

3. Leyes especiales *vs.* leyes generales

La dicotomía expresada anteriormente satisface sólo ambiciones clasificatorias porque *in rerum natura* y, sobre todo, en los ordenamientos de matriz anglosajona es evidente que esta distinción se opaca. En efecto, la producción del derecho, en los países del *Common Law*, se deja en las manos del juez; mientras que al legislador se reserva un papel que muchas veces es secundario en el sentido cronológico del término.²⁹ En cambio, en los países del *Civil Law* existe un monopolio de la ley en la definición del derecho.

Los poderes Legislativo y Judicial comparten, entonces, la tarea de garantizar las libertades de los individuos en ámbitos sociales que ya no se sustentan en una homogeneidad de valores compartidos (o impuestos) y, por lo tanto, el pluralismo legal constituiría la consecuencia del pluralismo cultural³⁰ que los sistemas democráticos tienden a salvaguardar y a considerar como un principio supremo del ordenamiento jurídico.

La aplicación de normas especiales o acciones afirmativas o preferenciales para las personas que pertenecen a una religión, etnia y raza diferentes a las de los miembros de la comunidad política mayoritaria, puede manifestarse en diversos ámbitos y

²⁹ Conscientes de las diferencias existentes entre los diferentes sistemas de *Common Law* (inglés y estadounidense) se considera que actualmente aún existen factores comunes que permiten hablar, en general, de un solo *Common Law*, entre ellos se encuentra el papel del Poder Judicial. Véase Varano, V. y Barsotti, V., *La tradizione giuridica occidentale*, Turin, 2010, pp. 269 y ss., que evidencian, sin embargo, las características del *Common Law* inglés y estadounidense.

³⁰ La expresión pluralismo cultural fue acuñada en un ensayo del filósofo Kallen, H., *Cultural Democracy in the United States*, Nueva York, 1924.

16 / Eleonora Ceccherini

puede tener una mayor o menor difusión en función de la sensibilidad demostrada por los ordenamientos hacia el reconocimiento del pluralismo.

La identificación de normas especiales en los textos constitucionales, que favorecen a las minorías religiosas o culturales *lato sensu*, constituye una *minorem partem*.³¹

Esta hipótesis principalmente se traduce en normas que reconocen el *status* especial de los pueblos indígenas presentes en el territorio de un Estado; reconociendo, *de facto*, en el pacto constituyente que estas comunidades eran soberanas en esa tierra; se alude a la originalidad y a la permanencia histórica de un grupo sobre un territorio que, sin embargo, tuvo que renunciar a su propia soberanía a favor de otro ordenamiento que fue impuesto.³²

Entre estas hipótesis destaca el caso de Canadá, que reconoció el estatus especial de los pueblos aborígenes en una pluralidad de disposiciones, en las cuales se afirma expresamente que los

³¹ Nos limitamos a señalar los ejemplos más significativos y de abierta inspiración democrática, dejando de lado algunos sistemas constitucionales que pueden presentar vicios en su proceso de consolidación democrática, de los cuales en el derecho comparado existen múltiples experiencias. Entre las más recientes se puede mencionar la introducción, en la Constitución de Kenia de 2010, de las cortes de sharia (tribunales que deciden con base en la sharia —normas religiosas islámicas—) para dirimir controversias en materia de derecho familiar y hereditario, aunque el Poder Judicial se haya declarado en sentido contrario.

³² Desde un punto de vista jurídico, una definición de pueblo indígena es ofrecida por la Convención núm. 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo. Dicha Convención, en su artículo 1o., establece que los pueblos indígenas se identifican con "(a) tribal peoples in independent countries whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations; (b) peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonisation or the establishment of present state boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions" [también existe una versión en español, consultable en: http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf —n. de los t.—]. Sobre este tema en general consúltese Mazza, M., *La protezione dei popoli indigeni nei paesi di Common Law*, Padua, 2004, pp.

Pluralismo religioso y pluralismo legal / 17

derechos existentes y previstos en los tratados internacionales no pueden ser derogados ni suspendidos, colocándolos como normas especiales respecto de las generales.³³ Estas disposiciones permiten garantizar posiciones jurídicas subjetivas a las comunidades autóctonas, sobre todo en relación con las actividades de caza y pesca que pueden practicarse contradiciendo las normas generales del ordenamiento jurídico, siempre y cuando sean compatibles con las reglas tradicionales de las tribus.³⁴

En Sudáfrica, con la aprobación de la Constitución de 1996 se estableció la necesidad de adecuar el derecho consuetudinario africano al ordenamiento general. El derecho consuetudinario no debe ser considerado un cuerpo jurídico separado sino un derecho plenamente válido de conformidad con las normas constitucionales.³⁵ Al respecto, la sección 15 de la carta fundamental

6 y ss.; Wiessner, S., "Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis", *Harvard Human Rights Journal*, núm. 12, 1999, pp. 57 y ss.

³³ El artículo 25 de la Carta de Derechos y Libertades: "The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including (a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and (b) any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired". Artículo 35 del Acta Constitucional: "(1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed. (2) In this Act, «Aboriginal Peoples of Canada» includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada. (3) For greater certainty, in subsection (1) «treaty rights» includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired. (4) Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons". Sobre las razones de la regulación de los derechos de los pueblos indígenas me permito remitir a: Ceccherini, E., "Il processo di adozione della Carta dei diritti e delle libertà: un processo costituente a tappe", en Rolla, G. (ed.), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento canadese*, Milán, 2008, pp. 3 y ss.; Martino, P., "La Carta canadese dei diritti e delle libertà e i diritti ancestrali: l'incerto procedure della giurisprudenza della Corte suprema", en Rolla, G. (ed.), *L'apporto della Corte*, cit., pp. 295 y ss.

³⁴ Me permito remitir a: Ceccherini, E., "Diritti individuali v. diritti comunitari", en Rolla, G. (ed.), *Eguali, ma diversi*, Milán, 2000, pp. 163 y ss.

³⁵ Onida, F., "Genere e matrimonio nella nuova Repubblica del Sudafrica: uguaglianze e libertà di religione", *Quaderno di diritto e politica ecclesiastica*, 2008, pp. 6 y ss.

18 / Eleonora Ceccherini

establece que no está prohibida una eventual legislación que reconozca aquellos matrimonios celebrados de acuerdo a la tradición o sistema de derecho religioso, personal o familiar y sistemas de derechos personal, familiar o confesional que profese un individuo.

En el mismo sentido se pronuncia Francia, en donde se reconocieron derechos diferenciados basados sobre la religión en territorios ubicados más allá del área metropolitana; el artículo 75 de la Constitución permite a cualquier ciudadano de la República, que no tenga el estatus civil en el derecho común, conservar su propio estatus personal mientras no renuncie al mismo. Se trata de una norma que tiende a salvaguardar usos y costumbres de una parte del pueblo francés que vive en los territorios de ultramar.

En el Estatuto de Nueva Caledonia se contempla la posibilidad de solicitar al juez que anote esa opción en el registro del derecho civil.³⁶ Los jueces de derecho común son competentes para dirimir las controversias surgidas entre personas que optaron por el estatus civil consuetudinario; en el ejercicio de esta función son coadyuvados por jueces expertos en derecho consuetudinario, electos de una lista de personas que gozan de un estatus civil especial.³⁷ De manera similar, para los habitantes de la isla de Mayotte, las disposiciones constitucionales significan la posibilidad de conservar sus reglas de derecho comorano bajo el

³⁶ Dicha facultad está condicionada al requisito de tener la edad de veintiún años, y en tanto el padre o la madre dispongan del mismo estatus o si el mismo ha gozado de esa condición durante los últimos cinco años (artículo 12 de la Ley Constitucional núm. 98-610 del 20 de julio de 1998). El juez está obligado a consultar a las autoridades consuetudinarias de la isla (artículo 16 de la misma ley) y a evaluar si dicha decisión no incide en las posiciones jurídicas subjetivas de los descendientes, ascendientes y colaterales (artículo 12 de la misma ley). Los menores de edad pueden ser inscritos en dicho registro mediante solicitud de aquellos que ejercen la patria potestad, previa sentencia del juez en la que evalúe el interés del menor (artículo 11 de la misma ley). La adquisición de ese *estatus* se refleja también en la configuración del derecho de propiedad, que en Nueva Caledonia es de carácter colectivo.

³⁷ Artículo 19 de la Ley Constitucional 98-2010.

Pluralismo religioso y pluralismo legal / 19

control de los *Kadhis* o jueces musulmanes, que son funcionarios públicos.³⁸

Sin embargo, la tendencia reciente consiste en dejar en un plano secundario los estatutos civiles distintos al derecho común, tan es así que la renuncia al *status* especial se considera una elección irrevocable y no faltan intervenciones legislativas tendentes a limitar la aplicabilidad de los principios constitucionalmente protegidos. En efecto, el artículo 68 de la Ley núm. 2003-660 del 21 de julio de 2003 prohibió expresamente en Mayotte la poligamia para todos aquellos que hubieran alcanzado la edad mínima para contraer matrimonio a partir del 1o. de enero de 2005.³⁹

No obstante, como se ha mencionado, las excepciones constitucionales expresas y específicas no son numerosas. La distancia entre la aplicación de la regla general y la salvaguardia de la identidad personal determinada en sentido religioso y cultural parece expresarse en disposiciones en las que la carta fundamental concede —de manera explícita o implícita— legitimidad para que el legislador reconozca la objeción de conciencia.⁴⁰

En este caso el ordenamiento jurídico reconoce a los propios asociados la facultad para desobedecer las leyes del Estado para

³⁸ La observancia del derecho musulmán deriva de las obligaciones internacionales que Francia asumió mediante el Tratado del 25 de abril de 1841 con el sultán Anjouan Adrian Tsouli. Los musulmanes constituyen la mayoría de la población: 97.1%. Roy, I., *Vers un «droit de participation» des minorités à la «vie de l'État»?*, Montreal, 2006, p. 229.

³⁹ Sobre esta ley se ha manifestado el Consejo Constitucional en la decisión núm. 2003-474, en la que negó una violación al artículo 75 constitucional, permitiendo al legislador promover la evolución de las costumbres. Costanzo, P., *La "Nuova" Costituzione della Francia*, Turin, 2009, p. 128.

⁴⁰ En especial, las Constituciones prevén modalidades alternativas para cumplir con el deber de defender la patria. El artículo 124 de la Constitución de Letonia dispone la posibilidad de un servicio civil alternativo basado en motivos morales y religiosos; en el mismo sentido se encuentran los artículos 85 de la Constitución de Polonia, 3o. de la Constitución de la República Checa y 123 de la Constitución de Eslovenia, que también lo contempla por razones, además de las religiosas, filosóficas y humanitarias (en general, la objeción de conciencia puede ser reconocida con base en la ley, ex artículo 46 de la Constitución). El artículo 99 de la Constitución de Holanda prevé la objeción de conciencia por motivos graves, al igual que el artículo 41, último párrafo, de la Constitución de Portugal.

20 / Eleonora Ceccherini

que no tengan que elegir entre el cumplimiento de un precepto moral, ético o religioso y la violación de la norma; reconociendo, de esta manera, una posible dicotomía arraigada en todos los seres humanos entre su lealtad cívica y de conciencia.⁴¹

El reconocimiento de la objeción de conciencia constituye el canal conector entre autoridad y libertad y parece descansar sobre el principio personalista que inspira a la Constitución del Estado democrático-social. En el pasado, Henry David Thoreau expresó esta dicotomía de manera lapidaria:

¿El ciudadano debe siempre —aunque sea por un instante o en un grado mínimo— abandonar su propia conciencia en las manos del legislador?; entonces, ¿para qué tiene una conciencia? Pienso que deberíamos ser seres humanos antes que ser súbditos. ¿No es de esperarse que el hombre cultive el respeto a las leyes pero sobre todo el respeto de lo que es justo?⁴²

Este dilema recuerda la confrontación entre Antígona y Creonte: el primer impulso para desobedecer el edicto del soberano, en virtud de la obligación impuesta por las leyes naturales que exigen la sepultura de los difuntos, y el segundo que identifica la voluntad normativa como instrumento de protección del interés público.⁴³

⁴¹ Sobre el problema de la definición de la objeción de conciencia: Lillo, P., *Globalizzazione del diritto e fenomeno religioso*, Turín, 2002, pp. 46 y ss.; Ferrari, D., "Il diritto di libertà di coscienza nell'Unione europea", en Ceccherini, E. (ed.), *Pluralismo religioso e libertà di coscienza*, Milán, 2012, pp. 175 y ss.

⁴² Thoreau, H. D., *La disobediencia civil* (1849), trad. it. de P. Sanavio, *Civil Obedience*, Milán, 2009, p. 18. No se puede ignorar la distancia que separa al pensador estadounidense del filósofo iluminista J. J. Rousseau, que no reconoce ninguna libertad al individuo al interior de la comunidad política organizada que pueda oponerse a la voluntad del Estado, y que escribe: "La vera libertà è l'obbedienza alla legge che gli uomini si sono dati nello stato civile; solo in tal modo si è davvero padroni di sé e affrancati dalla schiavitù degli istituti". Sobre la relación entre la esfera religiosa y los derechos para algunos pensadores véase Marra, R., *La religione dei diritti. Durkheim, Jellinek, Weber*, Turín, 2006, en particular pp. 71 y ss.

⁴³ La figura de Sófocles sobre Antígona ha sido objeto de reflexiones por parte de

Pluralismo religioso y pluralismo legal / 21

La posición de Thoreau (como la decisión de la niña de Tebas) deja que sea la autonomía individual la que determine los contenidos prescriptivos a los cuales adherirse; mientras que en el Estado constitucional corresponde a la *interpositio legislatoris* establecer cuándo los asociados pueden obedecer reglas de conciencia sin incurrir en las sanciones normalmente previstas para quien cometa conductas *contra legem*. De este modo, quien adopta un credo interno totalizante puede rechazar la imposición coercitiva del precepto normativo sin incurrir en las sanciones que el sistema jurídico prevé en caso de desobediencia.

De hecho, en la doctrina también existe una tendencia a distinguir entre la objeción de conciencia, entendida como el rechazo a cumplir una obligación personal o patrimonial por razones internas que conlleva la aplicación de sanciones específicas, y las opciones de conciencia, cuando el incumplimiento es *secundum legem* —reconocido en una ley— y representa una alternativa legal a la conducta que comúnmente se exige a la comunidad general.⁴⁴

El primer supuesto —la objeción de conciencia “pura”— alude a una figura de libertad similar a la del derecho de resistencia que, sin embargo, se fundamenta sobre presupuestos distintos. La objeción de conciencia, aunque no esté reconocida expresamente por el ordenamiento jurídico, tiende a materializar un comportamiento, de comisión u omisión, de un sujeto que pretende demostrar fidelidad a imperativos categóricos extra jurídicos pero no cuestiona el *pactum societatis* como sucede con el derecho de resistencia, que cuestiona la legitimidad del poder al objetar la justificación que proviene del contrato social.⁴⁵

estudiosos no sólo de literatura, *ex multis* Nussbaum, M., *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, Bolonia, 1996.

⁴⁴ Lillo, P., *op. cit.*, p. 49. No está convencido de esta distinción Guarino, A., *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Nápoles, 1992, pp. 117 y ss.

⁴⁵ Buratti, A., *Dal diritto di resistenza al metodo democratico*, Milán, 2006, *passim*, en particular pp. 145 y ss.

22 / Eleonora Ceccherini

Las leyes sobre las opciones de conciencia pueden tener contenidos muy diversos dependiendo de los ordenamientos en los que estén previstas. En Italia podemos destacar dos tipos de objeciones: uno se refiere al conjunto de asociados; el otro tiene un contenido propiamente confesional. En el primer conjunto se encuentran la Ley sobre Objeción de Conciencia al Servicio Militar (Ley del 8 de julio de 1998, núm. 230), que prevé un servicio personal alternativo al servicio militar;⁴⁶ la Ley del 22 de mayo de 1978, núm. 194, Normas para la Protección de la Maternidad y la Interrupción Voluntaria del Embarazo, que permiten al personal médico y sanitario la no realización de prácticas abortivas; la Ley del 12 de octubre de 1993, núm. 413, Normas sobre la Objeción de Conciencia a la Experimentación Animal, que favorece a las personas que, por cualquier razón, intervienen en operaciones relacionadas con la experimentación animal y se oponen a la vivisección; el artículo 497 del Código de Procedimientos Penales, así como los artículos 238 y 251 del Código de Procedimientos Civiles, que prevén la posibilidad de que, en determinados procesos, los testigos realicen el juramento como un compromiso de conciencia más que como un acto de contenido religioso.

En el segundo tipo de leyes excepcionales con contenido propiamente religioso se encuentran las leyes que recogen los acuerdos con la Santa Sede (*ex* artículo 7o. constitucional) y los convenios con los demás cultos religiosos (*ex* artículo 8o. constitucional) que se refieren a la exoneración del servicio militar a los ministros de culto, a la facultad de gozar de un día de descanso semanal y de celebrar sus festividades religiosas en un día distinto al establecido en el calendario general, y en el caso específico de los judíos que trabajan en la policía de Estado, fuerzas armadas o servicios similares, o para los residentes en un asilo, hospitales o cárceles, para que puedan satisfacer sus necesidades

⁴⁶ Se recuerda que tal disposición fue superada por la suspensión del servicio militar obligatorio mediante la Ley del 14 de noviembre de 2000, núm. 31, Normas para el Establecimiento del Servicio Militar Profesional, y la Ley del 6 de marzo de 2001, núm. 64, Establecimiento del Servicio Civil Nacional.

Pluralismo religioso y pluralismo legal / 23

alimentarias de conformidad con sus convicciones religiosas sin costo para las instituciones.

La diferencia entre el primero y el segundo tipo de leyes descansa sobre una pluralidad de razones. En primer lugar, las primeras se configuran como actos generales válidos para todos los miembros de la sociedad que quieran usarlas. Además, son actos que en el sistema de fuentes tienen fuerza de ley, cuyo contenido es el fruto de un proceso de síntesis que se ha verificado en las asambleas de representantes que pueden disponer plenamente de su contenido.

En cambio, el segundo tipo de actos legislativos no tiene eficacia *erga omnes* sino que está circunscrito a aquellos que pertenecen a una confesión religiosa determinada; además, las leyes que recogen los acuerdos religiosos tienen el rango de fuentes atípicas, por lo que disponen de una fuerza jurídica superior a la ley ordinaria y no pueden ser modificadas unilateralmente por el Estado, sino mediante un acuerdo, cuyo contenido es el resultado de un proceso de negociación entre las partes.

Desde el punto de vista de las fuentes de derecho, es evidente que la diferenciación religiosa incorpora un *quid pluris* respecto del resto de los imperativos ético-morales, y esta afirmación se reproduce en todos aquellos ordenamientos que prevén un sistema pactado para las relaciones entre el Estado y las iglesias.

Lo anterior se explica de alguna manera por el hecho de que a la Iglesia católica se le reconoce rango de Estado y, entonces, puede legítimamente pactar tratados internacionales, además, en muchos países europeos se ha consolidado un sistema de carácter convencional mediante el cual las relaciones entre el orden estatal y la confesión religiosa están recogidos en documentos que tienen fuerza de ley y cuyo contenido es el resultado de un proceso de negociación. En este supuesto emerge Italia con su singularidad recogida en los artículos 7o. y 8o. de su Constitución, en los que se ofrece cobertura constitucional a dichos acuerdos. Pero esto también vale para Alemania, en donde existen acuerdos

24 / Eleonora Ceccherini

entre el *Bund* y otros cultos, fruto de una autorización legislativa expresa, mientras proliferan acuerdos entre los *Länder* y las confesiones religiosas. Luxemburgo, en el artículo 22 de la Constitución, establece un régimen convencional entre el Estado y las confesiones religiosas que se encuentra recogido en una ley. El artículo 25, párrafo 4, de la Constitución de la República polaca establece dichas relaciones sobre la base de una ley negociada entre el gobierno y los representantes de las confesiones. Portugal ha establecido en los artículos 45 y siguientes de la Ley del 22 de junio de 2001, núm. 16, sobre Libertad Religiosa, que la ley puede recoger acuerdos entre el ordenamiento estatal y los cultos. El artículo 4o., párrafo 5, de la Ley núm. 308 de 1991 sobre la Libertad Religiosa en Eslovaquia establece la facultad de celebrar acuerdos con las iglesias y las asociaciones religiosas.⁴⁷ En España, el artículo 7o. de la Ley Orgánica del 5 de julio de 1980, núm. 7, establece la posibilidad de celebrar acuerdos de cooperación con varias iglesias, que posteriormente deben ser aprobados por las Cortes Generales.⁴⁸

⁴⁷ Respecto a experiencias particulares: Adami, F. E., *Il fenomeno religioso nei paesi dell'Unione Europea*, Urbino, 2002; Curtit, F. y Messner, F. (dirs.), *Droits des religions en France et en Europe: Recueil de textes*, Bruselas, 2008.

⁴⁸ Sobre el tema: Porras Ramírez, J. M., "Las relaciones Iglesia-Estado en el XXX Aniversario de la Constitución Española de 1978", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 127, 2009, pp. 209 y ss.