la sentencia 53/85 pronunciada el 11 de abril de 1985 por el Tribunal Constitucional,³⁰⁶ en la que reconoce el derecho de objeción de conciencia al aborto, como una derivación lógica de la libertad de conciencia protegida por el artículo 16 constitucionanl.

³⁰⁵ *Cp. supra*, p. 61

³⁰⁶ Boletín Oficial del Estado. 18 de mayo de 1985

Estas fuentes constitucionales, legales y jurisprudenciales, así como la doctrina que se ha elaborado alrededor de este tema, nos permiten exponer los criterios y principios fundamentales para la solución de los conflictos entre conciencia y ley en el derecho español.³⁰⁷

6.1.2.1 La protección jurídica, definición y contenido esencial de la libertad de conciencia en el derecho español

Lo primero que debemos advertir a este propósito es que en la Constitución española no existe un precepto que proteja expresamente la libertad de conciencia. Sin embargo, desde la sentencia 15/82, el Tribunal Constitucional ha interpretado que la libertad de conciencia se encuentra protegida por el artículo 16 constitucional al decir que se protege la libertad ideológica.

Considera, por tanto, el Tribunal Constitucional, que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica.³⁰⁸

Asimismo, considerando que en el derecho español, el derecho internacional es una fuente formal del derecho, podemos concluir que también por esta vía resulta protegida la libertad de conciencia.³⁰⁹

³⁰⁷ Una exposición muy ilustrativa sobre la solución de los conflictos entre ley y conciencia en el derecho español la hace el profesor Prieto Sanchis en su ponencia "L' objection de conscience en Espagne", presentada ante los participantes del Congreso sobre "La objeción de conciencia en los países de la Comunidad Europea", *op.cit.*

³⁰⁸ Cfr. *supra*, p. 257

En cuanto al contenido esencial de la libertad de conciencia, el TCE ha dicho que "esta libertad comprende no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia sino a ajustar sus comportamientos conforme a los imperativos de la propia conciencia".

6.1.2.2 Criterios constitucionales y legales que permitan resolver los conflictos entre conciencia y ley en el derecho español

En general no existe criterio constitucional o legal que permita resolver los conflictos entre el "dictamen de conciencia" y las prescripciones legales. Sólo la interpretación que ha hecho el Tribunal sobre la Constitución puede aportarnos criterios al respecto. Sin embargo esta interpretación no ha tenido un desarrollo uniforme y coherente.

En efecto, podemos distinguir dos posturas.

a) La que considera que existe un derecho general a la objeción de conciencia, una derivación lógica de la libertad ideológica protegida por el artículo 16 constitucional, como parecen sostener las sentencias 15/82 y 53/85.

³⁰⁹ Así lo establece la propia Constitución española en el artículo 96 que dice así: "1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional."

b) La que considera que no existe un derecho general a la objeción de conciencia, ya que siempre será necesaria la previsión constitucional, legal o jurisprudencial, que permita ser eximido del cumplimiento de determinados deberes constitucionales o legales por motivos de conciencia. De acuerdo con esta postura, la objeción de conciencia será un derecho constitucional o legal, mas no fundamental, y su naturaleza será excepcional en todo caso. Este es el criterio que sostienen las últimas sentencias dictadas sobre esta materia, las 160 y 161/87, de las que ya hablamos en páginas anteriores.³¹⁰

Dependiendo del criterio que se adopte, serán los criterios que permitan resolver los conflictos que se presenten entre conciencia y ley en el derecho español. Al respecto, no podemos afirmar, sin más, que la postura del derecho español sea la mencionada en segundo término, toda vez que si bien es la postura más reciente del Tribunal Constitucional, la doctrina está sumamente dividida, y la confusión doctrinal afecta a las distintas instancias gubernamentales y judiciales que han tenido que resolver casos de objeción de conciencia. En el caso de alguna sentencia penal que considerando a la objeción de conciencia como un derecho humano fundamental ha absuelto a

310 "Es justamente su naturaleza excepcional —derecho a una exención de norma general, a un deber constitucional, como es el de la defensa de España— lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, y lo que legitima al legislador para regularlo por ley ordinaria con las debidas garantías que, si por un lado son debidas al objeto, vienen asimismo determinadas por las exigencias defensivas de la Comunidad como bien constitucional." (Fundamento jurídico No. 3 de la sentencia 160/87)

aquellos que se negaban a realizar la prestación social sustitutoria, es decir a los llamados "insumisos".³¹¹

Por ello mencionaremos los criterios que se seguirían de acuerdo con la postura que se adopte:

a) En caso de considerar la existencia de un derecho general de objeción de conciencia:

Esto equivale de hecho a un derecho fundamental y general de objeción de conciencia, es decir una presunción *prima facie* de que el que obra conforme a su conciencia, obra legítimamente, y coloca la resolución del conflicto en los términos de ponderación de los bienes y valores constitucionales.

Si se admite que la libertad de conciencia ofrece una cobertura a otras modalidades de objeción no propiamente reguladas por la ley, entonces la

³¹¹ Cfr. Sentencia 75/92 del Juzgado Penal número 4 de Madrid. Se trata del caso de Iñaki Arredondo, quien se declaró objeto de conciencia a la prestación social sustitutoria, habiendo sido por este motivo sometido a un procedimiento penal y absuelto por el juzgado 4 de lo Penal en Madrid. Finalmente, la Audiencia Provincial de Madrid, revocó este fallo mediante la sentencia 491 de 1992, y condenó al acusado como responsable del delito del incumplimiento de la prestación social sustitutoria del servicio militar obligatorio previsto y penado por la L.O. 8/84 " con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica cualificada en el artículo 9 No. 10, en relación con el artículo 9-1 y el artículo 8.7 del Código Penal " a la pena de cuatro meses de arresto mayor, con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante la condena y a la pena de suspensión y pago de costos de la primera instancia, declarando de oficio las de esta alzada " (Cfr. Punto resolutorio de la sentencia No. 491 de la Audiencia Provincial de Madrid.)

Un buen análisis y comentario de la problemática que plantearon estas resoluciones, lo encontramos en la obra colectiva *Ley y Conciencia: moral legalizada y moral crítica en la aplicación del derecho*, edición a cargo de Gregorio Peces-Barba, Madrid: Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1993.

objección debe ser tratada como un caso de conflicto entre un derecho fundamental y los derechos, bienes o valores protegidos por la norma o deber objetado. En este supuesto no existe ninguna regla que diga qué debe prevalecer, pero es indispensable que el juez realice una tarea de ponderación teniendo en cuenta la presencia de un derecho fundamental³¹².

Cuando la cuestión se aborde en términos de conflicto entre el derecho fundamental a la libertad de conciencia y el deber objetado, no existe un criterio general que obligue a otorgar una prioridad a una o a otra. Sin embargo, aplicando por analogía la doctrina del Tribunal Constitucional a propósito del conflicto entre los derechos, se precisa tener en cuenta tres elementos: *a)* la existencia o no de un fundamento constitucional en favor del bien que pretende preservar el deber objetado; *b)* la importancia que revista este deber en relación con la tutela de este bien, y *c)* el grado de sacrificio que supondría su cumplimiento para el derecho a la libertad de conciencia, teniendo en cuenta que no puede jamás llegar a afectar el contenido esencial del derecho fundamental.³¹³

312 TCE 104/86. Sobre el bien jurídico que debe prevalecer en caso de conflicto.

313 "Artículo 53.

1. Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161,1 a)."

Por otra parte, la Constitución española de 1978 forma un sistema de coexistencia donde la razón de ser reside en el respeto a la dignidad de la persona y a sus derechos inviolables.³¹⁴ Forma un sistema basado sobre la base de los valores de la filosofía liberal. Esto es porque aquellos principios del liberalismo, y en particular los de la autonomía individual, pueden servir como criterios hermenéuticos a la hora de resolver un conflicto. Algunos autores han elaborado recientemente reglas directivas para una solución clara: la distinción entre deberes paternalistas o perfeccionistas, es decir, que establecen un beneficio al propio sujeto: la libertad de conciencia debe prevalecer. En sentido contrario, la prioridad corresponderá al deber jurídico cuando se refiera a derechos de otras personas. En una situación intermedia y más compleja los deberes que protegen los intereses genéricos de la comunidad.

Respecto a las consecuencias jurídicas de la desobediencia a un deber legal por motivos de conciencia, lógicamente cuando concedemos la prioridad a la conciencia, el efecto inmediato consiste en anular la consecuencia jurídica desfavorable unida al incumplimiento del deber.

314 Artículo 10

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden público y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España."

Sin embargo, hay que hacer dos precisiones: la primera es que se puede establecer una prestación social sustitutoria, pero no necesariamente, ya que es una prestación propia de la objeción de conciencia al servicio militar.

La segunda es que cuando el deber objetado no está unido a una sanción o a una pena, pero que constituye un requisito para acceder a un cargo, no se habla propiamente de objeción de conciencia, sino que se trata más bien de un problema de discriminación por razones ideológicas o religiosas, prohibida por el artículo 14 constitucional.³¹⁵

b) En caso de que se niegue la existencia de un derecho general de objeción de conciencia.

Si se estima que la libertad de conciencia no es en ningún caso una razón suficiente para liberar al ciudadano del incumplimiento de deberes jurídicos, la prioridad corresponderá siempre a éstos últimos, o de otra forma dicho, no reconocerá otras modalidades de objeción que aquellas expresamente reconocidas por la ley.

En consecuencia, el hecho de mantener esta última doctrina implica que el derecho español no sostiene más que dos modalidades de objeción: la del servicio militar, reconocida por el artículo 30.2 de la constitucional, y la objeción de conciencia al aborto, ya que así lo declaró el Tribunal, interpretando paradójicamente que ésta se deriva del artículo 16

315 Art. 14 CE y Prieto Sanchis, Luis. "L'objection de conscience en Espagne", *op. cit.*

constitucional. Podemos, sin embargo, sostener una tercera figura de objeción de conciencia: la cláusula de conciencia, que aunque no responde al nombre de objeción de conciencia se funda en la preservación de la libertad de conciencia.³¹⁶

Esto significa que, de acuerdo con las últimas sentencias del Tribunal, el criterio para resolver los conflictos entre ley y conciencia en el derecho español, es si el constituyente o el legislador ordinario, o también la jurisprudencia del Tribunal —caso del aborto—, han permitido la objeción de conciencia; el constituyente, para el caso de deberes constitucionales, y el legislador ordinario, para el caso de deberes legales. A veces estos conflictos se resuelven permitiendo varias alternativas, por ejemplo, en el caso de las leyes del matrimonio y la enseñanza y en el caso de la fórmula del juramento.

³¹⁶ Así regula la Constitución española la cláusula de conciencia

Artículo 20

1. Se reconocen y protegen los derechos
- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción
 - b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica
 - c) A la libertad de cátedra
 - d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y el secreto profesional en el ejercicio de estas libertades."

Respecto a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de un deber legal por motivos de conciencia que no esté expresamente permitido por la ley, el hecho de que el incumplimiento se deba a motivos de conciencia no presenta en principio ninguna consecuencia especial. Es decir, si este incumplimiento va unido a una pena o a una sanción, ésta será impuesta en sus términos, sin agravación no atenuación: si el deber constituye una condición para acceder a un empleo o cargo, para disfrutar de un servicio o para ejercer un derecho, su incumplimiento impedirá el acceso a ello.

La opción que se adopte en el derecho español reviste una importancia capital, ya que si admitimos la interpretación general del artículo 16 constitucional, ello significa que la objeción no debe ser considerada como una excepción a un deber jurídico, y que, por lo tanto, deba ser expresamente consagrada por la ley, sino que el deber jurídico debe ser considerado como una limitación a la libertad de las personas: entonces, el juez que se encuentra en presencia de un conflicto debe ser obligado a ponderar y a resolver en aquella medida que debe ser justificada para preservar otros bienes constitucionales.

6.1.2.3 El criterio de la intensidad de protección jurídica dada al deber objetado

Si comparamos la doctrina sostenida en las sentencias 11/85, sobre la objeción de conciencia al aborto, y las sentencias 160 y 161/87, sobre la objeción de conciencia al servicio militar, podemos sacar una primera conclusión. Hay una diferencia importante en cuanto al deber objetado en el caso del servicio militar obligatorio, por un lado, y por el otro, el del médico o personal sanitario al que se le pide la práctica de un aborto en uno de los supuestos que han sido despenalizados y, por lo tanto, se han hecho legítimos en el derecho español.³¹⁷ En efecto, el deber objetado en el caso del servicio militar es un deber constitucional, es decir, goza de la mayor intensidad posible en cuanto a su tutela jurídica, lo cual se refuerza con las disposiciones penales para el caso de su incumplimiento.

En el caso del aborto, es distinto, ya que constituye una excepción a la protección jurídica de la vida humana, la cual también goza de la mayor intensidad posible en cuanto a su tutela jurídica, en la Constitución y en la penalización de los atentados contra la vida, entonces no existe un deber directo de practicar el aborto, sino indirecto a través de las obligaciones

³¹⁷ Conforme al artículo 417 bis del Código Penal Español, el aborto no será punible en caso de grave peligro para la salud física o psíquica de la madre, en el caso de violación si se practica dentro de las 12 primeras semanas o en caso de que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas si se practica dentro de las 22 primeras semanas

laborales, ya sea como servidor público en el caso de los hospitales del Estado, o como empleado en un centro privado. Es decir, los médicos y enfermeras deben de cumplir sus obligaciones laborales derivadas de un acto de voluntad que fue el contrato laboral. Por ello, la intensidad de tutela jurídica que se brinda a este deber es menor que la del servicio militar, pues se mueve en el ámbito de las relaciones de derecho privado las cuales están más alejadas de los bienes de orden público.

De acuerdo con esto, se comprende perfectamente que el Tribunal Constitucional haya dictaminado, en el caso del aborto, que la objeción de conciencia debe reconocerse, aun cuando el legislador no la hubiera previsto, con base en la libertad ideológica que está protegida por el artículo 16 constitucional y por lo tanto sin la necesidad de la *interpositio legislatoris* como es el caso de la objeción al servicio militar.

Este sería, por lo tanto, un criterio válido para la resolución de los conflictos entre conciencia y ley en el derecho español, un criterio que, aunque no esté expresamente reconocido, lo hemos deducido por las consideraciones anteriores. Esto significa que al haber mayor intensidad de protección jurídica del deber objetado, existe menor posibilidad de admitirse la objeción de conciencia. Y viceversa, en cuanto menos intensidad de protección jurídica goce un deber legal, más posibilidad existe de conceder la objeción de conciencia.

6.1 2.4. El concepto legal de la conciencia. La ausencia de una definición legal

No existe un concepto legal de conciencia, entre otras cosas porque como ya se ha dicho, no existe un reconocimiento expreso de la libertad de conciencia. Sin embargo, la ley 48/1984 nos ofrece una aproximación al concepto legal cuando habla de “razones de conciencia en favor de una convicción de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico, o cualquier otra de la misma naturaleza.”

Asimismo, aunque falte una definición legal o constitucional, existe un cierto consenso en la cultura jurídica española que admite que la objeción de conciencia puede darse sin importar el tipo de motivación. El conflicto es solamente digno de atención cuando se propone un motivo político de presión sobre las autoridades, conducta que es enmarcada en el concepto de desobediencia civil.

Naturalmente, lo único importante, desde el punto de vista jurídico, es la exteriorización de la conciencia, y más concretamente de aquella que se caracteriza por el incumplimiento de un deber jurídico.

6.1 2.5. La constatación jurídica de la conciencia

No existe una reglamentación general sobre la forma de constatar la autenticidad de las objeciones de conciencia en el derecho español.

Solamente existe un procedimiento específico para el caso de la objeción de conciencia al servicio militar, el cual ha sido fuertemente cuestionado por los movimientos de objetores de conciencia y por un sector de la doctrina completamente a favor de un reconocimiento más amplio de la objeción de conciencia al servicio militar. Como señalamos antes,³¹⁸ el procedimiento ante el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia ha sido considerado inquisitorio y violatorio de la intimidad personal, y recalca, por otra parte, la impenetrabilidad de la conciencia y la imposibilidad de cerciorarse de la autenticidad de la objeción, por lo que bastaría para hacerla efectiva la simple declaración del objetor. Este procedimiento es el que impide que la objeción de conciencia al servicio militar sea considerado como una alternativa para el cumplimiento del deber general de defender a España, establecido por la Constitución española. Aunque en la práctica y "*de facto*" actualmente haya derivado en eso, por el crecimiento desmedido de solicitudes de declaración de objetores y por el desbordamiento de trabajo que ha supuesto para el Consejo Nacional realizar un procedimiento muy exacto, conforme se establece en la ley.

La mayor duración de la prestación social sustitutoria se considera como otro medio para garantizar la sinceridad del objetor. Sin embargo, hoy por hoy, en el derecho español es la objeción de conciencia al servicio militar

³¹⁸ Cfr. *supra*, p. 264

el único supuesto de objeción de conciencia en el que se impone al obligacion de cumplir una prestación social sustitutoria

6.1.3 El tratamiento jurídico, por parte del derecho español, a los supuestos más conocidos de objeción de conciencia, ajenos a la materia militar

a) La objeción a ciertos deberes civiles

En realidad este párrafo puede reducirse a dos casos: la objeción de conciencia al juramento y a la objeción fiscal. Se puede fundadamente pensar en otras modalidades, como la negativa a participar en ciertos órganos administrativos, por ejemplo los colegios electorales, o la no comparecencia a llamamientos administrativos o judiciales, pero al parecer no se ha presentado hasta el momento ningún caso de objeción relativo a estos supuestos.

Respecto al juramento, la legislación española prevé algunas opciones alternativas a fin de salvaguardar la conciencia religiosa o laica del sujeto. Sin embargo, la objeción al acto mismo del juramento no está prevista, y la tendencia del Tribunal Constitucional es la de rechazarla, toda vez que la obligación de prometer o de jurar la observancia de la Constitución resulta legítima y no se puede interpretar como una exigencia de adhesión moral sino como una simple expresión voluntaria de obediencia

En suma, los deberes de adhesión y de lealtad ideológica no abundan en el derecho español a excepción de la materia militar, el juramento no aparece como una obligación de cumplimiento inexorable, sino sobre todo como una condición para el ejercicio de algún derecho o para la obtención de un cargo. Esto explica por qué no se presentan casos de objeción como los "*flag cases*" o la exigencia de declararse creyente en Dios para acceder a un cargo público.

Por lo que se refiere a la objeción de conciencia fiscal, ésta se presenta sobre la forma selectiva que consiste en deducir un porcentaje del impuesto en el mismo porcentaje destinado a gastos militares en el presupuesto. En estos casos procede la imposición de la sanción tributaria correspondiente y no hay atenuación alguna por fundarse en motivos de conciencia.

b) La objeción al cumplimiento de formalidades legales para el uso de beneficios sociales

En España no se conocen manifestaciones jurisdiccionales por la negativa a cumplir este género de obligaciones.

c) La objeción de conciencia a ciertos tratamientos médicos

La rica casuística registrada por el derecho comparado en esta materia es considerablemente reducida en la práctica jurisprudencial española. Concretamente, el conflicto se ha presentado con los testigos de Jehová y las transfusiones sanguíneas. El médico recurre a la autoridad judicial y él

ordena su práctica, violando la libertad de conciencia a nombre de la protección de la vida o de la salud. Desde este punto de vista, es importante distinguir si el consentimiento es brindado por el propio paciente mayor de edad, o por una tercera persona – los padres, el cónyuge –, pero hoy día la posición jurisprudencial es idéntica: el juez que autoriza la transfusión obra legítimamente en todo caso, y él se considera responsable si apoya la negativa del paciente.³¹⁹

d) La objeción de conciencia al cumplimiento de obligaciones contractuales o profesionales

En principio, resulta difícil de aceptar este género de objeción porque las obligaciones contractuales son libremente aceptadas. Sin embargo, existen algunos casos en materia laboral, como por ejemplo:

-La negativa a viajar en días festivos.³²⁰ El Tribunal Constitucional sostuvo que los imperativos religiosos no pueden prevalecer sobre las cláusulas de un contrato libremente pactado de acuerdo con las normas generales, y por otro lado es un error considerar el reposo dominical como una institución en la cual el origen causal es únicamente religioso.

³¹⁹ Sobre la objeción de conciencia a determinados tratamientos médicos, *cf.* el estudio de Javier Hervada, Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica, *op. cit.*

³²⁰ TCF 13-II-85 negativa a viajar en días festivos

—La objeción de conciencia al aborto. Como ya señalamos, la interrupción del embarazo no figura en España como un derecho subjetivo en sentido estricto sino como una atenuación de la responsabilidad criminal, que exige la concurrencia de ciertas razones y circunstancias; esto es lo que explica que no es posible que una tercera persona se pueda considerar obligada. Por ello, el Tribunal Constitucional ha considerado que "la objeción de conciencia al aborto existe y puede ser ejercida independientemente de si la norma que la ha regulado o no, forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa".

—La libertad de conciencia en las empresas ideológicas. Si bien es verdad que el concepto de empresa ideológica no está bien delimitado, nos referimos con esto al conflicto que puede surgir entre la ideología de una empresa y la libertad de conciencia del que trabaja para ella; por ejemplo, los partidos políticos, los sindicatos, las propias confesiones religiosas etcétera. Al respecto podemos decir que la Constitución de 1978 contiene una previsión específica para el caso de los periodistas y la cláusula de conciencia.³²¹

Al parecer el caso más elaborado por la jurisprudencia es aquel de la colisión entre la libertad de cátedra de los profesores y el derecho a la ideología o al carácter propio que pueden presentar los centros de enseñanza

³²¹ Cfr. *supra*, p. 81

privados. No existe ninguna solución categórica, podemos solamente formular criterios o principios generales que deben ser ponderados en cada caso por la jurisdicción competente. Así, en principio el contenido negativo de la libertad de cátedra es el mismo para los centros públicos que para los privados. Ello significa que no se puede obligar al profesor a convertirse en un apologista de la ideología del centro, ni a transformar sus enseñanza en propaganda o indocrinamiento, ni subordinar a esta ideología las exigencias que el rigor científico impone a su tarea.³²² Pero al mismo tiempo, el profesor no puede dirigir ataques abiertos o disimulados contra tal ideología.³²³ Concretamente, para que un despido laboral por una causa ideológica sea lícito se requiere demostrar que no sólo hay divergencias, sino también fricciones contra los criterios del centro, consistentes en actos concretos y en una actividad contraria al menos no ajustada a la ideología.³²⁴ Y alguna cosa parecida se ha señalado sobre la conducta del profesor fuera de clase, puede ser una causa de despido cuanto deviene notoria y de hecho contraria a la ideología.³²⁵

322 ICF 13-III-1981

323 ICF 13-III-1981

324 ICE, 17-III-85

325 ICE, 13-III-83

6.2 Los conflictos entre conciencia y ley en el derecho holandés³²⁶

6.2.1. La libertad de conciencia en el derecho holandés

a) Constitución holandesa

En la Constitución holandesa no existe ningún precepto que garantice de manera general la libertad de conciencia. El constituyente holandés se negó expresamente a consagrar este derecho en la última reforma de 1983.

Se argumentó, entonces, que "era inaceptable que alguien pretendiera evadir sus obligaciones legales basado meramente en razones de conciencia",³²⁷ ya que generalmente las prescripciones legales son para el beneficio de los demás o de la comunidad.

También se argumentó que en un Estado constitucional no podía pretenderse que todo escrúpulo de conciencia encontrara una protección jurídica: "eso conduciría a la anarquía...", se dijo en ese momento.³²⁸

b) La protección internacional de la libertad de conciencia y el derecho holandés

326 Una buena exposición de la protección jurídica de la libertad de conciencia en el derecho holandés, la encontramos en Vermeulen, Ben P. "Conscientious objection in Dutch law" in AAVV. L'obiezione di coscienza nei paesi della comunità europea, atti dell'incontro, Bruxelles-Lovaino 7-8 dicembre, 1990, European Consortium for Church-State Research, Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, Pubblicazioni di Diritto Ecclesiastico.

327 Texto de los debates de la reforma constitucional holandesa de 1983.

328 *Idem*

Como en muchos países, el sistema holandés es un sistema "monista", es decir que el derecho internacional tiene categoría de derecho interno para todos los efectos y en el más amplio sentido; por tanto los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) constituyen derecho plenamente vigente en el sistema holandés

Por ello son obligatorios los artículos relativos a las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión de los que ya hemos hablado en otro apartado.

Sin embargo, la interpretación que hace la doctrina holandesa, tanto del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como del artículo 9 del Convenio Europeo, no permite deducir la existencia de un derecho general a la libertad de conciencia. Al contrario, consideran que el primer párrafo del artículo 9 se divide a su vez en dos apartados:

a) La primera parte dice que "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión..." protege únicamente el fuero interno, es decir, sólo contra las agresiones o intromisión abusiva en el fuero de la conciencia del titular del derecho. Es decir, no protege las manifestaciones externas de la libertad de conciencia, sólo el fuero interno, y en este ámbito no estará sujeto a ninguna restricción o limitación alguna.

La doctrina holandesa considera que si se reconociera un derecho general a la libertad de conciencia, no podrían establecerse limitaciones generales, por la amplitud del ámbito de la conciencia. Es decir, sería imposible delimitar un ámbito concreto, ya que la conciencia abarca todos los ámbitos y conductas del hombre.

b) La segunda parte del primer párrafo del artículo 9, que dice: "...Así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones... mediante el culto, la observancia, las prácticas y la enseñanza...", protege las manifestaciones exteriores de la religión o el culto, y en esos casos si hablamos de un derecho general a la libertad religiosa y de pensamiento. En consecuencia, sólo las manifestaciones exteriores de la religión o de las convicciones están protegidas por el artículo 9 del Convenio Europeo y no podrán ser objeto de más restricciones "que las que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral pública, o la protección de los derechos o las libertades de los demás."

La doctrina holandesa apoya esta interpretación con argumentos históricos, sistemáticos y lógicos.

En cuanto a los primeros, se remite a los trabajos preparatorios tanto del Convenio Europeo como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos.³²⁹

En cuanto a los argumentos sistemáticos, consideran que si se admitiera que la libertad de conciencia implica el derecho a actuar de acuerdo con la voz de la conciencia, esta libertad sería ilimitada en el sentido de que toda obligación legal podría llevar a apelar a la propia conciencia para justificar su incumplimiento, y esto significaría la abolición del orden legal en un sistema armónico de reglas generales.

En cuanto a los argumentos lógicos, admitir un derecho general de libertad de conciencia haría imposible delimitar su objeto, como en el caso de otros derechos humanos que tienen ámbitos u objetos claramente delimitados. En el caso de la libertad de conciencia, su objeto se delimitaría por criterios puramente subjetivos, lo que hace imposible delimitar su objeto con criterios ajenos al sujeto.³³⁰

Asimismo, dicha interpretación está de acuerdo con los criterios de la jurisprudencia holandesa tanto a nivel nacional como internacional.

En efecto, así lo ha sostenido la Suprema Corte holandesa, cuando ha interpretado el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos, argumentando que la frase de "toda manifestación religiosa o de creencia"

³²⁹ Se pueden consultar estos trabajos en Recueil des "Travaux Préparatoires" Vol I

sólo se refiere a la última parte del párrafo 1 del artículo 9: "la libertad de manifestar su religión o creencias ... en el culto, la enseñanza, la práctica y la observancia". La frase "*inner life*" se referiría a la primera parte del artículo: la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y a la libertad de cambiar de religión o de creencia.

De igual modo, sostienen que aunque en un principio la Comisión Europea de Derechos Humanos adoptó el criterio de admitir una libertad exterior de conciencia, la doctrina más reciente ha modificado este criterio argumentando que el artículo 9 protege primariamente la esfera de las creencias personales y los credos religiosos en un área que algunas veces se ha llamado "fuero interno". Adicionalmente, protege actos que están íntimamente ligados con estas actitudes, como los actos de culto o de devoción, que son aspectos de la práctica de la religión o creencias reconocidas en una forma general.

Esto nos lleva a la conclusión de que ni en la Constitución holandesa, ni en el derecho internacional se contiene una previsión que garantice la libertad exterior de conciencia de manera general. Más aún, considera la doctrina holandesa que tal previsión sería impracticable.

6.2.2. *Supuestos de objeción de conciencia legalizados en el derecho holandés*³³¹

El hecho de que en Holanda no se reconozca un derecho general a la libertad de conciencia no implica que el dato de conciencia no sea relevante para establecer ciertos supuestos en que los motivos de conciencia pueden justificar la excención de algún deber legal, o bien la realización de una prestación sustitutoria o de una opción alternativa.

Así pues, para que en Holanda se permita la objeción de conciencia es preciso que esté expresamente autorizada por la ley, o bien por la jurisprudencia, como enseguida veremos.

Veamos a continuación cuáles son algunos de los supuestos de objeción de conciencia autorizados actualmente en el derecho holandés:

a) *Objeción de conciencia al servicio militar.* Desde 1978 se permite la objeción de conciencia al servicio militar, a cambio de un servicio civil sustitutorio. Los testigos de Jehová gozan de un estatuto especial y es el único grupo religioso al que se le concede la excención tanto del servicio militar como de la prestación social sustitutoria.³³² Actualmente está en estudio una propuesta para aquellos que no rechazan la prestación sustitutoria

³³¹ *Cf.* el trabajo de Vermeulen, Ben P., *op. cit.* p. 259 y ss.

³³² Los testigos de Jehová rechazan también la prestación social sustitutoria, por considerarla también contraria a sus convicciones. El gobierno holandés, después de varias vicisitudes con los miembros de esta confesión religiosa, ha decidido permitirles la excención total al servicio militar.

pero sí el procedimiento mediante el cual se declara la objeción de conciencia, por considerar que es inquisitivo.

h) Juramento (Oaths). Desde 1911 se permite la objeción de conciencia al juramento, permitiéndose una declaración en su lugar.

c) Seguridad social, aseguramiento e indemnización. Hay un complejo sistema de regulación respecto de aquellos que tienen objeciones de conciencia a la seguridad social o al deber de pagar las contribuciones. Respecto a la seguridad social, los objetores tienen que pagar impuestos extras en la misma suma que si pagaran a los fondos de seguridad nacional. En este caso conservan el derecho a recibir los beneficios provenientes del sistema de seguridad social. Si fueran empleados, no se les exige el cumplimiento de un deber alternativo, por lo que no conservan el derecho a beneficiarse de los servicios de la seguridad social.

d) Educación

Desde 1969 se permiten excepciones a la obligación de los padres de enviar a sus hijos a la escuela, si los padres tienen objeciones por motivos de conciencia a la educación que se brinda en todas las escuelas que se encuentran a una distancia razonable de su domicilio.

También se permite a las autoridades universitarias eximir de ciertas prácticas a los alumnos, por motivos de conciencia, como por ejemplo, realizar experimentos con animales y otras cosas parecidas

*6.2.3. Principios rectores para la legalización de la objeción de conciencia en el derecho holandés*³³³

Existen algunos criterios o principios básicos que delimitan las facultades, tanto del poder legislativo como del poder judicial, para permitir exenciones u opciones alternativas a deberes legales, por motivos de conciencia.

6.2.3.1 Directrices para el poder legislativo

6.2.3.1.1. En general

a) Hay determinados bienes jurídicos como la vida y la propiedad que en ningún caso se permite que sean lesionados, por permitir una objeción de conciencia.

b) Debe respetarse el principio de igualdad. Por esa razón, en los casos en que sea posible, se establece una obligación alternativa, o prestación

³³³ Cfr. Vermeulen *op. cit.* p. 261 y ss.

sustitutoria. A veces se recomienda que sea un poco más gravosa que la obligación general para asegurar la sinceridad de los objetores.

c) Otra limitación es la salvaguarda del principio democrático. Esto implica que en ningún momento puede permitirse que por una objeción de conciencia se altere el proceso de elaboración de la decisión democrática en aquello en que puede alterarlo, por ejemplo en la determinación del monto del presupuesto para defensa militar. La propuesta de otorgar a los objetores de conciencia el derecho de pagar esa cuota a una fundación pacifista, podría acarrear la correspondiente reducción del presupuesto de defensa, lo cual afecta al monto del presupuesto destinado a gastos militares, sin el consentimiento previo del parlamento, lo cual debe rechazarse.

d) En otros casos, podrá establecerse que el deber alternativo sea más o menos del mismo peso que el deber primario. Esto sólo podrá permitirse si los objetivos de la obligación primaria no son esencialmente frustrados, como cuando muchas personas que de hecho no tienen problemas de conciencia se acogen a la excepción.

e) En general, el principio de igualdad requiere la imposición de un deber alternativo, al menos igualmente gravoso que el deber objetado. Sólo en términos estrictos podría permitirse a un objetor la excepción del deber primario sin exigir el cumplimiento de una obligación alternativa. Para permitir esto deben cumplirse las condiciones establecidas en los párrafos

anteriores, debe haber certeza de la sinceridad de las objeciones y debe ser claro que no hay ninguna compensación alternativa razonable. Este es el caso por ejemplo de los testigos de Jehová y el servicio militar.

f) Otro requisito es la necesidad de que las objeciones de conciencia no interfieran con la capacidad del Estado para cumplir sus tareas fundamentales.

Por ejemplo, no pueden permitirse excepciones a ciertos deberes de policía que afectan de manera considerable la capacidad del Estado para proteger el orden público.

6.2.3.1.2 En materia penal

a) Cuando existen objeciones de conciencia reconocidas por el legislador, como es el caso de la objeción de conciencia al servicio militar, se entiende que el legislador ya analizó exhaustivamente todos los datos, por lo que, en caso de cometerse algún delito contra las obligaciones militares, la apelación a la conciencia no puede justificar una atenuación de la sanción o de la pena.

b) En cambio, cuando se presenten casos en los que no existan objeciones de conciencia legalmente reconocidas, el juzgador puede considerar las razones de conciencia como un factor de justificación o

atenuación de la pena. Hay, sin embargo, algunas condiciones para que esto sea válido:

—Si el acusado se ha puesto a sí mismo en una situación en la cual se ha visto en la necesidad de infringir la ley por motivos de conciencia, deberá encarar las consecuencias en razón de "*culpa in causa*".

—Si el acusado no ha agotado los medios legales apropiados para obtener su propósito, entonces no es válida la apelación a la conciencia. Este es el caso de la desobediencia civil, en la cual se supone que existen canales democráticos válidos para hacer valer las protestas.

Existen algunos supuestos considerados "menores", como el rechazo a acudir a un servicio de salud, o a permitir que el propio automóvil sea inspeccionado para propósitos militares, o a ciertos crímenes en circunstancias extremas que los hacen menos graves como la eutanasia de un enfermo muy grave. Es posible en estos casos, al menos una mitigación de la sentencia.

Éstas y otras consideraciones llevan a la conclusión de que sólo en ciertos casos el juez puede tomar en cuenta la apelación a la conciencia.

6.2.3.1.3. La apelación a la conciencia en la ley laboral holandesa

Existen ciertas limitaciones fundamentales que el juzgador debe observar cuando las obligaciones laborales confrontan a un empleado con su conciencia

a) En caso del empleado que se ha puesto a sí mismo en una situación en la que se vea precisado a infringir sus obligaciones contractuales por razones de conciencia, él mismo deberá afrontar las consecuencias usuales, es decir, el despido, como "*culpa in causa*". Por ejemplo, cuando podría haber previsto desde el principio que tendría objeciones de conciencia contra ciertas tareas que son parte de su trabajo. Estas objeciones, por lo tanto, no son legítimas.

b) Lo mismo puede decirse de aquellas objeciones que se basan en ideologías opuestas a los principios básicos del Estado.

c) El principio de igualdad, así como los intereses del patrón, requieren que el juez acepte el despido de un empleado que se rehúsa a realizar la parte sustancial de su trabajo, siempre y cuando no haya un trabajo alternativo que pueda realizar sin lesionar sus convicciones de conciencia.

Sin embargo, en materia laboral parecen ser más factibles las objeciones de conciencia. Se espera que en un tiempo no lejano, la legislación laboral holandesa proteja la conciencia de los trabajadores, prohibiendo el despido por incumplimiento de una orden sólo por motivos de conciencia. Mientras

esto sucede, el juez puede emplear normas vagas como buena fé, etcétera, para resolver los conflictos entre conciencia y contrato.

Una cuestión diferente es si los desempleados que fueron despedidas por razones de conciencia, o que rehúsan realizar un trabajo particular por razones de conciencia, podrían obtener el beneficio del desempleo.

En este caso, la apelación a la conciencia debería ser respetada en general. La jurisprudencia está en la misma línea con este punto de vista: el beneficio del desempleo debe otorgarse a personas que han sido despedidas por razones de conciencia por su trabajo los domingos, o por vender artículos para el carnaval, o exportar carne impura a Irán, etcétera.

6.2.3.2 Directrices para el poder judicial

a) Es incompatible con la función del juez como un órgano del Estado - el cual es aplicar la ley como ella es- sin desviarse del explícito deseo del legislador. Esto implica que cuando se presenta al juez un caso de objeción de conciencia, éste no puede permitirla si no ha sido previamente autorizada por el legislador.

b) En algunos casos, cuando no hay normas específicas, el juez puede tomar en cuenta la apelación a la conciencia, si la ley le deja un cierto margen discrecional, por ejemplo: cuando deja un margen para determinar la pena.

c) De todas formas, hay bienes jurídicos que son vitales, y que no admiten una apelación a la conciencia, por ejemplo, si en la comisión de un ilícito se usó violencia física. En esos casos, el dato de conciencia no tiene relevancia, porque la violencia lesiona la integridad corporal, y destruye la presunción de buena fe que toda objeción de conciencia requiere.

d) El principio de igualdad también impone importantes límites: la libertad de conciencia no debe acarrear privilegios para ninguna de las partes.

e) Otra restricción es que no se puede apelar a la conciencia si ello interfiere con alguna de las funciones o tareas básicas de la sociedad y las organizaciones. Por ejemplo, no puede pretenderse que no sea despedido un trabajador, que por motivos de conciencia obstaculiza los objetivos de la organización para la cual trabaja.

*6 2.4. El concepto legal de conciencia*³³⁴

La evolución que ha sufrido el concepto legal de conciencia se refleja claramente en la objeción de conciencia al servicio militar. Inicialmente sólo eran admitidos los motivos religiosos. Posteriormente se admitieron otros motivos ideológicos y filosóficos, como los movimientos pacifistas, etcétera.

La secularización de la conciencia ha eliminado su conexión con la tradición y la religión; se ha convertido en un fenómeno estrictamente

³³⁴ Cf. Vermeulen *op cit*

individual y subjetivo. Tal parece que la única característica de la conciencia debe ser la formal: la conciencia debe estar marcada por su seriedad moral, la cual se distingue de la convicción común: gustos, preferencias, etcétera.

Esto no es más que el reflejo del proceso social fundamental que domina el mundo occidental en este siglo de secularización, individualización, fragmentación y diferenciación cultural.

*6.3. La objeción de conciencia en el derecho italiano*³³⁵

6.3.1. Protección jurídica de la libertad de conciencia en el derecho italiano

6.3.1.1. Consagración constitucional

En la Constitución italiana, promulgada en 1948, no se incluye ningún precepto que garantice expresamente la libertad de conciencia.

Sin embargo, la doctrina italiana, en especial la doctrina eclesíasticista, ha derivado esa protección de la interpretación de los siguientes artículos constitucionales:

³³⁵ C/º. Lariccia, Sergio, "Conscientious objection in Italian law". en AAVV., L'obiezione di coscienza nei paesi del la comunità europea, op. cit. p.113-158.

Artículo 2. "La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, soit comme individu, soit dans les formations sociales où de déploie sa personnalité, et exige de lui l'accomplissement des devoirs imprescriptibles de solidarité politique, économique et socialés".

El artículo 2 de la Constitución italiana que reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, individual o asociado con otros, que le permiten el pleno desarrollo de su personalidad. El principio más importante es el respeto y la protección del hombre considerado en toda su expresión.

Los artículos 19 y 21 de la Constitución italiana que consagran las libertades religiosa, de pensamiento y de expresión.

Considera un amplio sector de la doctrina italiana que la libertad de conciencia es un derecho natural, original y esencial, y que pertenece al área del respeto a la personalidad humana, y al respeto a la opinión de todos de actuar de acuerdo con sus libres convicciones.

Sostiene, asimismo, la doctrina italiana que la libertad de conciencia es la cabeza y fundamento de aquellas facultades derivadas del derecho de libertad religiosa. Consideran que la libertad de conciencia es la personal disposición del individuo frente al problema de la existencia, la vida y otros aspectos religiosos, éticos, políticos, sociales. Admitiendo o no la existencia de Dios, ya que las convicciones religiosas o no religiosas conciernen a la formación de las conciencias antes de dar lugar a su manifestación exterior.³³⁶

Asimismo, sostienen que esta interpretación de la libertad de conciencia se ha hecho con base en lo dispuesto por los convenios internacionales de

³³⁶ Cf. Larocca, *op. cit.* p. 113 y ss

derechos humanos suscritos por el gobierno italiano, los cuales tienen el carácter de derecho interno para todos los efectos.

6.3.1.2 Consagración legal

La libertad de conciencia se garantiza en el artículo 9, 2º párrafo de la ley 449 de 1984.

La expresión “libertad de conciencia” es muy importante para una interpretación de la ley italiana, acorde con la tendencia a considerar la libertad religiosa como un aspecto y expresión de la libertad de conciencia.

6.3.2. Tratamiento jurídico de la objeción de conciencia

En Italia, como en otros países, originalmente la objeción de conciencia se refería al servicio militar, pero después se extendió también a otros supuestos como : el aborto, la oposición a los gastos militares y la solicitud de no pagar los impuestos destinados a sufragar gastos militares.

Sin embargo, actualmente en el derecho italiano no se reconoce a la objeción de conciencia el carácter de derecho subjetivo, sino de una concesión al objetor a cambio de una penosa compensación, o un interés legítimo.³³⁷

³³⁷ C/jf. Lariccia, *op. cit.* p. 113 y ss.

6.3.3. *La objeción de conciencia al servicio militar*

La tendencia en materia de objeción de conciencia al servicio militar es de reconocerla, con base al artículo 9 de la Comisión de Derechos Humanos, que garantiza el derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y también con base en los documentos internacionales que la apoyan, como son la Resolución del Parlamento Europeo, del 7 de febrero de 1983, las resoluciones 337 de 1967 y la recomendación número 816 del la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.³³⁸

La primera ley que reconoció la objeción de conciencia al servicio militar es la ley 772 del 15 de diciembre de 1972. Hasta entonces los objetores eran condenados a penas muy severas.

Los motivos por los que se admite la objeción de conciencia al servicio militar en el derecho italiano son religiosos, éticos y filosóficos, pero no políticos.

Esta ley ha sido muy criticada, por lo que existe la propuesta de una nueva ley en la que no se establezca un trato discriminatorio para los objetores de conciencia, y en la que no se requiera el sometimiento a un procedimiento de tipo inquisitorial para constatar la sinceridad del objetor, y que se desligue completamente la prestación civil de la jurisdicción militar.

³³⁸ Cfr. *supra*, p. 228 y ss

6.4. *Los conflictos entre conciencia y ley en el derecho francés*³³⁹

6.4.1. *Protección jurídica de la libertad de conciencia*

La libertad de conciencia está reconocida por el artículo 10 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (DDHC) que a la letra dice:

“Art. 10. Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, siempre que su manifestación no altere el orden público establecido por la ley.”

Es la única referencia indirecta a la libertad de conciencia que encontramos en los documentos que tienen el rango constitucional en Francia.

6.4.2 *Los conflictos entre conciencia y ley*

Por otra parte la obligación de obedecer a la ley se establece en el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la cual se establece que la ley es la expresión de la voluntad general, por lo que debe ser la misma para todos.

³³⁹ C/je. Duffar, Jean, “L’objection de conscience en droit français” en AA.VV. L’obiezione di coscienza nei paesi della comunità europea, *op. cit.*, p. 46-88.

Asimismo y como hemos visto, el artículo 10 de la Declaración garantiza la libertad de conciencia, pero a la vez reconoce que no es absoluta, sino que está limitada por el orden público establecido por la ley.

En consecuencia, ante un conflicto entre una prescripción legal y un escrúpulo de conciencia, el criterio es resolver siempre a favor de la ley, en virtud de que toda ley tutela el orden público.

Según estos textos, no pueden prevalecer los motivos de conciencia sobre la regla general.

Así pues, el derecho francés, por razón del imperio de la ley, no hace prevalecer, más que excepcionalmente, la libertad de conciencia sobre el principio de la obediencia a la ley. Entre estas excepciones que deben ser previstas por una ley, figura la objeción de conciencia al servicio militar que no ha sido reconocida en Francia más que tardíamente.

Entre esas excepciones se encuentra también la objeción de conciencia al aborto.

Estos son, pues, los dos únicos supuestos de objeción de conciencia permitidos por el derecho francés.³⁴⁰

6.5. Los conflictos entre conciencia y ley en el derecho estadounidense.

³⁴⁰ Cfr. Duñar, *op. cit.*, p. 46 y ss.

6.5.1 *Consideraciones preliminares en torno al sistema jurídico estadounidense.*

En el derecho estadounidense el estudio de la objeción de conciencia precisa hacer las siguientes consideraciones previas:

a) La primera consideración se relaciona con el sistema jurídico mismo. Sin pretender explicar con detalle el sistema jurídico estadounidense, es necesario advertir que se trata de un sistema en el cual el derecho lo crean los jueces a partir de las sentencias que resuelven los distintos casos que se les presentan para su resolución. Los jueces, en sus sentencias, elaboran una serie de reglas y criterios cuya obligatoriedad viene determinada por las reglas del precedente, o criterios adoptados para resolver casos anteriores similares y que en último término define la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, interpretando de una forma bastante amplia la Constitución.

Las sentencias de la Suprema Corte constituyen la fuente principal del derecho constitucional en los Estados Unidos, y por lo tanto la norma suprema en el derecho estadounidense.

El derecho creado por los jueces se denomina *common-law*, y está formado por un conjunto de reglas complejas que los jueces han ido elaborando a partir del conocimiento y resolución de los casos que se les presentan a su consideración.

El Congreso de los Estados Unidos crea el *statutory law* federal y las legislaturas estatales el *statutory law* local. Sin embargo, este derecho estatutario no puede contradecir al derecho constitucional creado por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el ámbito federal, y por las Cortes estatales en el ámbito local, y mediante el principio de supremacía constitucional, los jueces comunes deben aplicarlo con preferencia al derecho estatutario o legislado.

b) El estudio de la objeción de conciencia se encuadra dentro del derecho constitucional, concretamente como parte del estudio de las libertades públicas consagradas en el *Bill of Rights* de las enmiendas constitucionales.

La libertad religiosa está consagrada en la primera enmienda de la Constitución estadounidense, en la cual se consagra la *Free Exercise Clause* o derecho al libre ejercicio de la religión, así como la *Establishment Clause*, o la obligación de neutralidad para el Estado estadounidense en materia religiosa, es decir la prohibición para establecer una determinada confesión o creencia religiosa.³⁴¹

c) Esto implica que el estudio de la objeción de conciencia se centre en este tratamiento positivo: el derecho de libertad religiosa reconocido en la *Free Exercise Clause* de la Primera Enmienda del *Bill of Rights*, hecho

³⁴¹ "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof"

efectivo —primordialmente— a través de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

d) El tratamiento jurídico que se da en el derecho estadounidense a las objeciones de conciencia es el de “excepciones religiosas”, con base en la libertad religiosa, puesto que se considera que la *Free Exercise Clause* permite el otorgamiento de excepciones al cumplimiento de aquellas leyes que, siendo neutrales en materia religiosa, implican una carga (*burden*) a la conciencia religiosa de ciertas personas.

e) Desde el punto de vista terminológico, el término de objeción de conciencia se utiliza para muy contados supuestos de objeción de conciencia, que son los relativos al servicio en el ejército, al juramento y a la participación en jurados. Son casos que están regulados por la legislación y para los cuales se utiliza el término de objeción de conciencia. Sin embargo, hay muchos otros casos que podemos contemplar en la realidad norteamericana que constituyen verdaderas objeciones de conciencia y que se incluyen dentro del amplio supuesto de las excepciones religiosas en ejercicio de la libertad religiosa.

f) Aunque la materia protegida por la *free exercise clause* es básicamente la materia religiosa, su campo de protección se ha ampliado a motivos de conciencia de carácter ético o ideológico, si bien la protección otorgada se deriva de la protección otorgada a la libertad religiosa.

6.5.2 Evolución de la jurisprudencia estadounidense respecto al otorgamiento de excepciones religiosas

Como hemos dicho, en el derecho estadounidense suelen resolverse los conflictos entre conciencia y ley, mediante el otorgamiento de las llamadas excepciones religiosas al cumplimiento de aquellas leyes neutrales que implican una carga (*burden*) a la conciencia moral de ciertas personas.

Los criterios para otorgar tales excepciones están determinados por la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos ha hecho de la *Free Exercise Clause*, contenida en la primera enmienda de la Constitución estadounidense.

Esta interpretación y, por lo tanto, los criterios para otorgar las excepciones han cambiado, lo que nos permite identificar varias etapas en la evolución de la jurisprudencia de la Suprema Corte, que como en muchas otras materias, viene determinada también por las tendencias políticas adoptadas por ese organismo judicial en cada época, lo que permite hablar de la era *Burger* o la era *Renquist*, en atención al nombre de su presidente.

En esta materia distinguimos, por tanto, tres etapas en la evolución de la jurisprudencia de la Suprema Corte en que interpreta la *Free Exercise Clause*, y hacemos la advertencia de que, con anterioridad a 1963, la interpretación de la primera enmienda se había centrado en la *Establishment*

Clause y, por lo tanto, no se contemplaba el otorgamiento de excepciones religiosas con base en la *Free Exercise Clause*:

a) La primera etapa corre de 1963 a 1990, y es conocida como la revolución de los derechos civiles en el Tribunal Supremo. Corresponde a la era *Burger*, que adoptó los siguientes principios interpretativos: derechos individuales, separacionismo o neutralidad y defensa de minorías.

En esta etapa, las cláusulas religiosas serán analizadas bajo una nueva perspectiva, propiciada por el error histórico consistente en la división de la proposición de la primera enmienda en dos cláusulas separadas.

De 1963 a 1990, a raíz del caso *Sherbert v. Verner*,³⁴² la Suprema Corte adoptó el criterio de que los jueces debían decidir en último término cuándo procede otorgar una excepción religiosa, toda vez que, aplicando e interpretando la *Free Exercise Clause*, tienen la última palabra en esta

342 Una mujer de la Iglesia adventista del séptimo día, fue despedida por su patrón debido a su negativa a trabajar el sábado, día sagrado para su fe, negándole la compensación de desempleo por la Comisión de Seguro de Trabajo de South Carolina, basándose en que su negativa a trabajar los sábados provocaba que otras empresas no la contrataran; la descalificaba para tener derecho al beneficio del desempleo, conforme a los requisitos legales para obtener ese beneficio. La Suprema Corte de South Carolina había determinado que la descalificación de una adventista del séptimo día para obtener la compensación de desempleo no restringe su libertad religiosa. En apelación, la Suprema Corte de los Estados Unidos modificó la decisión anterior y resolvió que: la negativa a pagar la compensación de desempleo a una adventista del séptimo día restringe su libertad religiosa. El interés del Estado por preservar los fondos de compensación por desempleo de falsas demandas y por no privar a los patrones de poder exigir trabajo en sábado cuando sea necesario, no justifican la restricción a la libertad religiosa en este caso y finalmente que la extensión de los beneficios de la compensación de desempleo a los sabbatarians al igual que a los que descansan el domingo no implica el establecimiento de la religión adventista del séptimo día en South Carolina, *cf.* *Sherbert v. Verner et al., members of South Carolina Employment Security Commission, et al.* No. 526 Supreme Court of The United States, 374 U.S. 398; 83 S. Ct. 1790; U.S. Lexis 976; 10 L. Ed. 2d 965; 9 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 1152, (1963).

materia por el principio de supremacía constitucional. El profesor Volokh denomina a este sistema el *constitutional exemption model*.³⁴³

Bajo este modelo la Corte concluyó que la protección que brinda la *Free Exercise Clause*, consagrada en la primera enmienda de la Constitución estadounidense, se extiende incluso a aquellas leyes neutrales que imponen un deber gravoso a las convicciones religiosas o de conciencia de alguna persona. La regla general en estos casos es, por tanto, otorgar la excepción al cumplimiento de la ley, y sólo podrá aplicarse la ley, aun cuando sea contraria a las convicciones religiosas o de conciencia de ciertas personas, si pasa un *test* donde se verifica de manera estricta (*strict scrutiny*), que existe un interés imperativo del gobierno (*compelling government interest*) en aplicar esta ley.³⁴⁴ Este interés imperativo del gobierno en aplicar la ley, por lo general, está determinado por los daños o perjuicios que no aplicar la ley importaría para los derechos e intereses de los demás, aunque también se refiere a materias en las que el gobierno tiene un interés especial de que no haya excepciones por motivos religiosos o de conciencia, como serían las leyes en contra del narcotráfico y otras parecidas. Son las Cortes las que deciden si la ley pasa o no este *test*. Por lo general no lo pasa, porque es realmente muy estricto. La consecuencia, conforme a este modelo, es un criterio muy amplio para el otorgamiento de excepciones, ya que la regla

³⁴³ Volokh, Eugene. A common law model for religious exemptions, en 46 UCLA LAW REVIEW (1999) p. 1465-1566

general es reconocer la excepción y sólo si pasa el *strict scrutiny*, no permitirla.

b) La segunda etapa se desarrolla durante la era Rehnquist, caracterizada por la vigorización del poder y de las competencias de los Estados (*judicial deference* y *strict constructionism*).³⁴⁵

De 1990 a 1994, a raíz del caso *Employment Division v. Smith*,³⁴⁶ la Corte modificó el criterio anterior y adoptó el criterio contrario,

344 *Id.* Volokh, *op. cit.* p. 1467.

345 Se conoce como "strict constructionism" a la doctrina que dice que hay que interpretar la Constitución estrictamente de acuerdo con las intenciones de los forjadores de la misma. Se conoce como "judicial deference" a la doctrina que mantiene que la judicatura debería de respetar las decisiones de las otras ramas del gobierno en general.

346 El caso se refiere a dos consejeros (counselors) de un centro de rehabilitación de drogadictos. Ambos eran miembros de la Native American Church, que fueron despedidos de su trabajo debido a que consumieron peyote (una droga alucinógena) con propósitos sacramentales en una ceremonia de su Iglesia.

Los empleados solicitaron al departamento de recursos humanos de la División de Empleo (Employment Division) de Oregon, la compensación de desempleo, pero ésta les fue negada debido a que el despido fue justificado, toda vez que el consumo de peyote es una conducta penalizada en el Estado de Oregon.

Finalmente el asunto llegó hasta la Suprema Corte de los Estados Unidos, quien falló en contra de los peticionarios y dio la razón a la División de Empleo del Estado de Oregon en los siguientes términos:

1° La cláusula de libertad religiosa de la Constitución Estadounidense permite a un Estado miembro de la Federación penalizar el consumo de peyote siempre y cuando no represente un intento del Estado de regular las creencias religiosas, su difusión, o impida la educación de los hijos conforme a las propias creencias religiosas.

2° La cláusula de libertad religiosa permite al Estado de Oregon negar el beneficio de desempleo a las personas despedidas de sus trabajos por consumo de peyote aun cuando sea por motivos rituales.

3° Las leyes penales de aplicación general neutrales desde el punto de vista religioso que ocasionan un gravamen (burden) a la conciencia religiosa de determinadas personas no requieren demostrar un compelling government interest (interés poderoso del gobierno) para ser aplicadas.

4° En consecuencia, los jueces estadounidenses, con base en la cláusula de libertad religiosa de la Constitución, no pueden conceder excepciones religiosas al cumplimiento de leyes penales, neutrales desde el punto de vista religioso aun cuando impliquen un gravamen (burden) a la conciencia religiosa de determinadas personas. Cuando se vea necesario conceder alguna excepción a la aplicación de una determinada ley, es la legislatura la que debe otorgarla, no los jueces.

estableciendo que la *Free Exercise Clause* no implica el otorgamiento de excepciones al cumplimiento de leyes neutrales de aplicación general, aun cuando impongan un deber gravoso a las convicciones religiosas y de conciencia de determinadas personas, y que cuando se vea conveniente una excepción, es la legislatura la que debe otorgarla mediante una ley.

Lo más relevante de esta decisión de la Corte es el criterio de que si una conducta está sancionada criminalmente, no se puede plantear la exención por medio del *compelling government interest*, y que la sede indicada para otorgar excepciones a las normas de aplicación general es el poder legislativo.

La Corte por lo tanto interpreta de otra forma la *Free Exercise Clause* dando lugar al llamado *statutory exemption model*.³⁴⁷ En este modelo, es el proceso político el que ayuda a definir si una excepción debe ser otorgada o no. La consecuencia es que el criterio general es restrictivo respecto a las excepciones, ya que el proceso político de aprobación de las leyes suele ser lento y dificultoso.

City of Employment Division, Department of Human Resources of Oregon vs. Smith et al. No. 88-1213 Supreme Court of the United States. 494 U.S. 872. 110 S. Ct. 1595. 1990 U.S. Lexis 2021, 108 L. Ed. 876. 58 U.S.L.W. 4433. 52 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 1

³⁴⁷ *City of Volokh, op. cit.* p. 1468

c) La tercera etapa es la que rige actualmente a partir de 1994 en que se promulgó la *Religious Freedom Restoration Act (RELIGIOUS FREEDOM RESTORATION ACT)*.³⁴⁸

Conforme al criterio adoptado por la Suprema Corte en el caso Smith, interpretando la Primera enmienda de la Constitución, en el sentido de que compete a la legislatura definir los criterios para otorgar las excepciones religiosas, en 1994 el Congreso Federal promulgó la Religious Freedom Restoration Act, la cual se propone restablecer el escrutinio estricto de todas las leyes federales y locales neutrales que impliquen una carga sustancial a la práctica religiosa, otorgando excepciones como regla general en lugar de una por una, como en el *statutory exemption model*.³⁴⁹

Cuando en 1997 se declaró inconstitucional esta ley³⁵⁰ en tanto que aplicable a leyes locales y por tanto invasora de la esfera local, los partidarios de las excepciones propusieron una legislación local semejante. Estas leyes también propusieron restablecer el escrutinio estricto. Los comentaristas sostuvieron que se trataba de una vuelta al *constitutional exemption model*. Sin embargo, en opinión de Eugene Volokh se trataba de

348 Title 42. The public health and welfare, chapter 21b. Religious Freedom Restoration, 42 USCS 20000bb 1994.

349 El texto de la ley dice: "The governmental shall not substantially burden a person's exercise of religion (unless) application of the burden to the person... (i)s in furtherance of a compelling governmental interest; and... (i)s the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest".

350 Cf: *City of Boerne, Petitioner v. P.F. Flores, Archbishop of San Antonio, and United States*, No. 95-2074, Supreme Court of The United States, 521 U.S., 507; 117 S.. Ct. 2157; 1997 U.S. Lexis 4035;

un nuevo modelo, al cual denomina *common-law exemption model*, por las razones que a continuación se señalan.³⁵¹

Esta ley permite a las Cortes decidir en una primera instancia si una excepción debe ser otorgada o no. Las decisiones de las Cortes pueden ser modificadas por el proceso político, ya que interpretan una ley ordinaria, la Religious Freedom Restoration Act, promulgada por el Congreso Federal o los congresos locales, y no un precepto constitucional. Debido a que la Religious Freedom Restoration Act puede ser revisada por la legislatura, las decisiones de las Cortes no son definitivas. En última instancia, estas decisiones difíciles (*tough calls*) serán regidas por un proceso político, tal como lo han sido en el sistema de *common-law*, en el cual la ley estadounidense se ha visto envuelta generalmente.

En estas leyes sobre libertad religiosa, se establece, igual que en el primer modelo, que la *Free Exercise Clause* otorga excepciones al cumplimiento de leyes que imponen un gravamen a la práctica religiosa, a menos que pasen el escrutinio estricto.³⁵²

³⁵¹ *Cf. Volokh, op. cit.* p. 1468

³⁵² *Cf.* la exposición de motivos y declaración de propósitos

(a) Findings. The Congress finds that—

(1) the framers of the Constitution, recognizing free exercise of religion as an unalienable right, secured its protection in the First Amendment to the Constitution;

(2) laws neutral toward religion may burden religious exercise as surely as laws intended to interfere with religious exercise;

(3) governments should not substantially burden religious exercise without compelling justification

Sin embargo, la diferencia radica en que los jueces interpretan una ley ordinaria y no la Constitución, y por lo tanto sus decisiones no son definitivas, puesto que la legislatura local o federal, en su caso, pueden modificar esa ley e invalidar las decisiones de los jueces, dejando sin efecto una excepción otorgada por un juez, o bien admitiendo la excepción cuando el juez la haya rechazado por pasar el escrutinio estricto.

Por lo tanto, conforme a este modelo, la respuesta a la pregunta sobre cuándo deben ser otorgadas las excepciones religiosas y quién lo decide, sería así: cuando las Cortes consideran que determinada excepción no afecta a los intereses imperativos del Estado (*compelling government interest*), y la legislatura no ha contradicho esta decisión judicial. O bien, cuando la legislatura considera oportuno otorgar una excepción al cumplimiento de determinadas leyes, aun cuando en un primer momento las Cortes no lo hayan aceptado.

Volokh encuadra este modelo en el del *common-law* porque incluye dos aspectos de la forma de tomar las decisiones de *common-law*:

(4) in *Employment Division v. Smith* ... the Supreme Court virtually eliminated the requirement that the government justify burdens on religious exercise imposed by laws neutral toward religion; and

(5) the compelling interest test as set forth in prior Federal court rulings is a workable test for striking sensible balances between religious liberty and competing prior governmental interests,

a) Purposes. The purposes of this Act are—

(1) to restore the compelling interest test as set forth in *Sherbert v. Verner*...and to guarantee its application in all cases where free exercise of religion is substantially burdened; and

(2) to provide a claim or defense to persons whose religious exercise is substantially burdened by government.

A diferencia del *statutory exemption model* y como el *constitutional exemption model* la Religious Freedom Restoration Act delega la decisión inicial a la discreción judicial: tanto el texto de esta ley como del *case law* sobre escrutinio estricto para el libre ejercicio son tan vagos que raramente determinan a las Cortes a emitir ningún resultado particular. Se podría decir, por tanto, que las Cortes toman sus decisiones con un margen bastante amplio de libertad de decisión.

Pero, a diferencia del *constitutional exemption model* y como en el *statutory exemption model* la Religious Freedom Restoration Act deja la decisión final a la discreción de la legislatura.³⁵³

I Ventajas y desventajas del *common-law exemption model*:

El profesor Volokh señala las siguientes ventajas del *common-law exemption model*, tal y como está regulado actualmente³⁵⁴

a) El modelo del *common-law* otorga a los partidarios de las excepciones lo que piden, pero queda la facultad de la legislatura para modificar las decisiones de las Cortes cuando éstas hayan otorgado una excepción indebidamente. Dejando a las Cortes la iniciativa de otorgar excepciones, que desde su punto de vista no ocasionan perjuicio a los demás,

³⁵³ *Id.* Volokh, *op. cit.* p. 1474 y 1475

³⁵⁴ *Id.* Volokh *op. cit.* p. 1481 y ss.

hacen que la dificultad de mover la inercia legislativa favorezca a los partidarios de las excepciones, pues las excepciones sólo pueden rechazarse con base en un juicio ponderado de la legislatura en vez de la aplicación mecánica de la ley. Los inconvenientes que supone en, ciertos casos, mover todo el aparato legislativo para rechazar una excepción se subsanan dejando fuera del alcance de la Religious Freedom Restoration Act determinadas leyes que al gobierno le interesa que se apliquen sin excepción alguna.

b) Mientras el constitutional exemption model otorga un gran poder a los jueces, en el common-law exemption model este poder sólo es inicial, no final.

c) Por tanto, el régimen de excepción del common-law es mejor que el constitutional exemption model. "Yo puedo hacer todo lo que no dañe a otros", es un principio incuestionable, pero lo difícil es determinar lo que causa a otros un perjuicio no permitido y si es factible eliminarlo de una determinada práctica.

La Free Exercise Clause garantiza el derecho de hacer cierta clase de cosas aun cuando perjudiquen a otros. No hay objeción para esas protecciones, pero lo que Volokh argumenta es que esa garantía constitucional no puede basarse solamente en las motivaciones religiosas de la conducta de alguien. Un reconocimiento general de la free exercise clause

sólo puede admitirse cuando no perjudique a otros, y esa decisión no es administrable judicialmente.

El derecho estadounidense se resiste, por lo general, a otorgar a los jueces la última palabra en aquello que pueda perjudicar a otros, pero sí le da la primera palabra. La mayoría de las reglas básicas que definen el equilibrio entre los derechos de las personas y la protección de los derechos e intereses de los demás, son originalmente creadas por los jueces en el ejercicio de su práctica judicial y moral, sobre lo que constituye un perjuicio. Muchas de esas reglas están siendo creadas por los jueces actualmente, algunas veces bajo estatutos que instruyen a los jueces para otorgar excepciones del *common-law* respecto las fronteras de los esquemas estatutarios.³⁵⁵

d) La exclusión de ciertas leyes del ámbito de protección de las Religious Freedom Restoration Act, frecuentemente provocan polémica. Estas exclusiones no hacen indeterminado el régimen de las excepciones, toda vez que son parte inherente del proceso de recreación del *common-law*, donde las legislaturas revisan y ocasionalmente anulan determinadas decisiones judiciales sobre derechos controvertidos e intereses privados.³⁵⁶

e) El modelo del *common-law* puede ilustrar sobre algunas clases de derechos individuales, derechos que no deben ser constitucionalizados, pero que no por eso deben de dejar de ser protegidos mediante una específica

³⁵⁵ Volokh, p. 1490 y ss.

excepción estatutaria. Por ejemplo, las excepciones a las *news gathering*. Muchas leyes generales fueron creadas sin considerar los problemas especiales que surgen cuando las gentes las violan con motivo de los *news-gathering purposes* (actividades periodísticas), así como muchas leyes se hicieron sin pensar en los intereses de los objetores religiosos. Las legislaturas podrían impedir la aplicación mecánica de estas leyes, delegando a las cortes el poder de otorgar excepciones para actividades periodísticas.³⁵⁷

Desventajas del *common law exception model*, tal y como está regulado actualmente:

A pesar de que la Religious Freedom Restoration Act establece el escrutinio estricto, Volokh considera que no sirve para determinar aquello que perjudica los derechos o intereses de los demás, puesto que brinda muy escaso margen de apreciación al juez, sobre todo en tratándose de materia religiosa y de conciencia, en la cual es difícil descubrir interés que debe prevalecer en cada caso, si el del objetor religioso o el de los demás. Volokh considera que resulta más efectivo el sistema del *common-law*, en el cual se analiza caso por caso, sin recurrir a reglas fijas, y así se va creando el derecho.

³⁵⁶*Idem.*

³⁵⁷ *Idem.*

Caundo las Cortes aplican el régimen de excepción —nos dice Volokh— y cuando lo hacen bajo el *common-law* surge una cuestión muy similar : ¿cuándo debe ser restringida la libertad de las personas por interferir con los derechos e intereses de los otros?, y ello nos muestra el error de imponer el *test* de escrutinio estricto. Obviamente, el complejo sistema de reglas del *common-law* no puede reducirse a ningún *test*, como ocurre con las excepciones de índole religiosa. En lugar de crear esa fórmula, las legislaturas deberían instruir a las Cortes para aplicar el régimen de excepción religiosa mediante el proceso del *common-law*. A pesar de que el escrutinio estricto da a las Cortes una libertad inicial de decisión, más adelante la reduce y genera una guía incorrecta

Responder a lo que significa un perjuicio y lo que actualmente causa un perjuicio —como dice Volokh— es un ejercicio de moral y de práctica judicial, y la experiencia nos enseña que este juicio debe dejarse, en último término, al ámbito político. Los jueces no tendrán bases para decir que lo que la legislatura considera dañino para los demás, no lo es actualmente.

De todas formas, aun cuando habitualmente los jueces resuelven si procede la excepción o no, será la legislatura quien tenga la última palabra para decidir lo que constituye un perjuicio a los demás, y es tan importante

que no admitirá hacer ninguna excepción en la aplicación de determinada ley.³⁵⁸

6.5.3. Caracterización de la objeción de conciencia en el derecho estadounidense

Una vez expuesta la evolución del sistema utilizado para la resolución de los conflictos entre conciencia y ley, estamos en posibilidad de presentar una caracterización de la objeción de conciencia en el derecho estadounidense y hacer un breve comentario crítico.

Para la realización de este apartado hemos aprovechado las conclusiones obtenidas por el profesor español Rafael Palomino en su tesis doctoral sobre "Las objeciones de conciencia en el derecho estadounidense", publicada en 1994.³⁵⁹

a) Por la variedad de situaciones que abarca el amplio campo de las excepciones religiosas, es difícil definir la objeción de conciencia en el derecho estadounidense. En una primera aproximación se puede decir que para este régimen de derecho "...la objeción de conciencia es toda pretensión

³⁵⁸ *Idem.*

³⁵⁹ Las objeciones de conciencia, Madrid, Editorial Montecorvo, 1994.

contraria a la ley motivada por razones de indole axiológico, no psicológico, de contenido religioso o ideológico”³⁶⁰

b) Para distinguir los elementos definitorios de la objeción de conciencia en el derecho estadounidense es útil señalar aquellos elementos que no son relevantes como elementos definitorios de esta figura:

--- No es relevante el hecho de que se trate de una conducta activa u omisiva. Lo determinante es el resultado del *balancing test*, mediante el cual se sopesa por un lado el gravamen (*burden*) que se ocasiona a la conciencia del objetor con el cumplimiento del deber legal y por otro el *compelling government interest*.

--- Tampoco es relevante que se trate de una conducta omisiva directa o indirecta. Se dan los dos tipos de conductas, que constituyen la conducta indirecta llamada objeción relativa. Esta última se refiere a aquellos supuestos, como los llamados *unemployment cases*, en los cuales el objetor deja de recibir un beneficio —en este caso el beneficio de desempleo—, por negarse a cumplir con una obligación legal que supone una carga para su conciencia, o realiza una conducta prohibida por motivaciones de tipo religioso.

³⁶⁰Palommo, *op. cit.*, p. 406

— La penalización de la conducta contraria a la ley tampoco es relevante como elemento definitorio de la objeción de conciencia, sino tan sólo para efectos de probar la sinceridad del objetor. Se considera más bien el gravamen que pesa sobre la conciencia del objetor para resolver la excepción al cumplimiento de la ley.

“El problema deviene –nos dice Palomino- en determinar si ese gravamen que la norma jurídica supone para la conciencia ha de medirse mediante parámetros exclusivamente objetivos y externos, o se permite estimar en qué grado subjetivo afectan la conciencia individual. Esta determinación está pendiente de resolución: no hay criterios uniformes a la hora de estimar el carácter del gravamen.”³⁶¹

— Tampoco el tipo de deber objetado es relevante como elemento definitorio de la objeción de conciencia.

— Aunque el hecho de que el objetor tenga una motivación religiosa no es esencial, en algunos casos sí se valora el hecho de pertenecer a una determinada confesión religiosa para que proceda la excepción. De hecho, hay ciertos tipos de objeción de conciencia destinados a determinadas confesiones religiosas. Sin embargo, en general no es un elemento definidor de la objeción de conciencia.

³⁶¹ *Op. cit.*, p. 409.

— La prestación social sustitutoria tampoco es relevante. Sus fines disuasorios, de preservar la igualdad en las cargas y compatibilidad de intereses no son esenciales para configurar la objeción de conciencia.

c) El elemento relevante para configurar las objeciones de conciencia, también llamadas excepciones religiosas, en el derecho estadounidense es el resultado del *balancing test* entre el *compelling governmental interest* y el gravamen a la conciencia del objetor mediante el cual se resuelve si procede o no conceder la excepción religiosa.

En el sistema actual, son los jueces quienes generalmente determinan si procede la excepción, y la regla general es la de otorgar la excepción, a menos que el Estado demuestre que existe un *compelling governmental interest* que no permita conceder la excepción. Aunque esta decisión es tomada generalmente por los jueces, las legislaturas conservan la facultad de modificar una decisión judicial con la que no estén de acuerdo, si bien el procedimiento para hacerlo es lento y dificultoso, por lo que no es lo más común hacerlo.

En opinión del profesor Palomino, el elemento clave que caracteriza a la objeción de conciencia en el derecho estadounidense es el comportamiento.

Al respecto, es ilustrativo el siguiente párrafo: "...resulta difícil establecer unas directrices unitarias, dada la variedad de situaciones y respuestas a las que conduce el comportamiento. Las objeciones son, ante

todo, comportamientos en relación con un código ético, que se ven enfrentados con la norma jurídica. Poco más. A partir de ahí, todo es diversificación, particular casuística que no permite tratamientos genéricos. Las particularidades de cada caso aconsejan tratamientos particulares, sean estos legislativos o jurisprudenciales”.³⁶²

6.5.4 Tratamiento jurídico de las objeciones de conciencia en el derecho estadounidense.

En cuanto al tratamiento jurídico de la objeción de conciencia en el derecho estadounidense podemos decir que el *balancing test* es el instrumento a través del cual se resuelve el interés que debe prevalecer en cada caso: la libertad de conciencia o el interés del Estado (*compelling governmental interest*), que busca la preservación de la norma jurídica promulgada democráticamente.

Existen dos elementos clave en este sistema:

- 1º La investigación sobre la sinceridad del objetor.
- 2º Una vez constatada la sinceridad del objetor, sigue el intento de conciliación o de determinación del interés que debe prevalecer.

Hay dos modos extremos de constatar la sinceridad del objetor:

³⁶² *Op. cit.* p. 417

atender a las consecuencias de la sinceridad (autoselección del objetor)

atender al momento inicial de la sinceridad (que es el modo adoptado por la legislación y la jurisprudencia estadounidense).

No se puede hablar en el derecho estadounidense de un derecho subjetivo general de objeción de conciencia, salvo en el caso de las objeciones de conciencia legislativas, que son contadas.

6.5.5. Comentario crítico

Nos parece que lo original del sistema estadounidense amerita hacer el siguiente análisis crítico. Para ello debemos considerar dos aspectos: el aspecto formal y el material.

El aspecto formal se refiere a la autoridad competente para resolver los casos de objeción de conciencia que se presenten. Al respecto, nos parece un gran acierto el sistema actual denominado el *common law exemption model*, el cual permite que el conocimiento inicial de los conflictos entre conciencia y ley corresponda a los jueces, y les concede un amplio margen de decisión para valorar cada supuesto de objeción de conciencia en particular.

Coincidimos, por tanto, con Rafael Palomino cuando nos dice que "...en principio, el dictamen prudencial se demuestra en esta materia en condición de captar mejor la plasticidad de las situaciones vitales..."³⁶³

Estamos de acuerdo con Volokh en la conveniencia de eliminar el *strict scrutiny* en estos casos, porque es muy difícil atender a reglas fijas, puesto que la realidad resulta mucho más rica que las reglas, y pueden limitar un poco la libertad de decisión del juez. El otro acierto es dejar la puerta abierta a la legislatura para modificar la decisión del juez en aquellos casos en que la presión social amerite un cambio.

El aspecto material se refiere a los criterios mismos para otorgar las excepciones religiosas. Hemos visto que el criterio fundamental es valorar mediante un *balancing test*, el *compelling governmental interest* y el *burden* del objetor. Vimos que el *compelling governmental interest*, por lo general, consiste en valorar los daños que se causa a terceros con el otorgamiento de la excepción, es decir el bien jurídico protegido por la ley objetada, comparándolo con el gravamen ocasionado a la conciencia del objetor con la aplicación de la ley. Se ve claro que la decisión final de lo que produce un daño a otro compete a la legislatura. Ahora bien, en ningún momento se hace referencia a criterios objetivos que determinen, en último, caso el otorgamiento o no de una excepción de indole religiosa. Finalmente, se

³⁶³ *Op.cit.*, p. 442.

resuelve esto mediante el proceso democrático y, como hemos visto, el proceso democrático no siempre garantiza decisiones justas que protejan a la sociedad y a las personas, independientemente de las tendencias fluctuantes de cada época.

Es ya un avance el que se haya determinado que no se pueden plantear excepciones religiosas frente a leyes criminales.³⁶⁴ Sin embargo, consideramos que habría que ir más allá, y preguntar ¿por qué determinados bienes jurídicos están protegidos por la legislación penal?, ¿no será que existe algún sustrato objetivo en ellos que hace que en la mayoría de los países se los proteja con la máxima tutela posible? Me refiero a bienes jurídicos fundamentales como la vida, la salud, la integridad corporal, el patrimonio familiar, la protección de la familia, la protección de los más débiles e indefensos, como es el concebido no nacido, y otros parecidos.

En el fondo del sistema jurídico estadounidense nos encontramos con el principio liberal que sostiene que se puede hacer todo aquello que no cause un perjuicio a los otros, o planteado de otro modo, mi libertad termina donde comienza la libertad de los otros. Consideramos que este postulado conduce a consecuencias dañinas y fomenta una conducta insolidaria e individualista. Quizá por eso se ha llegado a extremos peligrosos en cuanto al otorgamiento de las excepciones religiosas en el derecho estadounidense. No deja de ser

³⁶⁴ *Cf.* Smith v. Employment Division

sintomático el debate que generó el caso *Smith*, en el cual, en aras de la libertad religiosa, se llegó a defender una conducta claramente destructiva para la persona como es el consumo de enervantes. Lo más preocupante es que los argumentos esgrimidos en este caso en ningún momento se refieren a criterios objetivos, sino estrictamente formales.

Se comprende entonces que los casos que actualmente se presentan ante los tribunales estadounidenses se refieran a situaciones extremas como el derecho al suicidio asistido u otros parecidos.

6.6 Conclusiones de este capítulo

a) En el derecho español la doctrina está dividida en dos grandes tendencias: la que concibe como un derecho general la objeción de conciencia, como derivación lógica de la libertad ideológica protegida por el artículo 16 constitucional, y la que considera que no existe un derecho general a la objeción de conciencia, ya que siempre será necesaria la previsión constitucional, legal o jurisprudencial, que permita ser eximido de determinados deberes legales o constitucionales por motivos de conciencia.

b) En el derecho holandés no se admite un derecho general a la objeción de conciencia, puesto que consideran que llevaría a la anarquía y a la disolución del Estado de Derecho. Sin embargo, los motivos de conciencia

tienen relevancia jurídica en el derecho holandés, y están regulados por la legislación diversos supuestos de objeción de conciencia

c) En el derecho italiano también se encuentran regulados diversos supuestos de objeción de conciencia, como una aplicación práctica del derecho de libertad religiosa y de conciencia consagrados en la constitución italiana

d) En el derecho francés por razón del imperio de la ley o voluntad general, no se admite sino excepcionalmente la objeción de conciencia al servicio militar y al aborto

e) En el derecho estadounidense se concibe a la objeción de conciencia como excepción religiosa al cumplimiento de aquellas leyes neutrales desde el punto de vista religioso, pero que causan una carga (*burden*) a la conciencia de determinadas personas. El criterio para otorgarlas es bastante amplio, son competentes para resolver sobre estos casos los jueces, y dejan abierta la posibilidad para que el poder legislativo pueda modificar algunas decisiones de los jueces que considere inapropiadas.

El medio para determinar si procede o no otorgar una excepción de índole religiosa es la realización de un *balancing test*, mediante el cual se confronta el *burden* del objetor con el *compelling government interest*, o interés del gobierno, respecto del bien jurídico protegido por la ley objetada. En definitiva, para otorgar las excepciones es se valora el perjuicio que se

CAPÍTULO SÉPTIMO

LAS LIBERTADES RELIGIOSA, DE PENSAMIENTO, Y DE CONCIENCIA EN EL DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO MEXICANO

7.1 Introducción

7.2 Breve referencia histórica

7.2.1 Conquista (1521)

7.2.2 Época colonial (1521- 1810)

7.2.3 Independencia y nacimiento del Estado Mexicano (1824)

7.2.4. Reforma liberal y Constitución del 1857. Separación de la Iglesia y del Estado

7.2.5 Porfiriato (1876- 1911)

7.2.6 Revolución de 1910 y Constitución de 1917

7.2.7 Guerra cristera (1926- 1929)

7.3 La protección jurídica de la libertad de conciencia en el derecho mexicano

7.4 Conclusiones de este capítulo

7.1 Introducción

Una vez que hemos analizado la protección jurídica del derecho de libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia en el derecho internacional y en el derecho comparado, conviene revisar cómo se protegen estos derechos en el sistema jurídico mexicano, para posteriormente analizar la forma en que se resuelven los conflictos entre conciencia y ley en nuestro país, y determinar si existe alguna protección jurídica a la objeción de conciencia, tema del siguiente capítulo.

7.2 Breve referencia histórica

Antes de exponer el régimen actual de protección jurídica de las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión en el sistema mexicano, es preciso hacer un breve repaso histórico que nos permita vislumbrar el camino por el cual hemos transitado hasta llegar a la normativa vigente en esta materia.

Para ello distinguiremos las principales etapas por las que ha atravesado nuestra historia nacional a partir de la Colonia, prescindiendo de la referencia a la etapa precolombina, por exceder los límites que este breve esbozo nos impone.

Es muy abundante la bibliografía sobre esta materia, y toda vez que hacer una investigación de carácter histórico-jurídico rebasa los límites de este

trabajo, remitimos al lector a las múltiples fuentes en las que se han estudiado, de manera brillante y desde distintos ángulos, la evolución de las relaciones Iglesia-Estado en México y la postura del Estado mexicano ante el fenómeno religioso³⁶⁶

³⁶⁶ Autores Varios. Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones 4ª Edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y H. Cámara de Diputados, LV legislatura. 1994. XII Tomos

Tomos consultados

Tomo I art. 3º constitucional, p. 111 a 1143

Tomo IV art. 24º constitucional p. 7 a 185

Tomo XII art. 130º Constitucional p. 1069 a 1137

Recopilación de leyes de los reynos de las Indias. Edición conmemorativa del V Centenario del Descubrimiento de América en el LXXV aniversario de la Escuela Libre de Derecho. Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa, 1987, 6 tomos, tomo I. Estudios histórico jurídicos

Adame Goddard, Jorge. El pensamiento político y social de los católicos mexicanos (1867-1914), México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas. Serie de Historia Moderna y Contemporánea, No 15. 1981. 273 pp

- "Las reformas constitucionales en materia de libertad religiosa". ARS JURIS, México, Revista del Instituto de Investigación y Documentación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, No 7, 1992, pp. 1 a 21

- "La crítica a la Constitución Mexicana de 1857 hecha por los católicos conservadores durante los años de la República restaurada" (1867-1876)". México, Revista de Investigaciones Jurídicas, año 4, no. 4, 1980, pp. 353-370

- "El juramento de la constitución de 1857" Anuario de Historia del Derecho, México Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, vol. X, 1998, p. 21 a 37

Ampudia Ricardo. La Iglesia de Roma, estructura y presencia en México. Fondo de Cultura Económica, 1998, 397 pp

Bastiat Jean-Pierre. "Tolerancia religiosa y libertad de culto en México: una perspectiva histórica", en Autores Varios. Derecho fundamental de libertad religiosa, México, Serie Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 1994 pp. 17 a 36

—, Los disidentes: sociedades protestantes y Revolución en México. 1872-1911, México, Fondo de Cultura Económica. El Colegio de México, 1989.

Blancarte, Roberto, Historia de la Iglesia Católica en México, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 447.

—, "La libertad religiosa como noción histórica" en Autores Varios, Derecho fundamental de libertad religiosa, México. Serie Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1994, pp. 37 a 62.

Carrillo Cazares, Alberto, "La Iglesia ante la guerra chichimeca (1550-1585): fuentes para una teología por la represión o por la paz". Autores Varios, La Iglesia Católica en México, México, El Colegio de Michoacán y Secretaría de Gobernación, Editora Nelly Sigaut, 1997, PP. 41 A 48.

Connaughton Brian F., "Hegemonía desafiada: libertad, nación e impugnación de la jerarquía eclesiástica. Guadalajara 1821-1860" AAVV, La Iglesia católica en México, *op. cit.* pp. 145-169.

Cuevas, Mariano, Historia de la Iglesia en México, 5 vols. El Paso, Texas, Editorial Revista Católica, 1928.

Galeana de Valdes, Patricia, Las relaciones Iglesia-Estado durante el Segundo Imperio, México, UNAM. Instituto de Investigaciones Históricas, 1991.

García- Guallo, Alfonso, "Las bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias", Anuario de Historia del Derecho Español, Madrid, 1958, pp. 1-369.

García Gutierrez, Jesús, Apuntes para la historia del origen y desenvolvimiento del Regio Patronato Indiano hasta 1857, México, Jus, 1941.

Gonzalez, Ma. del Refugio "Las relaciones entre el Estado y la Iglesia en México", en AUTORES VARIOS, Derecho fundamental de libertad religiosa, México, Serie Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1994, pp. 113 a 133

F. Margadant, La Iglesia ante el derecho mexicano, esbozo histórico-jurídico., México, Miguel Angel Porrúa, 1991, 306 p.

Hurtado López, Juan Manuel, "La evangelización en la obra y pensamiento de Vasco de Quiroga" en AAVV La Iglesia católica en México, *op. cit.* pp. 99 a 120.

Meyer, Jean, La cristiada, 2ª. Ed, México, editorial Siglo XXI, 1974, tres vol.

Ragon, Pierre, "Evangelización, matrimonio cristiano y poder de los caciques en el Valle de México (siglo XVI)" en La Iglesia católica en México, *op. cit.* pp. 49 a 68.

Es preciso aclarar que aunque nuestro tema no es precisamente la historia de las relaciones Iglesia-Estado en México, es necesario referirse a este punto para abordar el tema de la libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia, toda vez que el tipo de relación que se establezca suele determinar el alcance de la protección brindada a estas libertades.

Asimismo, el lector advertirá que en el presente apartado nos referiremos de modo particular a la Iglesia católica ya que como bien dice Roberto Blancarte: “...En el caso mexicano, por la importancia histórica de la Iglesia católica, así como por el papel central que en la vida mexicana sigue desempeñando, las relaciones de esta Iglesia con el Estado son cruciales para

Retamal, Fernando. “La libertad de conciencia y la libertad de las religiones en los grandes sistemas contemporáneos”, en Autores Varios. La libertad religiosa. Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico. México. UNAM. 1996-937 pp 69 a 106

Ricard, Robert. La conquista espiritual de México. México, Fondo de Cultura Económica. 1995. 459 pp

Soberanes, Fernández, José Luis, “De la intolerancia a la libertad religiosa en México”, en AA VV. La libertad religiosa. Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico. México. UNAM. 1996-937 pp 543 a 550

Staples, Anne. La Iglesia en la primera república federal mexicana (1824-1835) (trad. Andrés Lira) México, SEP. 1976, col. SepSetentas, no. 237

Toro, Alfonso. La Iglesia y el Estado en México. Talleres Gráficos de la Nación, 1927

Vitoria, Francisco de. Reflexiones del Estado, de los Indios y del derecho de la guerra. con una introducción de Antonio Gómez Robledo. 2ª edición. México. Editorial Porrúa. Colección Sepan cuantos. . 1985. 103 pp

Zavala, Silvio. Apuntes de historia nacional. México, 5ª edición. Fondo de Cultura Económica. 1990, 227 pp

entender cómo se ha planteado el problema de la libertad religiosa en el país...³⁶⁷

7.2.1 Conquista (1521)

La conquista irrumpe violentamente en la vida sociopolítica y religiosa de los pueblos precolombinos. Una de las justificaciones teóricas de la conquista española fue la evangelización de los pueblos indígenas, de tal forma que junto con la dominación política se dio también una conquista espiritual de los aborígenes americanos.³⁶⁸

La empresa de la evangelización en territorio mexicano inicialmente fue confiada por los monarcas españoles a un grupo de religiosos de la orden de San Francisco, quienes se abocaron a la ardua tarea de convertir y adoctrinar a los aborígenes americanos a la religión católica, estableciendo en el “nuevo

— *Por la senda hispana de la libertad*, México, 1993, 276pp.

367 “Libertad religiosa como noción histórica” *op. cit.* p. 38.

368 El descubrimiento del nuevo mundo y la conquista española en América, plantearon una serie de interrogantes, especialmente entre los teólogos y juristas españoles del siglo XVI, que además de orientar en un sentido o en otro la política española hacia sus colonias americanas, motivaron el surgimiento de diversas teorías de filosofía política que pretendían calificar desde el punto de vista de la teología moral y del derecho, la presencia española en América. Es así como se generó el debate en torno a los “justos títulos” que tiene la Corona española para conquistar y dominar a los pueblos indígenas recién descubiertos. Sobre este tema son muy interesantes los estudios de Silvio Zavala, en especial su estudio titulado *La filosofía política en la conquista de América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1947.

mundo” la organización eclesiástica necesaria para la incorporación de los indígenas en el seno de la Iglesia católica.³⁶⁹

Por su parte, el gobierno español estableció prohibiciones a la práctica de las religiones autóctonas implantando exclusivamente la religión católica y colaboró estrechamente con la autoridad eclesiástica para la conveniente organización del culto religioso y del clero.³⁷⁰

Sin embargo, y a pesar de ser la única religión permitida, por lo general se prohibió también la utilización de medios violentos para convertir a los indígenas, reafirmando la necesidad de que el acto de fe y de adhesión a la religión católica fuese voluntario, recomendando emplear medios pacíficos de persuasión, como el adoctrinamiento e instrucción religiosa.³⁷¹

³⁶⁹ Sobre los métodos misioneros de las órdenes mendicantes en la Nueva España *cfr.* el estudio de Robert Ricard, *La Conquista espiritual de América*, *op. cit.*

³⁷⁰ El gobierno colonial tenía la obligación de combatir la idolatría conforme se establece en la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1681 libro I, título I, ley 6, que establece “es de las materias más principales del gobierno, ya que deben acudir con mayor desvelo como tan del servicio de nuestro Señor, y nuestro y bien de las almas de los naturales.” Y más adelante en la ley 7 del libro I, título I, establece que “en todas aquellas provincias hagan derribar y derriben quitar y quiten a los ídolos, aras y adoratorios de la gentilidad, y sus sacrificios, y prohiban expresamente con graves penas a los indios idolatras y comer carne humana, aunque sea de los prisioneros y muertos de la guerra.” Sin embargo, como observa Alberto De la Herra y Rosa María Martínez de Codes “El tratamiento favorable que se da al idolatra frente al hereje explica la postura del Estado ante ambos pecados graves. Mientras que el hereje comete conscientemente un delito contra la sociedad cuando ataca a la religión, el idolatra carece de esa conciencia de ese delito, pues ignora en la mayoría de los casos los fundamentos de la misma. Por esta razón al primero se le somete a la justicia del tribunal inquisitorial y al segundo se le aísla del cuerpo social y se le evangeliza.” *cfr.* el estudio sobre “la Iglesia en el ordenamiento jurídico de las leyes de Indias” publicado en el primer tomo de la edición de la *Recopilación de Leyes de Indias*, *op. cit.* p. 107

³⁷¹ *cfr.* Silvio Zavala. *Por la senda hispana de la libertad*, *op. cit.*

Los pueblos conquistados, en su mayoría se adhirieron a la nueva religión, bien sea por su condición de vencidos, o bien por el mestizaje que dio origen a lo que ahora es la nación mexicana, población en su mayoría mezcla profundamente arraigada de dos razas y por lo tanto de dos culturas. Sin embargo, la adopción de la religión católica por parte de las culturas indígenas se hizo de forma peculiar y dio origen a una religiosidad popular propia de las nuevas naciones americanas.³⁷²

7.2.2 Época colonial (1521-1810)

La legislación expedida por los monarcas españoles para gobernar al Virreinato de la Nueva España recibió la denominación de “Leyes de Indias”.

La regla general establecida por la legislación de Indias ordenaba respetar las costumbres y organización interna de las comunidades indígenas, en todo aquello que no se opusiera a la religión y a la moral católicas.³⁷³

Las relaciones entre la Iglesia y el Estado se expresaban en los llamados derechos del patronazgo. Esto es, en las facultades que la Iglesia otorgaba a la

³⁷² Desde el punto de vista histórico-sociológico la religiosidad mexicana provista de una riqueza y coloridos excepcionales ha dado origen a interesantes estudios como la obra colectiva sobre la Iglesia católica en México coordinada por Nelly Sigaut en el Colegio de Michoacán, coeditada con la Secretaría de Gobernación en el año de 1997.

³⁷³ “La autonomía de la república de los indios se manifiesta tanto en el respeto que desde ahora se guarda a sus caciques o señores naturales, como en el reconocimiento expreso de la vigencia de su propio derecho indígena en tanto no contradiga a las leyes naturales o a las dictadas por los reyes de España...lo cual obliga a los magistrados españoles que se habían formado en las universidades cultivando el derecho común romano-canónico, a investigar por su cuenta las costumbres indígenas para poder observarlas...” García Gallo, Alfonso, “Génesis y desarrollo del derecho indiano», en el tomo primero de la Recopilación de leyes de Indias *op. cit.*, p. XIV.

monarquía española para colaborar en la tarea de propagar la religión católica en los territorios recién descubiertos, cediendo en su favor ciertos derechos o prerrogativas originalmente pertenecientes a la autoridad eclesiástica, entre ellos la importante facultad de recaudar el diezmo y así obtener los recursos económicos necesarios para realizar la tarea evangelizadora y civilizadora que se propuso la Corona española.

Mediante el Regio Patronato de Indias, la Corona española disfrutaba de algunos beneficios eclesiásticos, como proponer obispos, fundar nuevas diócesis y, en general, hacerse cargo de lo referente a la organización administrativa y territorial de las iglesias locales o diócesis. Al no contar la Corona con recursos suficientes para realizar la empresa colonizadora, pretendió aprovechar los recursos de la Iglesia católica para realizar su objetivo. Por su parte la Iglesia colaboró no sólo en la tarea evangelizadora y pastoral de las tierras recién conquistadas, sino también, y de manera muy importante, en la obra civilizadora en la Nueva España.

Esto provocó una simbiosis importante entre la autoridad política y la religiosa en el Virreinato de la Nueva España, que llegó incluso a ser calificada de un "imperio-misión". Situación que atravesó por diversas facetas de mayor a menor independencia de la Iglesia respecto a la autoridad política — tema que no abordaremos en este momento —, pero que no estuvo exenta de tensiones y conflictos más o menos acentuados.

La monarquía española y sus colonias se constituyeron en un Estado confesionalmente católico, se prohibió el culto de otras confesiones religiosas y se adoptó un régimen de colaboración en las relaciones Iglesia-Estado.

El Tribunal de la Inquisición fue el instrumento ideado por el gobierno español para combatir la herejía y defender la pureza de doctrina en los lugares a donde llegaba su jurisdicción y, por ende, en las colonias americanas. Su competencia excluía a los aborígenes, incluso a los bautizados, ciñéndose de modo principal a los clérigos y bautizados de origen mestizo, criollo o peninsular.

Consecuentemente, la protección jurídica brindada en esta época a las libertades de pensamiento, conciencia y religión se ceñía básicamente a proteger a los indígenas contra el uso de la violencia como medio de conversión y a excluirlos de la jurisdicción del Tribunal de la Inquisición, aun cuando hubieran sido bautizados.

En este contexto, es importante volver a destacar las teorías humanistas que surgieron a partir de los debates suscitados en la Universidad de Salamanca, a propósito de la dignidad humana de los indígenas. Teorías que influyeron de manera importante en la política española y en determinadas disposiciones de las Leyes de Indias con relación a la evangelización de los aborígenes americanos. En efecto, se llegó a determinar la necesidad de emplear medios de persuasión y convencimiento pacíficos para que los

indígenas se adhirieran voluntariamente a la religión católica, y estaba prohibida de modo general el uso de la fuerza para convertir a los indios.³⁷⁴

Las teorías emanadas de la Escuela de Salamanca reconocían en el indígena la misma naturaleza y dignidad que en cualquier ser humano y, por lo tanto, era poseedor de los mismos derechos y prerrogativas inherentes a la naturaleza humana.³⁷⁵

Estas teorías contribuyeron poderosamente al desarrollo posterior de la disciplina de los derechos humanos, aunque con un carácter ciertamente distinto a la doctrina de la escuela iusnaturalista racionalista propagada desde Hugo Grocio. Los iusnaturalistas de la escuela racionalista partían de una concepción distinta del hombre en estado original de naturaleza, completamente libre, negando su naturaleza social y los vínculos naturales derivados de su carácter esencialmente social.³⁷⁶

Las doctrinas humanistas desarrolladas en esta época en la Escuela de Salamanca influyeron en la política española hacia sus colonias. Sin negar los abusos y atropellos violentos que se dieron, en general esta política fue más humana a la seguida en esa misma época por otros países europeos —especialmente de origen anglosajón— respecto de sus colonias americanas,

³⁷⁴ *Ibidem* p. XII y ss.

³⁷⁵ *idem*

³⁷⁶ Acerca de la concepción individualista del derecho natural racionalista, es muy interesante el artículo de Francisco Carpintero "La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la persona jurídica" publicado en el Anuario de Filosofía del Derecho, del Instituto de Estudios Jurídicos de Madrid, España, en el año de 1987, p. 479 a 521.

africanas y asiáticas, en las que no sólo no llevaron a cabo una obra de mestizaje racial y cultural sino que aplicaron una labor de exterminio, sojuzgamiento y esclavización, cuyos resabios aún perviven en diversos países del orbe.³⁷⁷

7.2.3 Independencia y nacimiento del Estado mexicano (1824)

Determinados acontecimientos externos alteraron el curso normal de la vida en las colonias españolas en América. La invasión napoleónica en España y la abdicación del monarca español Carlos IV a favor de José Bonaparte, entre otros hechos, precipitaron las primeras manifestaciones independentistas en América.³⁷⁸

³⁷⁷ Respecto a este tema es sumamente interesante la obra de Silvio Zavala, *Por la senda hispana de la libertad*, *op. cit.*, en la cual presenta las dos tesis enfrentadas en aquella época: por un lado la tesis sobre la servidumbre natural de los indígenas que justificaban la imposición forzosa de la religión católica, y por otro la tesis sobre la igualdad esencial de los indígenas y de su dignidad humana, que prohibía el empleo de la fuerza para convertir a los indígenas, y requerían de ellos el acto de elección libre para incorporarse a la Iglesia católica, estableciendo la necesidad de emplear medios de persuasión y convencimiento pacíficos para lograr la conversión de los indígenas. Zavala demuestra cómo finalmente la tesis triunfadora fue la segunda, cosa que influyó definitivamente en la orientación de la política adoptada por la Corona española respecto a sus colonias americanas.

³⁷⁸ Desde la subida al trono de la dinastía de los borbones en el año de 1700, se produce un cambio importante en España por el "afrancesamiento" imperante y que se manifiesta especialmente en los reinados de Carlos III y Carlos IV. El auge de la masonería y las ideas volterrianas de la época acentúan el conflicto con la Iglesia católica en España y en sus colonias de ultramar. La creación del ejército estilo francés en Nueva España, en el año de 1765, así como la expulsión de los jesuitas dos años después, en 1767, son dos acontecimientos que perturbaron seriamente la estabilidad de las colonias y se comienza a gestar la idea de la independencia de la "herética" España, lo que precipita la independencia. *Vid.* Cuevas, Mariano, *Historia de la Iglesia en México*, *op. cit.* Tomo IV.

La penetración clandestina en América de las ideas ilustradas que influyeron en la Revolución francesa y en la independencia de los Estados Unidos de América fueron fuente de inspiración para resolver el vacío de poder que se produjo en las colonias americanas en esos momentos. Un primer intento por parte del Ayuntamiento de la Ciudad de México formado en su mayoría por criollos, fue sofocado rápidamente en 1808, y se destituyó al virrey Iturrigaray por colaborar con los sublevados. Los criollos de la capital pretendían, con esto, mejorar su situación, y argumentaban en su favor la condición desigual en que decían encontrarse con relación a los españoles peninsulares.

La reacción de los peninsulares no se hizo esperar, y tacharon la intentona de ir contra la “santa religión”. A lo que replicaban los criollos, aduciendo que la independencia de España no violaba ningún precepto religioso, antes al contrario, se proponía la defensa de la propia religión católica agraviada en sus principios sacrosantos por las ideas heréticas de Napoleón y los liberales jacobinos que liquidaron el antiguo régimen en Francia.

Por ello, el movimiento de independencia en la Nueva España estuvo revestido de marcados tintes religiosos, lo cual se vio reflejado en el estandarte de la Virgen de Guadalupe enarbolado por el cura Hidalgo en la revuelta de independencia.

Una vez consumada la independencia por Agustín de Iturbide, en septiembre de 1821, se procedió a la organización política de la nación mexicana adoptándose la forma monárquica de gobierno, y se proclamó el primer Imperio mexicano, con Agustín de Iturbide como primer emperador.

De acuerdo a lo establecido por los tratados de Córdoba, se proclamó la religión católica como oficial y exclusiva del Imperio, prohibiendo expresamente el ejercicio de ninguna otra.

Entre los asuntos pendientes de resolver estaba la cuestión de las relaciones Iglesia católica-Estado mexicano. El Estado proponía seguir con el sistema colonial, subrogándose en los derechos del patronato que hasta entonces correspondían al virrey de la Nueva España. La Iglesia se oponía a este sistema, dada la experiencia tan conflictiva sufrida, al amparo de este régimen, especialmente en los últimos años de la Colonia con el llamado "regalismo borbónico".³⁷⁹

El punto esencial de la cuestión debatida en esos momentos era determinar si el Patronato Real era o no una concesión de la Iglesia católica al monarca español. La Iglesia mexicana finalmente determinó que se trataba de una concesión de la Santa Sede y, por lo tanto, el Estado no podía alegar ningún derecho de sucesión al respecto. Ello motivó que se aprobara la negociación de un concordato con la Santa Sede, aunque la Iglesia rechazó que, en el

concordato que eventualmente se aprobase, se otorgasen privilegios tan amplios como los concedidos al monarca español en el sistema del Patronato. Esto impidió básicamente la firma de ningún concordato entre la Santa Sede y el Estado mexicano.

Después de la efímera vida de este primer Imperio mexicano, vino la primera República y con ella la promulgación de la constitución federal de 1824. También en este documento se adoptó la religión católica como oficial y exclusiva del Estado, prohibiendo el ejercicio de cualquier otra. Volvió a proponerse la cuestión del patronato sin que la Iglesia aceptara nuevamente esta solución.

Por otra parte, la apertura de las fronteras de México a la emigración extranjera, motivó la tolerancia religiosa respecto de otros cultos distintos al católico, en un principio al interior de las embajadas que se fueron acreditando en el país.

Volvió a plantearse en esos primeros momentos de vida independiente, la cuestión de la desamortización de los bienes del clero, que ya desde los últimos años de la época colonial se había iniciado con la ejecución de algunas medidas desamortizadoras como fuente de recursos para nivelar las mermadas finanzas públicas. Ideas todas ellas que se propagaron alrededor de los

³⁷⁹ Término empleado para señalar la serie de privilegios o facultades de la materia eclesiástica que se habían ido arrojando en su favor los monarcas borbones.

círculos masónicos organizados en las dos grandes ramas de “yorkinos” y “escoceses”.

Es así como, en 1833, el vicepresidente Valentín Gómez Farías decretó algunas medidas desamortizadoras conocidas como la “pre-reforma”, medidas que en términos generales pretendían la secularización de la sociedad e ir despojando a la Iglesia de todo aquello que propiciara su influencia en la vida de la sociedad mexicana. Con estas medidas, que fueron revocadas al poco tiempo, se buscaba reforzar la autoridad y consolidación del incipiente Estado mexicano.

La adopción del moderno modelo estatal encontró fuertes resistencias en una sociedad más bien corporativista que individualista, que presentaba grandes contrastes y en la cual existía una multitud de cuerpos intermedios que mediatizaban y limitaban el poder estatal. Acorde con la concepción individualista, el Estado moderno pretende relacionarse directamente con individuos iguales entre sí, sin que se interponga entre ellos ninguna sociedad intermedia, llámese gremio, corporación, familia, etcétera, que pueda limitar de algún modo la hegemonía del poder estatal.

Por ello la adopción de este modelo del Estado constitucional en una sociedad tan multiforme como era la mexicana en esos momentos, provocó graves fisuras que con el tiempo han hecho crisis al pretender igualar a los que presentaban grandes diferencias entre sí.

Nos referimos, entre otros cuerpos intermedios, a las comunidades indígenas, quienes en el intento igualitario resultaron hondamente lesionadas, tanto por lo que se refiere a la propiedad comunal de sus tierras, como a los usos y costumbres ancestrales por los que acostumbraban regirse.

7.2.4 Reforma liberal y Constitución de 1857. Separación de la Iglesia y del Estado

Hasta 1855, después de la revolución de Ayutla, que terminó con la dictadura del general Santa Anna, se dictó la llamada Ley Juárez que suprimía el fuero eclesiástico, en materia civil, y su obligatoriedad, en materia penal. Al año siguiente el presidente en turno don Miguel Lerdo de Tejada dictó la denominada Ley Lerdo, decretando la desamortización de las fincas rústicas y urbanas que hasta entonces estaban fuera del comercio, llamadas por este motivo “de manos muertas”, ello obligaba a las corporaciones civiles y eclesiásticas, propietarias de dichas fincas, a venderlas a quienes los arrendaban o en su defecto a terceros interesados.

En estas condiciones de inestabilidad política se llevó a cabo el Congreso Constituyente que promulgaría la constitución federal de 1857. Uno de los puntos más importantes que se debatieron en ese momento, y que finalmente no fue aprobado, era la libertad de cultos.

Aun cuando esta propuesta no prosperó, se aprobó la tolerancia religiosa eliminando la prohibición, hasta entonces vigente, para la práctica de cultos distintos del católico, y se aprobaron diversas disposiciones anticlericales como la libertad en materia educativa, la eliminación de la coacción estatal para hacer cumplir los votos monásticos, la confirmación de la Ley Lerdo y la separación de la Iglesia y del Estado. La jerarquía eclesiástica levantó grandes protestas contra las medidas anticlericales de la constitución 1857, llegando a imponer la pena de excomunión a los que jurasen obedecerla. Esto motivó un importante supuesto de objeción de conciencia al juramento de obediencia a la constitución política en la historia de nuestro país.³⁸⁰

En abril de 1857 se promulgó la denominada Ley Iglesias, que eliminó la coacción estatal para el cobro de derechos por servicios religiosos.

Fue tan grande el revuelo ocasionado por las diversas medidas anticlericales, que desembocó en una guerra civil en la que se enfrentaron los dos bandos, denominados liberales, unos, y conservadores, los otros. Esta guerra duró tres años y se conoce como guerra de Reforma. Se inició con el golpe de Estado que impuso a Félix Zuluaga en la Presidencia, por parte de los conservadores, y que obligó al presidente Juárez a establecer la sede de su gobierno fuera de la capital de la República.

³⁸⁰ Este tema ha sido ampliamente tratado por diversos historiadores. Muy interesante resulta el estudio que hace Jorge Adame Goddard, Jorge, "El juramento de la constitución de 1857", *op. cit.*

En plena guerra se promulgaron otras medidas anticlericales que confinaban a la Iglesia al interior de las conciencias y pretendían la secularización de la sociedad. Una de las más severas fue, indudablemente, la que decretaba la confiscación de los bienes eclesiásticos sin indemnización alguna, así como la que suprimía las órdenes religiosas de hombres exclaustroando a los frailes. También se promulgaron las leyes de libertad de cultos, del matrimonio civil, de secularización de cementerios, del registro civil y algunas otras que en conjunto se conocen como “Leyes de reforma”.

Habiendo triunfado el partido liberal, Juárez regresó a la capital de la República en 1860, y se dio plena eficacia a las leyes expedidas durante la guerra. Corresponden a esta misma época la secularización de los hospitales e instituciones de beneficencia y la supresión de las órdenes religiosas femeninas, con excepción de las Hermanas de la Caridad.

En 1864 inicia la intervención francesa en México y se proclama el segundo Imperio mexicano con la nominación de Maximiliano de Habsburgo.

Para sorpresa de los conservadores y del clero, Maximiliano resultó ser un liberal convencido. Traía un proyecto de concordato para firmar con la autoridad eclesiástica en México. La Iglesia lo rechazó pues volvía a proponer el sistema de Patronato para organizar las relaciones Iglesia-Estado en México, cosa que la Iglesia no consideraba conveniente por la mala experiencia con este sistema durante el régimen colonial.

Una vez vencida la intervención francesa y habiéndose proclamado la restauración de la República en 1867, fueron elevadas a rango constitucional las Leyes de reforma en 1873-1874, cuando era presidente don Sebastián Lerdo de Tejada.

Hasta 1859 se permitió la libertad de cultos, y se reconoció entonces la libertad de conciencia, entendiendo como tal la libertad de elegir la religión que cada quién desee profesar. Esto motivó movimientos migratorios importantes y permitió a los grupos protestantes establecerse en nuestro país, con lo que se inició la penetración de las sectas, que tanto terreno han ganado a partir de entonces.³⁸¹

Paradójicamente, y a pesar de la promulgación de la ley de libertad de cultos, no podemos decir que las libertades de pensamiento, conciencia y religión hayan sido jurídicamente protegidas en esta época, porque se protegía solamente a quienes comulgaban con el credo liberal, más no así a los católicos, quienes vieron mermadas sus libertades de manera importante, por ejemplo para abrazar el estado religioso, o respecto a la dimensión colectiva del derecho de libertad religioso que atañe especialmente a la Iglesia en tanto que sociedad o corporación.

381 Una perspectiva interesante sobre la penetración del protestantismo en nuestro país podemos ver en las obras del autor protestante Bastian, Jean-Pierre, Los disidentes, sociedades protestantes y revolución en México, 1872-1911, México, FCE-COLMEX, 1989 e Historia del protestantismo en América Latina, México, CUIPSA, 1990

7.2.5 *Porfiriato (1876-1911)*

Una vez que Porfirio Díaz se hace del poder, inicia el largo período del *Porfiriato*, gobierno dictatorial que siempre simuló respetar la legalidad constitucional.

La política porfirista en materia religiosa se caracteriza también por el “disimulo”; sin modificar las Leyes de Reforma, Porfirio Díaz deja de aplicarlas y otorga a la Iglesia una relativa libertad de acción, para evitar confrontaciones, lo que constituye al fortalecimiento del régimen. Se cuida al mismo tiempo de mantener las formas liberales, para tampoco enfrentarse con los radicales.

Formalmente sigue en vigor la Constitución liberal de 1857, aunque de hecho no se aplica, pues no ofrece protección jurídica alguna a las libertades públicas, debido a que el presidente ejerce un control absoluto sobre el pueblo y no admite ninguna manifestación contraria al régimen.

7.2.6 *La Revolución de 1910 y la Constitución de 1917*

Al triunfar la Revolución, en 1911, y ascender a la presidencia de la República Francisco I. Madero, se instaura un régimen democrático en el que las libertades públicas tienen amplia cabida. La política maderista frente a la Iglesia católica y demás Iglesias era de respeto y libertad de acción,

admitiendo incluso el registro y actuación del Partido Católico, fundado en 1911.³⁸²

Sin embargo, algunos católicos de esta época, no vieron con buenos ojos los excesos y desorden desencadenados al amparo de las libertades públicas protegidas por el nuevo régimen democrático. La colaboración de algunos miembros del Partido Católico en el gabinete de Huerta motivó que se acusara a la Iglesia de apoyar la caída de Madero. Esto la perjudicó gravemente una vez que triunfó la Revolución constitucionalista al mando de Venustiano Carranza. La Iglesia resultó duramente afectada por lo dispuesto en la Constitución de 1917, donde se modificó el régimen anterior de separación, para adoptar un régimen del sometimiento de la Iglesia al Estado. Aun cuando seguía reconociéndose la libertad individual para profesar la religión que cada quien eligiera, este derecho resultaba inoperante al quedar proscrita la práctica colectiva y pública de la religión.

No sólo se limitó la actuación de la Iglesia como fenómeno asociativo, sino que se le desconoció personalidad jurídica alguna, con lo cual se le privaba de cualquier derecho o facultad que pretendiera invocar en su favor.

7.2.7 Guerra cristera (1926-1929)

³⁸² Sobre el papel del Partido Católico y del catolicismo social iniciado a partir de la promulgación de la encíclica de León XIII *Rerum Novarum*, *vid* Adame Goddard, Jorge, El pensamiento político y social de los católicos mexicanos (1867-1914), *op. cit.*

No obstante haber sido aprobado en esta forma el texto constitucional de 1917, sus disposiciones se aplicaron con cierta tolerancia hasta 1926. En esa fecha se expidió una legislación que hacía ejecutivas las disposiciones constitucionales de 1917, bajo el régimen del presidente Plutarco Elías Calles, aunque ya desde antes, en algunos estados como Tabasco, se habían ido promulgando leyes abiertamente anticlericales que atizaron el conflicto.

Con ocasión del decreto que reformaba diversas disposiciones del Código Penal, endureciendo las penas en materia de delitos religiosos, el Episcopado mexicano elevó una protesta pública contra tales actos y ordenó el cierre de los templos el 25 de julio de 1926.

Esto provocó en ese mismo año el levantamiento armado conocido como "guerra cristera" (1926-1929), haciendo referencia al lema ¡Viva Cristo Rey!, adoptado por los sublevados. Se trataba de un movimiento popular conformado en gran parte por campesinos de varios estados de la República, en contra de los atropellos infligidos a la Iglesia.³⁸³

No fue sino hasta el período de Manuel Ávila Camacho, en 1940 cuando el conflicto religioso se calmó a raíz de su política conciliadora.³⁸⁴

A esta etapa que se le ha llamado "*modus vivendi*", porque sin derogar los preceptos constitucionales anticlericales, éstos no se aplicaban, lo que

³⁸³ Para la guerra "cristera" es muy interesante la obra de Jean Meyer, *La Cristiada*, en tres tomos, *op. cit.*

³⁸⁴ Roberto -Blancarte analiza la etapa que corre de 1929 en que se firman los acuerdos de paz en la guerra cristera, hasta la presidencia de López Portillo en 1982. *cf.* *Historia de la Iglesia católica en México* *op. cit.*

permitió a la Iglesia cierta libertad de acción. Este período, que duró hasta 1992, pasó a su vez por diversas etapas en las que el conflicto religioso adquiere cada vez menos relevancia y llega a una situación conciliatoria que permitió que en 1992, durante la presidencia de Carlos Salinas de Gortari, se restablecieran pacíficamente las relaciones Iglesia-Estado.

De acuerdo a la situación vivida al amparo del "*modus vivendi*", la Iglesia volvió a tener una gran libertad de acción, y desempeñaba un papel social importante, animada también por la doctrina social de la Iglesia surgida a partir de la Encíclica de León XIII, *Rerum Novarum* (1891). De acuerdo con esta doctrina, aun cuando la legislación propia de la Iglesia prohíbe a la jerarquía y al clero participar activamente en política y otras cuestiones estrictamente temporales, no significa que no pueda tener una actuación pública e influir de manera destacada en la conformación de la sociedad civil. La Iglesia considera que existen campos comunes entre ella y el Estado, tales como la educación, el matrimonio, la familia, etcétera, respecto de los cuales no puede abdicar y que forman parte de la dimensión colectiva y pública del derecho humano de libertad religiosa de un pueblo.

Con el transcurso del tiempo y el advenimiento de una concepción novedosa del derecho de libertad religiosa, México fue quedando rezagado respecto a otros países, en los que el fenómeno religioso gozaba de una adecuada y cabal protección jurídica. Asimismo, los convenios internacionales

suscritos por nuestro país en materia de derechos humanos hacían inaplazable una reforma constitucional integral en esta materia.

Esto motivó que en 1988, en la ceremonia de toma de posesión del presidente Salinas, se hiciera público el deseo del gobierno de modernizar las relaciones Iglesia-Estado en México y de brindar una protección jurídica adecuada a los derechos de libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia, en sus dimensiones pública y privada, e individual o colectiva. Ya desde el período de López Portillo, México había asombrado al mundo por el fervor con el que acogió la visita de su santidad Juan Pablo II, visita que sin duda influyó poderosamente en las modificaciones constitucionales de 1992, y que puso fin a más de 60 años de simulación en materia de libertad religiosa.³⁸⁵

3 La protección jurídica de la libertad de conciencia en el derecho mexicano

Una vez que hemos repasado los hitos más importantes en la historia de las relaciones Iglesia-Estado y, por ende, en la evolución del derecho de libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia en México, pasemos a analizar la protección jurídica que se brinda actualmente a la libertad de

³⁸⁵ Los principios rectores de la nueva normativa en materia religiosa fueron debidamente analizados en el capítulo I de esta obra.

conciencia en el derecho mexicano, revisando también si la objeción de conciencia encuentra algún tipo de protección en nuestro sistema jurídico.

Para ello debemos revisar, en primer término, si en el derecho mexicano se protegen jurídicamente las libertades de pensamiento, conciencia y religión, y, en dado caso, cuáles son los límites y alcances de esa protección; en segundo término, analizaremos el alcance de la protección jurídica de la libertad de conciencia y si incluye la protección a la objeción de conciencia.

Para este análisis tomaremos como referencia las exigencias establecidas en los principales instrumentos adoptados por los países miembros de las organizaciones internacionales, tanto de carácter mundial como regional.³⁸⁶ Nos proponemos contrastar nuestra legislación interna con la internacional de derechos humanos, para determinar si nuestro sistema de protección cumple con los requerimientos del derecho internacional, sin olvidar la tendencia observada en esta materia de considerar inseparablemente unidos los derechos de libertad de pensamiento, conciencia y religión, al punto de resaltar que si no se encuentra debidamente protegido uno de ellos tampoco estarán los otros.³⁸⁷

Conforme al artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU y los artículos correlativos del Convenio europeo de

³⁸⁶ Estos documentos han sido debidamente analizados en el capítulo IV de la presente obra.

³⁸⁷ Cfr. *supra*, p.134

Derechos Humanos, del Consejo de Europa y de la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, la protección adecuada del derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y religión debe abarcar en resumen los siguientes aspectos:

1 *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.*

2 *Este derecho incluye:*

a) La libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección

b) La libertad de manifestar su religión o sus creencias:

- Individual o colectivamente
- En público o en privado
- Mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

3. *La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones:*

- prescritas por la ley
- que sean necesarias para proteger: la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás

4. *Los Estados partes se comprometen a respetar la libertad de los padres para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*

Analicemos ahora cada punto:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión

Por lo que se refiere al sujeto activo de este derecho, al igual que en el derecho internacional, las garantías que otorga nuestra Constitución protegen por igual a todos los habitantes de la República, sin distinción de nacionalidad, credo, raza, sexo, edad, etcétera.³⁸⁸

Los sujetos de esta garantía son tanto personas físicas como personas morales. De acuerdo con la práctica común observada por el derecho comparado, para que las agrupaciones religiosas puedan obtener la protección que se brinda a las asociaciones religiosas denominadas Iglesias, deben reunir una serie de requisitos para obtener su registro (artículo 130 de la Constitución mexicana). Estos requisitos se encuentran establecidos en la Ley de

³⁸⁸ Cf. art. 1 de la Constitución Mexicana que a la letra dice: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece".

Asociaciones Religiosas y Culto Público y tienden a la protección del orden y la moral públicos

Respecto al contenido de este derecho, la libertad de pensamiento y religión se encuentra protegida tanto por el artículo 6 de la Constitución (la libertad de pensamiento), como por los artículos 24 y 130 (libertad religiosa o de creencias)

Sobre la libertad de conciencia, no existe en la legislación mexicana ningún precepto específico que proteja como tal. Sin embargo, este concepto se utilizó frecuentemente en la segunda mitad del siglo XIX a propósito de la aprobación de la libertad de cultos, o tolerancia religiosa.³⁸⁹

Para determinar si respecto a este punto hay congruencia entre el derecho mexicano y el internacional, habría que analizar en primer lugar si el derecho internacional protege la libertad de conciencia.

Para responder a estas dos cuestiones debemos remitirnos a los capítulos III y IV. del presente trabajo. De acuerdo con lo expuesto, el derecho internacional entiende la libertad de conciencia en dos sentidos:

³⁸⁹ Nos referimos concretamente a los debates suscitados con ocasión del Congreso Constituyente de 1857, cuyo proyecto inicial incluía la propuesta de libertad de cultos o libertad de conciencia, queriendo significar con esto, el levantamiento de la prohibición hasta entonces vigente, de practicar otros cultos distintos al católico

En efecto se otorgaba un significado parecido a la libertad de conciencia y a la libertad de cultos, queriendo expresar con estos términos tanto la libertad de profesar cualquier credo religioso como la libertad para cualquier confesión religiosa para establecerse en la República Mexicana y ejercer el culto público. Tal parece que con el término libertad de cultos se pretendía hacer énfasis en la dimensión social y pública de la práctica religiosa, y con el término libertad de conciencia se ponía el acento en la dimensión individual e interna respecto del acto de elección acerca de la religión que se había decidido profesar

a) Primero como una inmunidad de coacción respecto al acto de elección de la propia religión o convicciones personales. Protege a la persona contra toda intromisión abusiva en su fuero interno y contra el empleo de medios ilícitos de persuasión, hipnotismo, lavado de cerebro, etcétera, que tiendan a violentar el acto libre de elección.

Desde esta perspectiva sí hay congruencia entre el derecho mexicano y el derecho internacional, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público que dice

“El Estado mexicano garantiza a favor del individuo los siguientes derechos y libertades en materia religiosa:

a.1) 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.

a.2) No profesar creencias religiosas, abstenerse de practicar actos y ritos religiosos y no pertenecer a una asociación religiosa.

a.3) No ser objeto de discriminación, coacción u hostilidad por causa de sus creencias religiosas, ni ser obligado a declarar sobre las mismas...”
(artículo 2º. Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público)

b) El otro sentido del derecho de libertad de conciencia se refiere al derecho de ajustar el propio comportamiento a las propias convicciones, aun

por encima de alguna obligación legal, lo que es propiamente la objeción de conciencia

Esta segunda dimensión no está protegida expresamente en el derecho internacional, aunque como ya vimos existen diversos documentos internacionales que recomiendan vivamente a los países miembros a reconocer el derecho de objeción de conciencia al servicio militar.

Asimismo, vemos que en la legislación de otros países está reconocido este derecho, no sólo respecto al servicio militar sino respecto a otros supuestos. Esto nos indica una clara tendencia a proteger la libertad de conciencia en esta otra dimensión, que es la facultad de ajustar el propio comportamiento a las propias convicciones de conciencia aun cuando exista de por medio un deber legal, con los alcances y límites que la doctrina ha ido estableciendo.

En México, esta segunda dimensión de la libertad de conciencia que ampara la llamada objeción de conciencia no goza de protección jurídica alguna. Al contrario, parece estar expresamente prohibida, conforme a lo dispuesto por la nueva ley de cultos que a la letra dice:

“Las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país. Nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes.” (artículo 1, 2º. párrafo de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público)

Es de desear que en México se regule la objeción de conciencia, pues como hemos visto se trata de una manifestación concreta del derecho de libertad de conciencia, estrechamente relacionado con la libertad de pensamiento y la libertad religiosa.

2. Este derecho incluye:

a) *La libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección.*

Como ya afirmamos, nuestro derecho protege tanto la decisión personal “de profesar la religión o las creencias que a cada quien le agraden” (artículo 24 de la Constitución mexicana) así como la decisión de no profesar ninguna religión ni pertenecer a asociaciones religiosas (artículo 2º. Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público).

b) *La libertad de manifestar su religión o sus creencias:*

- *Individual o colectivamente.*

Con la reciente reforma constitucional ha quedado debidamente garantizado el derecho de manifestar la propia religión, individual o colectivamente (artículos 24 y 130 constitucionales). Esta protección se extiende por tanto no sólo a las personas individualmente consideradas, sino a las asociaciones religiosas denominadas iglesias.

- *En público o en privado*

Ha quedado debidamente garantizado el derecho de manifestar la propia religión en público o en privado, debiendo sujetarse el culto público a los requisitos administrativos necesarios para la debida conservación del orden público.

Mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza

Acerca del culto y la celebración de los ritos, no hay duda sobre la adecuada protección que se ofrece con la actual normativa. Para ese fin se establecen disposiciones convenientes respecto a la adquisición de inmuebles destinados al culto, o sobre la condición jurídica de los ministros de los cultos. Disposiciones que en términos generales brindan una adecuada protección al culto religioso, acorde con lo dispuesto por el derecho internacional y con la experiencia del derecho comparado en un régimen de separación como es el nuestro.

Respecto a las prácticas, no hay acuerdo en la doctrina sobre qué debemos entender por ello. Algunos autores sostienen que se trata precisamente de la objeción de conciencia derivada del derecho de libertad de conciencia, que protege el derecho de abstenerse de realizar acciones que vayan en contra de los dictados de la propia conciencia, o bien, el derecho de realizar determinadas acciones prescritas por la propia conciencia, aun cuando de estos actos se derive la infracción de algún precepto legal.

Si admitimos esta interpretación, es claro que en el derecho mexicano no se protege la manifestación de la propia religión mediante las “prácticas”. Ahora bien si por “prácticas” se entienden los actos de devoción y culto, no hay duda de que éstas prácticas están debidamente protegidas por nuestro derecho mexicano.

Finalmente, está el asunto de la enseñanza, de la cual nos reservamos el comentario para tratarlo junto con el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones:

- *prescritas por la ley*
- *que sean necesarias para proteger:*

la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás

De acuerdo con el derecho internacional, la regla general en materia de libertad de pensamiento, de conciencia y religiosa, es la libertad de la persona. Es decir, se establece una incompetencia originaria del poder estatal para entrar en esta materia, y justifica su intervención de manera excepcional sólo para regularla debidamente, de modo que se garantice a las personas su ejercicio

efectivo, dentro de los límites que exija la protección del orden y la moral públicos, la seguridad y los derechos y libertades de terceros.

Asimismo, para poder limitar válidamente el ejercicio de esta libertad se requiere que tal limitación se prescriba en una ley y se considere necesaria para proteger la salud, el orden y la moral públicos o los derechos y libertades de los demás. Esto implica que es al órgano legislativo a quien compete analizar si se justifica o no la intervención estatal. Esto garantiza que la medida sea cuidadosamente analizada y consensada, y que se dicte de manera general y abstracta, de modo que no se afecte a una persona en particular o a una determinada confesión religiosa.

Respecto a las limitaciones establecidas en el derecho mexicano al ejercicio de los derechos de libertad de pensamiento, conciencia y religión, en los términos señalados en los párrafos anteriores, se encuentran previstas en el propio texto constitucional en el que establece la libertad de profesar y practicar cualquier credo religioso “siempre y cuando no constituya un delito o falta penados por la ley” (artículo 24, párrafo 1)

Se establece una limitación al ejercicio del culto público por la necesidad de cubrir los requisitos establecidos por la ley ordinaria para poder llevar a cabo actos de culto público fuera de los templos (artículo 24, párrafo 2)

Estas son las principales limitaciones establecidas en nuestro texto constitucional para el ejercicio de la libertad religiosa.

Por otra parte, tanto en el artículo 3º, como en el 27 y el 130, se establecen una serie de normas que constituyen limitaciones concretas al ejercicio del derecho de libertad religiosa y a la actuación de las agrupaciones religiosas denominadas iglesias. Estas limitaciones se justifican por motivos de orden público.

Asimismo, en la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público se dispone que en materia religiosa el Estado sólo podrá intervenir cuando lo exija la observancia de las leyes, la conservación del orden y la moral públicos y los derechos y libertades de terceros. (artículo 3º). También dispone que las convicciones de conciencia nunca podrán ser motivo para incumplir las disposiciones legales (artículo 2º).

Surge aquí un problema de interpretación de estas disposiciones, ya que de acuerdo con la técnica jurídica, una ley reglamentaria de la Constitución como es la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público no puede exceder los términos del texto constitucional, y mucho menos cuando se trata de limitar las garantías que la Constitución otorga.

Es, pues, necesario interpretar el texto de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público en armonía con el texto constitucional, para que no resulte nugatoria la protección que otorga la Constitución. Dicho de otra forma, en México las únicas limitaciones válidas al derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y religiosa, son las establecidas por el texto

constitucional, debiendo ser interpretadas en sentido estricto, de manera taxativa por el principio de libertad que es el principal informador en esta materia. según ya vimos.

Otra cosa sería si en el mismo texto constitucional se estableciera que el legislador ordinario puede limitar válidamente la libertad religiosa por razones de orden o moral públicas, etcétera. Al no estar prevista en la Constitución esta facultad para el legislador ordinario, significa que no la tiene. No es válido por tanto que el propio legislador ordinario establezca limitaciones a la libertad religiosa.

Y esto aun cuando el artículo 3º de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público lo prevea, porque la ley reglamentaria no puede ir más allá de lo establecido en el texto constitucional.

De otra parte, si analizamos los preceptos constitucionales mencionados (artículo 3, 24, 27 y 130) podremos observar que las limitaciones que allí se contienen responden a razones de orden o moral públicas, así como al debido respeto de los derechos de terceros. En nuestro derecho por lo tanto los conceptos de orden y moral públicos, y derechos de terceros vienen interpretados por el mismo texto constitucional, sin dejar esta tarea a la jurisprudencia.

Cabe aclarar que, tratándose de garantías, la observancia de disposiciones constitucionales obliga tanto a los poderes ejecutivo y judicial como al

legislativo. Es decir que el poder legislativo debe ajustarse a los límites impuestos por el texto constitucional para regular la materia religiosa. Y en este sentido debe interpretarse el párrafo conducente del artículo 24, que garantiza el ejercicio de la libertad religiosa "siempre y cuando no constituya un delito o falta penados por la ley". Si interpretamos aisladamente este párrafo podría pensarse que basta con que el legislador ordinario tipifique como delito o falta una determinada conducta en ejercicio de la libertad religiosa, para que ésta limitación sea válida. No es ésta la interpretación correcta, toda vez que dicha tipificación debe ordenarse a proteger el cumplimiento de las disposiciones constitucionales correspondientes que limitan el ejercicio de la libertad religiosa, según ya vimos.

En este sentido debe interpretarse también el artículo 2º de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, que establece que las convicciones religiosas no podrán ser motivo para el incumplimiento de las leyes. Debemos entender aquí, que esto es aplicable siempre y cuando la ley en cuestión no rebase los límites establecidos en el texto constitucional para limitar el ejercicio de la libertad religiosa.

Un ejemplo del pasado puede ayudarnos a comprender lo anterior. Las disposiciones contenidas en el código penal de 1931 en materia de delitos y faltas en materia de culto religioso y disciplina externa, que prohibían a los extranjeros ejercer el ministerio de cualquier culto, o la prohibición de

establecer órdenes monásticas o de realizar actos de culto público, serían ahora inconstitucionales, y por lo tanto no tendrían fuerza obligatoria, siempre y cuando hubieran sido declaradas inconstitucionales por el órgano competente, es decir por la Suprema Corte, ya sea mediante el recurso de amparo o mediante la acción de inconstitucionalidad.

En consecuencia, la disposición que establece que “las convicciones religiosas no pueden ser motivo para incumplir las leyes” debe interpretarse en este sentido, es decir, siempre y cuando dichas leyes no estén viciadas de inconstitucionalidad por limitar en exceso de sus facultades el derecho de libertad religiosa protegido por la Constitución.

En conclusión, podemos afirmar que mientras interpretemos correctamente nuestra legislación, de acuerdo con lo expuesto en los párrafos anteriores, nuestro derecho mexicano no sólo cumple con los requisitos del derecho internacional, sino que lo hace con mayor precisión y por tanto brinda una mayor seguridad jurídica a los gobernados.

7.4 Conclusiones de este capítulo

Los Estados partes se comprometen a respetar la libertad de los padres para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

El artículo 3° de la Constitución garantiza adecuadamente este derecho, aunque se ha presentado una crítica al respecto, toda vez que no se garantiza este derecho en igualdad de condiciones para todos los padres de familia. Quiero decir que este derecho sólo es efectivo de modo gratuito para aquellos padres de familia que compartan la ideología de los planteles oficiales. Se hace necesario a este respecto una reforma legal. En el derecho comparado encontramos novedosos sistemas que garantizan a los padres de familia el ejercicio de este derecho en condiciones de igualdad, mediante subvenciones estatales a los establecimientos particulares o becas para estudiar en dichos planteles, u otros mecanismos que han resultado eficaces en otros países.

CAPÍTULO OCTAVO

LA OBJECION DE CONCIENCIA EN EL DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO MEXICANO. EL CASO DE LOS TESTIGOS DE JEHOVÁ Y EL CULTO A LOS SÍMBOLOS PATRIOS.

8.1 Descripción del caso

8.2 Resoluciones de las autoridades en el caso de expulsiones de escuelas públicas de menores testigos de Jehová

8.2.1 Los tribunales de amparo

8.2.2 Las comisiones de derechos humanos

8.2.3 Las autoridades educativas

8.3 El caso de los maestros de escuelas públicas que son testigos de Jehová

8.3.1 Resoluciones de las comisiones de derechos humanos

8.3.2 Los tribunales de amparo

8.4 Conclusiones de este capítulo

Hasta donde hemos indagado respecto a los conflictos entre conciencia y ley, actualmente sólo encontramos dos supuestos de objeción de conciencia respecto de los cuales se han dictado diversas resoluciones judiciales y administrativas.

Se trata de la agrupación religiosa denominada testigos de Jehová cuyos miembros han sufrido algunos perjuicios en su esfera jurídica, por rehusarse a participar activamente en las ceremonias cívicas que se organizan en las escuelas públicas.

Este conflicto se ha venido dando desde antes de que entrara en vigor la reforma constitucional que establece el nuevo marco jurídico en materia de libertad religiosa, por lo que algunas resoluciones se dictaron conforme a la normativa anterior a la reforma de 1992.

Asimismo, también se han presentado casos recientes que han sido resueltos con base en el nuevo marco jurídico.

Es interesante constatar la evolución de los criterios vertidos por las autoridades en sus resoluciones como efecto de la aplicación de la nueva normativa jurídica expedida en la reforma constitucional de 1992.

Debido a que desde antes de la reforma se tenía conocimiento de este conflicto, la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público dispuso que:

"Art. 29. Constituyen infracciones a la presente Ley, por parte de los sujetos a que la misma se refiere:

II Agraviar a los símbolos patrios o de cualquier modo inducir a su rechazo".

8.1 Descripción del caso

Antes de analizar el contenido de las diversas resoluciones gubernamentales, haremos una breve descripción de los contornos del problema que se nos plantea.

El artículo 15, 2º párrafo, de la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacional (LEBHN), establece que:

"Las autoridades educativas federales, estatales y municipales, dispondrán que en las instituciones de enseñanza elemental, media y superior, se rindan honores a la bandera nacional los lunes, al inicio de labores escolares o a una hora determinada en ese día durante la mañana, así como al inicio y fin de cursos."

Estas disposiciones cumplen con el espíritu que anima al artículo tercero constitucional, que define las características esenciales de la educación en México, y que a la letra dice:

La educación que imparta el Estado: Federación, Estados, Municipios, tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia..."

El problema para cumplir esta obligación lo encontramos en los miembros del mencionado grupo religioso testigos de Jehová, ya que rendir honores a la bandera y entonar el Himno Nacional son considerados actos idolátricos entre sus seguidores, y por lo tanto claramente prohibidos por su religión.³⁹⁰

Un estudio realizado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos (el *Ombudsman* mexicano) en 1992, nos habla de 118 quejas presentadas en un lapso de un año contado desde el mes de septiembre de 1991 hasta el mes de agosto de 1992.³⁹¹

Las quejas se dirigen contra actos de los directores de diversas escuelas públicas; de las autoridades educativas estatales o federales y, en último término, contra actos del titular de la Secretaría de Educación Pública, por negar el derecho a la educación consagrado por el artículo 3º de la Constitución mexicana, a los menores que se rehúsen a participar activamente en las ceremonias cívicas que se llevan a cabo en las escuelas.

Asimismo, sabemos que entre 1990 y 1991 fueron interpuestos ante los tribunales judiciales un número estimado de 72 amparos por violaciones al

³⁹⁰ *Id.*, el folleto Los Testigos de Jehová y la Educación de M.G. Henschel publicado en 1995 por Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania, p. 20.

³⁹¹ *cf.* Gaceta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, No. 28, noviembre de 1992, pp. 87 a 93.

derecho a la educación de los menores miembros de la secta testigos de Jehová que se rehúsan a participar activamente en las ceremonias cívicas escolares³⁹²

Recientemente, también se han dictado algunas sentencias de amparo, en casos de maestros de escuelas públicas, quienes por negarse a participar en las ceremonias cívicas, fueron despedidos de su trabajo.³⁹³

Además de las resoluciones tomadas por el *Ombudsman*, y de las sentencias de amparo dictadas por los tribunales federales, encontramos diversos criterios generales emitidos por la Secretaría de Educación Pública, ante quien se han hecho llegar algunas quejas, o se le han solicitado informes justificados, en su calidad de autoridad responsable en los procedimientos ante los tribunales judiciales o ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH).³⁹⁴

Es importante señalar que la actitud general de las autoridades frente a este conflicto ha ido más bien por la línea de la tolerancia, ya que de acuerdo con datos proporcionados por la propia congregación, actualmente el número de niños que sufren algún tipo de perjuicio en su esfera jurídica se calcula en

³⁹²Información obtenida del Departamento de Amparos de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Educación Pública

³⁹³Cfr. la tesis de jurisprudencia No. 41/94 de 3 de octubre de 1994, que resolvió una contradicción de tesis de los Tribunales 1^o y 4^o del Primer Circuito en materia Laboral

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Cuarta Sala, Volumen 82, p. 20

³⁹⁴Cfr. el Oficio No. 205 1 4 1392/DNC/94 dirigido al representante de la Congregación de los Testigos de Jehová en México, expedido por la Dirección General de Asuntos Jurídicos, Dirección de Normatividad y Consulta de la Secretaría de Educación Pública, en el cual declara vigentes los criterios generales emitidos por esa dependencia en los oficios 205 1 4 603/DNC/92, 205 1 4 669/DNC/92, 205 1 4 680/DNC/92 y 205 1 4 681/DNC/92

un total de 704, siendo que dicha asociación religiosa cuenta actualmente con casi medio millón de miembros activos en México.

En México es común resolver fácticamente este tipo de problemas, por lo que en casos de conflicto con los directores de determinada escuela, los padres de familia no encuentran dificultades para ingresar a sus hijos en otra escuela pública cercana.

Para conocer el tratamiento jurídico de la problemática en cuestión, analizaremos a continuación el criterio sostenido por las diversas autoridades que se han ocupado de conocer las quejas e impugnaciones relacionadas con este asunto.

8.2 Resoluciones de las autoridades en el caso de expulsiones de las escuelas públicas de menores testigos de Jehová

8.2.1 Los tribunales de amparo

a) Consideraciones preliminares

En México, los Tribunales del Poder Judicial de la Federación son los intérpretes máximos de la Constitución, y tienen la misión muy importante de vigilar la constitucionalidad de las leyes y los actos de autoridad. La eficacia de las sentencias de amparo se limita a la esfera jurídica del quejoso o

agraviado, por eso se dice que sus efectos son "*inter-partes*", y no "*erga-omnes*"

La Suprema Corte de Justicia (SCJ) es la única competente para conocer en segunda y última instancia, sobre la inconstitucionalidad de las leyes en que se fundan determinados actos de autoridad que causan un perjuicio en la esfera jurídica del quejoso. Los criterios sostenidos en las sentencias de la Suprema Corte son obligatorios para todos los jueces federales o locales, en todo el territorio nacional, siempre y cuando hayan sentado jurisprudencia, y esto sucede cuando se han dictado cinco sentencias ininterrumpidas en el mismo sentido, sobre el mismo asunto.

El conocimiento en segunda y última instancia de la inconstitucionalidad de los demás actos de autoridad, que no sean actos legislativos —salvo algunos casos en los que la Corte ejerza sus facultades de atracción—, está reservado a los Tribunales Colegiados de Circuito (TCC). Los criterios sostenidos en las sentencias dictadas por los Tribunales Colegiados son obligatorios para los jueces inferiores, cuando hayan sentado jurisprudencia dentro de su circuito o circunscripción territorial.

Puede suceder que el tribunal colegiado de un determinado circuito sienta jurisprudencia en sentido contrario al de otro tribunal colegiado de otro circuito, y entonces puede denunciarse ante la Suprema Corte la contradicción de tesis, debiendo ésta decidir la tesis que debe prevalecer, y con esto se sienta

jurisprudencia, aunque no se reúnan las cinco sentencias requeridas para ello.³⁹⁵

En el caso que nos ocupa, no se discute la constitucionalidad de las diversas disposiciones legislativas que establecen la obligación de rendir honores a la bandera y entonar el Himno Nacional en las escuelas públicas, ya que estas disposiciones no contravienen ningún artículo de la Constitución, al contrario, se inspiran en lo dispuesto por el artículo 3° constitucional en materia educativa.

En general, tampoco se discute la naturaleza de "autoridad" para efectos del amparo de los directores de las escuelas públicas, ni de las demás autoridades educativas, federales o locales, aunque ciertamente ha habido algunos casos — especialmente en primera instancia — en que los amparos se han sobreseído por considerar que los actos de expulsión de las escuelas públicas no se consideran actos de autoridad para efectos del amparo.

Lo que se discute más bien es la constitucionalidad de los actos de aplicación de esta ley. Concretamente, la violación al derecho a la educación consagrado por el artículo 3° constitucional, así como la violación a la libertad de conciencia, que se considera protegida por el artículo 24 constitucional, que garantiza el derecho de libertad religiosa, y por los tratados o convenios internacionales de los que México ha sido signatario. También se impugna la

³⁹⁵ *Id.* arts. 103 y 107 de la Constitución mexicana así como la ley reglamentaria de dichos artículos, también llamada

violación a la garantía de legalidad consagrada en los artículos 14 y 15 constitucionales, por falta de fundamentación y motivación de las sanciones impuestas a los menores que se rehúsan a participar en las ceremonias cívicas.

h) Sentencias de amparo en el caso de menores testigos de Jehová

Como ya se señaló,³⁹⁶ entre 1990 y 1991 se interpusieron un total de 72 amparos, de los cuales fueron otorgados 27, es decir el 37%. En ningún caso se entró a estudiar el fondo del asunto, sino que se otorgó el amparo por defectos de forma, por falta de fundamentación y motivación, y por violación a la garantía de audiencia.

Otros 25 amparos (34%) fueron sobreseídos por considerar que los actos reclamados no constituyen actos de autoridad para efectos del amparo. En estos casos el quejoso invariablemente interpuso el recurso de revisión ante el Tribunal colegiado, siendo concedida en algunas ocasiones.

Asimismo, sólo 5 amparos (6%) fueron negados considerando que la expulsión escolar se encuentra perfectamente justificada.

Finalmente, no tenemos datos sobre el sentido de la resolución de los 15 amparos restantes (20%).³⁹⁷

"Ley de Amparo"

³⁹⁶*Id. supra.* p. 381

³⁹⁷Datos obtenidos del Departamento de Amparos de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Educación Pública

He aquí algunos de los argumentos esgrimidos por el juez de amparo en una ejecutoria dictada conforme a la legislación anterior a la reforma de 1992, en la que se denegó el amparo:

"Los acuerdos que las autoridades educativas adopten para separar a los alumnos con base en la Ley del Escudo, la Bandera y el Himno Nacional, no violan garantías en su perjuicio, porque si por imperativos concernientes a su convicción de conciencia de una fe religiosa se permitiera a los que la profesan, ~~apartarse de las normas jurídicas que regulan el comportamiento de toda la sociedad, equivaldría a someter la vigencia de esas normas, a la aprobación del individuo, lo que a su vez pugnaría con el acto de creación del derecho por parte de la comunidad.~~ Así, tales acuerdos apoyados en que el alumno, ~~so pretexto de pertenecer a los testigos de Jehová omite rendir honores a los símbolos patrios contemplados en la invocada ley, no trasgreden los artículos 3º, 14 y 24 constitucionales.~~ El 3º, porque no se les impide el ingreso a las instituciones educativas, sino que únicamente se trata de preservar el espíritu de ese precepto derivado de la titularidad que se confiere al Estado para la conducción de la tarea educativa. El 14, porque si la educación como garantía individual de los mexicanos, está al margen de toda creencia, dogma o doctrina religiosa, no rige el principio de previa audiencia para que los alumnos sean separados de las escuelas, pues escucharlos implicaría el absurdo de darles oportunidad de oponerse a las disposiciones reguladoras de

la disciplina interna del plantel. El 24, porque de conformidad con éste las ceremonias o devociones del culto religioso, se circunscriben a los templos o domicilios particulares, de modo que no es admisible que se traduzcan en prácticas externas que trasciendan en el ámbito social del individuo." ³⁹⁸

Después de 1991 ha disminuido considerablemente la interposición de amparos. Tal vez por la complejidad y gastos que este recurso procesal requiere, y tal vez también porque al crearse la Comisión de Derechos Humanos en 1990, se ha abierto una vía más sencilla y ágil de protección en materia de derechos humanos. Si bien sus resoluciones no tienen fuerza vinculativa, sí ejercen una presión moral y, sobre todo, contribuyen a clarificar el criterio de las autoridades educativas en esta materia.

De acuerdo con datos proporcionados por la propia agrupación de los testigos de Jehová, el número de casos de niños que sufren algún tipo de perjuicio en sus estudios por este motivo ha disminuido considerablemente, toda vez que en el curso 92-93 había un total de 3,727 niños con problemas por este motivo y en el curso 96-97 encontramos un total de 704.

Considerando también que la mencionada asociación religiosa cuenta a la fecha con un total estimado de 500,000 miembros activos y a pesar de desconocer el dato numérico de niños testigos de Jehová que se encuentran actualmente estudiando en escuelas públicas a nivel primaria y secundaria,

³⁹⁸ *Id.* Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, 8ª época 30- III v 10 - IV 1990, Tomo V.

nos parece que el porcentaje de 14% (que representan los 704 casos actuales), de los 500,000 miembros activos, es relativamente bajo en relación con los y de datos anteriores.

Finalmente, consideramos que también ha influido la reforma constitucional de 1992 en materia religiosa, que aunque expresamente prohíbe la objeción de conciencia, ha propiciado una actitud más tolerante por parte de las autoridades gubernamentales.

Así lo ~~demuestra la siguiente ejecutoria, dictada el 26 de junio de~~ 1996 por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, en la ciudad de Zacatecas, Estado de Zacatecas, en la cual revoca y deja sin efecto la sentencia de primera instancia dictada por un juez de distrito, desestimando y criticando la ejecutoria anteriormente citada de 1990,³⁹⁹ y otorgando el amparo por violaciones a las garantías de audiencia y legalidad consagradas en los artículos 14 y 16 constitucionales. Es muy interesante constatar la evolución del criterio sostenido en esta ejecutoria, ya que aunque otorgó el amparo por motivos de forma y no de fondo, se observa una apreciación distinta en cuanto a la protección del derecho de libertad religiosa y de conciencia, y de los derechos humanos en general.

Estos son algunos de los argumentos esgrimidos en esta ejecutoria:

Segunda Parte, p. 209.

³⁹⁹*Id. supra*, p. 387

" el hecho de que en un plantel educativo se otorgue a los educandos o a sus legítimos representantes la oportunidad de discutir, y de ser oídos en relación con determinaciones del plantel basadas en las disposiciones reguladoras de la disciplina interna del mismo, no es ningún absurdo, sino un instrumento adecuado y eficaz para fomentar los principios y valores a que alude la fracción I del artículo 3º constitucional, y en especial, la formación en la democracia participativa y a la fomentación de mejores formas de convivencia humana, del aprecio por la dignidad de la persona, de la integridad de la familia, de la convicción del interés general de la sociedad y del cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, valores que indudablemente no podrían fomentarse a través de criterios dogmáticos, indiscutibles y totalitarios, impuestos unilateralmente por el plantel educativo en lo correspondiente a su disciplina interna de manera que lo que pareciera absurdo, en todo caso, sería que teniendo el plantel educativo la obligación constitucional de inculcar y fomentar los valores y actitudes a que alude la fracción I del artículo 3º. constitucional, asumieran actitudes contrarias al proceso democrático y al aprecio y respeto de la dignidad humana y a los valores y creencias que cada persona profesa, sin más límites que los que previene el artículo 24 y los que previene el propio artículo 3o, ambos de la Constitución General de la República."

"... se sostiene que de conformidad con el artículo 24 constitucional no es admisible que las ceremonias y devociones de culto se traduzcan en prácticas externas que trasciendan el ámbito social del individuo. La tesis referida es insostenible jurídicamente, porque el artículo 24 constitucional, lo que prohíbe es que los actos de culto, ceremonias o devociones que realicen, como actos colectivos, en lugares distintos de los templos y domicilios particulares, pero ni el mencionado precepto constitucional ni ninguna otra disposición legal prohíbe que las creencias religiosas puedan traducirse en prácticas externas que trasciendan el ámbito social del individuo como tal. Al contrario, el artículo 3o. constitucional consagra a favor de todo individuo la libertad de expresión y expresamente prohíbe que las personas por la manifestación de sus ideas, sean objeto de inquisición judicial y administrativa, salvo que ataque la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público, hipótesis en la que tales actos deberían ser determinados y en su caso sancionados, a través de un procedimiento judicial

" 400

A la fecha la Suprema Corte no ha establecido un criterio uniforme por la vía jurisprudencial en el caso que nos ocupa, ya que hasta el momento no se ha presentado ninguna denuncia de contradicción de tesis, tal vez porque en el

caso de las sentencias recientes se trata de meras ejecutorias que aún no sientan jurisprudencia

8.2.2 *Las comisiones de derechos humanos*

Como ya mencionamos⁴⁰¹ la Comisión Nacional de Derechos Humanos en el número 28 de su *Gaceta* de noviembre de 1992, publicó un estudio elaborado a raíz de las 118 quejas presentadas ante esa instancia, en el período de septiembre de 1991 a agosto de 1992, con el propósito de determinar si en estos casos existe o no violación de derechos humanos.

Los quejosos protestaban por las expulsiones de que habían sido objeto algunos menores de edad en las escuelas públicas por negarse a participar activamente en las ceremonias cívicas.

Precisaban que: "... su posición es religiosa", "vemos el saludo a la bandera como un acto de adoración", "aunque no saludamos la bandera de ninguna nación, esto ciertamente no se hace como señal de falta de respeto. Si respetamos la bandera del país donde vivimos, sea cual sea éste, y mostramos este respeto por nuestra obediencia a las leyes del país. Por eso, mientras otros saludan y juran lealtad, nuestros hijos están de pie en calma y respetuosamente durante la ceremonia de saludo a la bandera. Como testigos de Jehová,

⁴⁰¹ *Id. supra*, p. 381

aceptamos y sostenemos no sólo en México, sino en todo el mundo, que los símbolos patrios de cualquier nación deben ser respetados.”

La posición de los menores nace de sus principios morales que son íntimos, en cuya esfera el derecho se reserva, pues no puede invadir y lesionar conciencias como sí ocurre si se obligara a menores de edad a hacer algo que afecte seriamente sus sentimientos.⁴⁰²

Al abordar el estudio de este caso, la CNDH reconoce que: “El problema planteado, como todo aquel que toca problemas de conciencia, es muy difícil, de aristas espinosas y siempre controvertible. Esta es una cuestión que no sólo se presenta en México sino en muchos de los países donde existen testigos de Jehová (...) ha sido examinado y resuelto por jueces de diversos países en las formas más contradictorias (...) a los problemas de conciencia, lo más cómodo sería no tocarlos; son extremadamente sensitivos, exaltan la emoción y dividen a la sociedad e incluso a las familias.”⁴⁰³

Sin embargo, la CNDH ubica el problema, no en el campo del derecho de libertad de creencias o de conciencia, sino respecto al derecho a la educación. Al parecer, para este organismo no hay duda que en el caso en cuestión no existe violación de derechos humanos por lo que atañe al derecho de libertad religiosa (artículo 24 constitucional) sino, que lo que hay que determinar, es si se está violando o no el derecho a la educación, por privar a

⁴⁰²*Ibidem*, p. 87.

los menores del acceso a la educación como sanción por la negativa a rendir honores a la bandera y a entonar el Himno Nacional. En este sentido nos dice que "el artículo 24 constitucional establece la libertad de creencia religiosa. Principio fundamental y base de nuestro orden jurídico. Principio que esta Comisión Nacional reconoce y defiende ampliamente. El problema que se examina en este documento es de naturaleza diversa."⁴⁰⁴

Al desplazar el problema del campo de la libertad religiosa y de conciencia, al del derecho a la educación, la Comisión Nacional de Derechos Humanos rechaza la posibilidad de que prevalezca el derecho de libertad religiosa y de conciencia frente a la obligación establecida por una ley federal que obliga a participar activamente en las ceremonias cívicas que se realicen en las escuelas. Es decir, rechaza con esto la posibilidad de la objeción de conciencia por motivos religiosos en el supuesto que venimos comentando.

Justifica en los siguientes términos la limitación impuesta a la libertad de creencias cuando dice "...la libertad de creencia es una libertad íntima, ilimitada, pero las libertades que se exteriorizan tienen que ser compatibles con las libertades de los demás. Desde este punto de vista, las libertades no pueden ser ilimitadas" y "no es posible exigir libertades y

403 *Ibidem* pp 87 y 88

404 *Ibidem*. p 89

desconocer las normas de la Constitución y de las leyes que hacen posible precisamente esas libertades."⁴⁰⁵

Asimismo, justifica las limitaciones a la libertad de creencias en el ámbito educativo con los siguientes argumentos:

"En México, la educación es laica; es decir, completamente separada de cualquier religión. Una de las razones es para respetar la libertad de creencias de todo niño y joven. Por ello no es admisible ningún argumento que pretenda vulnerar el orden jurídico mexicano y su principio de educación laica, basado en silogismos de carácter religioso."⁴⁰⁶

Respecto a la obligación establecida por las leyes de rendir honores a los símbolos patrios establece: " Esta Comisión Nacional, por las razones que se asientan en este documento está completamente de acuerdo con ese mandamiento constitucional, pero si no lo estuviera no lo podría desconocer porque un *Ombudsman* por lo que pugna precisamente es por la aplicación estricta de la Constitución y de la ley, no por su desconocimiento."⁴⁰⁷

"Permitir que algunos no honren ni respeten los símbolos patrios perturba la moral de la escuela e incita al desconocimiento de la disciplina que debe existir en el plantel educativo".⁴⁰⁸

⁴⁰⁵*Idem*

⁴⁰⁶*Idem*

⁴⁰⁷*Ibidem*, p. 90

⁴⁰⁸*Idem*

"Los símbolos patrios representan y unen a todos los mexicanos. El país respeta todas las religiones y creencias y la libertad de religión. Entonces ¿es posible admitir que una creencia, a su vez, inste al no respeto a lo que el país es y a los símbolos que lo representan?"⁴⁰⁹

"No hay duda que en cuestiones religiosas debe imperar, como en ninguna otra, uno de los grandes principios civilizadores; la tolerancia. La tolerancia tiene que ser un estilo de vida nacional y personal. Sin embargo, en nombre de la tolerancia no puede infringirse el derecho ni el respeto mínimo al país."⁴¹⁰

"Ciertamente, en el orden jurídico mexicano, el órgano que tiene en sus manos la decisión última de este problema, si se plantea a través de los procedimientos y etapas que señala la ley, es el Pleno de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación."⁴¹¹

Por lo que se refiere a las posibles violaciones a la Convención sobre Derechos del Niño, la Comisión Nacional de Derechos Humanos nos dice que:

"...en varios de los escritos de queja se aduce que las decisiones objeto de este documento violan diversos artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño, que México ha suscrito y ratificado. Se citan los artículos 2; 14

⁴⁰⁹*Idem*

⁴¹⁰*Idem*

⁴¹¹*Ibidem*, p. 91

fracciones 1 y 2; 28 fracción I que protegen, entre otros, la libertad de religión y el derecho de educación de los niños."

"Sin embargo, en ningún momento citan los artículos 13 y 14, en su fracción 3, de esa misma Convención en que queda claro que la libertad de expresión está sujeta a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias.

- Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás, o

- ~~Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas...~~

No existe ninguna libertad personal ilimitada. Vivimos en sociedad. Existe un orden jurídico que protege a todos, reconoce derechos e impone deberes."⁴¹²

Finalmente, la Comisión Nacional de Derechos Humanos concluye que: "Por todas las razones expuestas en este estudio, indudablemente que existe base constitucional y legal para sancionar, inclusive con la expulsión de la escuela, a los niños que se niegan a saludar y honrar a la Bandera Nacional y a cantar el Himno Nacional. El sentido del mencionado artículo 130 constitucional es muy claro así como el artículo mencionado de la ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales. Además...el artículo 24 de la

⁴¹²*Idem*

Constitución debe de ser interpretado en conexión con los artículos contenidos en la propia ley Fundamental" ⁴¹³

Sin embargo, y al mismo tiempo que justifica legalmente la sanción de las conductas de los menores, matiza un poco la aplicación de este criterio cuando dice que "...en esta delicada situación, también tiene que tomarse en cuenta otro aspecto de singular importancia: que el artículo 3º de nuestra Constitución contiene el derecho a la educación y el principio de la obligatoriedad de la escuela primaria (actualmente también la escuela secundaria) para todos los niños, lo cual constituye uno de los derechos humanos más importantes que contiene nuestra Carta Magna" ⁴¹⁴

"La expulsión de un niño de la escuela por las razones objeto de este estudio, le cancela completamente su derecho a la educación, aunque sea por la razón... antes apuntada." ⁴¹⁵

"Debe tenerse en cuenta que la actitud de esos niños se relaciona directamente con la educación religiosa que les han dado sus padres; que esos niños aún no tienen la capacidad intelectual para poder discernir totalmente la grave falta en que están incurriendo y al expulsárseles se les suprime la

413 *Ibidem*

414 *Ibidem*, p. 92

415 *Ibidem*

posibilidad de que al cursar materias como civismo, puedan comprender el gran valor que nuestros símbolos patrios tienen".⁴¹⁶

"La Comisión Nacional de Derechos Humanos asimismo valora que en aspectos de conciencia debe estar presente siempre ese valor tan necesario al que ya se hizo referencia, que es la tolerancia, siempre y cuando no se vulneren normas jurídicas".⁴¹⁷

Finalmente y con base en todos estos razonamientos, la Comisión Nacional de Derechos Humanos determinó el siguiente criterio de actuación por parte de las autoridades educativas para evitar violaciones a los derechos humanos en el caso que nos ocupa:

a) Se deben evitar lesiones al derecho a la educación que tienen todos los niños de México.

b) Se debe explicar a explicar a los niños y a sus padres, que por razones religiosas se nieguen a saludar y honrar a la Bandera y a cantar el Himno Nacional, las faltas en que están incurriendo con la mencionada Ley...

c) La expulsión de los niños de la escuela en estas situaciones sólo debe tomarse como una medida extrema: en caso de que en esas ceremonias expresen o manifiesten una actitud irrespetuosa hacia nuestros símbolos patrios.

⁴¹⁶*Ibidem*

⁴¹⁷*Ibidem*, p. 93

d) Si los niños, negándose a honrar los símbolos patrios en esas ceremonias, guardan una actitud respetuosa, procede el establecimiento de alguna medida disciplinaria, encontrándose que la expulsión es excesiva y lesiva a su derecho a la educación.

e) La medida disciplinaria puede consistir en la afectación en alguno o algunos puntos en cualquier asignatura relacionada con la materia de civismo.

f) La Secretaría de Educación debe establecer un criterio unánime para estos casos⁴¹⁸.

8.2.3. *Las autoridades educativas*

En cuanto a la aplicación por parte de las autoridades educativas del criterio sostenido por la Comisión Nacional de Derechos Humanos en el estudio a que nos hemos referido, vemos que no se ha aplicado uniformemente en toda la República, lo que ha motivado que se sigan interponiendo quejas ante las comisiones estatales de derechos humanos, y ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos, por incumplimiento de las recomendaciones emitidas por las comisiones estatales de derechos humanos.⁴¹⁹

⁴¹⁸*Idem*

⁴¹⁹ Como ejemplo tenemos las siguientes recomendaciones de Comisiones Estatales de Derechos Humanos (CEDH): Recomendación 5/93 del 21- IX - 93 de la CEDH del Estado de Chiapas; Recomendación 776/ 94 del 28- X - 94 de la CEDH del Estado de Jalisco; Recomendación No. PDH/ MH/ XI/ 1 - II - 94 del 13 - XII - 94 de la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado de Baja California; Recomendación 631 - 94 del 14 - XII - 94 de la CEDH del Estado de Morelos; Recomendación 1469 - 94 del 30 - III - 95 de la CEDH del Estado de Hidalgo; Recomendación 61/95 del 31 - V - 95 de la CEDH del Estado de Querétaro; Recomendación del 27 - VI - 95 de la CEDH del Estado de Campeche.

Esto se debe también a que, a partir de 1992, la competencia en materia educativa se distribuyó entre la Federación, los Estados y los Municipios, y la misma Secretaría de Educación Pública (SEP) ha reconocido que en esta materia cada estado tiene la última palabra y no es posible imponer desde la Secretaría un criterio uniforme en toda la República. Así lo sostuvo la Secretaría en un oficio dirigido al representante de los testigos de Jehová que a la letra dice:

"No omito manifestarle que el buscar una solución al problema en cuestión, es propio de las funciones operativas de la prestación de los servicios educativos, por lo que las autoridades educativas locales, en términos del artículo 13, fracción I, de la Ley General de Educación, pudieran no compartir la opinión aquí expresada y son precisamente ellas las que deben dar solución al noventa por ciento de los escritos a los que hemos hecho referencia."⁴²⁰

A su vez, algunas autoridades educativas locales esgrimen diversos argumentos con los cuales pretenden validar la sanción de expulsión impuesta a los menores. Tenemos por ejemplo el caso del Estado de Baja California Sur (BCS), cuyas autoridades educativas argumentan:

Recomendación 47/96 del 26 - I-96 de la CEDH del Edo. de Guerrero, Recomendación 104/96 del 29 - V - 96 de la CEDH del Edo. de Zacatecas, Recomendación 498/95 del 4 - VII - 96 de la CEDH del Edo. de Yucatán, Recomendación 88/96 del 20 - IX - 96 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Recomendación 21 / 96 del 31 - XII - 96 de la CEDH del Edo. de Nuevo León.

"...es imposible pretender que los maestros no fomenten entre los alumnos el culto y respeto a los símbolos patrios, que siendo la educación laica, completamente separada de cualquier religión, es necesario por ello respetar la libertad de creencia de todo niño o joven, sin embargo, no es admisible ningún argumento que pretenda vulnerar el orden jurídico mexicano y su principio de educación laica, basado en silogismos de carácter religioso, por tanto... permitir que algunos no honren ni respeten los símbolos patrios, perturba la moral de la escuela e incita al desconocimiento de la disciplina que debe existir en un plantel educativo."⁴²¹

"Los aspectos de la educación cívica no se circunscriben a la actividad pasiva de menores educandos en las ceremonias cívico-escolares, sino que está encaminada a la formación de valores, conocimientos y comprensión de los derechos y deberes que caracterizan la organización política de México."⁴²²

"Si se establecen suspensiones por indisciplina escolar a educandos que reiteradamente se niegan a cumplir con la obligación que prevé la Ley del Escudo, la Bandera y el Himno Nacional. Ello no implica la negativa al

⁴²⁰ Cfr. Oficio No. 20514-1392/DNC/94 emitido el 30 de noviembre de 1994 por la Dirección General de Asuntos Jurídicos, Dirección de Normatividad y Consulta, dirigido al C. Florentino González, representante de la Congregación Testigos de Jehová.

⁴²¹ Cfr. texto completo de la Recomendación 88/96 de la CNDH, que se refiere al caso del recurso de impugnación por incumplimiento de la Recomendación 11/95 emitida por la Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Baja California Sur, relacionado con los niños Karim Ramírez Monroy y otros, del 20 de septiembre de 1996.

⁴²² Idem.

derecho de educación, y...no existe objeción por parte de la Secretaría a la inscripción, reinscripción o aceptación de los menores que por indisciplina infrinjan la normatividad existente, a fin de que no se afecte su instrucción, debiéndose comprometer a modificar su conducta dentro del plantel."⁴²³

Del mismo modo, haciendo alusión al Acuerdo 96, que rige el funcionamiento y organización de las escuelas primarias, en el artículo 38, se aclara "tal ordenamiento no conculca la conciencia de menores, sino que se han aplicado suspensiones por indisciplina escolar, evitando que dichas conductas se generalicen, lo que no es negativa al derecho a la educación, sino necesaria para mantener el orden en la institución educativa de que se trate, dejando en absoluta libertad al padre o tutor del menor, para que modifique su conducta de indisciplina."⁴²⁴

Finalmente señalan que "la educación que se imparte en el Estado es de tipo general, no se han establecido ceremonias cívicas para educandos que mantengan una actitud y postura firme y pasiva en dichos actos, y que la conciencia y religión de los educandos no interfiere con su obligación normativa de saludar a la Bandera y cantar el Himno Nacional, y si bien es cierto que no son sujetos punibles, también lo es que deben tener disciplina y obedecer a sus maestros."⁴²⁵

⁴²³Idem

⁴²⁴Idem

⁴²⁵Idem

A pesar de las divergencias de criterios entre las autoridades educativas de los estados de la República, la actitud general en las escuelas públicas es de tolerancia, permitiendo a los menores que se abstengan de participar en las ceremonias públicas, y de esta forma evitarles un conflicto de conciencia.

8.3 El caso de los maestros de escuelas públicas que son testigos de Jehová

Otro supuesto distinto de objeción de conciencia en México, lo constituye el caso de maestros de escuelas públicas que, por las mismas razones, se rehúsan a participar activamente en las ceremonias cívicas escolares.

Se han dado algunos casos en los que se ha despedido de las escuelas públicas a estos profesores. También se han interpuesto quejas por las presiones de que han sido objeto. Para impugnar dichas situaciones, los maestros perjudicados han acudido tanto al juicio de amparo, como a las quejas ante las comisiones de derechos humanos.

8.3.1 Resoluciones de las comisiones de derechos humanos

En los meses de julio y agosto de 1993 fueron interpuestas un total de 15 quejas ante diversas comisiones estatales de derechos humanos, por este

tipo de presiones a los maestros. Los quejosos alegaban que esos actos son violatorios de su libertad de conciencia y por ende de sus derechos humanos. La Comisión Nacional de Derechos Humanos en ejercicio de sus facultades de atracción determinó la no existencia de violaciones a los derechos humanos de los quejosos.⁴²⁶

En el análisis del problema, la Comisión Nacional de Derechos Humanos se remite a los argumentos esgrimidos en el estudio realizado con ocasión de las expulsiones de menores en las escuelas públicas,⁴²⁷ reiterando la obligación ineludible de participar activamente en las ceremonias cívicas.

Sin embargo y en sentido contrario al sostenido en el caso de los menores, respecto a los maestros, la Comisión Nacional considera plenamente justificada la imposición de sanciones, aduciendo que "...no es admisible ningún argumento que pretenda vulnerar el orden jurídico mexicano y su principio de educación laica. En este sentido, realizar proselitismo religioso desde la cátedra es atentatorio del artículo 3° de la Constitución General de la República."⁴²⁸

Reitera que "antes de imponerle sanción alguna... las autoridades escolares del plantel donde presta sus servicios le están conminando a saludar a la Bandera Nacional y a cantar el Himno Nacional, es decir, le están

⁴²⁶ *Id.* Oficios de la CNDH No. 327 a 337 del 23 de julio de 1993, y 354 - 358 del 13 de agosto de 1993.

⁴²⁷ *Id.* *Supra* p.381

⁴²⁸ *Id.* Oficio No. 357/93 expedido por la CNDH el 13 de agosto de 1993.

recordando la obligación que como profesor le impone el orden jurídico mexicano, por lo que no puede decirse que exista una situación violatoria a sus derechos humanos."⁴²⁹

8.3.2 Los tribunales de amparo

Los casos de profesores despedidos de su trabajo por este motivo, se han ventilado en un primer momento ante los tribunales laborales, alegando despido injustificado. Posteriormente las sentencias dictadas por los tribunales laborales, han sido recurridas en amparo.

Recientemente, la Suprema Corte resolvió una contradicción de tesis planteada sobre este asunto, declarando plenamente justificado el despido, por haberse configurado la causal de "faltas de probidad u honradez e incumplimiento general de las condiciones laborales". La tesis de la SCJN resalta el papel importantísimo del maestro en el servicio educativo.⁴³⁰

8.4. Conclusiones de este capítulo

Del análisis de los dos supuestos anteriores podemos sacar una primera conclusión: en nuestro sistema mexicano no goza de protección jurídica la llamada objeción de conciencia, aunque la reforma constitucional de 1992 ha

⁴²⁹*Idem*

⁴³⁰Contradicción de tesis 17/94 de 17 de octubre de 1994 de la Ponencia del Ministro Juan de Dios Romero de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

motivado una flexibilización frente a ciertas conductas que infringen algún precepto legal por motivos de conciencia.

En cuanto a la congruencia de nuestro sistema jurídico, en materia de objeción de conciencia con el derecho internacional, podemos observar que en sentido estricto no hay divergencia alguna entre lo exigido por los convenios internacionales de derechos humanos y el derecho mexicano, ya que, como ha quedado asentado, no es obligatorio el reconocimiento de la objeción de conciencia en el derecho internacional.

Sin embargo, aunque no son obligatorias, existen algunas recomendaciones emanadas de los organismos internacionales de derechos humanos, respecto de la conveniencia de regular la objeción de conciencia como un mecanismo pacífico y favorable para la solución de esos conflictos existentes en el seno de las sociedades pluralistas.

Es conveniente considerar la experiencia de otros sistemas jurídicos en los que se encuentra regulada la objeción de conciencia con buenos resultados.

Para la regulación adecuada en México sobre el caso particular de los alumnos de las escuelas públicas, hay que precisar:

a) Se trata de un supuesto de objeción de conciencia que se da en el ámbito educativo, y en particular en el ámbito de la escuela pública.

b) El derecho a la educación corresponde en primer término a los padres de familia y sólo de manera supletoria al Estado, conforme a la doctrina de los

derechos humanos. Es necesario considerar el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones filosóficas y religiosas, y precisar que sólo de manera supletoria le corresponde al Estado.

c) El ejercicio de este derecho en México sólo es posible en planteles particulares y mediante el pago del servicio educativo. Es decir, el Estado no garantiza el ejercicio de este derecho de forma gratuita en igualdad de condiciones para todos los habitantes del país.

d) Además de ser la educación un derecho; la educación elemental y secundaria es una obligación establecida por la propia Constitución para los padres de familia o para quienes ejercen la patria potestad.

e) El bien jurídico protegido por las disposiciones que establecen la obligación de rendir culto a los símbolos patrios, son el amor a la patria, el nacionalismo, y la identificación con los valores nacionales que representan los símbolos patrios que dan cohesión y promueven la unidad nacional.

f) Otro bien jurídico involucrado es la obediencia a las leyes, el orden y disciplina escolar y el respeto a las autoridades educativas.

g) También están en juego otros bienes jurídicos tutelados por importantes preceptos constitucionales como son el artículo 3º, que protege el espíritu tolerante, respetuoso y democrático que debe tener la educación en México, así como el artículo 24 que protege la libertad de creencias.

Atendiendo a las consideraciones anteriores nos parece que sí debe reconocerse la objeción de conciencia de los alumnos de las escuelas públicas, a participar activamente en las ceremonias cívicas en las que se rinde culto a los símbolos patrios.

En el caso de los profesores la situación es distinta, por lo que habría que considerar que:

a) La objeción de conciencia se da en el marco de las relaciones laborales, las cuales se caracterizan por el principio de autonomía de la voluntad que rigen las relaciones contractuales.

b) La relación laboral se encuadra a su vez en el ámbito educativo, La esencia de la prestación laboral es colaborar en la prestación de los servicios educativos que da la Institución.

c) Dado que es una relación que se origina voluntariamente, sin mediar necesidad u obligación de ningún tipo, no cabe objeción de conciencia alguna frente al cumplimiento de las obligaciones laborales estipuladas en el contrato laboral, puesto que a ello se ha obligado libremente el trabajador.

d) Sólo cabría la objeción de conciencia frente a exigencias laborales desconocidas por el trabajador en el momento de celebrar el contrato. No es este el caso de las ceremonias cívicas que motivan la objeción de conciencia que estamos comentando.

e) Así pues, consideramos que la objeción de conciencia a participar activamente en las ceremonias cívicas en las escuelas públicas no debe admitirse por parte de los maestros, pues que de permitirse se ocasionaría un grave trastorno en el seno de la institución educativa que requiere una especial unidad e identificación con el ideario filosófico por parte de los que han sido contratados para llevar a la práctica los principios de dicho centro.

CONCLUSIONES

1. La objeción de conciencia, o la oposición al cumplimiento de un deber legal por motivos de conciencia, es objeto de estudio de múltiples disciplinas sociales como la política, la sociología, la filosofía moral, el derecho y otras más. Asimismo, dentro del derecho, la objeción de conciencia puede analizarse desde diversas perspectivas, como la filosofía del derecho, la sociología jurídica, la psicología jurídica, la historia del derecho entre otras.

2. En la presente investigación nos propusimos analizar el fenómeno de la objeción de conciencia desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho comparado y en especial del derecho eclesiástico del Estado.

3. El derecho eclesiástico del Estado es una rama del derecho público que estudia al fenómeno religioso en su relevancia civil, es decir, como fenómeno social en tanto que interesa al Estado y éste regula de acuerdo con su propia filosofía social. Por tanto, el derecho eclesiástico del Estado está constituido fundamentalmente por la legislación estatal en materia religiosa.

4. A partir de la reforma constitucional de 1992, los principios del derecho eclesiástico del Estado mexicano son los siguientes: el principio de libertad religiosa, el de separación Iglesia- Estado, el de laicidad y el de igualdad. Siendo el principio de libertad religiosa el principio fundamental y total.

5. La disciplina de los derechos humanos nutre e informa al moderno derecho eclesiástico mexicano debido a que el principio de libertad religiosa constituye el principio fundamental de nuestro derecho eclesiástico.

6. La objeción de conciencia es objeto de estudio del derecho eclesiástico del Estado por encontrar fundamento en los derechos humanos de libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia.

7. La objeción de conciencia es la negativa al cumplimiento de un deber legal por motivos de conciencia.

8. Sus elementos esenciales son:

- a) se trata de un comportamiento individual
- b) activo u omiso
- c) que contraviene un deber legal

d) fundado en motivos de conciencia

e) que la consecuencia del incumplimiento sea la imposición de una sanción o la privación de un beneficio

f) que respete ciertos límites, es decir, que no lesione el bien común, ni derechos de terceros, ni exigencias fundamentales de la justicia

9. Su naturaleza jurídica es el de una excepción al cumplimiento de un deber legal por motivos de conciencia. Se fundamenta en los derechos humanos de libertad de pensamiento, religiosa y de conciencia.

10. El bien jurídico protegido conjuntamente por estas tres libertades es el ámbito de la libertad y de la racionalidad humana. Asimismo cada una de ellas protegen bienes jurídicos particulares, a saber:

- La libertad religiosa protege el acto de fe o de adhesión a una determinada creencia religiosa

- La libertad de pensamiento protege todas aquellas convicciones filosóficas o ideológicas que sin ser una creencia religiosa desempeñan en la vida el mismo papel que las creencias religiosas

- La libertad de conciencia es el derecho de ajustar el propio comportamiento a las propias convicciones religiosas o filosóficas.

11. En el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos, el sistema europeo es el que más desarrollado se encuentra respecto a la tutela efectiva de estos derechos habiendo elaborado una rica jurisprudencia sobre la materia que permite visualizar la operatividad práctica de estas tres libertades.

12. La objeción de conciencia no ha sido reconocida explícitamente en los convenios internacionales de derechos humanos a nivel mundial o regional. Sin embargo, existen diversos documentos internacionales que recomiendan a los gobiernos el reconocimiento de la objeción de conciencia al servicio militar.

13. Respecto a los otros supuestos de objeción de conciencia encontramos algunas sentencias aisladas del tribunal europeo de derechos humanos en las que se protegen otros supuestos de objeción de conciencia derivado del derecho de libertad de conciencia reconocido por el convenio europeo de derechos humanos.

14. En el derecho extranjero europeo es común que la legislación reconozca el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio y al aborto. El derecho norteamericano es el sistema en el cual se otorga una protección mas amplia a la libertad de conciencia y por lo tanto es el sistema jurídico en el que más supuestos de objeción de

otorga una protección mas amplia a la libertad de conciencia y por lo tanto es el sistema juridico en el que más supuestos de objeción de conciencia son permitidos por la vía de las excepciones religiosas otorgadas al amparo de la primera enmienda de la constitución norteamericana

15. Por lo que se refiere al derecho mexicano, a partir de la reforma constitucional de 1992 la protección otorgada a los derechos de libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia se ajusta en términos generales a lo estipulado en los convenios internacionales suscritos por México en materia de derechos humanos. Sin embargo, aun quedan algunos aspectos que es preciso mejorar en la regulación actual como es la efectividad del derecho de los padres a brindar a sus hijos una educación que esté conforme con sus convicciones religiosas o filosóficas, puesto que el ejercicio de este derecho solo es posible para aquellos padres que tienen recursos suficientes para pagar una escuela particular.

16. Por lo que se refiere a la objeción de conciencia, en México no solo no está reconocida sino que está expresamente prohibida en la ley reglamentaria del artículo 130 constitucional. Considerando que una ley reglamentaria no puede limitar las libertades públicas consagradas en la Constitución, es preciso interpretar adecuadamente la ley reglamentaria para

no hacer negatoria la protección otorgada por los artículos constitucionales que protegen la libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia, y que deben interpretarse de acuerdo con el espíritu de los convenios internacionales en esta materia suscritos por México.

17. Para brindar una adecuada protección jurídica a las libertades religiosa, de pensamiento y de conciencia, en México se propone derogar el artículo 1, 2º párrafo de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, así como reformar el artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión en los términos y con los límites señalados por los convenios internacionales de derechos humanos suscritos por México. La objeción de conciencia podrá ser permitida con los límites y condiciones establecidas para el ejercicio de las libertades de pensamiento conciencia y religión protegidas por dichos convenios.

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

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

18. Asimismo para los supuestos más frecuentes como el de los Testigos de Jehová y los símbolos patrios y el caso del aborto se propone incluir expresamente el derecho a la objeción de conciencia en la legislación correspondiente.

19. Finalmente, y como corolario a la presente investigación, es importante recalcar las siguientes ideas:

- a) Para poder insertar a la objeción de conciencia en un sistema jurídico sin caer en la anarquía ni trastocar el orden público es preciso definir claramente sus límites
- b) Son útiles para estos efectos los límites establecidos en los convenios internacionales de derechos humanos y que son el orden público, la salud o la moral públicas, los derechos de terceros y el principio de legalidad y de sociedad democrática según vimos en el cuerpo de la tesis.

- c) Pero es la interpretación jurisprudencial la que en definitiva debe fijar los límites reales, por la interpretación que haga de estos conceptos generales.
- d) Para ello es preciso reconocer la existencia de una moral crítica que se funde en principios de valor universal y cuya validez no dependa del reconocimiento subjetivo por parte de individuos o instituciones.
- e) Estos principios y valores universales se derivan de la naturaleza humana y constituyen los bienes jurídicos fundamentales protegidos en términos generales por los convenios internacionales de derechos humanos y por la mayoría de los ordenamientos penales y que en este orden son:
- La vida y la integridad corporal.
 - El matrimonio, la familia y el derecho a la procreación.
 - El derecho a vivir en sociedad y la veracidad en las relaciones sociales.

- El derecho a conocer y abrazar la verdad, empezando por la libertad religiosa, de pensamiento, y de conciencia, y el derecho a la educación.
- La libertad humana en sus múltiples manifestaciones: de trabajo de tránsito, etc.

BIBLIOGRAFÍA Y HEMEROGRAFIA

Fuentes doctrinales

EDICIONES MEXICANAS

Adame Goddard, Jorge, "La crítica a la Constitución mexicana de 1857 hecha por los católicos conservadores durante los años de la República Restaurada (1867-1876)" Revista de Investigaciones jurídicas, México, año 4, núm 4, 1980, pp. 353-370.

— "Análisis de la ley de Asociaciones religiosas y culto público", en ARS IURIS, No.9 pp. 271-312.

— "El Juramento de la constitución de 1857" en Anuario de Historia del Derecho, México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Vol. X., 1998, p. 21 a 37.

— "La objeción de conciencia en México" en Derecho fundamental de libertad religiosa, número 1, Derechos Humanos Serie: Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 7-15.

— "Las reformas constitucionales en materia de libertad religiosa", ARS IURIS México, No. 7, México, Revista del Instituto de Investigación y Documentación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, 1992, p. 1 a 21.

— El pensamiento político y social de los católicos mexicanos (1867-1914), México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas, Serie de Historia Moderna y Contemporánea No. 15, 1981

Alvarez Ledesma, Mario, Introducción al estudio del derecho, Mc Graw Hill, México, 1997

Ampudia, Ricardo, La Iglesia de Roma, estructura y presencia en México, México, Fondo de Cultura Económica, 1998

Autores Varios, Estudios jurídicos en torno a la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, México, Secretaría de Gobernación y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Serie G: Estudios doctrinales, número. 160, 1994

Autores Varios, Los derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones, 4ª edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y H. Cámara de Diputados, LV legislatura, XII tomos, 1994

Bastian, Jean-Pierre, Los disidentes: sociedades estantes y revolución en México, 1872- 1911 México, Fondo de Cultura Económico, El Colegio de México, 1989.

— “Tolerancia religiosa y libertad de culto en México, una perspectiva histórica”, en AA.VV. , Derecho fundamental de libertad religiosa, México, Serie Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1994, p.17- 36

Blancarte, Roberto, Historia de la Iglesia católica en México, México, del Fondo de Cultura Económica, 1992

—Iglesia y Estado en México; seis décadas de acomodo y de conciliación imposible, México. IMDOSOC, Colección Diálogo y autocrítica, 1990

— “La libertad religiosa como noción histórica” en AA.VV. , Derecho fundamental de libertad religiosa, México, Serie Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1994, p. 37 a 62.

Carpizo, Jorge Estudios Constitucionales, 5ª edición, México, Porrúa, 1996

Carrillo Cazares, Alberto, “La iglesia ante la guerra chichimeca (1550-1585): fuentes para una teología por la represión o por la paz” En. AA. VV. La Iglesia Católica en México, México. El Colegio de Michoacán y Secretaría de Gobernación, Editora Nelly Sigaut, 1997, p. 41 a 48.

Cesarea, Eusebio de Historia Eclesiástica en Lactancio, Sobre la muerte de los perseguidores Introducción, traducción y notas de Don Casimiro Sánchez Aliseda, México, Librería Parroquia

Comaughton, Brian F., “Hegemonía desafiada: libertad, nación e impugnación de la jerarquía eclesiástica. Guadalupe 1821-1860” en AAVV, La Iglesia Católica en México, México, El Colegio de Michoacán y Secretaría de Gobernación, Editora Nelly Sigaut, 1997, p. 145-169.

Cuevas, Mariano. Historia de la Iglesia en México, El Paso, Texas 5 vols. , Editorial Revista Católica, 1928.

Constitución Dogmática Dignitatis Humanae del Concilio Vaticano II

Escriba Ivars, Javier. “La objeción de conciencia” en ARS IURIS, No. 10. México, Revista del Instituto de Investigación y Documentación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, 1993, pp. 95- 121

Galeana de Valdés, Patricia. Las relaciones Iglesia-Estado durante el Segundo Imperio, México UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 1991.

García Gutiérrez, Jesús. Apuntes para la historia del origen y desenvolvimiento del Regio Patronato Indiano hasta 1857, México. Jus, 1941.

García Maynez, Eduardo. Filosofía del Derecho, 6ª edición. México. Editorial Porrúa, 1989.

González Fernández, J. Ruiz Massieu y José Luis Soberanes. Derecho eclesiástico del Estado mexicano, 2ª ed. México. Porrúa, 1993.

González Shmall, Raúl. Derecho eclesiástico mexicano, un marco para la libertad religiosa, México, Porrúa, 1997

— El nuevo marco jurídico en materia religiosa, México, Umbral 11 XXI, 1993

González Ma. del Refugio, “Las relaciones entre el Estado y la Iglesia en México”, en AA.VV. , Derecho fundamental de libertad religiosa, México, Serie Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM 1994, p. 113 a 133

Hurtado López, Juan Manuel, “ La evangelización en la obra y pensamiento de Vasco de Quiroga” en AA.VV. La Iglesia Católica en México. México, El Colegio de Michoacán y Secretaría de Gobernación, Editora Nelly Sigaut, 1997 p. 99 a 120.

Jiménez Urresti, Teodoro Ignacio, Reestreno de las relaciones entre el Estado mexicano y las Iglesias. México, Ed. THEMIS

Margdant. G.F.. La Iglesia ante el derecho mexicano, esbozo historico-jurídico. México, Miguel Angel Porrúa, 1991

Méndez Gutiérrez A. (coord), Una ley para la libertad religiosa, México, Diana y Cambio XXI, 1992.

Meyer, Jean. La cristiada, México, editorial Siglo XXI, 2ª edición. tres vol., 1974

Pacheco Escobedo, Alberto, Temas de derecho eclesiástico mexicano, México, Ediciones Centenario. 1993

— “La libertad religiosa en la legislación mexicana de 1992”. en AA. VV. La libertad religiosa. Memorias del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie E:Varios. núm. 7 I. Universidad Nacional Autónoma de México. 1996. p. 107- 124

— “Ley y conciencia”, ponencia presentada en el simposio internacional “La objeción de conciencia en México y en el mundo”, organizado por le Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en México. los días 9 y 10 de julio de 1997.

Platón. Apología de Sócrates, Critón o el deber ciudadano, 14ª edición, México, Colección Austral. No. 639. 14o. edición, Espasa-Calpe, mexicana. S.A.

Ragón, Pierre. “Evangelización, matrimonio cristiano y poder de los caciques en el Valle de México (siglo XVI)” en AA.VV. LA Iglesia Católica en México, México, El Colegio de Michoacán y Secretaría de Gobernación, Editora Nelly Sigaut, 1997 p. 49 a 68.

Recopilación de leyes de los reinos de las Indias. México. Edición conmemorativa del V Centenario del Descubrimiento de América en el LXXV aniversario de la Escuela Libre de Derecho. Escuela Libre de Derecho y Miguel Angel Porrúa. . 6 tomos. tomo 1, Estudios histórico- jurídicos. 1987

Retamal, Fernando, "La libertad de conciencia y la libertad de las religiones en los grandes sistemas contemporáneos" en AA.VV., La libertad religiosa, México, *Memoria del IX Congreso Internacional de derecho canónico*, UNAM, 1996, pp 69 a 106.

Ricard, Robert, La conquista espiritual de México, México, Fondo de Cultura Económico, 1995.
Sagrada Biblia
San Agustín, La ciudad de México, sexta edición, Porrúa, México, 1981

Soberanes Fernández, José Luis, "La objeción de conciencia ante la justicia constitucional en México" ponencia presentada en el Simposio internacional "La objeción de conciencia en México y en el mundo" organizado por el Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM en México. los días 9y 10 de julio de 1997.

— "De la intolerancia a la libertad religiosa en México". en AA.VV., La libertad religiosa, México, *Memoria del IX Congreso Internacional de derecho canónico*, UNAM 1996. pp. 543 a 550.

— De la intolerancia a la libertad religiosa en México, en *Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E: Varios, núm. 71. Universidad Nacional Autónoma de México. 1996

Staples, Anne. La Iglesia en la primera república federal mexicana (1824-1835) (trad. Andrés Lira) México, SEP, col. Sep Setentas, no.. 237,1976

Toro, Alfonso. La Iglesia y el Estado en México, México, Talleres Gráficos de la Nación, 1927.

Vitoria, Francisco de, Relaciones del Estado, de los Indios y del derecho de la guerra, 2ª edición con una introducción de Antonio Gómez Robledo. México, Editorial Porrúa, Colección Sepan cuantos ... 1985

Zavala, Silvio, La filosofía política en la conquista de América. México, Fondo de Cultura Económica. 1947.

—Por la senda hispana de la libertad, segunda edición. México. Fondo de Cultura Económica. 1993.

— Apuntes de historia nacional (1808- 1974), 5ª edición. México, Fondo de Cultura Económica.. 1990

EDICIONES EXTRANJERAS

ESPAÑA

Autores Varios. Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. *Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía*. Madrid, Edersa-Universidad de Navarra-Universidad Complutense de Madrid. 1989.

Autores Varios, Tratado de derecho eclesiástico, Pamplona, Instituto Martín de Azpilicueta, Facultad de Derecho Canónico, Universidad de Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, 1994.

Cámara Villar, La objeción de conciencia al servicio militar (las dimensiones constitucionales del problema), Madrid, Editorial Cívitas, 1991

Carpintero, Francisco, Derecho y ontología jurídica, Madrid, Editorial Actas, 1993

—“La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la persona jurídica” en Anuario de Filosofía del Derecho del Instituto de Estudios Jurídicos de Madrid, España, en el año de 1987. p. 479 a 521.

—Una introducción a la ciencia jurídica. Madrid, España, Editorial Cívitas, 1988.

Cattelain, La objeción de conciencia, Barcelona, 1973.

Contreras Mazario, José María, “La libertad religiosa y la no discriminación por motivos religiosos en la Comisión de derechos humanos de las Naciones Unidas”, en Anuario de derecho eclesiástico del Estado, Madrid, Universidad Complutense, Vol. V, 1989. p. 19-31

D'ors. Alvaro, Una introducción al estudio del derecho, sexta edición, Madrid, Editorial Rialp, 1987

De Fuenmayor, Amadeo, La libertad religiosa Pamplona. EUNSA, 1974

Desantes, José María, Alfonso Nieto, y Miguel Urabayen, La cláusula de conciencia, Pamplona, EUNSA, 1978

Eissen Marc- André, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, traducción de Javier García de Enterría L. y Velásquez, Madrid, Editorial Cívitas

Escobar Hernández, Concepción. “Un nuevo paso en la protección internacional de la libertad de pensamiento, conciencia y religión: el procedimiento público especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas” en Anuario de derecho eclesiástico del Estado, Madrid, Universidad Complutense, 1990 pág. 87 a la 129

Gracia- Gallo, Alfonso, “Las bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en Africa e Indias” Anuario de Historia del Derecho Español Madrid, 1958. pp. 1-369.

Gonzalez del Valle, José María. “El derecho eclesiástico: denominación, origen, evolución y materias que abarca” en AA.VV., Las relaciones entre la Iglesia y el Estado, estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía, Madrid, Universidad Complutense de Madrid y Universidad de Navarra, EDIERSA, 1989. p. 149- 162

— Derecho eclesiástico español , 3a edición, Asturias, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 1995.

Hervada, Javier, Los eclesiásticos ante un espectador, Pamplona, EUNSA, 1993

- "Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica" en Persona y Derecho, V.II, Pamplona, EUNSA, 1984, p. 29.

Hervada, Javier, y José Manuel Zumaquero, Textos internacionales de derechos humanos, Pamplona. EUNSA, 1978.

Ibán, C. Iván C., Luis Prieto Sanchis y Agustín Luis Motilla , Curso de derecho eclesiástico, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1991.

Ibán, C. Iván y Luis Prieto Sanchis, Lecciones de derecho eclesiástico, 2a. Edición, Madrid., Editorial Tecnós. 1989

Lariccia, Sergio, Las objeciones de conciencia- Madrid, Editorial Montecorvo, 1994

Ley y Conciencia, moral legalizada y moral crítica en la aplicación del derecho, Madrid, edición a cargo de Gregorio Peces-Barba, Madrid, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1993.

Lombardia, Pedro y Fornés, Juan, "El derecho eclesiástico" en AA.VV. Derecho eclesiástico del Estado español, 3ª edición, Pamplona, , Ediciones Universidad de Navarra 1992, p. 23-87

Llamazares Fernández, Dionisio, Derecho eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia. 2ª ed., Madrid, AGISA, Universidad Complutense, 1991.

Martínez Torrón, Javier, El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en tomo al convenio de derechos humanos en Anuario de derecho eclesiástico del Estado, Vol. 9, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, ,EDERSA, 1986, p. 403-496

— "La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea" en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Vol. IX, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid EDERSA, , 1993, p. 53-88.

— "La objeción de conciencia en el derecho internaciona"l en Quaderni di diritto e politica ecclesiastica, 1989/2, Padova, Italia, CEDAM, 1990. p. 149-194.

Millan Garrido, Antonio, La objeción de conciencia, Madrid, Editorial Tecnós, 1990

Navarro- Valis, Rafael (coordinador) et al. Derecho eclesiástico del Estado español, tercera edición . Pamplona, Instituto Martín de Azpilicueta., Ediciones Universidad de Navarra, 1993

Oliver Araujo. Joan, La objeción de conciencia al servicio militar, Madrid, Editorial Cívitas. 1993

Palomino, Rafael, Las objeciones de conciencia en el derecho norteamericano, Madrid, Editorial Montecorvo, 1994

Ramos Morente, Miguel, Guía de la objeción de conciencia, España, Ayuntamiento y diputación provincial de Málaga, 1990

Santo Tomas, Suma Teologica, Tomo VI, El Tratado de la Ley, Madrid, Ediciones BAC. 1956

Souto Paz, José Antonio, Derecho eclesiástico del estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias. 3a. Edición. Madrid. Marcial Pons, Ediciones jurídicas S.A.. 1995.

— Derecho eclesiástico del Estado. El Derecho de la libertad de ideas y creencias, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A. 1992.

Thoreau. Henry D., Desobediencia civil, Madrid, traducción de Eugenia Díaz, Editorial Tecnós, 1897.

Vázquez. Rodolfo (comp.), Derecho y Moral, ensayos sobre un debate contemporáneo, Barcelona. Editorial Gedisa, 1998

Vera Urbano. Francisco de Paula. Derecho eclesiástico I, Madrid. Editorial Tecnós 1990.

Viladrich. Pedro- Juan y Javier Ferrer Ortiz, "Los principios informadores del derecho eclesiástico español" en AUTORES VARIOS, Derecho eclesiástico del Estado español, 3a. edición. Pamplona, EUNSA, 1993, p. 165- 225

ESTADOS UNIDOS

El folleto Los Testigos de Jehová y la Educación de M.G. Henschel publicado en 1995 por Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania. p. 20

Hart. H.L.A.. 158 "Legal and Moral Obligation", en A.I. Melden (comp.) Essays in Moral Philosophy. Seattle

Volokh. Eugene, A common law model for religious exemptions, en 46 UCLA LAW REVIEW:W. 1999. pp. 1465- 1566

ITALIA

Autores Varios. L'obiezione di coscienza nei paesi della comunità europea atti dell' incontro. Bruxelles-Lovaino 7-8 dicembre, 1990. European Consortium for Church-State Research. Università degli Studi. Facoltà di Giurisprudenza, Pubblicazioni di Diritto Ecclesiastico. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore. 1992

Duffar. Jean. "L'objection de conscience en droit français" en AA. VV.. L'obiezione di coscienza nei paesi della comunità europea atti dell' incontro. Bruxelles-Lovaino 7-8 dicembre, 1990.

European Consortium for Church-State Research, Università degli Studi, Facoltà di Giurisprudenza, Pubblicazioni di Diritto Ecclesiastico, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1992, pp. 46-88

Lariccia, Sergio. Conscientious objection in Italian law en AAVV, L'obiezione di coscienza nei paesi della comunità europea, atti dell'incontro, Bruxelles- Lovaino 7-8 dicembre, 1990, European Consortium for Church- State Research, Università degli Studi de Milano, Facoltà. p. 113-158.

L'interpretazione giudiziaria della convenzione europea dei diritti dell'uomo, Guida alla Giurisprudenza della Corte (1960-1987), publicación del Instituto Internacional de Estudios sobre derechos del hombre, constituido con la intervención del Consejo de Europa, la UNESCO y el gobierno italiano, Padova, Italia. CEDAM, 1988

Navarro Valls y Javier Martínez Torrón, de la Universidad Complutense de Madrid y publicado originalmente en italiano con el título Le obsesiona di coscienza, profili di diritto comparato, Torino, Italia, Giappichelli Editore. 1995.

Vermeulen, Ben P. "Conscientious objection in Dutch law" en AAVV. L'obiezione di coscienza nei paesi della Comunità Europea, atti dell' incontro, Bruxelles- Lovaino 7-8 dicembre. 1990. European Consortium for Church-State Research, Milano, Università degli Studi di Milano. Facoltà di Giurisprudenza, , Dott. A. Giuffrè Editore. 1992

ARGENTINA

Jiménez de Azúa, Luis, Tratado de derecho penal, tomo III, 3ª edición , Buenos Aires, Editorial Losada. 1965

FUENTES JURISPRUDENCIALES

DERECHO INTERNACIONAL

Sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos

Arrowsmith vs. Reino Unido

Campbell y Cosans vs. Reino Unido

Grandrauh vs. Alemania

Holy Monasteries vs. Grecia

Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen vs. Dinamarca

Klass y otros vs Alemania

Kokkinakis vs Grecia

Varios vs. Bélgica (caso sobre régimen lingüístico de las escuelas belgas)

Handyside vs United Kindom

DERECHO ESPAÑOL

Sentencias del tribunal constitucional español

STC 5/ 1981 de 13-II-81 (BOE 47 de 24 de febrero)

STC 24/ 1982, 13 de mayo (BOE 137 de 9 de junio)

STC 15/82. del 23 de abril de 1982 (BOE 18 de mayo)

STC 19/ 1985, de 13 de febrero de 1985 (BOE 55 del 5 de marzo)

STC 47/ 1985, de 27 de marzo (BOE 94 de 19 de abril)

STC 53/85 del 11 de abril de 1985 (BOE 18 de mayo)

STC 104/86. de 17 de julio (BOE 193 del 13 de agosto)

STC 160 y 161/87 del 27 de octubre de 1987 (BOE 12 de noviembre)

DERECHO NORTEAMERICANO

Sherbert vs Verner

Employment Division v. Smith

City of Boerne Petitioner v P.F. Flores

DERECHO MEXICANO

Amparo en revisión 63/90 del 30 de marzo de 1990 del tribunal colegiado 14º. circuito

Tesis de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia 41/94 de 3 de octubre de 1994 (resuelta por contradicción de tesis)

Amparo en revisión 395/96 del Tribunal Colegiado del 23º. circuito del 26 de junio de 1996

FUENTES LEGISLATIVAS Y RESOLUCIONES GENERALES

MEXICO

Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley de asociaciones religiosas y culto público

Ley del escudo y la bandera nacionales

Ley general de educación

ESPAÑA

Constitución española

Código penal español

Ley orgánica 8/1984

Ley ordinaria 48/1984

Real decreto 424/90

ESTADOS UNIDOS

Constitución estadounidense

Religious Freedom Restoration Act

NACIONES UNIDAS

Declaración universal de los derechos humanos

Pacto internacional de los derechos civiles y políticos

Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales

Declaración para la eliminación de todas las formas de intolerancia fundadas en la religión o en las convicciones

Resolución 40 (XXXVII) de la Comisión de Derechos Humanos del 12 de marzo de 1984

Resolución 33/1984 y 27/1984 del Consejo Económico y social del 24 de mayo de 1984

Resolución 1987/46 del 10 de marzo de 1987

Resolución 1989/59 del 8 de marzo de 1989

CONSEJO DE EUROPA

Resoluciones de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa

Resolución 337 (1967)

Recomendación 478 (1967)

Recomendación 683 (1972)

Recomendación 816 (1977) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa

Recomendación R (87) del Comité de Ministros del Consejo de Europa

Resoluciones del parlamento europeo

Resolución del 7 de febrero de 1983

Resolución del 13 de octubre de 1989

Resolución del 11 de marzo de 1993

Resolución del 19 de enero de 1994

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

Convención americana de los derechos humanos

Resolución sobre libertad de cultos de la Asamblea General del 22 al 31 de octubre de 1979

Resolución 02/79 de la Comisión Interamericana de derechos humanos