

CAPÍTULO PRIMERO

LA LIBERTAD DE CREENCIA Y DE CONCIENCIA EN EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES EN ALEMANIA*

La libertad de creencia y de conciencia juega un papel sobresaliente dentro de la historia del desarrollo de los derechos humanos y fundamentales. A finales del siglo XIX, Georg Jellinek sustentó la tesis según la cual la libertad de creencia y de conciencia debía ser considerada como un “derecho originario” (*Urrecht*), cuyo origen se remonta a una página anexa al Código de Rhode Island de mediados del siglo XVII. En palabras del autor: “El derecho de libertad de conciencia se proclamaba allí, naciendo así la idea de un derecho del hombre”.¹ A partir de este ejemplo serían creados otros derechos humanos y fundamentales:

Con la convicción adquirida de que hay un derecho, el de conciencia, independiente del Estado, se tenía el punto del cual habían de partir, especializándose, los derechos inalienables del in-

* Versión original en alemán publicada en Borowski, Martin, “Die Glaubens- und Gewissensfreiheit in der Entwicklung der Grund- und Menschenrechte”, en *Informationes Theologiae Europae. Internationales ökumenisches Jahrbuch für Theologie*, Frankfurt, Peter Lang, 2005, núm. 14, pp. 85-99.

¹ Jellinek, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. de Adolfo Posada, México, UNAM, 2000, p. 124. Versión original del texto en alemán, véase Jellinek, Georg, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, 4a. ed., Munich-Leipzig, Duncker & Humblot, 1927, p. 56 (la primera edición apareció en 1895). Véase Thorpe, Francis Newton, “Charter of Rhode Island and Providence Plantations”, *Organic Laws of the States, Territories, and Colonies*, Washington, Government Printing Office, 1909, t. 6, pp. 3211 y ss.

2 / Martin Borowski

dividuo. La presión que los poderes dominantes ejercen sobre los movimientos libres del individuo determina la idea de que, a cada una de las direcciones de la presión, corresponda un derecho del hombre.²

La tesis común que señala el origen de la libertad de creencia y de conciencia en la Revolución francesa es fuertemente refutada por Jellinek, en los siguientes términos:

La idea de consagrar legislativamente esos derechos naturales, inalienables e inviolables del individuo no es de origen político, sino religioso. Lo que hasta aquí se ha recibido como una obra de la Revolución, es en realidad un fruto de la Reforma y de sus luchas. Su primer apóstol no es Lafayette, sino Roger Williams que, impulsado por su entusiasmo religioso, emigraba hacia soledades, para fundar un imperio sobre la base de libertad de creencia.³

Antes que nada, Jellinek comprendía la tesis de la libertad de creencia y de conciencia como un “derecho originario” desde el enfoque histórico.⁴ Esta tesis ha sido entendida también como un alegato a favor del significado sistémico de la libertad de creencia y de conciencia.⁵ Es difícil separar completamente cada uno de estos aspectos. Parece razonable afirmar que el rol significativo de la libertad de creencia y de conciencia para el desarrollo de los derechos humanos y fundamentales no es accidental, sino producto del contenido central de su significado.⁶ Hablar de la

² *Ibidem*, p. 130. Versión original del texto en alemán, *ibidem*, p. 65.

³ *Ibidem*, p. 125. Versión original del texto en alemán, véase *ibidem*, pp. 53 y ss.

⁴ *Ibidem*, p. 4, 46 f., 52, 57 y ss. (versión en alemán); Jellinek, Georg, “Antwort an Emile Boutmy”, en Schnur, Roman (ed.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964, pp. 113-128 (p. 114 f., 125 y ss.).

⁵ En su crítica directa a la obra de Jellinek, Emile Bouny señala que Jellinek había acentuado el significado sistemático de la libertad de creencia y de conciencia. Boutmy, Emile, “Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte bei Georg Jellinek”, en Schnur, Roman (ed.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschen*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964, p. 109.

⁶ En este sentido, la libertad de creencia “es el más antiguo y primigenio derecho

La libertad de creencia y de conciencia en el desarrollo... / 3

historia de la libertad de creencia y de conciencia implica, por tanto, hablar de su significado sistémico.

La obra de Jellinek ha desatado discusiones acaloradas. El considerar el derecho de creencia como un “derecho originario” no es solamente una tesis revolucionaria del desarrollo histórico y con implicaciones esenciales respecto al contenido central del sistema de derechos humanos y fundamentales, sino también cuestiona el papel de la religión y de la Iglesia para la creación de la libertad de creencia y de los demás derechos humanos y fundamentales. ¿Es la libertad de creencia ajena a la *creencia* (siguiendo la idea secular de la Ilustración, lo que debía ser obligado de manera exterior por la Iglesia), o en cambio proviene ésta de la *creencia* misma y de las luchas alrededor de la misma? Aceptando lo último y retomando la tesis de Jellinek, los otros derechos humanos y fundamentales se presentarían como derivados de este “derecho originario”. Esos derechos encontrarían su origen, al menos de manera indirecta, en la creencia.

Asimismo, se trata de un modelo opuesto al de la Revolución francesa, impulsado por una Ilustración anticlerical.⁷ Lo anterior se ve claramente en el artículo 10 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, que debe ser leído al menos dos veces para lograr entenderlo como una garantía de la libertad de creencia.⁸ El artículo señala que “Nadie debe ser molestado por sus opiniones, inclusive religiosas” (*opinions, même religieuses*),⁹ mientras se

humano”, Huber, Ernst-Rudolf, “Bedeutungswandel der Grundrechte”, *Archiv des öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1933, núm. 62, p. 28, trad. libre. Para un orden histórico de este artículo, véase Borowski, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, 2a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 57.

⁷ Sobre el anticlerismo de la Ilustración véase Fayard, Michelle-Marie, “Die Revolution von 1789 und die Religionsfreiheit”, *Gewissen und Freiheit*, 1980, núm. 15, p. 27); Hattenhauer, Hans, *Europäische Rechtsgeschichte*, 4a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2004, p. 610. Sobre el apoyo de Rousseau a la libertad de religión, véase Jellinek, Georg, *Allgemeine Staatslehre*, 3a. ed., Berlin, Bad Homburg v.d.H., 1929, pp. 412 y ss., observación 1 y p. 522; Jellinek, Georg, *op. cit.*, pp. 7 y ss.

⁸ *Ibidem*, p. 30: “Solamente de una forma tímida y oculta, se atreve el artículo 10 de la libertad expresión, a tocar la cuestión religiosa”, trad. libre.

⁹ Texto en francés por Jellinek, Georg, *ibidem*, pp. 20 y ss.

4 / Martin Borowski

ejerce dentro del marco del orden público legal, entendido, naturalmente, como el orden revolucionario.

No es posible dar una respuesta sencilla a la pregunta de qué tan fuerte fue el papel vector de la libertad de creencia y de conciencia para el desarrollo de los derechos humanos y fundamentales, y hasta dónde se encuentra su primacía sistémica. Sin embargo, para acercarnos a una respuesta plausible,¹⁰ se esbozarán a continuación algunas etapas importantes del desarrollo histórico de este derecho humano y fundamental.¹¹

1. El desarrollo de la libertad de creencia y de conciencia antes de la Reforma

La primera raíz histórica e ideológica de los derechos humanos y fundamentales se encuentra no sólo en la idea humana del *Stoa*,¹² sino también en el *Imago Dei-Formel* (imagen y semejanza a Dios) del Génesis¹³ y en la fórmula de igualdad de Pablo.¹⁴ En este sentido, se puede afirmar que su origen yace esencialmente en la he-

¹⁰ La pregunta planteada dentro de la discusión de las ideas de Jellinek, relativa a si (y hasta qué grado) el origen de la libertad de creencia y de conciencia es realmente religioso o secular, no puede ser revisada esencialmente en este estudio de historia constitucional, fuera de algunos comentarios que vayan surgiendo.

¹¹ Un estudio detallado de la historia del desarrollo de la libertad de creencia y de conciencia se encuentra en Borowski, Martin, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 8-83.

¹² Welzel, Hans, *Naturrechte und materiale Gerechtigkeit*, 4a. ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1962, p. 41; Heckel, Martin, "Die Menschenrechte im Spiegel der reformatorischen Theologie", *Abhandlungen der Heidelberger Akademie der Wissenschaften*, Heidelberg, Carl Winter-Universitätsverlag, 1987, ensayo 4, pp. 33 ff.; Hofmann, Hasso, *Die Entdeckung der Menschenrechte*, Berlin-Nueva York, De Gruyter, 1999, pp. 13 y ss.

¹³ Génesis 1; 27. Véase Hofmann, Hasso, *op. cit.*, pp. 11 y ss.; Hafner, Felix, *Kirchen im Kontext der Grund- und Menschenrechte*, Freiburg/Schweiz, Freiburger Veröffentlichungen aus dem Gebiete von Kirche und Staat, 1992, t. 36, pp. 162 y ss.; Stern, Klaus, "Die Idee der Menschen- und Grundrechte", en Merten, Detlef y Papier, Hans-Jürgen (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C. F. Müller, 2004, t. 1, pp. 3-48 (1, párrafo 8).

¹⁴ Pablo en la carta a los Galateos 3: 28.

La libertad de creencia y de conciencia en el desarrollo... / 5

rencia del pensamiento cristiano.¹⁵ En los inicios del cristianismo, y a favor de la libertad de creencia y de conciencia encontramos que Tertuliano,¹⁶ Lactanz¹⁷ y Agustín de Hipona en sus primeros escritos¹⁸ rechazaban la coacción terrenal contra la creencia errada. Sin embargo, más adelante, Agustín de Hipona justificó la obligación del credo¹⁹ bajo la presión del conflicto con los donatistas.²⁰ También en la rica obra de Tomás de Aquino encontramos la tesis según la cual la creencia no puede ser impuesta.²¹ No obstante, el mismo autor había justificado con gran insistencia el empleo

¹⁵ Ritter, Gerhard, "Ursprung und Wesen der Menschenrechte", en Schnur, Roman (ed.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964, p. 205; Kasper, Walter, "Theologische Bestimmung der Menschenrechte im neuzeitlichen Bewußtsein von Freiheit und Geschichte", en Schwartländer, Johannes (ed.), *Modernes Freiheitsethos und christlicher Glaube*, Munich/Mainz, Kaiser-Grünwald, 1981, pp. 285-302 (p. 288); Kasper, Walter (eds.), *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, pp. 99 y ss.; Huber, Wolfgang, *Gerechtigkeit und Recht: Grundlinien christlicher Rechtsethik*, Gütersloh, Gütersloh Verlagshaus, 1996, p. 234; Starck, Christian, "Das Christentum und die Kirche in ihrer Bedeutung für die Identität der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten", *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, Münster, 1997, núm. 31, pp. 16 y ss.

¹⁶ *Quintus Septimus Florens Tertullianus*, "Liber ad Scapulam", *Patrologiae Cursus Completus*, París, J. P. Migne, Series Latina, 1841, t. 1, p. 699.

¹⁷ *Lucius Caecilius Firmianus Lactancius*, "Divinarum Institutionum", *Patrologiae Cursus Completus*, París, J. P. Migne, Series Latina, 1844, t. 6, columna 620.

¹⁸ *Aurelius Augustinus*, "In Joanni Evangelium", *Patrologiae Cursus Completus*, París, J. P. Migne, Series Latina, 1841, t. 35, columna 1607.

¹⁹ *Aurelius Augustinus*, "Epistula 105", *Patrologiae Cursus Completus*, París, J. P. Migne, Series Latina, 1841, t. 33, columna 400; *Aurelius Augustinus*, "Epistula 185", *ibidem*, columna 797. Para un recuento más cercano del desarrollo de pensamiento de Agustín de Hipona, véase, Lecler, Joseph, *Geschichte der Religionsfreiheit im Zeitalter der Reformation*, Stuttgart, Schwabenverlag, 1965, t. 1, pp. 119 y ss.

²⁰ Al respecto véase, Listl, Joseph, "Der Wandel vom Christenverfolgenden zum Ketzerverfolgenden spätantiken römischen Staat", en Aymans, Winfried y Geringer, Karl Theodor (eds.), *Iuri Canonici Promovendo. Festschrift für Heribert Schmitz zum 65. Geburtstag*, Regensburg, Pustet, 1994, p. 647 y ss.

²¹ Tomás de Aquino, "Summae Theologiae", *S. Thomae Aquinatis Opera Omnia*, Stuttgart/Bad Cannstatt, R. Busa, 1980, t. 2, pp. 184-926 (p. 538, 2. 2. Q. 10 a. 8 ad Primum). Antes de él ya Abaelardus, Petrus, "Ethica seu liber dictus Scito te ipsum", *Patrologiae Cursus Completus*, París, J. P. Migne, Series Latina, 1855, t. 178, columna 653.

6 / Martin Borowski

de la fuerza contra los herejes.²² La imagen del medievo fue hasta cierto punto más colorida de lo que generalmente se piensa, pues la libertad de creencia y de conciencia estaban protegidas dentro de ciertos límites.

II. La Reforma

La Reforma constituye, desde diferentes perspectivas, un importante punto de partida, y esto vale en gran medida con respecto al desarrollo de la libertad de creencia y de conciencia. En los escritos de los reformadores encontramos ideas que subrayan explícitamente el derecho a estas libertades. Ello se hace patente en un extracto de los escritos de Martin Lutero: “Pero nadie puede mostrar los pensamientos y el sentido del alma a Dios. Por eso, y de tal modo, es imposible prohibir y obligar a alguien a la fuerza creer tal cosa. Esto pertenece a otra maniobra, la fuerza no lo logra”.²³

Sin embargo, en el desarrollo de los derechos humanos y fundamentales se da un fenómeno constante; las ideas de los escritos muy pocas veces son aplicadas directamente en la *praxis* política. En los escritos de los reformadores prevalecía el discurso de la libertad de creencia, la libertad de credo de los cristianos y la libertad de seguir los Evangelios.²⁴ Sin embargo, la sangrienta

²² La famosa frase “haeresis est infectivum vitium”, Tomás de Aquino, “In Quattuor Libros Sententiarum”, *S. Thomae Aquinatis Opera Omnia*, Stuttgart/Bad Cannstatt, R. Busa, 1980, t. 1, p. 493, In IV Sentent, d. 13 q. 2 a. 3 co.; véase más adelante Tomás de Aquino, *op. cit.*, p. 540 (2. 2. Q. 11 a. 3 co. y 4 co.).

²³ Luther, Martin, “Von weltlicher Oberkeit, wie weit man ihr Gehorsam schuldig sei”, *Martin Luthers Werke, Kritische Gesamtausgabe*, Weimar, Verlag Hermann Böhlaus, 1900, t. 11, p. 264, trad. libre. Respecto de este pasaje, véase especialmente Diesselhorst, Malte, “Zur Zwei-Reiche-Lehre Martin Luthers”, en Dilcher, Gerhard y Staff, Ilse (eds.) *Christentum und modernes Recht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984, pp. 135 y ss.

²⁴ Luther, Martin, “Resolutions disputationum de indulgentiarum virtute”, *Martin Luthers Werke, Kritische Gesamtausgabe*, Weimar, Verlag Hermann Böhlaus, 1883, t. 1, p. 616; Luther, Martin, *De votis monasticis Martini Lutheri iudicium*, *op. cit.*, Weimar, Verlag Hermann Böhlaus, 1889, t. 8, pp. 606 y ss.; Calvino, Juan, *Unterricht in der christlichen*

La libertad de creencia y de conciencia en el desarrollo... / 7

guerra de Reforma, en la que se enfrascaron las potencias mundiales con ambiciones confesionales, deja un elocuente testimonio de que las partes no se autorizaban el derecho a errar, y por ende, el derecho de creencia. Es importante subrayar que si bien los protestantes y los católicos eran demasiado débiles para subyugar a la otra parte, eran lo suficientemente fuertes para no ser subyugados. Asimismo, no hubo líneas fronterizas sencillas y claras. Las olas de la Reforma y de la contrarreforma en Europa, y en especial en Alemania, dejaron un mapa confesional contrastado. Cada parte debía organizar el manejo de una minoría religiosa, ya que sus seguidores eran minoría en los territorios de la otra parte, y se buscaba que fueran tratados adecuadamente. Esta obligación fáctica de tolerancia constituyó el punto de partida para el desarrollo de lo que posteriormente sería el reconocimiento de la idea normativa de tolerancia en el Estado democrático constitucional.²⁵ Quedaba, empero, un largo camino por recorrer.

III. La consolidación de la paz en los siglos XVI y XVII

Se puede considerar que la primera gran manifestación de la libertad de creencia y de conciencia en el suelo alemán fue el *ius emigrandi* de la paz religiosa de Augsburgo de 1555.²⁶

Religion, editado y traducido por Weber, Otto, Gießen, Neukirchner, 1937, t. 2, p. 395 y ss.; Melancthon, Philipp, "Liber de anima", *Melancthons Werke in Auswahl*, Gütersloh, R. Stupperich, 1961, t. 3, pp. 336 y ss.

²⁵ Borowski, Martin, *Die Glaubens-und...*, cit., p. 76. Véase también Rawls, John, *Justice as Fairness. A Restatement*, Cambridge/London, E. Kelly, 2001, p. 193.

²⁶ Scholler, Heinrich J., *Die Freiheit des Gewissens*, Berlín, Duncker & Humblot, 1958, p. 50; Heckel, Martin, "Zur Entwicklung des deutschen Staatskirchenrechts von der Reformation bis zur Schwelle der Weimarer Verfassung", *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, núm. 12 (1966-1967), p. 13; Heckel, Martin, *Deutschland im konfessionellen Zeitalter*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1983, p. 48; Heckel, Martin, "Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht", en Badura, Peter y Dreier, Horst (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, t. 2, p. 400, observación 76; May, Georg, "Zum 'ius emigrandi' am Beginn des konfessionellen Zeitalters", *Archiv für Katho-*

8 / Martin Borowski

La paz religiosa²⁷ de Augsburgo creó legalmente una “dualidad de credo”, que reconocía en el §15 la confesión luterana, así como la confesión de Augsburgo (que era católica). Al igual que antes, prevalecía la idea del cierre confesional por territorio. El señor feudal estaba autorizado con el *ius reformandi* a elegir la confesión: *cuius reio eius religio*. De acuerdo con la interpretación protestante del §24, estaba protegido el *ius migrandi* del individuo (el derecho de migrar, sin posesiones), limitando el poder del señor feudal; más adelante fue permitido al súbdito migrar con sus posesiones a una región que contara con una mayoría confesional conforme a sus creencias, mediante, empero, el pago de un impuesto.

En cambio, la interpretación católica del mismo §24 se diferenciaba, ya que existía únicamente una pequeña limitante del *ius reformandi* del señor feudal: éste estaba facultado para elegir la confesión, así como para permitir la migración de los otros creyentes, quienes requerían del pago de un impuesto para la toma de sus pertenencias, de acuerdo con el §24.²⁸ Según esta

lisches Kirchenrecht ArchKathKR, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1986, núm. 155, p. 106; Von Campenhausen, Axel Freiherr, “Religionsfreiheit”, en Isensee, Josef y Kirchhoff, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller, 1989, t. 6, pp. 369-434 (§136, párrafo 13); Robbers, Gerhard, “Menschenrechte aus der Sicht des Protestantismus”, en Merten, Detlef y Papier, Hans-Jürgen (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C. F. Müller, 2004, t. 1, pp. 387-411 (§9, párrafo 20).

²⁷ Texto por Buschmann, Arno (ed.), *Kaiser und Reich. Verfassungsgeschichte des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation von Beginn des 12. Jahrhunderts bis zum Jahre 1806 in Dokumente*, 2a. ed., Baden-Baden, DTV Wissenschaft, 1994, t. 1, p. 217 y ss.; extractos fundamentales en Willoweit, Dietmar y Seif, Ulrike, *Europäische Verfassungsgeschichte*, Munich, C. H. Beck, 2003, pp. 127 y ss.

²⁸ “Wo aber Unsere, auch der Churfürsten, Fürsten und Stände Unterhalten der alten Religion oder Augspurgischen Confession anhängig, von solcher ihrer Religion wegen aus Unsern, auch der Churfürsten, Fürsten und Ständen des H. Reichs Landen, Fürstenthumen, Städten oder Flecken mit ihren Weib und Kindern an andere Orte ziehen und sich nieder thun wollten, denen soll solcher Ab- und Zuzug, auch Verkaufung ihrer Haab und Güter gegen zimlichen, billigen Abtrag der Leibeigenschaft und Nachsteuer, wie es jeden Orts von Laters anhero üblichen, herbracht und gehalten worden ist, unverhindert männiglich zugelassen und bewilligt, auch an ihren Ehren und Pflichten allerding

La libertad de creencia y de conciencia en el desarrollo... / 9

interpretación, la decisión de emigrar se encontraba fuera de la voluntad de los súbditos que profesaban otra religión. Esta decisión les era negada al no contar con la voluntad del señor feudal o ser contraria a ella.²⁹

Casi cien años después, el sistema de la paz religiosa de Augsburgo fue ratificado en el marco de la paz de Westfalia en 1648 (artículo V, §1, del *Instrumentum Pacis Osnabrugensis* "IPO"), pero con importantes modificaciones. La mención al calvinismo en el artículo VII-1 IPO llevó al reconocimiento legal de una tríada de credos en el reino. El *ius reformandi* del señor feudal fue limitado a través del establecimiento del *Normaljahr* (*Annus decretorius* o *Annus normalis*) en 1624 (artículo V, §§ 31, enunciado 1 IPO). Tras la autorización religiosa en el *Normaljahr*, el señor feudal ya no podía hacer más. El *ius migrandi* se fortaleció (artículo V, §§ 30, 36 y ss. IPO), y fue establecido, de manera parcial, un mayor nivel de protección de la libertad de creencia y de conciencia para los creyentes que no migraron. Al menos debía ser permitida la *devotio domestica simplex* —el culto privado en el hogar, sin la presencia de un clérigo—. ³⁰

Más adelante, se permitió que los demás creyentes abandonaran el territorio para participar en los servicios religiosos llevados

unentgolten seyn. Doch soll den Oberkeiten an ihen Gerechtigkeiten und Herkommen der Leibeigenen halben, dieselbigen ledig zu zehlen oder nicht, hierdouch nochts abgebrochen oder benommen seyn".

²⁹ Para la interpretación del §24 véase Kahl, Wilhelm, *Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik*, Freiburg/Leipzig, Mohr Siebeck, 1894, t. 1, p. 317; May, Georg, *op. cit.*, p. 105 y ss.; May, Georg, "Die Entstehung der hauptsächlichen Bestimmungen über das *ius emigrandi* (Artículo V §§ 30-43 IPO) auf dem Westfälische Friedenskongreß", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, Wien-Köln-Weimar, Boehlau-Verlag, 1988, núm. 105, pp. 436 y ss.; Kremer, Bernd Mathias, *Der Westfälische Friede in der Deutung der Aufklärung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1989, pp. 134 y ss.; Link, Christoph, *Staat und Kirche in der neueren deutschen Geschichte*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2000, p. 20.

³⁰ La "*devotio domestica qualificata*" no fue sin embargo comprendida por el § 34 enunciado 1, IPO. Véase Scholler, Heinrich J., *op. cit.*, pp. 53 y ss.; Böckenforde, Ernst-Wolfgang, "Das Grundrecht der Gewissensfreiheit", *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, De Gruyter, 1970, núm. 28, p. 37.

10 / Martin Borowski

a cabo en territorios con su mayoría de credo, conforme al §34, enunciado 1 IPO. Una fórmula general de igualdad se encontraba en el §35 IPO, según la cual la otra confesión no podía justificar una negativa de igualdad legal. Aun cuando estos parecían más derechos estamentales del reino que derechos propios del individuo,³¹ e incluso cuando materialmente las posiciones eran limitadas, es posible reconocer un sistema de protección de la libertad de creencia y de conciencia.

IV. El desarrollo de la libertad de creencia a mediados del siglo XVII hasta la mitad del siglo XIX

Entre la Paz de Westfalia y el periodo revolucionario francés acontecieron diversos sucesos con implicaciones notables para los derechos humanos y fundamentales. La teoría del contrato social y las teorías modernas del derecho natural y racional ofrecieron un fundamento filosófico para esos derechos.

En Inglaterra, las declaraciones jurídicas de “derechos de nacimiento” a favor de la nobleza se transformaron en los derechos de todas las personas.³² Desde la perspectiva de la libertad de creencia y de conciencia, es importante señalar que el absolutismo ilustrado, especialmente en Prusia, desarrolló una importante tolerancia religiosa, que encontró expresión legal en “el derecho general del Estado Prusiano” en 1794.³³ Ya en el siglo XVII, algunas cartas coloniales norteamericanas³⁴ contaban con el derecho de libertad de creencia.

³¹ Von Campenhausen, Axel Freiherr, *op. cit.*, § 136, párrafo 16.

³² *Ibidem*, pp. 10 y ss.

³³ Borowski, Martin, *Die Glaubens- und...*, *cit.*, pp. 23 y ss.

³⁴ Junto a la ya mencionada “Carta de Rhode Island y Plantaciones Providence”, *cit.*, de 1663 está la “Carta de libertades y privilegios de Nueva York” de 1683 (texto por Douglas, David C., “English Historical Documents”, *American Colonial Documents to 1776*, Londres, M. Jensen, 1964, t. 9, pp. 228 y ss. Respecto a los derechos en las cartas coloniales, véase Jellinek, Georg, “*Allgemeine...*”, *cit.*, pp. 515 y ss.; Stourth, Gerald, “Grundrechte zwischen Common Law und Verfassung”, en Birtsch, Günter (ed.), *Grund-und*

La libertad de creencia y de conciencia en el desarrollo... / 11

Con la Declaración de Virginia de 1776³⁵ se inauguraron una serie de declaraciones jurídicas en la materia, que culminaron con la Constitución Federal Americana de 1787, a la cual fueron incorporados diez artículos adicionales en 1791, el *Federal Bill of Rights*.

En Europa, el desencadenamiento de la Revolución francesa, que condujo a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, constituyó un evento decisivo. La Iglesia católica mostró una abrupta oposición hacia los derechos proclamados en la Declaración,³⁶ en especial aquellos relativos a la libertad de creencia y de conciencia. La serie de posicionamientos papales relevantes comenzó con el escrito pontificio *Quod aliquantum* de Pío VI de 1791³⁷ y la carta apostólica *Post Diuturnas* de Pío VII de 1800.³⁸ Las siguientes publicaciones se mostraron cada vez más virulentas. Encontramos, por ejemplo, la tres encíclicas *Mirari vos* de Gregorio XVI de 1832,³⁹ *Quanta cura*, de Pío IX de 1864,⁴⁰ y el tristemente célebre *Syllabus complectens praecipuos nostrae aetatis errores*, así como el *Libertas praetentissimum* de León XIII en 1888.⁴¹ Sin

Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1981, pp. 72 y ss.

³⁵ Texto por Poore, Benjamin Perley, *Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the United States*, 2a. ed., Washington, Government Printing Office, 1878, t. 2, pp. 1908 y ss.

³⁶ Respecto del desarrollo de la posición de la Iglesia católica sobre la Revolución y los derechos de la lustración, véase Punt, Jozef, *Die Idee der Menschenrechte*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1987, pp. 150 y ss.

³⁷ Theiner, Augustin, *Documents inédits relatifs aux affaires religieuses de la France 1790 à 1800*, París, Firmin Didot frères, fils et cie, 1857, pp. 32 y ss.

³⁸ Barberi, Andrea y Spetia, Alexander (eds.), *Bullarium Romanum continuatio*, Roma, Cámara Apostólica, 1845, t. 11, pp. 11 y ss.

³⁹ Texto completo al alemán Marmy, Emil, *Mensch und Gemeinschaft in christlicher Schau*, Freiburg (Suiza), Verl. d. Paulusdruckerei, 1945, pp. 15 y ss.

⁴⁰ Denzinger, Henricus y Schönmetzer, Adolf (eds.), *Enchiridion Symbolorum Definitionum et Declarationum de Rebus Fidei et Morum*, 33a. ed., Freiburg im Breisgau, Herder, 1965, pp. 574 y ss.

⁴¹ Denzinger, Henricus y Schönmetzer, Adolf (eds.), *op. cit.*, pp. 629 y ss.

12 / Martin Borowski

embargo, es importante precisar que dichos documentos no eran implementados cabalmente en las prácticas de la Iglesia católica, sino que deben entenderse en el contexto de su época,⁴² y su contenido puede relativizarse dentro de determinadas fronteras. Habría que llegar hasta el siglo XX,⁴³ para que la Iglesia católica se reconciliara de manera comprensiva y profunda con la libertad de creencia y conciencia en la *Declaratio de Libertate Religiosa* en el Segundo Concilio Vaticano de 1965.⁴⁴

En Alemania, la historia de las Constituciones modernas empieza a principios del siglo XIX. A partir del decreto del Acta Federal alemán de 1815, cuyo §13 ordenaba la adopción de una “constitución local” en los Estados, surgieron, desde principios hasta mediados del siglo XIX, dos corrientes en casi todas las Constituciones de los Estados. En la primera corriente se encontraban Constituciones más bien impuestas, mientras que en la segunda eran Constituciones pactadas.⁴⁵ Los intentos constitucionales en Prusia y Austria asumieron de forma seria estas dos corrientes a partir de 1848. La libertad de creencia y la libertad de conciencia se encontraban generalmente dentro de los derechos fundamentales de las Constituciones de los Estados. La libertad del culto religioso público, así como el derecho de reunión de

⁴² Esto remarca Isensee, Josef, “Keine Freiheit für den Irrtum. Die Kritik der katholischen Kirche des 19. Jahrhunderts an den Menschenrechte als staatsphilosophisches Paradigma”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, Wien-Köln-Weimar, Boehlau-Verlag, 1987, núm. 104, p. 300.

⁴³ Respecto a la libertad de creencia y de pensamiento en la declaración del concilio, véase Pavan, Pietro, “Die wesentlichen Elemente des Rechtes auf Religionsfreiheit”, en Hamer, Jerome y Congar, Yves (eds.), *Die Konzilerklärung über die Religionsfreiheit*, Paderborn, Verlag Bonifatius, 1967, pp. 167 y ss.; Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Einleitung zur Textausgabe der “Erklärung über die Religionsfreiheit”, en Lutz, Heinrich (ed.), *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977, pp. 408 y ss. Respecto al desarrollo de la posición de la Iglesia evangélica, véase Borowski, Martin, *Die Glaubens-und... cit.*, pp. 82 y ss.

⁴⁴ Kraemer, Konrad Wilhelm (ed.), *Vatikanum II – Vollständige Ausgabe der Konzilsbeschlüsse*, 5a. ed., Osnabrück, Verlag A. Fromm, 1969, pp. 613 y ss.

⁴⁵ Véase para diferenciar estas corrientes Grimm, Dieter, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1988, pp. 71 y ss.; 161 y ss.

La libertad de creencia y de conciencia en el desarrollo... / 13

carácter religioso, eran omitidos de manera constante. En cuanto al alcance del contenido material de los derechos fundamentales, su impacto era altamente limitado.⁴⁶

V. La libertad de creencia en la Constitución de Frankfurt (*Paulskirchenverfassung*) de 1849

La Constitución de Frankfurt de 1849 (en adelante, PKV),⁴⁷ cuya efectividad⁴⁸ política estuvo negada por la victoria de la reacción,⁴⁹ es una de las piedras angulares del desarrollo constitucional alemán.⁵⁰ Dicha Constitución contenía no solamente enfoques esenciales para el fortalecimiento de la vinculatoriedad de los derechos fundamentales (§130 PKV⁵¹) y la mejora de su implementación procesal (§126 lit g PKV⁵²), sino que además amplió su contenido,

⁴⁶ Scheuner, Ulrich, "Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts", en Forsthoff, Ernst *et al.* (eds.), *Festschrift für Ernst Rudolf Huber*, Göttinger, O. Schwartz, 1973, pp. 147 y ss.; Wahl, Rainer, "Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts", en Böckenförde, Ernst-Wolfgang (ed.), *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1914)*, 2a. ed., Königstein, Verlag Athenäum-Hain-Scriptor-Hanstein, 1981, pp. 349 y ss.; Böckenförde, Ernst-Wolfgang, "Wie werden in Deutschland die Grundrechte im Verfassungsrecht interpretiert?", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2004, p. 598.

⁴⁷ Huber, Ernst-Rudolf, "Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte", *Deutsche Verfassungsdokumente 1803-1850*, 3a. ed., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, Kohlhammer, 1978, t. 1, p. 375.

⁴⁸ Para la pregunta de si la Constitución de Paulkirchen tuvo algún efecto legal al menos por un periodo corto de tiempo, véase Borowski, Martin, *Die Glaubens-und...*, cit., p. 32, observación 144.

⁴⁹ Respecto al fracaso de la Constitución de Paulkirchen, véase Kühne, Jörg-Detlef, *Die Reichsverfassung der Paulkirche. Vorbild und Verwirklichung im späteren deutschen Rechtsleben*, 2a. ed., Neuwied-Kriftel-Berlin, Luchterhand, 1998, pp. 48 y ss.; Grimm, Dieter, *op. cit.*, pp. 28 y ss.

⁵⁰ Una prueba de las numerosas voces que remarcan el significado del desarrollo de los derechos fundamentales en Alemania, en Borowski, Martin, *Die Glaubens-und...*, cit., p. 28.

⁵¹ Kühne, Jörg-Detlef, *op. cit.*, pp. 184 y ss.; Grimm, Dieter, *ibidem*, pp. 195 y ss.

⁵² *Idem*.

14 / Martin Borowski

en particular en materia de libertad de creencia. El §144 señalaba la “completa libertad de creencia y de conciencia” de cada alemán, y precisaba que las disposiciones de la Paz de Westfalia que limitaban ciertos reconocimientos ya no eran vigentes. Por su lado, el §145 PKV protegía el ejercicio público del culto, mientras que en el §147 párrafo 3 PKV hizo dependiente del consentimiento del Estado la conformación de sociedades religiosas. Con el fracaso de la Constitución, estas mejoras no pudieron llevarse a cabo. El nivel de protección —que de algún modo fue modificado— se acercaba al estado anterior a la Revolución.⁵³

VI. La libertad de creencia en la Constitución de la República de Weimar

Puesto que la Constitución de la Federación Alemana del Norte de 1867 y la Constitución del Reino Alemán de 1871 no contenían derechos fundamentales, se abre el siguiente capítulo en la materia con la Constitución de la República de Weimar.

La protección de la libertad de creencia estaba regulada en gran medida en las disposiciones de la Constitución de Frankfurt. Es importante señalar que el artículo 135, enunciado 1, de la Constitución de la República de Weimar, protegía la “total libertad de creencia y de conciencia”, mientras que su párrafo siguiente permitía y protegía explícitamente la realización de actividades religiosas sin otro límite que no fuera el orden público. La libertad de asociación religiosa no se encontraba bajo las reservas de la autorización del Estado (artículo 137, párrafos 2 y 4 de la Constitución de la República de Weimar; véase también artículo 124, párrafos 1 y 2 de la Constitución de la República de Weimar). Cabe mencionar que fueron catalogadas de manera

⁵³ Todavía fueron protegidas en las Constituciones prusianas de 1848 y 1850, de igual modo la libertad de culto, así como el conformar sociedades religiosas, en el artículo 11 de la “impuesta” Constitución prusiana de 1848, respectivamente el artículo 12, párrafo 1, de la “revisada” Constitución prusiana de 1850.

La libertad de creencia y de conciencia en el desarrollo... / 15

similar las asociaciones religiosas y las organizaciones con determinada cosmovisión (artículo 137, párrafo 7, de la Constitución de la República de Weimar).

Desde la perspectiva del derecho estatal eclesiástico,⁵⁴ la Constitución de la República de Weimar significaba nada menos que un “cambio de época”.⁵⁵ Con la prohibición del establecimiento de una Iglesia oficial, de acuerdo con el artículo 137, párrafo 1, de la Constitución de la República de Weimar, se terminó el mandato de una Iglesia dentro del Estado. Al observarse el artículo 137, párrafo 1, de la Constitución de la República de Weimar en relación con el artículo 14 de la mencionada Constitución prusiana,⁵⁶ la diferencia es notable. Sin embargo, debe subrayarse que restos normativos de un fuerte Estado religioso lograron permanecer por un buen tiempo, hasta su posterior derogación.⁵⁷

⁵⁴ Relativo al concepto de derecho estatal eclesiástico (*Staatskirchenrecht*), Martin Borowski aclara lo siguiente: “Desde una definición estrecha, el derecho estatal eclesiástico es el derecho que regula las relaciones entre el Estado y todas las agrupaciones religiosas. Desde una definición amplia, el derecho estatal eclesiástico comprende también las posiciones jurídicas de los individuos. Aun cuando se ha discutido cada vez más, si el concepto de derecho estatal eclesiástico puede ser reemplazado por conceptos como «derecho constitucional religioso» u otros similares, se trata de un término profundamente establecido, que no debería encontrar implicaciones sustanciales en su uso continuo. En este sentido, una fuerte disociación del derecho estatal eclesiástico de las garantías constitucionales, independientemente de si uno escoge la definición estrecha o amplia del derecho estatal eclesiástico, no es posible. Por ello, la libertad constitucional de creencia y de conciencia concierne del mismo modo a la relación entre el Estado y la agrupaciones religiosas y sus integrantes y es por lo tanto parte esencial del derecho estatal eclesiástico”, trad. libre. Borowski, Martin, *Die Glaubens-und...*, cit., pp. 300 y 301 [Nota del traductor].

⁵⁵ Heckel, Martin, “Kontinuität und Wandlung des deutschen Staatskirchenrechts unter den Herausforderungen der Moderne”, *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, núm. 44, p. 347.

⁵⁶ “La religión cristiana fue una de aquellas instituciones del Estado, que están vinculadas al culto religioso, que fue puesta en la garantía de libertad religiosa del artículo 12 sin sufrir un menoscabo”, trad. libre. Respecto a esta opinión, véase Anschütz, Gerhard, *Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat*, Berlín, Häring, 1912, t. 1, pp. 260 y ss.; Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *op. cit.*, pp. 42 y ss.

⁵⁷ Ebers, Godehard Josef, *Staat und Kirche im neuen Deutschland*, Munich, Hueber Verlag, 1930, pp. 136 y ss.; Jeand’Heur, Bernd, “Der Begriff der «Staatskirche» in seiner

16 / Martin Borowski

La cuestión de la interpretación de la libertad de creencia y de conciencia en la Constitución de la República de Weimar fue incluida en la discusión general relativa al efecto de los derechos fundamentales.⁵⁸ Casi catorce años después, el desarrollo de los derechos fundamentales fue bruscamente interrumpido por la toma del poder de los nacionalsocialistas. En un primer momento, el régimen totalitario escondió su enemistad religiosa por razones tácticas. Sin embargo, más adelante, fue claro que un intento por coordinarse no tendría ningún éxito, por lo que las Iglesias fueron generalmente confrontadas. En este punto, la Constitución de la República de Weimar ya había perdido su validez.⁵⁹

VII. La libertad de creencia y de conciencia en la Ley Fundamental

La libertad de creencia y de conciencia experimentaron en la Ley Fundamental la protección comprensiva de todas las Constituciones alemanas anteriores. El artículo 4o. párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental, protege en un mismo alcance la libertad de formar una creencia, sostenerla y practicarla,⁶⁰ individual y colectivamente.⁶¹ Esta garantía estuvo acompañada y sustentada por los derechos contenidos en los artículos 136, 167, 138, 139 y 141 del

historischen Entwicklung", *Der Staat*, Berlín, Duncker Et Humblot, 1991, núm. 30, p. 462; Von Campenhausen, Axel Freiherr, *Staatskirchenrecht*, 3a. ed., Munich, 1996, pp. 42 y ss.

⁵⁸ Borowski, Martin, *Die Glaubens-und...*, cit., pp. 45 y ss.

⁵⁹ Al respecto, véase Maunz, Theodor y Dürig, Günter, *Deutsches Staatsrecht*, 7a. ed., Munich-Berlín, C. H. Beck, 1958, p. 40.

⁶⁰ El Tribunal Constitucional Federal alemán señaló que cada uno de los conceptos contenidos en el artículo 4o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, no debían entenderse como garantías parciales, sino en cambio como la manifestación de una única y comprensiva libertad de conciencia. Véase BVerGE 12, 1 (3. F.); 24, 236 (245); 32, 98 (106); 33, 23 (28); 41, 29 (49); 44, 37 (49); 83, 341 (354); 93, 1 (15); BVerGE 108, 282 (297).

⁶¹ De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, las organizaciones religiosas pueden acudir a la libertad religiosa contenida en el artículo 4o., párrafo 1, 2, de la Ley Fundamental, BVerfGE 19, 129 (132), 24, 236 (246 y ss.); 42, 312 (323); 53, 366 (386 y ss.); 57, 220 (240 y ss.); 61, 82 (102); 70, 138 (161); 83, 341 (353 y ss.).

La libertad de creencia y de conciencia en el desarrollo... / 17

derecho estatal eclesiástico de la Constitución de la República de Weimar. De acuerdo con el artículo 140 de la Ley Fundamental, éstos son parte de ella —aun cuando la existencia paralela de nuevas garantías en el catálogo de derechos y disposiciones de una Constitución antigua traen a colación una serie de problemas interpretativos—. ⁶² La libertad de conciencia, en términos del artículo 4o. párrafo 1, de la Ley Fundamental, que por un largo tiempo en la historia constitucional se limitó solamente a la libertad de conciencia religiosa, ⁶³ a partir de ahora sería reconocida como un derecho independiente. ⁶⁴ Incluso cuando hoy, como antes, el carácter religioso de la libertad de conciencia suele ser un argumento fuerte y recurrente, ⁶⁵ son también protegidas las tomas de decisión de conciencia no religiosas. ⁶⁶ En el artículo 4o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, se encuentra además la libertad de las confesiones a sostener determinadas cosmovisiones. Esta libertad se presenta también como una garantía de libertad individual en lugar de una libertad colectiva de “asociaciones con una determinada cosmovisión” en términos del artículo 140 de la Ley Fundamental, en unión con el artículo 137, párrafo 7, de la Constitución de la República de Weimar. Así las cosas, no solamente está contemplada una protección amplia de la libertad religiosa inter-

⁶² Para la relación entre los derechos de los artículos del derecho estatal eclesiástico y los derechos fundamentales, véase Borowski, Martin, *Glaubens- und...*, cit., pp. 294 y ss.

⁶³ Aun cuando este punto de vista ya fue desechado, no fue juzgado por unanimidad. Por una parte, fue hecho válido que la independencia ya había comenzado a mediados del siglo XIX (Böckenförde, Ernest-Wolfgang, *op. cit.*, p. 40; Kästner, Karl-Hermann, “Individuelle Gewissensbindung und normative Ordnung”, *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1992, núm. 37, p. 137, por una parte significa que el desarrollo de éste fue tomado a partir de la Ley Fundamental. Cfr. Herzog, Roman, “Die Freiheit des Gewissens und der Gewissensverwickelung”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, Köln-Berlín-Munich-Bonn, Carl Heymanns Verlag, 1969, pp. 718-722, p. 718.

⁶⁴ Véase Herzog, Roman, *op. cit.*, p. 718; Böckenförde, Ernest-Wolfgang, *Ibidem*, p. 50.

⁶⁵ En este caso fue protegida la objeción de conciencia debido a un fundamento derivado de la libertad de conciencia. Borowski, Martin, *Glaubens- und...*, cit., pp. 561 y ss.

⁶⁶ Herdegen, Matthias, *Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts*, Berlin-Heidelberg, Springer, 1989, p. 232.

18 / Martin Borowski

na y externa, sino además una completa libertad de cosmovisión en el sistema de protección de los derechos fundamentales.

El Tribunal Federal Constitucional alemán ha subrayado de manera insistente el destacado significado de la libertad de creencia y de conciencia, al considerarla como una “manifestación específica de la dignidad humana contenida en el artículo 1o., párrafo 1, de la Ley Fundamental”,⁶⁷ y “su cercana relación con la dignidad humana como el valor más alto en el sistema de los derechos fundamentales”.⁶⁸ La literatura concuerda respecto del vínculo estrecho de esa libertad con la dignidad humana.⁶⁹ De acuerdo con la jurisprudencia actual del Tribunal, la dignidad humana constituye el valor más alto de la democracia liberal.⁷⁰ Esta conexión subraya el destacado significado de la libertad de creencia y de conciencia en el sistema de los derechos humanos y fundamentales.⁷¹

VIII. La libertad de creencia y de conciencia en el derecho europeo

La libertad de creencia y de conciencia constituye una disposición fundamental en el marco del sistema europeo de de-

⁶⁷ BVerfGE 33, 23 (28 y ss.); véase BVerfGE 12, 45 (53 y ss.); 48, 127 (163).

⁶⁸ BVerfGE 35, 367 (367); véase BVerfGE 32, 98 (108).

⁶⁹ Badura, Peter, *Der Schutz von Religionen und Weltanschauungen durch das Grundgesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1989, pp. 33 y 73; Heckel, Martin, “Religionsfreiheit. Eine säkulare Verfassungsgarantie”, en Heckel, Martin (ed.), *Gesammelte Schriften. Staat, Kirche, Recht, Geschichte*, Tübingen, editado por Klaus Schlaich, Mohr Siebeck, 1997, t. 4, p. 671; Kästner, Karl-Hermann, “Hypertrophie des Grundrechts auf Religionsfreiheit?”, *JuristenZeitung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, pp. 974 y ss.

⁷⁰ BVerfGE 5, 85 (204); véase también BVerfGE 45, 187 (227): “el valor jurídico más alto dentro del orden constitucional”, trad. libre.

⁷¹ Bethge, Herbert, “Gewissensfreiheit”, en Inensee, Josef y Kirchhof, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller, 1989, t. 6, pp. 435–469 (§ 137, párrafo 1); Filmer, Fridtjof, *Das Gewissen als Argument im Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, pp. 107 y ss.; Kästner, Karl-Hermann, “Individuelle Gewissensbindung...”, *cit.*, p. 131.

La libertad de creencia y de conciencia en el desarrollo... / 19

rechos fundamentales. Se encuentra proclamada en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, disposición que ha ganado contornos claros en la jurisprudencia de los órganos de este instrumento internacional.⁷² Además, este derecho se encuentra protegido por el artículo 10 de la Carta Europea de Derechos Humanos de 2000, aunque la carta no sea jurídicamente vinculante.⁷³ La Carta Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) ha encontrado cabida como parte II del “Tratado relativo a la Constitución de Europa”; el artículo II-61 de la Constitución Europea corresponde al contenido del artículo 10, CEDH. En primer lugar, hay que destacar que el Preámbulo de la Carta de Derechos Humanos alude a un referente religioso en la frase “Consciente (la Unión)⁷⁴ de su herencia espiritual, religiosa y moral”.⁷⁵ En segundo lugar, el artículo 10. de la Carta de Derechos Humanos (el II-61 de la Constitución Europea) coloca el principio de dignidad humana en la cima del sistema de derechos fundamentales.

Con el trasfondo de la tradición interpretativa del Tribunal Constitucional Federal alemán, no puede pasarse por alto que en el sistema europeo de derechos fundamentales se reconoce el vínculo cercano de la libertad de creencia y de conciencia con el derecho de más alto valor, que es la dignidad humana.

⁷² Borowski, Martin, *Glaubens-und...*, cit., pp. 146 y ss.

⁷³ Para el efecto vinculatorio de la Carta Europea de Derechos Humanos, véase Stern, Klaus, “Die Idee der Menschen- und Grundrechte”, en Merten, Detlef y Papier, Hans-Jürgen (eds.), *Hanbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C. F. Müller, 2004, t. 1, pp. 3-38 (§1, párrafo 45).

⁷⁴ Agregado por el autor.

⁷⁵ Robbers, Gerhard, “Religionsrechtliche Gehalte der Grundrechtecharta”, en Geis, Max-Emanuel y Lorenz, Dieter (eds.), *Staat-Kirche-Verwaltung. Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag*, Munich, C. H. Beck, 2001, pp. 431 y ss.; Hobe, Stephan, “Die Verbürgung der Religionsfreiheit in der EU-Grundrechtecharta”, en Muckel, Stefan (ed.), *Kirche und Religion im soziale Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, pp. 319 y ss.; Borowski, Martin, *Glaubens-und...*, cit., p. 162, trad. libre.

20 / Martin Borowski

IX. ¿Es la libertad de creencia y de conciencia el “derecho originario” del sistema de derechos humanos y fundamentales?

Este resumen del desarrollo de la libertad de creencia y de conciencia ha defendido la tesis de su destacado significado en el desarrollo de los derechos humanos y fundamentales. Sobre todo, en sus inicios en Alemania, los dos pactos de paz subrayan el significado decisivo de la Reforma, incluso cuando Jellinek pone énfasis en el desarrollo norteamericano. Pero ¿es aplicable en toda su extensión la tesis de Jellinek de la libertad de creencia y de conciencia como el “derecho originario”? La insistencia de esta libertad como “derecho originario” marca uno de los dos extremos del espectro de discusión. La tesis contraria, según la cual la libertad de creencia y de conciencia no tienen ningún significado particular en la historia del desarrollo de los derechos humanos y fundamentales, no ha ganado hasta ahora muchos seguidores.⁷⁶ Cabe mencionar que entre estos dos extremos existen posiciones con distintos matices. Aquí se mencionarán dos.

De acuerdo con Martin Kriele, el desarrollo de los derechos fundamentales ha tenido que pasar por otro derecho; esto es, la protección contra detenciones discrecionales y el procesamiento penal.⁷⁷ Sin embargo, Kriele reconoce que las violaciones a dicha garantía, en los inicios del desarrollo de los derechos humanos y fundamentales, estaban vinculadas con fuertes razones religio-

⁷⁶ Véase, sin embargo, Salander, Gustav Adolf, *Vom Werden der Menschenrechte. Ein Betrag zur modernen Verfassungsgeschichte unter Zugrundelegung der virginischen Erklärung der Rechte von 12. Juni 1776*, Leipzig, T. Weicher, 1926, p. 67: “Por sí y para sí se desarrollaron las libertades, sin que se haya planteado un pensamiento a la libertad de creencia”, trad. libre.

⁷⁷ Kriele, Martin, “Zur Geschichte der Grund- und Menschenrechte”, en Achterberg, Norbert (ed.), *Öffentliches Recht und Politik, Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1973, pp. 204 y ss.; Kriele, Martin, *Einführung in die Staatslehre*, 6a. ed., Stuttgart-Berlin-Köln, Kohlhammer, 2003, pp. 112 y ss.

La libertad de creencia y de conciencia en el desarrollo... / 21

sas, ya sea de manera abierta u oculta.⁷⁸ Por lo que se refiere a las consideraciones de la trascendencia de la libertad de la persona para un sinnúmero de modalidades en el ejercicio de otros derechos, es difícil negar que la integridad física constituye también un elemento significativo para el ejercicio de las modalidades de otros derechos. Además, el significado trascendental de la vida no requiere de más acentuaciones.⁷⁹

Asimismo, es menester reconocer que el derecho humano y fundamental a la vida y a la integridad física se encuentra también en la raíz del desarrollo de los derechos. Del mismo modo, la garantía de la propiedad fue desde un principio un tema importante en la protección de los derechos humanos y fundamentales.⁸⁰ Lo anterior da razones de más para decir que no existió desde un principio un solo derecho humano y fundamental —superior a todos los demás—, sino un conjunto de derechos y libertades. Ello encamina a la segunda posición (que encuentra una amplia aceptación): fueron desarrollados, más o menos en el mismo periodo y de manera paralela, un conjunto de derechos y libertades, entre los que se encuentran la libertad de creencia y de conciencia, el derecho a la vida e integridad física, la libertad de la persona y el derecho a la propiedad.⁸¹

Esta postura supone cierta relativización de la tesis de Jellinek. Desde la perspectiva de la Norteamérica colonial, que Jellinek pone en primer plano, Justus Hashagen ha notado que se puede elevar una objeción. En el norte, los puritanos habrían suprimido cualquier línea religiosa distinta, y en el sur la Iglesia anglicana tenía

⁷⁸ *Ibidem*, p. 115. Véase Hilpert, Konrad, *Die Menschenrechte*, Düsseldorf, Patmos, 1991, p. 118.

⁷⁹ Borowski, Martin, *Glaubens-und...*, *cit.*, p. 66.

⁸⁰ Véase el artículo 39 de la Magna Charta Libertatum de 1215, a partir de la cual no solamente las limitaciones ilegales de la libertad personal estaban prohibidas, sino también el despojo ilegal de propiedad.

⁸¹ Von Campenhausen, Axel Freiherr, *op. cit.*, §136, párrafo 25; Stourzh, Gerald, "Die Konstitutionalisierung der Individualrechte", *JuristenZeitung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1976, p. 400; Punt, Jozef, *op. cit.*, pp. 85 y ss.; Hilpert, Konrad, *op. cit.*, pp. 117 y ss.

22 / Martin Borowski

el control, por lo que no es muy probable que la libertad de creencia y de conciencia pudiera fungir como base de otros derechos humanos y fundamentales.⁸² Además, la garantía de la libertad de creencia y de conciencia fue agregada más adelante en el artículo 16 de la Carta de Derechos de Virginia; ésta no primaba respecto de otros artículos en la Declaración.⁸³

Por todo lo anterior, se confirma que el significado sistémico y el primado histórico van de la mano. La libertad de creencia y de conciencia, el derecho a la vida y a la integridad física, la libertad de la persona y el derecho a la propiedad contienen un significado destacado en el sistema de derechos humanos y fundamentales, y éstos se han desarrollado históricamente, en mayor o menor medida, de forma paralela. La tesis de Jellinek de un “derecho originario” se evidencia como algo no tan significativo. Su ganancia residual yace en haber hecho énfasis en el significado histórico de la libertad de creencia y de conciencia, lo cual también refleja su gran significado sistémico.

⁸² Hashagen, Justus, “Zur Entstehungsgeschichte der nordamerikanischen Erklärung der Menschenrechte”, en Schnur, Roman (ed.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964, pp. 130 y ss. Véase además Vossler, Otto, “Studien zur Erklärung der Menschenrechte”, en Schnur, Roman *op. cit.*, pp. 166-201, y 184 y ss.

⁸³ Hashagen, Justus, *op. cit.*, p. 134; Vossler, Otto, *op. cit.*, p. 185; Ritter, Gerhard, *op. cit.*, pp. 210 y ss.; Punt, Jozef, *op. cit.*, p. 86; Welzel, Hans, “Ein Kapitel aus der Geschichte der Erklärung der Menschenrechte”, en Schnur, Roman, *op. cit.*, p. 239. Sin embargo, uno no debería infravalorar este punto. Naturalmente, Jellinek colocó la Declaración de Virginia en primer plano, pero realmente el origen de la libertad de creencia y de conciencia data de mucho más atrás, respectivamente a mediados del siglo XVII. Por eso, sería fundado considerar que este derecho tuvo un significado encaminador en la Carta de Derechos de Virginia. Si no fuera el caso, todavía así no sería derrumbada fuertemente su teoría.