

CAPÍTULO QUINTO LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

Una vez que hemos visto la tutela jurídica de la objeción de conciencia por parte de los principales sistemas internacionales de protección a los derechos humanos, expondremos, en el presente capítulo, el tratamiento jurídico de la objeción de conciencia en otros países; con particular atención, hacia el sistema español y al sistema estadounidense, por el interés de conocer sistemas provenientes de familias jurídicas distintas.

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 legó, aunado a la oportunidad que tuvimos de realizar una fructífera estancia de investigación en la Universidad Complutense de Madrid, en el otoño de 1996.

Por eso, las fuentes consultadas sobre el derecho español son más amplias y abarcan tanto las fuentes legislativas —constitucionales y legales— como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina de algunos de los autores más reconocidos sobre este tema.

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, (Bruselas, 1990).¹⁸² Esto tiene la enorme ventaja de per-

¹⁸² *L'obiezione di coscienza nei paesi della comunità europea, atti dell'incontro*, Bruxelles-Lovaino 7-8 dicembre, 1990, *European Consortium*

mitirnos estudiar el derecho de esos países, por medio de sus mejores especialistas que exponen, ante un grupo de expertos, el tratamiento jurídico dado 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 conocer con profundidad los sistemas jurídicos de cada país.¹⁸³

I. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL

Como en muchos países, el surgimiento de la objeción de conciencia en España está estrechamente ligado al supuesto de la *objeción de conciencia al servicio militar*; su consagración legal ha sido un poco tardía en relación a los demás países europeos.

Sin embargo, el caso español presenta características singulares que lo distinguen claramente del resto de los países europeos, hasta el punto de llegar a la conclusión de más que objeción de conciencia, es un claro movimiento de desobediencia civil; figuras que, aun cuando están muy relacionadas, son diferentes (como hemos estudiado en el capítulo primero). Así lo señala Rafael Ajanjiz, cuando nos dice:

*for Church-State Research, Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, Pubblicazioni di Diritto Ecclesiastico, Milano, Dott. A. Giuffré 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, Turin, Giappichelli Editore, 1995.*

¹⁸³ 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, *cfr*: Navarro Valls, *Derecho eclasiástico del estado español*, *op. cit.*, Navarro-Valls y Martínez-Torrón, *Le obiezioni di coscienza*, *op. cit.*

A diferencia de la concepción dominante en Europa como mero derecho individual a ser eximido del servicio de armas por razones de conciencia, la suya fue una objeción de conciencia política y antimilitarista que ambicionaba la abolición de la conscripción y de los ejércitos.¹⁸⁴

El caso español se caracterizó por su estrecha relación con la transición política de una dictadura fuertemente militarizada a una democracia constitucional adoptada en Constitución de 1978.

Sin duda —continúa Ajanjiz— el contexto político de la dictadura terminal y de la transición fue una verdadera ventana de oportunidad política que en buena medida explica la mayor resonancia y provecho de la desobediencia de los objetores españoles en comparación con la de los franceses e italianos.¹⁸⁵

Hasta su abolición en 2001, la *mili*, como se denominaba coloquialmente al servicio militar, era una gravosa obligación que requería de los jóvenes españoles, al llegar a la mayoría de edad, una dedicación total durante un año, por lo menos, para entrenamiento militar en el destino determinado por las autoridades militares.

Hoy, la *mili* es historia en España, ya que después de más de 30 años de movimientos de desobediencia civil, finalmente fue derogada en 2001, mediante la profesionalización de las fuerzas armadas instauraron, en su lugar, la conscripción o reclutamiento voluntario.

Los aspectos singulares y atípicos del caso español explica, en nuestra opinión, a diferencia de otros países europeos, que en España, por la supresión de la *mili*, no haya logrado una mejoría en la profesionalización del ejército, sino por el contrario haya dado

¹⁸⁴ Ajanjiz, Rafael, “Objeción de conciencia, insumisión, movimiento antimilitarista”, *Revista Mientras Tanto*, Madrid, verano-otoño de 2004, pp. 91 y 92.

¹⁸⁵ *Idem*.

paso a unas fuerzas armadas muy debilitadas, que cuentan con alrededor de 110.000 efectivos en vez de los 180.000 previstos, sufren un crónico e irrecuperable déficit de reclutamiento y están sumergidas en una severa crisis de identidad y funcionalidad.

Nos parece interesante, sin embargo, hacer un breve repaso de la regulación jurídica de la objeción de conciencia al servicio militar, en los casi treinta años de vigencia en España, con el fin de visualizar algunos elementos que puedan servirnos para los propósitos del presente estudio.

1. Antecedentes histórico-jurídicos de la objeción de conciencia al servicio militar en España

Respecto a la regulación de la objeción de conciencia al servicio militar en el derecho español podemos distinguir varias etapas:¹⁸⁶

A. Primera Etapa. Desde el inicio del gobierno del general Franco, de 1939 hasta 1973

Las penas para los que se negaban a prestar el servicio militar eran severas. Esto se agravaba con la situación producida 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, 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

¹⁸⁶ Sobre la historia del reconocimiento de la objeción de conciencia al servicio militar remito a la bibliografía mencionada en el capítulo primero del presente trabajo.

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 veintitrés 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 donde comenzaron a alzarse las primeras voces en contra de este sistema, la protesta vino por parte de un joven católico, Pepe Beunza, quien en 1971, influido por los movimientos pacifistas de Gandhi, en la India, Lanza di Vasto, en Italia, Henry David Thoreau en Estados Unidos, entre 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 en España.

Así, comenzaron a presentarse las primeras propuestas para flexibilizar el régimen penal, que motivaron la expedición de la ley 29/73, mediante la cual se reformaba el Código de Justicia Militar, reduciendo de tres a ocho años las penas de prisión y termina 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 promulgó la ley de amnistía, que incluyó expresamente entre los indultados a los *objetores de con-*

ciencia 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, por eso este decreto fue rechazado por los objetores.

El 23 de noviembre de 1977, el Ministerio de Defensa elabora una circular para solucionar, de modo transitorio, el problema de los nuevos objetores que eran encarcelados. Establecía la 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 celebró 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

En 1984, 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 manda, 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 regulada la forma en que el legislador configuraría el derecho de objeción de conciencia al servicio militar.

Destaca la sentencia del Tribunal Constitucional español 15/1982, del 23 de abril de 1982,¹⁸⁷ en la cual se define al derecho de objeción de conciencia como un derecho derivado de la libertad ideológica, 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 artículo 16 constitucional, independientemente de que aún no se hubiera promulgado la legislación ordinaria que desarrollaría este derecho.¹⁸⁸

También destaca que en esta sentencia se haya relacionado la libertad de conciencia con la libertad ideológica, porque su campo de protección es más amplio al 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*

En este último, 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 aprobó dos leyes que regulan la objeción de conciencia al servicio militar en el derecho español.

¹⁸⁷ *Boletín Oficial del Estado* del 18 de mayo de 1982.

¹⁸⁸ 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.

Se trata de la Ley 48/84.¹⁸⁹ Regula el ejercicio del derecho de objeción de conciencia y la prestación social sustitutoria. Así, la Ley Orgánica 8/84,¹⁹⁰ regula el régimen de recursos, el régimen penal y disciplinario de la objeción de conciencia. El proyecto inicial contemplaba la 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.¹⁹¹

El procedimiento establece el ajuste de todos aquellos que pretendan ser declarados objetores de conciencia y, en consecuencia, ser eximidos de la obligación de prestar el servicio militar obligatorio, deben realizar, en su lugar, un servicio de carácter civil, para proteger el principio de igualdad jurídica.

¹⁸⁹ *Boletín Oficial del Estado*, del 28 de diciembre de 1984.

¹⁹⁰ *Idem*.

¹⁹¹ 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. *Cfr.* Preámbulo de la Ley 48 /84, párrafo 3o., *Boletín Oficial del Estado*, del 28 de diciembre de 1984.

Para lo anterior se creó el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia (CNOc), cuya misión era precisamente tramitar el procedimiento mediante el cual se obtiene la declaración de la condición de objetor. Este procedimiento tenía como finalidad evitar el fraude de ley al constatar, en la medida de sus posibilidades, que realmente se tratara de objetores de conciencia y no de personas que sólo querían 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 del servicio de armas, se establecía una duración superior para la prestación social sustitutoria, ubicándola en un límite de dieciocho meses como mínimo y veinticuatro como máximo, ya que la duración del servicio militar es de doce meses.

También se establecía un límite temporal para solicitar la declaración de la condición de objetor. Este límite impedía la llamada objeción de conciencia sobrevenida, es decir, no podía solicitarse la objeción una vez que ya se incorporó en filas y mientras durara el servicio militar obligatorio. Podía hacerlo hasta la incorporación en filas y una vez terminado el servicio, mientras durara 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 1987.¹⁹² En esa misma fecha, el Tribunal Constitucional

¹⁹² *Boletín Oficial del Estado*, del 12 de noviembre de 1987.

resolvió mediante la sentencia 161/87,¹⁹³ una cuestión de inconstitucionalidad, también respecto algunos aspectos de las leyes mencionadas.

Estas dos sentencias revisten una gran importancia, ya que proporcionaban la interpretación jurisprudencial de la legislación, en materia de objeción de conciencia, y delimitaban el contenido esencial, la naturaleza jurídica y el alcance de este derecho en España. Sin embargo, fueron duramente cuestionadas, y acusaron al Tribunal Constitucional de haber dado marcha atrás en el reconocimiento de la sentencia 15/82, de la naturaleza del derecho de objeción de conciencia como un derecho fundamental, definiéndolo como una especificación de la libertad de conciencia, protegida por el artículo 16 constitucional.¹⁹⁴

El recurso en contra de las leyes 8 y 48/84 esgrimía —entre otros— 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 regulaban la objeción de conciencia debían convertirse en una sola de carácter orgánico, acorde con su naturaleza de derecho fundamental.

b. Que se reconociera la posibilidad de objeción de conciencia durante la prestación del servicio militar, lo que se conoce como objeción sobrevenida.

c. La necesidad de eliminar ciertos condicionamientos legales, como es el que implica la actuación del CNOC, por violación de los derechos fundamentales a la intimidad, a la vida privada y a no declarar; garantizados por la propia Constitución.

d. Una adecuada interpretación del principio de igualdad, crítica la regulación del periodo de actividad de la prestación social, que podía llegar a ser el doble de tiempo que el servicio militar.

e. La dureza del régimen penal y disciplinario previsto en la ley.

¹⁹³ *Boletín Oficial del Estado*, del 12 de noviembre de 1987.

¹⁹⁴ Ajanjiz, Rafael, *op. cit.*

Asimismo, algún sector de la doctrina añadió las siguientes críticas:

a. No se reconocían todas las motivaciones para declararse objetor de conciencia, en concreto los motivos políticos.

b. Se establecía un tribunal que determinaba arbitrariamente quién debía ser reconocido como objetor y quién no.

c. No aceptaba la objeción de conciencia en caso de guerra, más que como una continuación y reforzamiento de la actividad militar.

d. La prestación social sustitutoria contravenía las convicciones del objetor, ya que la organizaba y estructuraba desde la perspectiva militar, en especial en sus aspectos de jerarquización y disciplina. Se rechazaba la intervención del Ministerio de Defensa en los asuntos de objeción de conciencia. Asimismo, abarca áreas de actividad que podrían ser asumidas por personal laboral en paro y limita los posibles campos de actuación y la posibilidad de que el objetor decidiera el tipo de servicio civil que podría realizar y dónde, pero olvida recoger la posibilidad de que el objetor realice su trabajo social en el marco de un servicio civil por la paz.

En suma rechazaban 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 convirtiera a los objetores en mano de obra barata.¹⁹⁵

e. La quinta etapa corre de 1987 a 2001 con la abolición de la conscripción obligatoria.

No conforme con los fallos del Tribunal Constitucional, los movimientos de objetores de conciencia, continuaron en su lucha por conseguir más espacios de libertad. El Partido Socialista, que estuvo en el poder hasta hace poco, se rehusó a aprobar las propuestas hechas por diversos partidos y grupos de objetores.

¹⁹⁵ En este sentido, la opinión de Ramos Morente, Miguel, *op. cit.*

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 restrieguen 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 restrieguen 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.¹⁹⁶

También le quiero decir, señor Azcárraga, que la Ley de Objeción de Conciencia fue declarada plenamente constitucional recientemente, el año de 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.¹⁹⁷

¹⁹⁶ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 178, del 15 de marzo de 1989.

¹⁹⁷ *Idem.*

El 10. de diciembre de 1989, el Consejo de Ministros acordó pasar a la reserva, directamente, 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, 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 periodo 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 muestran su disconformidad.

Para el 31 de diciembre de 1989, el CNOC, había denegado la condición de objetor a más de 2,000 objetores de éstos.

Al ver las estadísticas de esos años cada vez más numerosas de objetores de conciencia que desbordó con mucho la capacidad del CNOC y la organización de la prestación social sustitutoria.

Asimismo, la aparición de los llamados *insumisos*, es decir, aquellos que se rehusaban no sólo a prestar el servicio militar sino también a la prestación social sustitutoria, complicó todavía más el problema. Todo ello motivó la reforma para profesionalizar las fuerzas armadas dando por cancelado el régimen anterior de prestación del servicio militar, y solucionar así el problema de la objeción de conciencia al servicio militar.

2. El tratamiento jurídico de la objeción de conciencia en el derecho español

Tanto la legislación constitucional 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 dado, 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,¹⁹⁸ en la que reconoce el derecho de objeción de conciencia al aborto, como una derivación de la libertad de conciencia protegida por el artículo 16 constitucional.

A. La protección jurídica, definición y contenido esencial de la libertad de conciencia en el derecho español

Primero debemos advertir 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, ya que se protege la libertad ideológica. Considera, por tanto, que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica.¹⁹⁹

Asimismo, en el derecho español el derecho internacional es una fuente formal del derecho, de este modo, podemos concluir que también por esta vía resulta protegida la libertad de conciencia.²⁰⁰

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”.

¹⁹⁸ *Boletín Oficial del Estado*, 18 de mayo de 1985.

¹⁹⁹ TCE 53/85, *op. cit.*

²⁰⁰ 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. *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 acerca de la Constitución puede aportarnos criterios al respecto. Sin embargo, ésta no ha tenido un desarrollo uniforme y coherente.

En efecto, podemos distinguir dos posturas:

1. La que considera que existe un derecho general a la objeción de conciencia.

2. Esta es una derivación lógica de la libertad ideológica protegida por el artículo 16 constitucional, como parecen sostener las sentencias 15/82 y 53/85.

La que considera que no existe un derecho general a la objeción de conciencia.

Establece 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 la materia, las 160/87 y 161/87, de las que ya hablamos en páginas anteriores.²⁰¹

²⁰¹ “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 3 de la sentencia 160/87.

Según el método 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, que la postura del derecho español sea la mencionada, toda vez que la 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 considere la objeción de conciencia como un derecho humano fundamental absuelve a aquellos que se negaban a realizar la prestación social sustitutoria, es decir, los llamados *insumisos*.²⁰²

Por ello, mencionamos los criterios a seguirse de acuerdo con la postura que se emplee:

a. En caso de considerar la existencia de un derecho general de objeción de conciencia.

Equivale a un derecho fundamental y general de objeción de conciencia, es decir, una presunción *prima facie* del que obra conforme a su conciencia legítimamente, y coloca la resolución

²⁰² Cfr. Sentencia 75/92 del Juzgado Penal número 4 de Madrid. Se trata del caso de Iñiqui Arredondo, quien se declaró objetor de conciencia a la prestación social sustitutoria, 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 LO 8/84 “con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica calificada 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 resolutivo de la sentencia 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.

del conflicto en términos de ponderación de bienes y valores constitucionales.

Si se admite que la libertad de conciencia tiene un alcance a otras modalidades de objeción no propiamente reguladas por la ley, entonces la objeción 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 fundamental.²⁰³

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 prioridad a una o a otra. Sin embargo, si aplicamos la doctrina del Tribunal Constitucional a propósito del conflicto entre los derechos, se precisa tener en cuenta tres elementos: 1) la existencia o no de un fundamento constitucional en favor del bien que pretende preservar el deber objetado; 2) la importancia que revista este deber en relación con la tutela de este bien, y 3) el grado de sacrificio que supondría su cumplimiento para el derecho a la libertad de conciencia, puesto que no puede jamás llegar a afectar el contenido esencial del derecho fundamental.²⁰⁴

Por otra parte, la Constitución Española de 1978 forma un sistema de coexistencia donde la razón de ser reside en el respeto a

²⁰³ TCE 104/86. Sobre el bien jurídico que debe prevalecer en caso de conflicto.

²⁰⁴ 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).

la dignidad de la persona y a sus derechos inviolables;²⁰⁵ basado en los valores de la filosofía liberal. Debido a los principios del liberalismo, y en particular los de la autonomía individual, pueden servir como criterios hermenéuticos a la hora de resolver un conflicto.

Ahora bien, las consecuencias jurídicas por la desobediencia a un deber legal por motivos de conciencia, y se concede la prioridad a la conciencia, el efecto inmediato consiste en anular la consecuencia jurídica desfavorable unida al incumplimiento del deber.

Sin embargo, hay que hacer dos precisiones: la primera es que se puede establecer una prestación social sustitutoria, ya que es una prestación propia de la objeción de conciencia al servicio militar. La segunda, cuando el deber objetado no está unido a una sanción o a una pena, pero constituye un requisito para acceder a un cargo; no se habla propiamente de objeción de conciencia, sino de un problema de discriminación por razones ideológicas o religiosas, prohibida por el artículo 14 constitucional.²⁰⁶

b. En caso de negar la existencia de un derecho general de objeción de conciencia.

Si se estima que la libertad de conciencia no es una razón suficiente para liberar al ciudadano del incumplimiento de deberes jurídicos, la prioridad corresponderá siempre a éstos últimos, dicho de otra manera, no reconocerá otras modalidades de objeción que aquellas expresamente reconocidas por la ley.

²⁰⁵ Artículo 10.

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.

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.

²⁰⁶ Artículo 14, CE y Prieto Sanchís, Luis, “L’ objection de conscience en Espagne”, *op. cit.*

En consecuencia, el hecho de mantener esta 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 Constitución, y la objeción de conciencia al aborto, ya que así lo declaró el Tribunal, que interpreta, paradójicamente, que ésta se deriva del artículo 16 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.²⁰⁷

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— permiten la objeción de conciencia (el constituyente, para el caso de deberes constitucionales, y el legislador ordinario, para los deberes legales). A veces estos conflictos se resuelven con varias alternativas, por ejemplo, en el caso de las leyes del matrimonio y la enseñanza, y en el caso de la fórmula del juramento.

Respecto a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de un deber legal por motivos de conciencia que no esté expresamente permitido por la ley, que se deba a motivos de conciencia no presenta ninguna consecuencia especial. Es decir, si este incumplimiento va unido a una pena o a una sanción, ésta será imputada en sus términos, sin agravación ni atenuación. Si el deber

²⁰⁷ Así regula la Constitución Española la cláusula de conciencia:
Artículo 20.

Se reconocen y protegen los derechos:

A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

A la libertad de cátedra.

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.

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, la objeción no debe ser considerada como una excepción a un deber jurídico y, 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 resolver para preservar otros bienes constitucionales.

C. 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 realizar un aborto en alguno de los supuestos que despenalizados y, por lo tanto, se vuelven legítimos en el derecho español.²⁰⁸ 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.

El caso del aborto, es distinto, ya que constituye una excepción a la protección jurídica de la vida humana, la cual, también,

²⁰⁸ 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 nacerá con graves taras físicas o psíquicas, si se practica dentro de las 22 primeras semanas.

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 por medio de las obligaciones 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 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 si el legislador no la hubiera previsto, con base en la libertad ideológica, 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, 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.

D. 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, más concretamente, de aquella que se caracteriza por el incumplimiento de un deber jurídico.

E. 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 en favor de un reconocimiento más amplio de la misma. Como señalamos antes,²⁰⁹ el procedimiento ante el CNOC ha sido considerado inquisitorio y violatorio de la intimidad personal reitera 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 impide que la objeción de conciencia al servicio militar sea considerado como una alternativa para el cumplimiento del deber general

²⁰⁹ Ajanjis Rafael, *op. cit.*

de defender a España, establecido por la Constitución Española. Aunque en la práctica y *de facto* derive 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.

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 apartado se reduce a dos casos: la objeción de conciencia al juramento y a la objeción fiscal. Se puede pensar en otras modalidades, como la negativa a participar en ciertos órganos administrativos, por ejemplo, los colegios electorales; 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 con el 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, con 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, consiste en deducir un porcentaje del impuesto en el mismo, 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 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 para ordenar su práctica, y viola la libertad de conciencia en nombre de la protección de la vida o de la salud. Desde esta perspectiva, 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 en 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.²¹⁰

²¹⁰ Sobre la objeción de conciencia a determinados tratamientos médicos, *cf.* el estudio de Hervada, Javier, *op. cit.*

D. La objeción de conciencia al cumplimiento de obligaciones contractuales o profesionales

En principio, resulta difícil aceptar esta objeción, porque las obligaciones contractuales son libremente aceptadas, sin embargo, existen algunos casos en materia laboral, por ejemplo:

a. La negativa de viajar en días festivos.²¹¹ 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, por otro lado es un error considerar el reposo dominical como una institución en la cual el origen causal es únicamente religioso.

b. 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 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”.

c. La libertad de conciencia en las empresas ideológicas. Si bien es cierto que el concepto de empresa ideológica no está bien delimitado, nos referimos con 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.²¹²

²¹¹ TCE 13-II-85 negativa a viajar en días festivos.

²¹² Artículo 20.

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 privados. No existe ninguna solución categórica, podemos solamente formular criterios o principios generales para ponderarlos en cada caso con la jurisdicción competente. Así, 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 apologeta de la ideología del centro, ni a transformar sus enseñanzas en propaganda o adoctrinamiento, ni subordinar a esta ideología las exigencias que el rigor científico impone a su tarea.²¹³ Pero al mismo tiempo, el profesor no puede dirigir ataques abiertos o disimulados contra tal ideología.²¹⁴ 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.²¹⁵ Algo similar se ha señalado sobre la conducta del profesor fuera de clase, puede ser una causa de despido cuanto deviene notoria y contraria a la ideología.²¹⁶

II. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

1. *Consideraciones preliminares sobre el derecho norteamericano*

Para comprender el tratamiento jurídico de la objeción de conciencia en el derecho norteamericano es preciso hacer las siguientes consideraciones previas sobre su sistema jurídico:

²¹³ TCE, 13-III-1981.

²¹⁴ TCE, 13-II-1981.

²¹⁵ TCE, 17-III-85.

²¹⁶ TCE, 13-II-81.

A. *Se trata de un sistema en el cual gran parte del derecho lo crean los jueces en sus sentencias*

Cuando los jueces interpretan directamente algún precepto de la constitución, esa interpretación judicial forma parte del derecho constitucional y, por lo tanto, goza de supremacía constitucional al mismo nivel que el texto de la Constitución, incluso por encima del derecho legislado, federal o local. La Suprema Corte, en última instancia, es la que puede dar la interpretación definitiva a los distintos preceptos constitucionales.

El derecho creado por los jueces en aquellos casos en los que no interpretan directamente ningún precepto constitucional se denomina *common law*. Se trata una serie de reglas y criterios cuya obligatoriedad es determinada por las reglas del precedente o criterios adoptados para resolver casos anteriores iguales o similares. En ocasiones interpretan o aplican alguna ley de la legislatura, federal o local, en otras ocasiones resuelven conforme al *common law*, es decir, conforme a aquellas reglas y criterios elaborados en otras sentencias de casos similares o iguales, y finalmente cuando no existe, el juez crea el derecho, la regla, o doctrina adecuada para resolver el caso concreto y esta regla forma parte del *common law*. Es importante señalar que, al no interpretar un precepto de la Constitución no está revestido de supremacía constitucional y por tanto, puede ser corregido o modificado por las legislaturas, federales o locales.

Por su parte, el Congreso de los Estados Unidos crea, mediante el proceso legislativo, el *Statutory law* federal y las legislaturas estatales el local. Sin embargo, este derecho estatutario no puede contradecir al derecho constitucional creado por la interpretación judicial y en última instancia por las sentencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

B. *El estudio de la objeción de conciencia se ubica dentro del derecho constitucional*

Concretamente, como parte del estudio de las libertades públicas consagradas en el *Bill of Rights* de las enmiendas constitucionales.

C. *La libertad religiosa está consagrada en la primera enmienda de la Constitución norteamericana*

Ha sido dividida por la interpretación judicial, en dos partes o cláusulas:

En primer término la *Establishment Clause*, o la obligación de neutralidad para el Estado norteamericano en materia religiosa

Es decir, la prohibición para establecer una determinada confesión o creencia religiosa.

En segundo término, la *Free Exercise Clause* o derecho al libre ejercicio de la religión.²¹⁷

D. *El estudio de la objeción de conciencia se centra en un tratamiento positivo*

Es decir, el derecho de libertad religiosa reconocido en la *Free Exercise Clause*, de la primera enmienda del *Bill of Rights*, hecho efectivo, primordialmente, mediante la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

²¹⁷ Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof.

E. *El tratamiento jurídico que se da en el derecho norteamericano a las objeciones de conciencia es el de excepciones religiosas con base en la libertad religiosa*

Se considera que la *free exercise clause*, permite el otorgamiento de excepciones al cumplimiento de aquellas leyes neutrales en materia religiosa, es decir que, directamente, no se refieren a esa materia, implican una carga (*burden*) a la conciencia de ciertas personas.

F. *Desde el punto de vista terminológico, la objeción de conciencia se utiliza en muy contados supuestos, relativos al servicio en el ejército, al juramento y a la participación en jurados, todos ellos regulados por la legislación*

Hay muchos otros casos que podemos contemplar en la realidad norteamericana que constituyen verdaderas objeciones de conciencia y que se incluyen dentro del amplio espectro de las excepciones religiosas en ejercicio de la libertad religiosa.

Aunque la materia protegida por la *free exercise clause* es básicamente la religiosa, ésta se ha ampliado por motivos de conciencia de carácter ético o ideológico, si bien la protección se deriva de la otorgada a la libertad religiosa.

2. *Evolución de la jurisprudencia*

Como hemos dicho, en el derecho norteamericano 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 estas 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 norteamericana.

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 Corte que, como en muchas otras materias, está determinada por las tendencias políticas del momento lo que permite hablar de la era *Burger* o la era *Rehnquist*, en atención al nombre del Presidente de la Corte en turno.

Respecto a la interpretación de la primera enmienda, distinguimos tres etapas en la evolución de la jurisprudencia de la Suprema Corte; hacemos la advertencia de que, con anterioridad (1963), la interpretación se había centrado en la *Establishment Clause* y no se contemplaba el otorgamiento de excepciones religiosas al amparo de la *free exercise clause*.

A. La primera etapa: de 1963 a 1990, 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.

A raíz del caso *Sherbert vs. Verner*,²¹⁸ la Suprema Corte adoptó el criterio de que los jueces comunes, federales o locales, al

²¹⁸ Una mujer de la iglesia Adventista del Séptimo Día, fue despedida por su patrón debido a su negativa de trabajar el sábado, el día sagrado para su fe, negándosele la compensación de desempleo por parte de la Comisión de Seguro de Trabajo de *South Carolina*, ya que su negativa de 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 determinó 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 de pagar la compensación de

interpretar la primera enmienda, tienen facultad para decidir en qué casos procede otorgar una excepción religiosa al amparo de la *free exercise clause*, sin que las legislaturas puedan modificar esas decisiones por el principio de supremacía constitucional del que están revestidas. El profesor Volokh denomina a este sistema el *constitutional exemption model*.²¹⁹

Con este modelo, la Corte concluyó que la protección que brinda la *free exercise clause*, se extiende incluso a aquellas leyes neutrales que imponen un deber gravoso a las convicciones religiosas o de conciencia de alguna persona. Estableció que la regla general es otorgar la excepción al cumplimiento de la ley, a menos que dicha ley apruebe un test (*balancing test*) donde se verifique de manera estricta (*strict scrutiny*), que existe un interés imperativo del gobierno (*compelling government interest*) en aplicar esta ley y, por lo tanto, no conceder excepciones por ningún motivo.²²⁰

Este interés imperativo del gobierno en aplicar la ley, por lo general está determinado por los daños o perjuicios de no aplicar la ley. Importa en los derechos e intereses de los demás, 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.

desempleo a una adventista del séptimo día sí 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 determino que la extensión de los beneficios de la compensación de desempleo a los *sabbatarians* al igual que los que descansan el domingo no implica el establecimiento de la religión adventista del séptimo día en *South Carolina*, cfr. *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.

²¹⁹ Volokh, Eugene, "A common-law model for religious exemptions", 46 *Ucla Law Review*, 1999, pp. 1465-1566.

²²⁰ *Ibidem*, p. 1467.

Son las Cortes las que deciden si la ley pasa o no este *test*. Por lo general no lo pasa, porque realmente es muy estricto.

La consecuencia, conforme a este modelo, es un criterio muy amplio para el otorgamiento de excepciones, ya que la regla general es reconocer la excepción y sólo si pasa el *strict scrutiny* no permitirla, así como dejar a los jueces y no a las legislaturas la facultad de permitir, en cada caso, la objeción de conciencia.

Las sentencias de los jueces, al gozar de supremacía constitucional, obligan a todas las autoridades —también a la autoridad ejecutiva—, quien debe en todo caso respetar y hacer respetar las objeciones de conciencia que las Cortes autoricen.

*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)*²²¹

De 1990 a 1994, a raíz del caso *Employment Division vs. Smith*,²²² la Corte modificó el criterio anterior estableciendo que la *free exercise clause* no implica necesariamente el otor-

²²¹ Se conoce como “*strict constructionism*” a la doctrina que interpreta a la Constitución, estrictamente de acuerdo con las intenciones de los forjadores de la misma. Se le conoce como *judicial deference* a la doctrina que sostiene que la judicatura debería de respetar las decisiones de las otras ramas del gobierno en general.

²²² 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:

gamiento de excepciones al cumplimiento de las leyes penales neutrales cuando impongan un deber gravoso a las convicciones religiosas y de conciencia de determinadas personas, y cuando se vea conveniente una excepción es la legislatura federal o local, la que debe otorgarla mediante una ley.

Lo más relevante de esta decisión de la Corte es el criterio de, si una conducta está sancionada criminalmente no es posible la exención por medio del *compelling government interest* y que la sede para lograr exenciones a las normas de aplicación general penales o no, es el poder legislativo.

La Corte interpreta de otra forma la *free exercise clause* dando lugar al llamado *statutory exemption model*.²²³ 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 res-

1o. La cláusula de libertad religiosa de la Constitución Americana 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

2o. 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 aún cuando sea por motivos rituales

3o. 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

4o. En consecuencia, los jueces norteamericanos, 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.

Cfr: *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon vs. Smith et al.*, núms. 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) E.

²²³ Cfr. Volokh, Eugene, *op. cit.*, p. 1468.

pecto de las excepciones, ya que, el proceso político de aprobación de las leyes suele ser lento y dificultoso.

D. *La tercera etapa es la que rige actualmente a partir de 1994 en que el Congreso de los Estados Unidos promulgó la Religious Freedom Restoration Act (RFRA)*²²⁴

Conforme al criterio adoptado por la Suprema Corte en el caso Smith, en el sentido en el que compete a la legislatura definir los criterios para otorgar las excepciones religiosas; en 1994 el Congreso Federal promulgó la RFRA, quien se propone restablecer el escrutinio estricto de todas las leyes federales y locales neutrales que impliquen una carga sustancial a la práctica religiosa, y otorga excepciones como regla general en lugar de una por una, como en el *statutory exemption model*.²²⁵

En 1997, cuando se declaró inconstitucional esta ley,²²⁶ aplicable a leyes locales y por tanto, invasora de la esfera local, los partidarios de las excepciones impulsaron a los estados a expedir sus propias RFRA locales, en las cuales se propusieron restablecer el escrutinio estricto.

Los comentaristas de estas leyes sostuvieron que, se trataba de una vuelta al *constitutional exemption model*. Sin embargo, en opinión de *Eugene Volokh* se trataba de un nuevo modelo, al cual

²²⁴ Title 42. *The public health and welfare, chapter 21b. Religious Freedom Restoration*, 42 USCS 20000bb 1994.

²²⁵ 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”.

²²⁶ *Cfr: City of Boerne, Petitioner vs 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.

denomina *common-law exemption model*, por las razones que a continuación se señalan.²²⁷

Esta ley permite a las Cortes decidir en primera instancia si la excepción debe ser otorgada o no. Las decisiones de las Cortes pueden ser modificadas por las legislaturas mediante el proceso político, ya que interpretan una ley ordinaria, la RFRA, promulgada por el Congreso Federal o los congresos locales, y no un precepto constitucional.

En última instancia, estas fuertes llamadas (*tough calls*) serán tuteladas por el proceso político, al igual que en el *common-law*, que rige al sistema jurídico norteamericano.

En estas leyes de libertad religiosa se establece, que la *Free Exercise Clause* otorga excepciones para el cumplimiento de leyes que imponen un gravamen a la práctica religiosa, a menos que pasen el estricto escrutinio.²²⁸

²²⁷ Cfr. Volokh, Eugene, *op. cit.* p. 1468.

²²⁸ Cfr: la exposición de motivos y declaración de propósitos:

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

(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,

b) 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.

Sin embargo, la diferencia radica en la interpretación por los jueces de una ley ordinaria (la RFRA) y no de la constitución, por lo tanto, sus decisiones no gozan de supremacía, puesto que la legislatura local o federal en su caso, puede modificar esa ley e invalidar las decisiones de los jueces, para dejar sin efecto una excepción otorgada por un juez o bien admite la excepción cuando la haya rechazado por pasar el estricto escrutinio.

Asimismo, la respuesta a la pregunta sobre cuándo deben ser otorgadas las excepciones religiosas y quién lo decide, sería 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.

3. *Ventajas y desventajas del common-law exemption model*

A. *Ventajas del common-law exemption model, tal y como está regulado actualmente*²²⁹

El profesor Volokh señala las siguientes: el modelo del *common law* otorga a los partidarios de las excepciones lo que piden, salvo la facultad de la legislatura para modificar las decisiones de las Cortes cuando hayan otorgado una excepción indebidamente, a juicio de la legislatura.

Deja a las Cortes que tomen la iniciativa en el otorgamiento de excepciones que, desde su punto de vista, no ocasionan perjuicio a otros, hacen que la dificultad de mover la inercia legislativa favorezca a los partidarios de las excepciones, pues, éstas sólo pueden rechazarse con base en un juicio ponderado de la legislatura en lugar de una aplicación mecánica de la ley. Los inconvenientes supone en ciertos casos a la legislatura mover todo

²²⁹ Cfr. Volokh, Eugene, *op. cit.*, pp. 1481 y ss.

el aparato legislativo para rechazar una excepción, estas se subsanan ya que dejan fuera del alcance de la RFRA determinadas leyes que interesen especialmente al gobierno que se apliquen sin excepción alguna.

a) Mientras el *constitutional exemption model* otorga un gran poder a los jueces en el *common-law exemption model*, este poder solo es inicial pero no final.

b) El régimen de *common-law* es mejor que el *constitutional exemption model*.

Esto deriva en que la decisión judicial es más prudencial y por tanto más cercana al caso concreto. Se demuestra más eficaz en un primer momento para determinar lo que causa a otros un perjuicio impermisible y si es factible eliminarlo de una determinada práctica.

El derecho norteamericano se resiste otorgar a los jueces la última palabra, que puede perjudicar a otros, pero le da la primera palabra. La mayoría de las reglas básicas definen el equilibrio entre los derechos de las personas y la protección de los derechos e intereses de los otros, son originalmente creadas por los jueces en el ejercicio de su práctica judicial y moral sobre lo que constituye un perjuicio.²³⁰

c) La exclusión de ciertas leyes del ámbito de protección de las RFRA frecuentemente provocan polémica

Estas exclusiones no hacen indeterminado el régimen de las excepciones, toda vez que son parte inherente del proceso de hacer el *common-law*, dónde las legislaturas revisan y ocasionalmente anulan determinadas decisiones judiciales acerca de controvertidos derechos e intereses privados.²³¹

²³⁰ *Ibidem*, pp. 1490 y ss.

²³¹ *Idem*.

B. *Desventajas del common law exemption model tal y como está regulado actualmente*

A pesar que la RFRA establece el escrutinio estricto, Volokh, considera que: no es un buen método para determinar lo que perjudica los derechos o intereses de los demás, puesto que brinda poco margen de apreciación al juez, sobre todo tratándose de materia religiosa y de conciencia, en la cual es difícil saber el interés que debe prevalecer en cada caso, si el del objetor religioso o los derechos de los demás. Volokh considera que es mejor 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. Esto implica dar al juez un mayor margen o libertad de decisión.

Habitualmente, los jueces resuelven si procede la excepción o no, será la legislatura quien tiene la última palabra para decidir lo que constituye un perjuicio a los demás, tan importante que no admita hacer ninguna excepción a la aplicación de determinada ley *common law*.²³²

4. *Caracterización de la objeción de conciencia en el derecho norteamericano*

Una vez expuesta la evolución del sistema para resolver los conflictos entre conciencia y ley, estamos en posibilidad de presentar una caracterización de la objeción de conciencia en el derecho norteamericano.

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 norteamericano, publicada en España en 1994.²³³

²³² *Idem.*

²³³ Palomino, Rafael, *Las objeciones de conciencia*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1994.

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 norteamericano*

En una primera aproximación se puede decir que para el derecho norteamericano “...la objeción de conciencia es toda pretensión contraria a la ley motivada por razones de índole axiológico, no psicológico, de contenido religioso o ideológico”.²³⁴

B. *Para distinguir los elementos definitorios de la objeción de conciencia en el derecho norteamericano, es útil señalar aquellos elementos que no son relevantes como elementos definitorios de esta figura*

a. No es relevante el hecho de que trate 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*.

b. Tampoco es importante que trate de una conducta omisiva directa o indirecta.

Se dan los dos tipos de conductas, al constituir la llamada objeción relativa. Esta última se refiere a aquellos *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 determinada conducta por motivaciones de tipo religioso que le excluye de recibir un determinado beneficio.

c. La penalización de la conducta contraria a la ley tampoco es significativo como elemento definitorio de la objeción de conciencia, tan sólo para efectos de probar la sinceridad del objetor

²³⁴ *Ibidem*, p. 406.

Se considera 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.²³⁵

d. Tampoco el tipo de deber objetado es notable como elemento definitorio de la objeción de concienciae.

e. Aunque 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

Hay ciertos tipos de objeción de conciencia destinados a determinadas confesiones religiosas. Sin embargo, no es un elemento definidor de la objeción de conciencia.

f. 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 norteamericano, 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 opinión del profesor Palomino, el elemento clave que caracteriza a la objeción de conciencia en el derecho norteamericano, es el comportamiento.

²³⁵ Palomino, *op. cit.*, p. 409.

Al respecto es ilustrativo el siguiente párrafo:

resulta difícil establecer unas directrices unitarias, dada la variedad de situaciones y respuestas a los 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.²³⁶

5. *Tratamiento jurídico de las objeciones de conciencia en el derecho norteamericano*

En cuanto al tratamiento jurídico de la objeción de conciencia en el derecho norteamericano, podemos decir que el *balancing test* es el instrumento que resuelve el interés prevaleciente en cada caso, si la libertad de conciencia o el interés del Estado (*compelling governmental interest*) busca la preservación de la norma jurídica promulgada democráticamente.

Existen dos elementos clave en este sistema:

- La investigación sobre la sinceridad del objetor.
- Una vez constatada la sinceridad del objetor sigue el intento de conciliación o de determinación del interés que debe prevalecer.

No se puede hablar de un derecho subjetivo de objeción de conciencia, salvo en el caso de las objeciones de conciencia legislativas ya contadas.

²³⁶ Palomino, *op. cit.*, p. 417.

III. LOS CONFLICTOS ENTRE CONCIENCIA Y LEY EN EL DERECHO HOLANDÉS²³⁷

En la Constitución holandesa no existe ningún precepto que garantice 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”,²³⁸ ya que las prescripciones legales son para el beneficio 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”.²³⁹

1. *La protección internacional de la libertad de conciencia y el derecho holandés*

Como en muchos países, el sistema holandés es *monista*, es decir, el derecho internacional tiene categoría de derecho interno para todos los efectos y en el más amplio sentido, por lo tanto, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) constituyen un 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.

²³⁷ 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”, *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*.

²³⁸ Texto de los debates de la reforma constitucional holandesa de 1983.

²³⁹ *Idem*.

Sin embargo, la interpretación que hace la doctrina holandesa, tanto del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como del artículo 9o. 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 9o. se divide en dos apartados:

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. No protege las manifestaciones externas de la libertad de conciencia, de este modo, 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 de la conciencia. Es decir, sería imposible delimitar un ámbito concreto, ya que la conciencia abarca las conductas del hombre.

La segunda parte del primer párrafo 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 sí 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 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 Políticos.²⁴⁰

En cuanto a los argumentos sistemáticos, consideran admitir que la libertad de conciencia implica el derecho de actuar 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 relación con 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.²⁴¹

Asimismo, dicha interpretación está de acuerdo con los criterios de la jurisprudencia holandesa tanto en el nivel nacional como internacional. Así lo ha sostenido la Suprema Corte holandesa, cuando ha interpretado el artículo 9o. de la CEDH, y argumenta que la frase: “toda manifestación religiosa o de creencia” sólo se refiere a la última parte del párrafo 1 de este artículo: “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 CEDH adoptó el criterio de admitir una libertad exterior de conciencia, la doctrina más reciente ha modificado este criterio, arguye que el artículo 9o. protege la esfera de las creencias personales y los credos religiosos en un área que algunas veces se ha llamado

²⁴⁰ Se pueden consultar estos trabajos en *Recueil des Travaux Préparatoires*, vol. I.

²⁴¹ *Cfr.* Vermeulen, Ben P. *op. cit.*, pp. 260 y ss.

fuero interno. Adicionalmente, protege eventos que están íntimamente ligados con estas actitudes, como los de culto o de devoción, que son aspectos de la práctica de la religión o creencias reconocidas en una forma general.

En conclusión, 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.

2. *Supuestos de objeción de conciencia, legalizados en el derecho holandés*²⁴²

En cuanto a que Holanda no reconozca un derecho a la libertad de conciencia, no implica que el la conciencia no sea relevante para establecer ciertos supuestos, donde los motivos de conciencia pueden justificar la exención 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.

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 exención tanto del servicio militar como

²⁴² *Ibidem*, pp. 259 y ss.

de la prestación social sustitutoria.²⁴³ Actualmente está en estudio una propuesta para aquellos que no rechazan la prestación sustitutoria pero sí el procedimiento que declara la objeción de conciencia, por considerarlo inquisitivo.

B. *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 a aquellos que tienen objeciones de conciencia a la seguridad social o al pago de 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.

²⁴³ 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 exención total al servicio militar.

También se permite a las autoridades universitarias eximir de ciertas prácticas a los alumnos, por motivos de conciencia, por ejemplo, realizar experimentos con animales y otras cosas parecidas.

3. *Principios rectores para la legalización de la objeción de conciencia en el derecho holandés*²⁴⁴

Existen 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.

A. *Directrices para el Poder Legislativo*

a. En general

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.

Debe respetarse el principio de igualdad. Por esa razón, se establece una obligación alternativa, o prestación sustitutoria. A veces se recomienda que sea un poco más gravosa que la obligación general para asegurar la sinceridad de los objetores.

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, 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

²⁴⁴ Cfr: Vermeulen, Ben P., *op. cit.*, pp. 261 y ss.

presupuesto destinado a gastos militares, sin el consentimiento previo del parlamento, lo cual debe rechazarse.

En otros casos, podrá establecerse que el deber alternativo sea del mismo peso que el deber primario. Esto sólo podrá permitirse si los objetivos de la obligación primaria no son esencialmente frustrados, por ejemplo, cuando muchas personas que de hecho no tienen problemas de conciencia se acogen a la excepción.

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 la excepción del deber primario, sin exigir el cumplimiento de una obligación alternativa. Para permitirlo deben cumplirse las condiciones establecidas en los párrafos anteriores, debe haber certeza en la sinceridad de las objeciones y debe ser claro que no hay ninguna compensación alternativa razonable. Éste es el caso, por ejemplo, de los Testigos de Jehová respecto al servicio militar.

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.

b. En materia penal

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.

Por el contrario, 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 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 menores, como el rechazo de 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. 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.

c. 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.

En caso del empleado que se ha puesto en una situación en la que se vea precisado a infringir sus obligaciones contractuales por razones de conciencia, él deberá afrontar las consecuencias usuales, es decir, el despido, como *culpa in causa*. Por ejemplo, cuando previó que tendría objeciones de conciencia contra cier-

tas tareas que son parte de su trabajo. Estas objeciones, por lo tanto, no son legítimas.

Lo mismo puede decirse de aquellas objeciones que se basan en ideologías opuestas a los principios básicos del Estado.

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 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 en buena fe, para resolver los conflictos entre conciencia y contrato.

Una cuestión diferente es si los desempleados fueron despedidos por razones de conciencia, o que rehúsan realizar un trabajo por esas razones, podrían obtener el beneficio del desempleo.

En este caso, la apelación a la conciencia debería ser respetada en general. La jurisprudencia está de acuerdo con lo anterior. El beneficio del desempleo debe otorgarse a personas que han sido despedidas por razones de conciencia, o por vender artículos para el carnaval, o exportar carne impura a Irán, etcétera.

B. Directrices para el Poder Judicial

a. Es incompatible con la función del juez, como un órgano del Estado —el cual es aplicar la ley— 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.

4. *El concepto legal de conciencia en el derecho holandés*²⁴⁵

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 los 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 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).

²⁴⁵ *Idem.*

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.

IV. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL DERECHO ITALIANO²⁴⁶

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 eclesiasticista, ha derivado esa protección de la interpretación de los siguientes artículos constitucionales:

El artículo 2o. de la Constitución italiana 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 consagran las libertades religiosas, de pensamiento y de expresión.

Consideran un amplio sector de la doctrina italiana: la libertad de conciencia es un derecho natural, original y esencial, que pertenece al área del respeto a la personalidad humana, y al respeto a la opinión de actuar de acuerdo con sus libres convicciones.

Sostiene, asimismo, la doctrina italiana, que la libertad de conciencia es la cabeza y fundamento de las facultades derivadas del derecho de libertad religiosa. 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

²⁴⁶ Cfr. Lariccia, Sergio, "Conscientious objection in italian law", *L'obiezione di coscienza nei paesi del La comunità europea*, s. a., pp. 113-158.

Artículo 2o. "La République reconnait 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".

(religiosas o no), conciernen a la formación de las conciencias, antes de dar lugar a su manifestación exterior.²⁴⁷

Asimismo, sostienen que esta interpretación de la libertad de conciencia se ha hecho con base en lo dispuesto por los convenios internacionales de derechos humanos suscritos por el gobierno italiano, los cuales tienen el carácter de derecho interno para todos los efectos.

1. *Consagración legal*

La libertad de conciencia se garantiza en el artículo 9o., párrafo 2 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.

2. *Tratamiento jurídico de la objeción de conciencia*

En Italia, como en otros países, 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.²⁴⁸

3. *La objeción de conciencia al servicio militar*

La tendencia, en materia de objeción de conciencia al servicio militar, es reconocerla, con base al artículo 9o. de la CDH, que

²⁴⁷ Cfr. Lariccia, *op. cit.*, pp. 113 y ss.

²⁴⁸ *Idem.*

garantiza el derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; y también, con base en los documentos internacionales como 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.²⁴⁹

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 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.

V. LOS CONFLICTOS ENTRE CONCIENCIA Y LEY EN EL DERECHO FRANCÉS²⁵⁰

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:

“Artículo 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 rango constitucional en Francia.

²⁴⁹ *Ibidem*, pp. 228 y ss.

²⁵⁰ Cfr. Duffar, Jean, “L’objection de conscience en droit français”, *L’obiezione di coscienza nei paesi della comunità europea*, s. a., pp. 46-88.

Por otra parte, la obligación de obedecer a la ley se establece en el artículo 6o. de la DDHC, en la cual se establece que la ley es la expresión de la voluntad general, por lo que debe ser la misma para todos.

Asimismo y como hemos visto, el artículo 10 garantiza la libertad de conciencia, pero 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 en 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, 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.²⁵¹

²⁵¹ *Idem.*