Cultura Laica

# Cuestiones esenciales de la libertad de creencia y de conciencia en Alemania

Martin Borowski

Instituto de Investigaciones Jurídicas unam

Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional

# Cuestiones esenciales de la libertad de creencia y de conciencia en Alemania

Martin Borowski

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie Cultura Laica, núm. 15

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
*Secretario Técnico*

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Wendy Vanesa Rocha Cacho
*Diseño de interiores*

Miguel López Ruiz
*Cuidado de la edición*

Mauricio Ortega Garduño
*Formación en computadora*

Edith Aguilar Gálvez
*Elaboración de portada*

Margarita García Castillo
*Apoyo editorial*

Martin Borowski

# Cuestiones esenciales de la libertad de creencia y de conciencia en Alemania

Arnulfo Daniel Mateos Durán
*Traducción*

*Universidad Nacional Autónoma de México*
*Instituto de Investigaciones Jurídicas*
*Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional*

PEDRO SALAZAR UGARTE
PAULINE CAPDEVIELLE

*Coordinadores*
*de la Colección Cultura Laica*

---

Primera edición: 27 de diciembre de 2018

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN: 978-607-30-1129-7

## Contenido

Introducción . . . . . XIII

Capítulo primero

LA LIBERTAD DE CREENCIA Y DE CONCIENCIA EN EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES EN ALEMANIA. . . . . 1

I. El desarrollo de la libertad de creencia y de conciencia antes de la Reforma . . . . . 4

II. La Reforma . . . . . 6

III. La consolidación de la paz en los siglos XVI y XVII . . . . . 7

IV. El desarrollo de la libertad de creencia a mediados del siglo XVII hasta la mitad del siglo XIX . . . . . 10

V. La libertad de creencia en la Constitución de Frankfurt (*Paulskirchenverfassung*) de 1849 . . . . . 13

VI. La libertad de creencia en la Constitución de la República de Weimar. . . . . 14

VII. La libertad de creencia y de conciencia en la Ley Fundamental. . . . . 16

VIII. La libertad de creencia y de conciencia en el derecho europeo . . . . . 18

IX. ¿Es la libertad de creencia y de conciencia el "derecho originario" del sistema de derechos humanos y fundamentales? . . . . . 20

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA AUTOGNOSIS RELIGIOSA . . . . . 23

I. Rasgos objetivos y subjetivos. . . . . 26

1. Objetos físicos. . . . . 26

2. Objetos psíquicos . . . . . 27

3. Objetos abstractos . . . . . 27

II. Puntos de vista objetivo y subjetivo . . . . . 29

1. El punto de vista subjetivo . . . . . 29

2. El punto de vista objetivo . . . . . 30

A. Dimensión externa . . . . . 30

B. Dimensión interna. . . . . 31

3. El espectro de posiciones defendidas . . . . . 34

III. Argumentos para la consideración del punto de vista subjetivo . . . . . 38

1. La libertad constitucional del artículo 4o., párrafos 1 y 2, de la Ley Fundamental . . . . . 38

2. El derecho a la autodeterminación de las comunidades religiosas . . . . . 41

IV. Un modelo dogmático de los derechos fundamentales para la consideración del punto de vista subjetivo . . . 43

1. El supuesto de hecho del derecho fundamental . . . 44

A. El punto de vista subjetivo . . . . . 44

B. El punto de vista objetivo externo simple . . . . . 45

C. El punto de vista objetivo externo e interno . . . 45

2. Las restricciones del derecho fundamental. . . . . 59

A. La cláusula de restricción . . . . . 59

B. Los tres modelos de repartición de competencias en materia de ponderación . . . . . 61

C. La reconstrucción de la ponderación . . . . . 64

CAPÍTULO TERCERO

LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL LEGAL. UNA PERSPECTIVA RAWLSIANA. 73

I. La teoría de la justicia de Rawls . . . . . 73

II. Libertad religiosa en el Estado democrático constitucional . . . . . 79

1. El alcance de protección de las varias concepciones de bien . . . . . 80

2. La posición básica de la libertad de religión . . . . . 82

3. Restricción y regulación de la libertad de religión. 83

A. Contenido y modalidad . . . . . 84

B. Limitación y autolimitación . . . . . 85

C. Justificación de las restricciones y regulaciones 86

4. Las razones de admisibilidad para restringir la libertad de religión . . . . . 86

A. Las libertades básicas como libertades importantes 87

B. Prioridad absoluta y prioridad relativa . . . . . 88

CAPÍTULO CUARTO

CONCIENCIA Y DEBER JURÍDICO . . . . . 91

1. Bases de la libertad de conciencia bajo la Ley Fundamental . . . . . 94

1. El concepto de conciencia del Tribunal Constitucional Federal alemán . . . . . 95

2. La protección del *forum externum* . . . . . 98

3. La libertad de conciencia como derecho fundamental personalísimo . . . . . 100

4. Las restricciones a la libertad de conciencia . . . . . 101

5. La relación entre la libertad de creencia y la libertad de conciencia . . . . . 104

6. La objeción de conciencia militar en los términos del artículo 4o., párrafo 3, de la Ley Fundamental. 107

II. Intentos de estrechamiento de la libertad de conciencia. 109

1. La grave "necesidad de conciencia" . . . . . 111

2. La limitación a "omisiones" . . . . . 112

3. La prohibición de *venire contra factum proprium* como limitación del ámbito de protección . . . . . 113

4. La limitación de acuerdo con la propia esfera de responsabilidad . . . . . 115

III. La carga de alegación para los objetores de conciencia. 117

Valoración final . . . . . 119

Bibliografía . . . . . 123

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe

# Introducción

La relación entre el derecho y la religión es un problema clásico. Una parte importante de esta problemática se encuentra en la reconstrucción de la libertad de religión y de conciencia como un derecho humano y fundamental. Hace casi diez años investigué a profundidad este tema en mi tesis de habilitación titulada "La libertad de creencia y de conciencia como derecho fundamental en la Constitución alemana". Ahora, el objetivo de la presente obra titulada "Cuestiones esenciales de la libertad de creencia y de conciencia en Alemania" consiste en hacer accesible al mundo iberoamericano cuatro pequeños trabajos que contienen mis ideas principales relativas a la libertad de creencia y de conciencia en la experiencia alemana.

Esta obra comenzará con una reflexión dedicada al desarrollo histórico de la libertad de creencia y de conciencia en el suelo alemán. En este proceso se encuentra como trasfondo la Reforma y la paz religiosa de Augsburgo de 1555, así como la Paz de Westfalia de 1648. Un hito importante para el desarrollo de los derechos fundamentales en Europa fue la Revolución francesa y su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Sin embargo, debemos recordar que la Ilustración francesa era marcadamente anticlerical. Esto se refleja en la protección de la libertad de conciencia en el artículo 10 de la Declaración francesa, que era bastante débil —pues parecía más una subespecie de la libertad de opinión que un derecho fundamental independiente—. Un contraste más marcado respecto a ello yace en la concepción del constitucionalista de Heidelberg, Georg Jellinek, quien a finales del siglo XIX postuló que la libertad de creencia era real-



DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



mente el "derecho originario", y este derecho tendría su origen en una página anexa de uno de los "pactos de establecimiento" de las colonias americanas a mediados del siglo XVII. Esta tesis es exagerada. Ciertamente, la libertad de creencia y de conciencia ha jugado un papel histórico central, pero también han sido igual de importantes otros derechos, como el derecho a la vida e integridad corporal, la libertad de la persona y el derecho a la propiedad. Argumentando lo anterior, hemos analizado el desarrollo de la libertad de creencia y de conciencia en las Constituciones alemanas modernas —desde la históricamente fallida, pero influyente Constitución del Reino de Frankfurt o *Paulkirchenverfassung* de 1849, la Constitución del Reino Alemán de 1871, la Constitución de la República de Weimar de 1919, hasta la actual Constitución alemana, la Ley Fundamental de 1949—.

El segundo capítulo se enfocará en la noción de la libertad de creencia, uno de los problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. El planteamiento de este problema comienza con una breve mirada retrospectiva del "antiguo punto de vista" sobre la relación de los mandatos religiosos y los deberes estatales. Dicho enfoque es expresado por ejemplo en el artículo 11, enunciados 2 y 3, de la "impuesta" Constitución prusiana del 5 de diciembre de 1848 (con el mismo texto en la Constitución prusiana revisada del 31 de enero de 1850 en el §[1]2, enunciados 2 y 3), que prescriben: "(2) El goce de los derechos burgueses y de los derechos burgueses estatales es independiente de las confesiones religiosas. (3) Los deberes burgueses y los derechos burgue-

[1] El símbolo "§" hace referencia al signo de sección o párrafo en textos jurídicos. En el ordenamiento jurídico alemán, contados instrumentos jurídicos contienen la nomenclatura de "artículo" para hacer referencia a las normas que contienen; solamente la Ley Fundamental (Constitución alemana) y otros instrumentos esenciales como los tratados internacionales contienen artículos. La mayoría de las leyes ordinarias se dividen en secciones o párrafos. También puede darse el caso de instrumentos jurídicos que contengan ambas divisiones. Si bien la palabra en alemán *Paragraph* (§) también puede ser traducida como "párrafo", esto resulta problemático, porque algunas normas también se subdividen en párrafos. Teniendo esto en cuenta, y para ser lo más fiel al texto original, se utilizará el símbolo "§". [Nota del traductor].

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



ses estatales no pueden ser coartados por el ejercicio de la libertad religiosa". De acuerdo con el enunciado 2, el Estado no puede discriminar a los creyentes de las diferentes religiones e Iglesias. Por el contrario, exige el Estado en el enunciado 3, que las Iglesias y sus integrantes no se sustraigan a los deberes estatales apelando a deberes religiosos. El enunciado 3 constituye una "cláusula de no restricciones"; esto es, no puede haber ninguna excepción al cumplimiento de deberes estatales fundada en motivos religiosos. Un correspondiente tándem de las dos cláusulas anteriores se encuentra también en el §146 de la Constitución del Reino Alemán del 28 de marzo de 1849 y en el artículo 136, párrafos 1 y 2, de la Constitución de la República de Weimar, del 11 de agosto de 1919. De acuerdo con la cláusula de incorporación del artículo 140 de la vigente Ley Fundamental del 23 de mayo de 1949, constituye el artículo 136, párrafos 1 y 2, de la Constitución de la República de Weimar, derecho vigente hasta el día de hoy (sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha sostenido que a esta disposición se le superponen otras disposiciones constitucionales). Incluso bajo la Constitución de la República de Weimar, la cláusula de acuerdo con la cual los mandatos y prohibiciones religiosos no podían restringir deberes estatales fue interpretada de manera mayoritaria como una prohibición estricta y absoluta.

Sin embargo, se vislumbra prudentemente en la Constitución de la República de Weimar un "nuevo punto de vista". La disposición central para la protección de la libertad de creencia se encuentra en el artículo 135, que señala: "Todos los habitantes del Imperio gozan de plena libertad de creencia y de conciencia. El libre ejercicio del culto está garantizado por la Constitución y queda bajo la protección del Estado. Las leyes generales se tendrán en cuenta no obstante".[2] De acuerdo con el enunciado 3 de esta disposición, ya no todos los deberes que provienen del Estado son un límite para el ejercicio de la libertad de creencia, sino sola-

[2] Artículo 135 de la Constitución de Weimar de la República de Weimar. Disponible en: *https://www.unav.edu/departamento/constitucional/materiales*

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



mente los deberes de las "leyes generales". Aquí encontramos un paralelo con la cláusula de restricción de la libertad de opinión en el artículo 118, párrafo 1, enunciado 1, de la Constitución de la República de Weimar, que afirma: "Todo alemán tendrá el derecho, dentro de los límites marcados por las leyes generales, a la libre emisión de sus ideas a través de la palabra, por escrito o mediante imprenta, grabado o cualquier otro medio análogo".[3] Esta disposición queda en el centro de la discusión dogmática de los derechos fundamentales bajo la Constitución de la República de Weimar. Conforme a la doctrina académica llamada *Sonderrechtslehre*, defendida por Gehard Anschütz, son "leyes generales" aquellas que "no prohíben una determinada opinión, o que no se dirigen a una determinada manifestación de una opinión".[4] Correspondientemente, serían "leyes generales" en el contexto de las leyes de libertad de creencia, aquellas que no están dirigidas contra una Iglesia o religión en particular. De acuerdo con la teoría de la ponderación defendida por Rudolf Smend, son "leyes generales" aquellas leyes que protegen un bien, el cual es más importante que la libertad de opinión.[5] La idea de la ponderación fue ampliamente desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en la famosa decisión del caso Lüth, con la teoría del *Wechselwirkung* (acción recíproca) entre un derecho y una ley restrictiva,[6] y finalmente hasta desarrollar el principio de proporcionalidad. Lo que caracteriza a este "nuevo punto de vista" es la interacción de las prohibiciones o mandatos religiosos con los deberes estatales, en la cual puede darse una ponderación entre la libertad de creencia y las razones a favor de los deberes estatales. Al respecto, se pueden

[3] Artículo 118 de la Constitución de la República de Weimar. Disponible en: *https://www.unav.edu/departamento/constitucional/materiales*

[4] Anschütz, Gerard, *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutschen Staatsrechtlehrer*, 1928, núm. 2, pp. 74-76 [75].

[5] Smend, Rudolf, V*eröffentlichungen der Vereinigung Deutschen Staatsrechtlehrer*, 1928, núm. 4, pp. 44-74 [52].

[6] BVerfGE 7, 198 [208 y 209].

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



citar dos decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán relativas a la "negativa de prestar juramento". En estos casos los demandantes promovieron una demanda constitucional apelando al versículo bíblico de Mateo 5, 33-37, según el cual cada tipo de juramento —con o sin una aseveración religiosa— contravenía sus convicciones religiosas. Por ello, existe un conflicto entre, por un lado, la prohibición religiosa de hacer un juramento de cualquier tipo, y por el otro, el mandato estatal de jurar (en ciertos casos) al momento de hacer un pronunciamiento o una aseveración, en interés de la administración de la justicia. Conforme al "antiguo punto de vista", la solución a este conflicto sería muy clara: limitar de manera absoluta la libertad de creencia frente a los deberes estatales, ya que una excepción en razón de una convicción religiosa no es reconocida. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha realizado a partir de un "nuevo punto de vista" una ponderación entre la libertad de creencia y las razones a favor de los deberes estatales de prestar juramento, llegando a la siguiente conclusión: "El recurrente puede exigir, de acuerdo con el artículo 4o. párrafo 1 de la Ley Fundamental, que se le libere de cumplir con el deber de jurar, porque sus convicciones le prohíben este tipo de actuaciones... El interés de la comunidad estatal de contar con una administración de justicia , el cual ocupa un lugar en el sistema de valores de la Ley Fundamental... no se perjudicará en un caso particular mediante la aceptación de una decisión con base en un credo en contra de la admisibilidad del juramento".[7]

El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha señalado, con razón y en una gran serie de decisiones, que el derecho de creencia y de conciencia es visto como "una expresión específica de la dignidad humana protegida por el artículo 1, párrafo 1, de la Ley Fundamental".[8] A esta perspectiva se adecua mucho mejor el

[7] BVerfGE 33, 23 [32]; *cfr.*, también 79, 69 [76]. Versión en español disponible en Huber, Rudolf (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 174.

[8] BVerfGE 33, 23 [28-29]; *cfr.*, BVerfGE 12, 45 [53-54]; 48, 127 [163]) o en su defecto permanece "en una relación cercana con la dignidad humana, como el más alto valor

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



"nuevo punto de vista" de la relación entre los mandatos o prohibiciones religiosas y los deberes estatales. Sin embargo, este enfoque levanta una serie de preguntas. Las convicciones fundamentales del individuo son un fenómeno individual, y también un tanto subjetivo —se trata de una "autognosis" religiosa del portador de los derechos fundamentales—. ¿Cómo puede eficazmente precisarse esta autognosis y ponderarse frente a la aplicación objetiva y obligatoria de los bienes estatales o derechos ajenos? ¿Cómo puede determinarse el peso de tal autognosis, y no arriesgarse a un trato desigual? Éstas y otras preguntas han sido discutidas intensamente en la dogmática alemana de los derechos fundamentales, y esta discusión será explicada y analizada en la segunda parte de esta obra. El resultado consiste —dicho de manera rápida— en que la autognosis religiosa del portador de los derechos fundamentales debe ser tomada en cuenta por los tribunales como un fenómeno social y ser considerada adecuadamente en el ejercicio de ponderación por parte del Estado. Por ello, el creyente debe hacer plausible su autognosis con suficiente entendimiento. El Estado democrático constitucional puede conceder prioridad a una autognosis religiosa sobre otros derechos y bienes cuando los tribunales estatales están lo suficientemente seguros de que existe realmente una autognosis religiosa como tal, la cual no debe ser exagerada en la exposición de su significado. Cuando lo anterior genera un trato desigual —como en el caso del "deber de juramento"— el individuo es liberado excepcionalmente de los deberes estatales. Se encuentra aquí, entonces, un trato desigual entre desiguales, lo cual no solamente está permitido, sino que resulta necesario.

En la tercera parte de la obra explicaremos y examinaremos la libertad de creencia y de conciencia en la teoría de John Rawls. Detrás de la protección nacional e internacional de los derechos humanos y fundamentales se encuentra la idea de estos derechos co-

---

dentro del sistema de valores de la Ley Fundamental" (BVerfGE 35, 367 [376]; vgl. BVerfGE 32, 98 [108]). Trad. Libre .

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



mo derechos morales. La garantía legal de los derechos humanos y fundamentales formula la demanda de transformar los derechos humanos como derechos morales, en derecho positivo, y con ello apoyar la seguridad de su reconocimiento y efectiva aplicación. Por esto, las teorías de la justicia, que se encuentran en el centro de la teoría de los derechos humanos, se vuelven relevantes para la interpretación de los instrumentos legales encaminados a la protección de los derechos humanos y fundamentales. Se trata, naturalmente, de un campo muy amplio. Es por esta razón que se mostrará, sólo a manera de ejemplo, un análisis de la teoría clásica de Rawls en algunos aspectos de este tema.

El cuarto y último capítulo se enfocará en la libertad de conciencia. En las garantías históricas se ha entendido típicamente dicha libertad como la conciencia religiosa —para las objeciones de conciencia era entonces necesaria una justificación o connotación religiosa—. De acuerdo con "el nuevo punto de vista" —en cualquier caso, bajo la Ley Fundamental— se ha separado la libertad de conciencia de la libertad de creencia, y la primera constituye ahora un derecho independiente. Bajo la objeción de conciencia se entiende: "... cada decisión moral, es decir, cada decisión que se considere dentro de las categorías de *bueno* y *malo*, que el individuo en una determinada situación experimente como vinculante e incondicionalmente obligatoria, de tal manera que éste no pueda actuar en contra de esta sin un serio problema de conciencia".[9] Este criterio se refleja en la jurisprudencia actual del Tribunal Constitucional Federal Alemán, desde la decisión BVerfGE 12, 45 (55), así como en la opinión mayoritaria de la literatura académica. Es decisivo, por lo tanto, que el individuo experimente un mandato o una prohibición moral de manera intensa. Así las cosas, se puede decir que las verdaderas objeciones de conciencia son escasas.

En la libertad de conciencia se encuentra también en primer plano la autognosis del individuo, solamente que no debe ser ne-

[9] BVerfGE 12, 45 (55). Trad. libre ; 21, 191 (205); 48, 127 (173 y 174).

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



cesariamente fundada en razones religiosas, sino que puede estar motivada por razones morales no religiosas. La relación entre la libertad de conciencia y la libertad de creencia puede ser brevemente caracterizada de la siguiente manera: la libertad de conciencia protege los mandatos y prohibiciones vinculados con una importante urgencia moral experimentada por el individuo; por el otro lado, la libertad de creencia protege mandatos y prohibiciones vinculados con la pertenencia a una religión, es decir, a un sistema de declaraciones religiosas o cosmovisión.

En esta cuarta y última parte se estudiará la libertad de conciencia bajo la Ley Fundamental, donde se analizará en el marco de las reflexiones de los capítulos anteriores. Las objeciones religiosas están protegidas por la libertad de creencia, así como por la libertad de conciencia, sin que esta intersección les confiera a ambas libertades por este mero hecho un mayor peso en el ejercicio de ponderación, incluso cuando simplemente se apele a uno de los dos derechos fundamentales. Permanece como factor determinante la asignación del peso de las posiciones de los derechos fundamentales a través de criterios materiales.

Desde luego, estoy consciente de que los conceptos, argumentos y estructura del análisis de la libertad de creencia y de conciencia dependen también del contexto constitucional y religioso, y que no pueden ser usados directamente desde el contexto alemán en el mundo iberoamericano. Sin embargo, me alegraría mucho que este libro pueda ofrecer algunas propuestas para la discusión iberoamericana sobre la garantía nacional e internacional de la libertad de creencia y de conciencia. Agradezco de todo corazón a Arnulfo Daniel Mateos Durán por el esfuerzo de traducción de mis textos. Asimismo, quisiera agradecer a la doctora Pauline Capdevielle, coordinadora de la Cátedra Extraordinaria "Benito Juárez", por brindar este espacio académico y publicar este texto en el marco de la Colección "Cultura Laica".

Heidelberg, julio de 2017.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe

# 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.



DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



> 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 Bounty 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

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



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 öffentliches 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., Berlín, 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.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



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 Génesis[13] 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] Genesis 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.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



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] Lactanz[17] y Agustín de Hipona en sus primeros escritos[18] rechazaban la coacción terrenal contra la creencia errada. Sin embargo, más adelante, Agustín de Hipona justificó la obligación del credo[19] 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-Grünewald, 1981, pp. 285-302 (p. 288); Kasper, Walter (eds.), *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, Berlín, 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 Gespräcker 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 Firmanius Lactancius*, "Divinarum Institutionum", *Patrologiae Cursus Completus*, París, J. P. Migne, Series Latina, 1844, t. 6, columna 620.

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

[19] *Aurelis Augustinus*, "Epistula 105", *Patrologiae Cursus Completus*, París, J. P. Migne, Series Latina, 1841, t. 33, columna 400; *Aurelis 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. Geburstatg*, Regensburg , Pustet, 1994, p. 647 y ss.

[21] Tomás de Aquino, "Summae Theologiae", *S. Thomae Aquinatis Opera Ommia*, 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.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



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 Ommia*, 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 dispuationum de indulgentarium 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*

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



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, Neukircherner, 1937, t. 2, p. 395 y ss.; Melanchthon, Philipp, "Liber de anima", *Melanchthons 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 konfesionellen Zeitalters", *Archiv für Katho-*

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



La paz religiosa[27] 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 Prostestantismus", 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. Reichts 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 Verkauffung 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 männiglichs zugelassen und bewilligt, auch an ihren Ehren und Pflichten allerding

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



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, hierduch 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*, Berlín, De Gruyter, 1970, núm. 28, p. 37.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



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 norteamericanas[34] 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*

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



Con la Declaración de Virginia de 1776[35] 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 1791[37] 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 errrores*, 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 réligieuses de la France 1790 á 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 Denziger, Henricus y Schönmetzer, Adolf (eds.), *op. cit.*, pp. 629 y ss.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



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 Konzilserklärung 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 Iglesa 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.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



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 efectividad[48] 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 PKV[51]) y la mejora de su implementación procesal (§126 lit g PKV[52]), 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 Verwirklihung im späteren deutschen Rechtsleben*, 2a. ed., Neuwied-Kriftel-Berlín, 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.*

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



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" Contitución prusiana de 1848, respectivamente el artículo 12, párrafo 1, de la "revisada" Constitución prusiana de 1850.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



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

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



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 & 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.).

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



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 eclesiático y los dererechos 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 Gewissensverwicklichung", *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.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



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 Isensee, 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*, Berlín, Duncker & Humblot, 2000, pp. 107 y ss.; Kästner, Karl-Hermann, "Individuelle Gewissensbindung…", *cit.*, p. 131.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



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 1o. 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. Gebuststag*, 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 Rüfner zum 70. Geburtstag,* Berlín, Duncker & Humblot, 2003, pp. 319 y ss.; Borowski, Martin, *Glaubens-und..., cit.*, p. 162, trad. libre.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



## 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 distintas 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, Berlín, Duncker & Humblot, 1973, pp. 204 y ss.; Kriele, Martin, *Einführung in die Staatslehre*, 6a. ed., Stuttgart-Berlín-Köln, Kohlhammer, 2003, pp. 112 y ss.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



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.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



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.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe

# Capítulo segundo

# LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA AUTOGNOSIS RELIGIOSA*

Una de las cuestiones más discutidas de la dogmática de los derechos fundamentales es si la autognosis de los portadores de los derechos fundamentales debe ser considerada cuando se protegen los derechos fundamentales, y hasta qué punto. Esta pregunta puede hacerse en todas las funciones de los derechos fundamentales. El siguiente texto se limita, sin embargo, a los derechos de defensa, cuya estructura dogmática ha sido mejor desarrollada en comparación con las otras funciones de los derechos fundamentales.[84]

La pregunta relativa al significado de la autognosis puede realizarse en todos los derechos de defensa;[85] sin embargo, se hace

* Versión original en alemán publicada en Borowski, Martin, "Der Grundrechtsschutz des religiösen Selbstverständnisses", en Haratsch, Andreas (ed.), *Religion und Weltanschauung im säkularen Staat*, Postdam, Richard Boorberg, 2001, pp. 49-80.

[84] Para la estructura dogmática de los derechos de igualdad véase Kloepfer, Michael, *Gleichheit als Verfassungsfrage*, Berlín, Duncker & Humblot, 1980; Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 3a. ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996, pp. 357 y ss.; Huster, Stefan, *Rechte und Ziele*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993; Borowski, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, 2a. ed., Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 351 y ss.; para la estructura dogmática de los derechos de protección, véase Alexy, Robert, *ibidem*, pp. 395 y ss.; Lübbe-Wolff, Gertrude, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1988; Borowski, Martin, *op. cit.*, pp. 237 y ss.

[85] Para una consideración de la autognosis del portador de derechos fundamentales en todos los derechos de defensa, véase Morlok, Martin, *Selbstvertändnis als Rechtskriterium*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1993, pp. 393 y ss.; véase también Enders, Christoph, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, p. 491; "La protección constitucional es la protección de la autodeterminación", trad. libre. De acuerdo con una larga lista de autores deberían, por el contrario, ser solamente considerados los derechos impregnados con una alta carga de autognosis. *Cfr.* Isak, Axel, *Das*



DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



principalmente en aquellos que están extendidamente impregnados de la autognosis. Entre ellos[86] se encuentra la libertad de creencia, de acuerdo con el artículo 4o., párrafos 1 y 2, de la Ley Fundamental, así como el artículo 140 de la Ley Fundamental, en relación con el artículo 137, párrafos 2, 3, 4 y 7, y el artículo 138, párrafo 2,[87] de la Constitución de la República de Weimar.[88] Lo anterior debe ser tomado en cuenta a continuación.

---

*Selbstvertändnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften*, Berlín, Duncker & Humblot, 1994, pp. 264 y ss.; Höfling, Wolfram, *Offene Grundrechtsinterpretation*, Berlín, Duncker & Humblot, 1987, pp. 92 y ss.; Britz, Gabriele, *Kulturelle Rechte und Verfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, pp. 250 y ss.; sobre la diferenciación de Bleckmann entre derechos fundamentales absolutos y relativos, véase Bleckmann, Albert, *Staatsrecht II – Die Grundrechte*, 4a. ed., Köln-Berlin-Bonn-Munich, Carl Heymanns Verlag, 1997, § 8 párrafo 19.

[86] Considerados como fundamentalmente impregnados de autognosis, están, además, el derecho constitucional de la personalidad en general conforme al artículo 2o., párrafo. 1, en relación con el artículo 1o., párrafo 1, de la Ley Fundamental. *Cfr.* Morlok, Martin, *op. cit.*, pp. 69 y ss.; Höfling, Wolfram, *op. cit.*, pp. 104 y ss.; en contra, sin embargo, Isak, Axel, *op. cit.*, pp. 273 y ss.; la libertad artística conforme al artículo 5o., párrafo 3, enunciado 1, caso 1. de la Ley Fundamental, *Erbel, Günter, Deutsches Verwaltungsblatt*, Köln-Berlin-Bonn-Munich, *Carl Heymanns Verlag, 1969,* pp. 863 y ss.; Höfling, Wolfram, *op. cit.*, pp. 29 y ss. y 127 y ss.; Isak, Axel, *op. cit.,* pp. 267 y ss.; Morlok, Martin, *Ibidem,* pp. 87 y ss.; la libertad de ciencia e investigación conforme al artículo 5o., párrafo 3, enunciado 1, casos 2 y 3 de la Ley Fundamental; Höfling, Wolfram, *op. cit.,* pp. 29 y ss.; Isak, Axel, *idem*; Morlok, Martin, *op. cit.,* pp. 92 y ss.; es mencionada ocasionalmente también la libertad de trabajo conforme al artículo 12 de la Ley Fundamental; Höfling, Wolfram, *op. cit.,* pp. 147 y ss.; Morlok, Martin, *op. cit.*, pp. 146 y ss.; *cfr.* Isak, Axel, *op. cit.*, pp. 272 y ss.

[87] Si la garantía eclesiástica conforme al artículo 138, párrafo 2, de la Constitución de la República de Weimar, protege un derecho de defensa, depende de si uno ve al derecho de propiedad conforme al artículo 14 de la Ley Fundamental como un derecho de defensa. Respecto a los rasgos paralelos de dichas garantías, véase en lugar de varios, Jarass, Hans Dieter y Pieroth, Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 5a. ed., Munich, C. H. Beck, 2000, artículo 140 GG/ artículo 138 WRV párrafo 2; Ehlers, Dirk, en Sachs, Michael (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, 2a. ed., Munich, C. H. Beck, 1999, artículo 140 GG/138 WVR, párrafo 7. Para la "garantía monitora" de la protección del derecho de propiedad esto es cercano, más no para la "garantía institucional". *Cfr.* Sieckmann, Jan-Reinard, *Modelle des Eigentumsschutzes*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 153 y ss.; Borowski, Martin, *op. cit.*, pp. 337 y ss.

[88] Tan sólo véase BVerwG, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2001, p. 487: "En vista del ámbito de protección amplia y subjetivamente impregnada del derecho fundamental de la libertad religiosa", trad. libre.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



La disputa relativa a la consideración de la autognosis en la protección de los derechos fundamentales tiene una tradición de al menos quinientos años. Desde el primer *Reichsag* (parlamento alemán) se observaba la garantía de libertad religiosa establecida por la paz religiosa de Augsburgo, la consideración de la autognosis era objeto de discusión.[89] En la dogmática actual de los derechos fundamentales tal discusión se ha llevado a cabo con distintas terminologías. En particular, se ha cuestionado si para el Estado tiene validez una "prohibición de definición"[90] o un "mandato de definición";[91] intermediariamente se habla de una "prohibición de definición limitada".[92] De igual modo, ha sido extendido el uso de la terminología objetivo/subjetivo.[93] Es importante notar que esta dicotomía puede ser utilizada con diferentes significados;[94] dos en particular ocuparán nuestra atención. La primera diferencia se encuentra en los "rasgos objetivos y subjetivos". La libertad de creencia consiste centralmente en la protección de los sistemas de significados. Desde este punto de vista, podemos distinguir entre las características objetivas y subjetivas de estos sistemas de significados. Partimos de aquí para diferenciar el segundo significado de la dicotomía objetivo/subjetivo,

---

89 Heckel, Martin, "Kontinuität und Wandlung des deutschen Staatskirchenrechts unter den Herausforderungen der Moderne", *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, núm. 44, pp. 363 y ss.

90 Bock, Wolfgang, *Archiv des öffentliches Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, núm. 123, p. 457; Höfling, Wolfram, *op. cit.*, p. 42.

91 Isensee, Josef, *Wer definiert die Freiheitsrechte?, Selbstvertändnis der Grundrechtsträger und Grundrechtsauslegung des Staates*, Karlsruhe, Müller Juristischer Verlag, 1980, p. 17; Muckel, Stefan, en Friauf, Karl Heinrich y Höfling, Wolfram (eds.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Loseblattsammlung, Berlín, Erich Schmidt Verlag, 2016, artículo 4o. GG, párrafo 6.

92 Bock, Wolfgang, *op. cit.*, pp. 453 y *ss.*

93 Tan sólo véase Isak, Axel, *op. cit.*, p. 106; Höfling, Wolfram, *op. cit.*, p. 17; Muckel, Stefan, *idem*.

94 Respecto de los distintos significados de la dicotomía objetivo/subjetivo, véase Raz, Joseph, "Notes on Value and Objectivity", en Leiter, Brian (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, pp. 73 y ss.; Searle, John R., *The Construction of Social Reality*, New York, Free Press, 1995, pp. 7 y ss.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



que se refiere al "punto de vista del juicio". Desde el punto de vista subjetivo, es característico que el portador de los derechos fundamentales decida a partir de su propio convencimiento, con una pretensión de autenticidad. Por el otro lado, desde el punto de vista objetivo, lo que importa es que los órganos estatales decidan de manera general y neutral o imparcial. Estas dos diferencias entre los "rasgos objetivos y subjetivos" por una parte, y los "puntos de vista objetivo y subjetivo", por la otra, se esclarecen a continuación.

## I. Rasgos objetivos y subjetivos

La definición de los conceptos de religión y de creencia, independientemente del punto de vista que se tome, pueden mostrar rasgos objetivos y subjetivos. Esta distinción se deja rastrear en la diferenciación de los distintos tipos de objetos.[95]

### 1. *Objetos físicos*

Los objetos físicos o hechos crudos son cosas materiales. Los rasgos objetivos se refieren a los objetos físicos. Una creencia o una religión es esencialmente un sistema de significados que ayuda a los individuos a interpretar el mundo físico y el psíquico. Debido a ello, una religión se refiere también a los objetos físicos. Esta referencia dentro de una religión puede ser muy general; un ejemplo de ello es la historia cristiana del Génesis como lugar del comienzo de todas las cosas, o esencialmente

[95] En la discusión ontológica son empleados distintos conceptos: junto a "objetos" y "hechos", también "entidad"; en el espacio anglosajón "being" o "fact". Respecto a dicha terminología, veáse Künne, Wolfgang, *Abstrakte Gegenstände*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983, pp. 40 y ss. En particular, para objetos físicos, es empleado el concepto de "brute fact" en el espacio anglosajón. *Cfr.* en lugar de varios Searle, John R., *ibidem*, p. 27, que usualmente se traduce como "hechos crudos".

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



de tipo especial, como los símbolos u objetos de culto, como la cruz del altar.

### 2. *Objetos psíquicos*

Son los objetos cuya existencia depende de un sujeto pensante y con capacidad de sentir. Los rasgos subjetivos se refieren a los objetos psíquicos. Un rasgo subjetivo de un concepto religioso es por ejemplo la "medida" que debe existir en el sistema de significados correspondiente, con la que se toma una posición positiva. Esto puede ser con una completa certidumbre, o también una presuposición de verdad con dudas conscientes.

### 3. *Objetos abstractos*

Uno de los problemas fundamentales, ampliamente discutidos desde la perspectiva de la ontología,[96] consiste en la pregunta de si junto a los objetos físicos y psíquicos existe un tercer tipo de objetos —designados como abstractos— desde la perspectiva de la caracterización de las religiones como sistemas de significados. En las religiones, los objetos físicos y psíquicos son interpretados dentro de un sistema de significados, y se crean conceptos que hacen referencia a este sistema de significados, como pueden ser Dios y el Diablo. Al origen y la meta de la vida

[96] El problema ya había sido formulado por Aristóteles. Aristóteles, *Metaphysik*, III, 2, Hamburgo, Meiner,1997 a 34 y 35. Durante todo el transcurso de la Edad Media, en particular en la escolástica, fue llevada a cabo la discusión de los universales, en la cual, dicho de man era lapidaria, se enfrentaban el estricto realismo o idealismo ("universalia ante rem", postulado, entre otros, por Johannes Scotus Eriugena von Canterbury y Wilhelm von Champeaux), el realismo moderado ("universalia in rchus", postulado sobre todo por Petrus von Abaelard, Albertus Magnus y Tomás de Aquino) y el normalismo ("universalia post rem", postulado en particular por Koscellinus y Wilhelm de Ockham). En la controversia actual, el problema ha sido manejado dentro de la discusión sobre el realismo y el antirrealismo. *Cfr.* Craig, Edward, "Realism and Antirealism", *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, London-New York, Routledge, 1998, t. 8, pp. 155 y ss.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



humana les es despojada, en cierto modo, la ciega causalidad, y se introduce una evaluación de los actos humanos a partir de determinados valores, como la vida después de la muerte.

¿Qué estatus ontológico tienen estos sentidos, valores e instancias? De acuerdo con las teorías más duras, los objetos abstractos constituyen una propia clase de objetos, un "tercer reino",[97] cuya existencia no depende de la comprensión humana.[98] Por su lado, la teoría débil considera, sin embargo, que este "tercer reino" es constituido o creado mediante la comprensión humana.[99] Finalmente, una tercera teoría sostiene que no existe ningún tipo de objetos abstractos. Esta discusión filosófica fundamental puede, en el mejor de los casos, ser aludida dentro de este marco. Para que los objetos abstractos puedan ser manejados como un tercer tipo de objetos, deberá seguirse una intuición, ya que ellos, independientemente de si son construidos a través de la comprensión o solamente descubiertos, son en todo caso independientes de la comprensión individual del sujeto. Lo anterior da buenos argumentos para verlos como un tipo de objetos objetivos.[100] Los rasgos que hacen referencia a estos objetos pueden considerarse entonces como rasgos objetivos abstractos.

---

[97] Frege, Gottlob, "Der Gedanke–Eine logische Untersuchung", en Patzig, Günther (ed.), *Logische Untersuchungen*, 3a. ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1986, p. 43. Este tercer reino corresponde al "tercer reino" de Popper. *Cfr.* Popper, Karl R., *Objektive Erkenntnis*, Hamburgo, Hoffmann und Campe Verlag, 1973, pp. 123 y ss., y *passim*.

[98] Frege, *Ibidem*, pp. 43 y ss.: "De esta forma es el pensamiento, que expresamos en la tesis pitagórica, atemporalmente verdadero, verdadero independientemente de si alguien lo considera verdadero. No requiere ningún portador. No es que sea verdadero desde que fue descubierto", trad. libre.

[99] Popper, Karl R., *idem*; Searle, John. R., *op. cit.*, p. 46: " Esta asignatura crea un nuevo hecho, un hecho institucional, un nuevo hecho creado por el acuerdo humano", trad. libre.

[100] Schaber, Peter, *Moralischer Realismus*, Friburgo-Munich, Alber Verlag, 1997, p. 35; *cfr.* también Frege, Gottlob, *Grundgesetze der Arithmetik*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1962, t. 2, reimpresión, p. 86: "Nosotros podemos distinguir entre objetos físicos y lógicos, con lo cual desde luego no puede darse una clasificación exhaustiva. Cada uno es verdadero dentro de su propio sentido; estos no lo son, pero por ello no menos objetivo", trad. libre. Con esta clasificación provisional no debe negarse que es posible la diferenciación. De este modo describe John Searle hechos abstractos

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



## II. Puntos de vista objetivo y subjetivo

La cuestión relativa a los rasgos objetivos y subjetivos del concepto de religión es difícil de escindir de la distinción entre el punto de vista objetivo y subjetivo.[101, 102]

### 1. *El punto de vista subjetivo*

De acuerdo con el radical "subjetivismo de los derechos fundamentales", sólo la autognosis del portador de los derechos fundamentales puede decidir sobre la absoluta protección constitucional de la libertad de creencia protegida por el artículo 4o., párrafos 1 y 2, de la Ley Fundamental. Para esta postura, lo único válido es el punto de vista subjetivo del portador de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, es determinante la concepción personal de los rasgos objetivos y subjetivos de la religión. Desde la óptica del ámbito de protección,[103] esto significa

como ontológicamente subjetivos, pero epistémicamente objetivos. Searle, John R., *op. cit.*, pp. 12 y ss.

[101] *Cfr.* respecto al punto de vista objetivo Heßbrüggen-Walter, "Objektivität", en Sandkühler, Hans Jörg (ed), *Enzyklopädie Philosophie*, Hamburgo, Meiner, t. 2, 1999, p. 977.

[102] De la diferenciación entre el punto de vista y de los rasgos, se puede fácilmente reconocer que tanto el punto de vista subjetivo como el objetivo del concepto de religión muestran estos diferentes rasgos objetivos y subjetivos, respectivamente. Por ejemplo, la sencilla duda de la propia creencia puede demandar para sí la protección de la libertad de religión de la Ley Fundamental. Desde su punto de vista subjetivo, un ciudadano puede defender un concepto de religión, de acuerdo con el cual "religión" presupone la completa certeza de todas las respectivas verdades de credo. En este caso se diferencia el concepto de religión del punto de vista objetivo y subjetivo en un rasgo subjetivo. La diferencia del concepto de religión desde los distintos puntos de vista puede referirse también a rasgos objetivos. Por ejemplo, puede ser exigida una concepción monoteísta de credo desde un punto de vista subjetivo, lo que podría ser muy estrecho desde un punto de vista objetivo. La diferencia yace aquí en las demandas de la instancia en las que se funda el sentido (ya sea un individuo o un órgano del Estado), un rasgo objetivo abstracto.

[103] El "ámbito de protección": "...se refiere al ámbito que abarca los bienes protegidos por un derecho fundamental. Los bienes protegidos con conductas, estados de cosas

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



que se determina el contenido del concepto de creencia mencionado por el artículo 4o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, de conformidad con el punto de vista subjetivo del sujeto. Desde el punto de vista de las restricciones, implica *per se* que el individuo puede efectuar una ponderación de su libertad de creencia con otros derechos y bienes que entran en colisión, de acuerdo con su propio punto de vista.

### 2. *El punto de vista objetivo*

El punto de vista objetivo exige una decisión con vinculación general, y en casos de emergencia, una imposición, por parte de los órganos estatales. Desde una perspectiva material, esta decisión debe ser neutral. Así las cosas, es necesario distinguir entre una dimensión externa e interna del punto de vista objetivo.

#### A. *Dimensión externa*

La dimensión externa del punto de vista objetivo consiste en que las decisiones de los órganos estatales tienen carácter de vinculatoriedad general, y en caso de emergencia, sus decisiones se llevan a cabo por imposición. Se hace referencia a esta dimensión externa cuando se habla de un "mandato de definición". Se utiliza sobre todo para impedir el caos amenazante, que hace temer la preeminencia de un punto de vista subjetivo respecto a la protección definitiva de un derecho fundamental. La otra problemática importante se da en caso de conflictos entre derechos a partir de distintos puntos de vista subjetivos, y en los cuales el Estado debe decidir de manera autoritaria. Sin embargo, todavía no se ha dicho nada sobre los criterios con los que el Estado

---

o posiciones jurídicas que se encuentran en el ámbito temático del derecho de defensa relevante en el caso". *Cfr.* Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 121 [nota del traductor].

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



basa su decisión respecto a la protección definitiva del derecho constitucional.

### B. *Dimensión interna*

La dimensión interna del punto de vista objetivo exige adicionalmente una cualidad material en la decisión estatal. Asimismo, el Estado debe alcanzar una decisión neutral o apartidista. No se contradice la simple dimensión externa del punto de vista objetivo cuando el Estado se define por una religión concreta. Esta definición por parte del Estado, sin embargo, no es neutral en cuestiones religiosas, ya que esto contradice el principio de neutralidad religiosa y de cosmovisión por parte del Estado, proclamado en las disposiciones del artículo 3o., párrafo 3, enunciado 3; artículo 4o., párrafos 1 y 2; artículo 33, párrafo 3, de la Ley Fundamental, y el artículo 140, en conjunto con el artículo 136, párrafos 1 y 4, de la Ley Fundamental, y el artículo 137, párrafo 1, de la Constitución de la República de Weimar. Este principio exige que el Estado no dé preferencia a una determinada creencia respecto de las demás:

> De la libertad de credo contemplada en el artículo 4o., párrafo 1 de la Ley Fundamental se deriva, por el contrario, el principio de la neutralidad estatal respecto de las diferentes religiones y convicciones. Un Estado en el que conviven partidarios de diferentes —e incluso opuestas— convicciones religiosas e ideológicas, sólo puede garantizar la coexistencia pacífica si él mismo se mantiene neutral en cuestiones de credo.[104]

[104] BVerfGE 93, 1 (16); *cfr.* BVerfGE 19, 206 (216); 24, 236 (246); 33, 23 (28). Versión en español disponible en Huber, Rudolf (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 177; véase además BVerwGE 90, 320 (328); Schlaich, Klaus, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1972, pp. 236 ss.; Herzog, Roman, en Maunz, Theodor y Dürig, Günter (eds.), *Grundgesetz-Kommentar,* Loseblattsammlung, Munich, C. H. Beck, artículo 4o. GG párrafos 19 y ss.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



En contra de una posición no neutral o parcial hacia una religión o grupo de religiones se inclinan normalmente quienes proponen una "prohibición de definición". Se trata entonces, a primera vista, del rechazo de aquel punto de vista que es objetivo únicamente desde la dimensión externa, pero no desde la dimensión interna.[105]

De lo anterior surge la pregunta de cómo se garantiza la neutralidad desde un punto de vista objetivo. Desde esta perspectiva, sólo podemos bosquejar alguna respuesta. De manera básica, son posibles dos estrategias. Por un lado, la identificación de ciertos criterios materiales;[106] por el otro, la realización de un procedimiento. Existe un amplio consenso respecto de que el Estado no puede recurrir a criterios materiales en las cuestiones religiosas de sus ciudadanos,[107] por lo que sólo nos queda recurrir a la segunda posibilidad; esto es, la realización de un procedimiento. Se pueden distinguir distintas concepciones dependiendo de cómo sea configurado dicho procedimiento. Se mencionarán aquí tres variantes. Podemos identificar a la primera concepción como una "teoría ideal del observador", según la cual un único observador

---

[105] Con ello se ve rápidamente que la aseveración de "mandato de definicón" y "prohibición de definición" no nulifican una a la otra. *Mandato* y *prohibición* se refieren a diferentes objetos: el mandato a la determinación formal de los rasgos de un concepto; y la prohibición a una definición que en sentido material no es neutral.

[106] En esta dirección se orienta la interpretación del derecho de autodeterminación de las comunidades religiosas, cuando cualquier consideración del punto de vista subjetivo es negada y el derecho de autodeterminación es visto de manera concreta como "puramente material". Ebers, Godehard Josef, *Staat und Kirche im neuen Deutschland*, Munich, Hueber Verlag, 1930, p. 258 (resaltado en el original); Beulke, Eckart, *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, núm. 6, 1957-1958, p. 147 (delimitación "de acuerdo al punto de vista objetivo"); Mikat, Paul, "Kirchen und Religionsgemeinschaften", en Bettermann, Karl August *et al.*, *Die Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot, 1960, t. IV/1, p. 182 ("solamente de acuerdo al punto de vista objetivo"); Wieland, Joachim, *Der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, 1986, núm. 25, pp. 342 y ss.

[107] Heckel, Martin, "Kontinuität und...", *cit.*, p. 360: "El Estado secular, pero liberal, no tiene en la Constitución ninguna competencia de definir el contenido y sentido de la creencia de sus ciudadanos y las comunidades religiosas divergentes de su propia autognosis auténtica" (resaltado en el original), trad. libre.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



ideal toma la decisión.[108] La segunda concepción se basa en la teoría de la justicia de John Rawls. De acuerdo con esta teoría, las personas racionales toman decisiones en una situación hipotética (la posición original), bajo una deficiencia objetiva de información sobre sus vidas individuales.[109] Sin embargo, se efectúa un ejercicio de corrección por parte de las personas reales mediante el principio de coherencia, que es adicional, y debe ser vigilado. Este principio está fundado en el sentido e idea de justicia acordada por los ciudadanos. Entre estas ideas y los principios escogidos en la situación de toma de decisiones debe predominar un "equilibrio reflexivo".[110] Finalmente, la tercera concepción es la teoría del discurso, según la cual la objetividad de una decisión moral puede ser alcanzada a través de la realización de un discurso racional. En dicho discurso pueden participar un número indeterminado de individuos existentes, independientemente de la situación en la que se encuentren.[111] Esta teoría se basa lo menos posible en idealizaciones, pues considera que aquéllas dan entrada a determinaciones escondidas y no suficientemente justificadas desde un punto de vista normativo. Por lo mismo, esta teoría podría ser la opción más prometedora. Con su ayuda es posible reconstruir la manera de alcanzar un producto objetivo a partir de la consideración del punto de vista subjetivo y la realización de un procedimiento discursivo.[112] Los puntos de vista subjetivos de los ciudadanos no son *prima facie* límites, sino que constituyen el punto de partida, que puede ser objetivizado a través de un procedimiento argumentativo racional. A pesar de

[108] Como principal defensor de la teoría del "observador ideal" puede valer Firth, Roderick, "Ethical Absolutism and the Ideal Observer", *Philosophy and Phenomenological Research*, Providence, International Phenomenological Research, 1952, núm. 12, pp. 320 y ss.

[109] Rawls, John, *A Theory of Justice*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 102 y ss. y *passim*.

[110] *Ibidem*, pp. 17 y ss.

[111] Alexy, Robert, "Die Idee eines prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation", en Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, p. 97.

[112] Alexy, Robert, "Probleme der Diskurstheorie", *cit.*, p. 121.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



parecer contraintuitivo, lo cierto es que la objetivización procedimental en el punto de vista objetivo exige considerar el punto de vista subjetivo.

La neutralidad o la imparcialidad del punto de vista objetivo (por ahora sin resaltar o demeritar el punto de vista subjetivo, igualmente necesario) nos exige llegar a una decisión neutral e imparcial a partir de este punto de vista objetivo. Por consiguiente, la dimensión interna del punto de vista objetivo constituye un requisito adicional para la dimensión externa del punto de vista objetivo (es decir, el punto de vista externo simple). Esto no excluye la posibilidad de poder hablar de un punto de vista objetivo interno simple. El punto de vista objetivo interno es importante para los ciudadanos, quienes del mismo modo que el Estado toleran todas las concepciones religiosas y de cosmovisión de sus conciudadanos. El derecho no exige, sin embargo, que el individuo apruebe desde su punto de vista subjetivo todas las concepciones religiosas de los otros ciudadanos. Exige solamente que el individuo se someta a los límites del ejercicio de su religión, de acuerdo con una decisión estatal producto de criterios neutrales.

### 3. *El espectro de posiciones defendidas*

Dentro del espectro de decisiones defendidas predomina el punto de vista objetivo externo e interno de manera clara. No hay defensores del punto de vista subjetivo,[113] y el punto de vista objetivo externo simple se encuentra sólo ocasionalmente.[114] Por

[113] Isak, Axel, *op. cit.,* p. 106.

[114] Un ejemplo del punto de vista externo simple es la concepción de Walter Hamel, Hamel, Walter *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1953, núm. 109, p. 71: "Pues esta libertad recibe su absoluta vinculatoriedad a través de la confesión que puede ser interpretada de lo manifestado en el prólogo de la Ley Fundamental y de acuerdo a aquella correspondiente a nuestra forma de vida, únicamente como confesión al evidente Dios de las sagradas escrituras", trad. libre. Esta concepción, en el escepticismo de Hamel, encuentra como una razón errónea la posibilidad de un

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



ello, esta investigación se encamina en gran medida a la cuestión de cuáles son los requisitos que debe cumplir el Estado para emitir decisiones neutrales, en el plano del supuesto de hecho y las restricciones de los derechos fundamentales. Antes de tomar una posición, y dentro del marco de los modelos desarrollados según los diferentes puntos de vista, a continuación se presenta la concepción del Tribunal Constitucional Federal alemán. Se trata del ejemplo más importante tanto del punto de vista objetivo externo como del interno. Sin embargo, difícilmente puede hablarse de una concepción única del Tribunal. En algunas decisiones se subraya el significado de la consideración del punto de vista subjetivo del ciudadano; en otras, predomina la discusión de los límites de esta consideración.

La primera decisión en la que el Tribunal Constitucional Federal alemán se ocupa explícitamente de la consideración del punto de vista subjetivo[115] es el caso *Lumpensammler* (Acción "Cuarto Trastero"). El Tribunal efectúa una interpretación del artículo 4o., párrafo 2, de la Ley Fundamental, en los términos siguientes:

> Para la apreciación de lo que en los casos individuales se considera como ejercicio de la religión y la ideología, no puede quedar fuera la concepción que las comunidades religiosas e ideológicas

punto de vista neutral del Estado: Hamel, Walter, "Glaubens-und Gewissensfreiheit", en Bettermann, Karl August *et al*, *Grundrechte*, 2a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1972, t. 4/1, p. 70: "Puesto que al Estado secular actual le faltan las bases para considerar el valor y el rango de una confesión religiosa o de cosmovisión; el Estado tiene que ver abiertamente con los valores inmanentes presenciables, no con los transcendentales, que deducen las creencias religiosas o filosóficas. Cada confesión exige finalmente una validez, es decir, la prevalencia respecto de otros valores. ¿Qué legitima al Estado, contrario a esto, de hacer la prevalencia de otro valor y establecer restricciones?", trad. libre. La neutralidad sustancial de acuerdo con Hamel es imposible, solamente quedan la decisión y la tradición, y éste se decide por la última.

[115] Extensiones a la consideración del punto de vista subjetivo se encuentran ya en la decisión Ludendorff (BVerfGE 12, 1 [3], conocido comúnmente como "el caso del tabaco"), el caso Gemeinde-teilungs (BVerfGE 18, 385 [387] y el caso Wachtturm (atalaya) (BVerfGE 19, 129 [134]).

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



> tienen de sí mismas. Ciertamente el Estado, que debe mantener una neutralidad religiosa, debe interpretar, en principio, los conceptos constitucionales con base en puntos de vista neutrales y válidos para todos, no confesionales o ligados a una ideología. BVerfGE 10, 59 [84 y ss.]; 12, 45 [54]; 19, [8]; 19, 226 [238 ff.]; 19, 268 [278 y ss.]). Pero si en una sociedad pluralista el ordenamiento legal presupone la autocomprensión religiosa e ideológica, como ocurre con la libertad de culto, el Estado violaría el derecho a la autonomía garantizado por la Constitución a las comunidades eclesiásticas, religiosas e ideológicas, así como la independencia en sus propias esferas, cuando para la interpretación del ejercicio de una religión, que se da con base en una determinada creencia o ideología, no se tiene en cuenta la concepción que ésta tiene de sí misma (BVerfGE 18, 385 [386 y ss.]).[116]

El Tribunal prosigue con la misma línea argumentativa en una serie de decisiones relativas al derecho de autodeterminación de las Iglesias.[117] En las decisiones sobre la libertad religiosa individual, el Tribunal ha considerado el punto de vista subjetivo; en particular, podemos mencionar las decisiones sobre la negativa a prestar juramento (*Eideszwang*)[118] y sobre la presencia del crucifijo en la sala de un tribunal.[119] En una decisión sobre la partici-

---

[116] BVerfGE 24, 236 (247 y ss.). Versión en español Huber, Rudolf (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 160-170.

[117] BVerfGE 42, 312 (334 y ss.); 46, 73 (85); 53, 366 (401); 66, 1 (22); 70, 138 (164 y ss.). Al respecto de esta serie de sentencias habla Isensee, un poco sorprendido, de "decisiones aisladas". Isensee, Josef, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Munich, C. H. Beck, 1996, p. 13.

[118] BVerfGE 33, 22 (29).

[119] BVerfGE 35, 366 (375 y ss.). También se puede encontrar el concepto de "autognosis" en la decisión relativa a "la cruz en la escuela" o en el "caso del crucifijo". El Tribunal, sin embargo, no se orienta según el punto de vista subjetivo del demandante: "Sería una profanación a la cruz, contraria a la autognosis del cristianimo y de la iglesia cristiana, cuando ésta, como en la decisión atacada, se quisiera ver como una mera expresión de la tradición occidental o como símbolo de culto, sin ninguna suscripción a una creencia" (BVerfGE 93, 1 [20]). Con esta formulación es fundamentado el carácter apelativo de la cruz, a partir del cual debería existir una intervención a la libertad de creencia de los estudiantes y el derecho de los padres. Aquí uno puede realizar la pregunta, de si esto deviene

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



pación de estudiantes de confesiones ajenas a las de la clase de religión, el Tribunal subrayó, en cambio, los límites de la consideración del punto de vista subjetivo. Estableció que el Estado no está obligado a reconocer como vinculante cada definición imaginable de las agrupaciones religiosas. El límite está establecido por el concepto constitucional de "enseñanza religiosa".[120]

También, en la decisión Bahä´i se subrayaron estos límites:

> Con la simple aseveración y la autognosis con la que una comunidad reconoce a su religión y se presenta como una comunidad religiosa, no se puede justificar para la comunidad y sus miembros recurrir a la protección de la libertad del artículo 4o., párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental; más bien, debe tratarse en los hechos realmente, de acuerdo con su contenido espiritual y su imagen exterior, de una religión y una comunidad religiosa. En caso de conflicto le corresponde a los órganos del Estado, y por último a los tribunales, examinar y decidir —usando una regulación del orden jurídico estatal—.[121]

En pocas palabras, el punto de vista subjetivo del portador del derecho fundamental juega un rol importante en la concepción del Tribunal Federal Constitucional alemán, pero solamente en tanto que éste se mantenga dentro de los límites del punto de vista objetivo externo e interno.

---

realmente según el carácter objetivo apelativo del crucifijo, o en cambio de acuerdo con el punto de vista de aquellos a los que se les expone el figura de la cruz. La libertad, de no ser expuesta a la influencia de otros, es denominada en la literatura comúnmente como "libertad negativa", y de acuerdo con cierta opinión, este tipo de libertades constitucionales no permitirían considerar el punto de vista subjetivo del ciudadano, Wilms, Heinrich "Selbstverständnistheorie und Definitionsmacht bei Grundrechten, dargestellt am Beispiel der Glaubensfreiheit", en Langheid, Theo *et al*, *Staatsphilosophie und Rechtspolitik*, *Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag*, Munich, C. H. Beck, 1997, pp. 341 y ss.; *cfr.* Muckel, Stefan, en Friauf, Karl Heinrich y Höfling, Wolfram (eds.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Loseblattsammlung, Berlín, Erich Schmidt Verlag, artículo 4o. GG, párrafo 5. Este aspecto especial no puede ser profundizado dentro del marco de este trabajo.

120 BVerfGE 74, 244 (252), trad. libre.

121 BVerfGE 83, 341 (directriz 1, *cfr.* p. 353), trad. libre.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



## III. Argumentos para la consideración del punto de vista subjetivo

Antes de desarrollar un modelo sistemático de la consideración del punto de vista subjetivo, es necesario echar un vistazo a algunos argumentos discutidos relativos a este punto de vista. Los contraargumentos serán manejados en el marco del desarrollo del modelo.

Dentro de los argumentos para la consideración del punto de vista subjetivo se debe diferenciar entre la libertad constitucional del artículo 4o., párrafos 1 y 2, de la Ley Fundamental, por un lado, y el derecho de autodeterminación de las comunidades religiosas de acuerdo con el artículo 140 de la Ley Fundamental con relación al artículo 137, párrafo 3, de la Constitución de la República de Weimar, por el otro.

### 1. *La libertad constitucional del artículo 4o., párrafos 1 y 2, de la Ley Fundamental*

La razón central para considerar el punto de vista subjetivo del portador del derecho constitucional en la libertad de creencia constitucional yace en la autonomía del individuo, que está protegida constitucionalmente mediante el reconocimiento de la dignidad humana plasmada en la Ley Fundamental.[122] La Ley Fundamental no presupone una idea sustancial del hombre, sino que protege el derecho del individuo a su propia idea del hom-

[122] Morlok, Martin, *op. cit.*, pp. 282 y ss. Jan-Reinard Sieckmann ha señalado con razón que un sistema de derecho que no acepta la autonomía, en tanto no haya conflicto de derechos y bienes, no puede elevar ninguna demanda racional de vinculatoriedad para sus ciudadanos. Sieckmann, Jan-Reinard, "Rights", en Martin, Rex y Sprenger, Gerhard (eds.), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, suplemento 67, 1997, p. 33.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



bre.[123] Este derecho a la autodeterminación[124] aparece expresado también en la fórmula de "idea de hombre", que es sostenida por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su jurisprudencia reciente. Asimismo, la dignidad humana, conforme con el artículo 1o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, "se basa en la concepción del hombre como un ser espiritual y ético, al cual le es conferido el decidir por sí mismo y desarrollarse en libertad".[125]

Dentro de la historia del pensamiento humano, tal idea del hombre se encuentra con fuerza en la tradición de Giovanni Pico della Mirandola[126] e Immanuel Kant.[127] También en la filosofía

---

123 Höfling, Wolfram, en Sachs, Michael (ed.) *op. cit.*, artículo 1 GG, párrafo 30; Britz, Gabriele, *op. cit.*, p. 210.

124 Enders, Christoph, *op. cit.*, p. 491; Bleckmann, Albert, *Juristen Zeitung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 58; *cfr.* Starck, Christian, en von Mangoldt, Hermann *et al.* (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 4a. ed., Munich, C. H. Beck, 1999, t. 1, artículo 1o. Abs. 1 GG, párrafo 10.

125 BVerfGE 45, 187 (227); *cfr.* más BVerfGE 4, 7 (15 y ss.); 27, 1 (7); 30, 173 (193); 32, 98 (108); 41, 29 (50); 45, 187 (227); 50, 166 (175); 50, 290 (353), trad. libre. *Cfr.* el derecho constitucional de la personalidad general conforme al artículo 2o., párrafo 1, vinculado al artículo 1o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, BVerfGE 79, 256 (268). Este derecho asegura "a cada individuo una esfera autónoma de configuración de la vida privada, en la cual pueda desarrollar y proteger su individualidad".

126 "Tú debes determinar tu propia *naturaleza* (Martin Borowski), sin ninguna limitación o estrechamiento, de acuerdo a tu propia medida. Yo te he colocado en medio del mundo, para que puedas mirar cómodamente a tu alrededor lo que hay en el mundo. Ni te hemos creado divino o terrenal, ni mortal e inmortal para que tú te modeles a la figura de acuerdo a la escultura creada por ti, honorable y libremente decidida, que te sea apetecible. Tú puedes degenerarte a lo más bajo o animal; tú puedes, sin embargo, también renacer en lo más alto o divino, cuando tu alma lo haya decidido". Pico della Mirandola, *De hominis dignitate-Über die Würde des Menschen (1946)*, editado por Bruck, A., traducción de Baumgarten, Norbert, Hamburgo, Meiner, 1990, p. 7. Un resumen de Pico della Mirandolla, *cfr. Freiheit zu Gott*, Weinheim, 1989.

127 Para profundizar sobre la creación del concepto de dignidad humana en la historia del pensamiento véase Enders, Christoph, *op. cit.*, pp. 176 y ss.; Gröschner, Rolf *et al.*, *Rechts-und Staatsphilosophie*, Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 2000, pp. 125 y ss. En ocasiones la referencia a Kant o a otros filósofos despierta la críticas de que la Ley Fundamental "no está vinculada de manera precisa con la de idea de un individuo", trad. libre (Kunig, Philiph, en Von Münch, Ingo y Kunig, Philip (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, 5a. ed., Munich, C. H. Beck, 2000, t. 1, artículo 1o. GG párrafo 20). Sin embargo, no se puede discutir que escritos, como los de Kant, han realizado una contribución esencial para el entendimiento actual de la dignidad humana. *Cfr.* en lugar de varios, Lorz, Ralph A.,

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



política moderna la idea de autonomía juega un rol central. Uno de los ejemplos más importantes es el modelo de "persona moral" de John Rawls. Este modelo considera "como un bien" la capacidad de concebir, revisar y seguir racionalmente una concepción de lo bueno. A este bien corresponde el más alto interés en su ejercicio y su cumplimiento.[128] A la concepción de lo bueno "pertenece también el enfoque de nuestra relación con el mundo —religiosa, filosófica y moral—".[129] Ello encamina al reconocimiento de la libertad de creencia como un derecho moral en el sentido de derecho humano.[130]

Finalmente, debe enfatizarse la cercana conexión entre la libertad de creencia y la dignidad humana en la Ley Fundamental. El Tribunal Constitucional Federal alemán considera a la libertad de creencia como "una expresión específica de la dignidad humana protegida por el artículo 1o., párrafo 1, de la Ley Fundamental".[131] Dicha libertad permanece en "cercana relación con la dignidad humana como el valor más alto en el sistema de derechos fundamentales".[132] Es por ello que el contenido especial de

---

*Modernes Grund-und Menschenrechtsverständnis und die Philosophie der Freiheit Kants*, Stuttgart, Munich, Hannover, Boorberg, 1993, pp. 271 y ss.; Luf, Gerhard, "Menschenwürde als Rechtsbegriff", en Zaczyk, Rainer *et al.* (eds.), *Festschrift für E. A. Wolff*, Berlín, Springer, 1998, p. 307 y ss.; Häberle, Peter, en Isensee, Josef, y Kirchhof, Paul, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller, 1987, t. 1, § 20 párrafo 32; Dreier, Horst, en Dreier, Horst (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1996, t. 1, artículo 1o. I GG, párrafos 11 y ss.

[128] Rawls, John, *Die Idee des politischen Liberalismus*, Frankfurt am Main, editado por Hinsch, Wilfried, Suhrkamp, 1992, p. 93.

[129] *Ibidem*, p. 172.

[130] *Ibidem*, pp. 179 y 181 y ss.

[131] BVerfGE 33, 23 (28 ss.); c*fr.* BVerfGE 12, 45 ( 53 y ss.); 48, 127 (163), trad. libre. Asimismo, dentro de la literatura, Dürig, Günter, en Maunz, Theodor y Dürig, Günter (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, Munich, C. F. Beck, artículo 4o., Abs. 1, 2 GG, párrafo 11 ss.; Badura, Peter, *Der Schutz von Religionen und Weltanschauungen durch das Grundgesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1989, p. 33.

[132] BVerfGE 35, 367 (376); *cfr.* BVerfGE 32, 98 (108), *cfr.* Morlok, Martin, en Dreier, Horst, *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 20: "El artículo 4o. de la Ley Fundamental especifica el revestido sentido de autorreconocimiento de la garantía de dignidad humana del individuo del artículo 1o., párrafo 1 de la Ley Fundamental".

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



dignidad humana dentro de la libertad de creencia juega un papel importante en la autonomía, y por lo tanto en la interpretación del punto de vista subjetivo del portador de derechos fundamentales.[133]

## 2. *El derecho a la autodeterminación de las comunidades religiosas*

La discusión sobre el derecho a la autodeterminación de las comunidades religiosas en términos del artículo 140 en relación con el artículo 137, párrafo 3, de la Ley Fundamental, se encuentra en el marco general del derecho estatal eclesiástico. En los primeros años de vigencia de la Ley Fundamental hasta finales de los años sesenta, la teoría de la coordinación encontró un amplio apoyo.[134] De acuerdo con esta teoría, el Estado y la Iglesia se encuentran en un mismo nivel uno frente al otro. Por lo tanto, en principio, el Estado no puede otorgarse competencias cuyo ejercicio pudiera vulnerar el derecho de autodeterminación de las comunidades religiosas. Desde esta perspectiva, las disposiciones sobre el derecho de autodeterminación de las comunidades religiosas son decla-

---

[133] Lo mismo puede decirse del derecho constitucional de la "personalidad en general" conforme al artículo 2o., párrafo 1, vinculado al artículo 1o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, que en gran medida está imbuido de la autognosis. El importante contenido de dignidad humana encontrado en el derecho a la personalidad se explica porque se trata de un derecho fundamental producto de la combinación de derechos fundamentales (dignidad humana relacionado con la "libertad en general"), reconocidos por interpretación jurisdiccional.

[134] *Cfr.* respecto a la teoría de la coordinación Meyer-Teschendorf, Klaus G., *Staat und Kirche im pluralistischen Gemeinwesen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1979, pp. 3 y ss.; Obermayer, Klaus, en Dolzer, Rudolf *et al.* (eds.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, C. F. Müller, artículo 140 GG, párrafo 85; Isak, Axel, *op. cit.*, pp. 110 y ss. También la concepción de los primeros escritos de Hesse deja en un mismo nivel al Estado e Iglesia, sin embargo por otras razones: un elemento determinante sería la realidad histórica constitucional, las Iglesias habrían tomado en alguna medida la responsabilidad de la totalidad social después del periodo posguerra, que la colocaría al mismo nivel del Estado. Véase Hesse, Konrad, *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, núm. 3 (1935-1954), pp. 188 y ss.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



rativas. Esto deviene de un "derecho no escrito y natural",[135] es decir, fundado "pre-constitucionalmente".[136]

Esta teoría fue justamente objetada hacia finales de los años sesenta. En el Estado democrático constitucional, las comunidades religiosas se encuentran también bajo la autoridad de la Constitución.[137] Asimismo, se consideró que el fundamento del derecho a la autodeterminación de las comunidades religiosas se apoya en la decisión de un "Estado secular y por ello neutro respecto de las religiones y cosmovisiones",[138] que respeta el derecho a la autodeterminación de la comunidad religiosa o de la religión como parte de la cultura constitucional abierta y libre".[139] También es posible pensar en la autonomía individual de las personas naturales detrás de la persona jurídica.[140]

---

[135] Geiger, Willi, *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1981, núm 26, p. 158.

[136] Bettermann, Karl August, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, Verlag Otto-Schmidt, 1966, p. 882; *cfr.* Beulke, Eckart, *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, núm. 6 (1957/58), p. 131, con posteriores pruebas.

[137] Hollerbach, Alexander, "Grundlagen des Staatskirchenrechts", en Isensee, Josef, y Kirchhof, Paul, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller, 1989, t. 6, § 138 párrafo 60.

[138] Heckel, Martin, *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, editado por Friesenhahn, Ernst *et al.*, Berlín, Duncker & Humblot, 1974, t. 1, p. 494; en este sentido también el Hesse tardío, véase Hesse, Konrad, *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, editado por Friesenhahn, Ernst *et al.*, Berlín, Duncker & Humblot, 1974, t. 1, p. 417.

[139] Schlaich, Klaus, *op. cit.*, pp. 204 y 259; Höfling, Wolfram, *op. cit.*, p. 87.

[140] Las comunidades religiosas son personas jurídicas, sean corporaciones del derecho público conforme al artículo 140 de la Ley Fundamental vinculado al artículo 137, párrafo 5, de la Constitución de la República de Weimar, o personas del derecho civil. El Tribunal Constitucional Federal alemán sostiene el "sustrato personal", que yace detrás de la persona jurídica, como el argumento determinante para la facultad constitucional de la persona jurídica afectada, BVerfGE 21, 362 [369]; 61, 82 [101]; 68, 193 [205 ss.]; *cfr.* 45, 63 [79]; 75, 192 [197]; desde la literatura Dürig, Günter, en Maunz, Theodor y Dürig, Günter (ed.), *op. cit.*, artículo 19 Abs. 3 GG, párrafos 1 y ss.; Krebs, Walter, en Von Münch, Ingo y Kunig, Philip (ed.), *op. cit.*, artículo 19 GG, párrafos 37 y ss., esto permite aducir a la autonomía religiosa de los creyentes de manera individual, los cuales se agruparon en una comunidad religiosa, y representa un argumento a favor del derecho de autodeterminación de la comunidad. Relativo a la conexión de la libertad religiosa individual y corporativa, *cfr.* también Heckel, Martin, "Kontinuität und…", *cit.*, pp. 372 y ss. El significado de la justificación

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



## IV. Un modelo dogmático de los derechos fundamentales para la consideración del punto de vista subjetivo

A partir de ahora, es válido emplear las distinciones expuestas sobre la libertad de creencia en la Ley Fundamental. El punto de vista subjetivo puede ser utilizado en los distintos niveles del examen constitucional en consideración. Con relación al supuesto de hecho del derecho fundamental, surge la pregunta de si debe ser considerado el punto de vista subjetivo en la interpretación del concepto de ámbito de protección, y en qué medida. Esto constituye el punto central en la discusión.[141] Hasta ahora el problema ha permanecido de manera equivocada en el marco de la ponderación de las restricciones.

---

de esta prolongación es significativa dado que los derechos fundamentales son en primera línea derechos individuales, no derechos de la colectividad. Esto, sin embargo, lanza dos problemas. El primer problema consiste en que a la persona jurídica usualmente le es negado apelar a la dignidad humana. De acuerdo con el texto "en tanto por su propia naturaleza sean aplicables" en el sentido del artículo 19, párrafo 3, de la Ley Fundamental, deberán ser solamente derechos fundamentales cuando éstos no se conecten con cualidades naturales de los humanos. La dignidad humana es vista como una de estas cualidad naturales. Véase Jarass, Hans Dieter y Pieroth, Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Munich, C. H. Beck, artículo 1 GG, párrafo 5; Krüger, Hartmut, en Sachs, Michael (ed.), *Grundgesetz*, Munich, C. H. Beck, artículo 19 GG párrafo 65. Al contrario, se puede aducir que la autonomía del individuo está fundada en la dignidad humana, pero es objeto de la libertad de religión conforme al artículo 4o., párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental. De acuerdo con la opinión extendida, cada libertad posee un núcleo especial de dignidad humana. Esto, sin embargo, impide una autorización a las personas jurídicas. Éstas nunca podrían apelar a los derechos fundamentales. El segundo problema yace en si la concepción del "sustrato personal" ignora que la autorización decisivamente deviene a la persona jurídica de manera legal e independiente, no a la persona natural que yace detrás de ésta. Esto desde luego es la pelea fundamental sobre la fundamentación sustancial de la autorización jurídica de las personas morales. De acuerdo con la opinión mayoritaria en la literatura, la razón decisiva se encuentra en los "casos de amenaza típicos de los derechos fundamentales". Véase Von Mutius, Albert, en Dolzer, Rudolf *et al.* (eds.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, C. F. Müller, artículo 19 Abs. 3 GG, párrafo 114.

[141] Morlok, Martin, *op. cit.*, p. 388: "Aquí dentro de la investigación del ámbito de protección (objetivo) de un derecho fundamental se encuentra el importantísimo rol de la consideración de la autognosis dentro de la interpretación de los derechos fundamentales", trad. libre.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



## 1. *El supuesto de hecho del derecho fundamental*[142]

### A. *El punto de vista subjetivo*

De acuerdo con el punto de vista subjetivo, solamente el ciudadano decide sobre la definición del concepto del supuesto de hecho. Esta discrecionalidad en la determinación del contenido de los conceptos constitucionales[143] no es compatible con la interpretación semántica y textual. Cada interpretación[144] empieza con el texto de la disposición sujeta a interpretación. Lo que no cae bajo el texto no puede formar parte de la disposición a interpretar.[145] En este sentido, la interpretación sistemática encuen-

---

[142] Por "supuesto de hecho" se entiende la hipótesis normativa de una disposción, en palabras de Martin Borowski: "Que una conducta haya cumplido las exigencias del supuesto de hecho (Sx^Ex), es algo que se averigua por medio de una subsunción bajo los conceptos de ámbito de protección (Sx) y de intervención (Ex)". *Cfr.* Borowski, Martin, *La estructura..., cit.,* p. 133 [nota del traductor]. También véase Alexy, Robert, *op. cit.,* pp. 273 y ss.; Borowski, Martin, *Grundrechte als..., cit.,* pp. 185 y ss.

[143] Debido a la amplitud del concepto constitucional de religión, hay ejemplos un poco abstrusos, en los cuales las restricciones del significado del concepto de religión son claramente sobrepasadas: imaginemos una aldea autóctona que se encuentra cerca de un río central, el cual es fuente de alimentación y de transporte, y determina esencialmente el destino de la aldea. Sus habitantes pueden ver al río como un una deidad. Entonces existe un sistema de significados, que manifiesta una interpretación del medio ambiente en un sentido transcendental, de acuerdo con la opinión mayoritaria, en el marco de una religión en el sentido del artículo 4o., párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental [respecto a los límites, que serán defendidos, del mismo modo bajo el apartado IV. 1. C. a]. Sin embargo, es limitada la protección, por parte de la libertad de creencia, de los sistemas de significados y sus elementos. Por ello no es posible ver al río por tal como una religión. Objetos físicos y psíquicos no son nunca por sí mismos una religión; es solamente posible que su interpretación dentro de una sistema de significados los haga un objeto de una creencia.

[144] Esto es valido también para la interpretación constitucional. Dentro de la controversia sobre las diferencias de la interpretación constitucional respecto de la interpretación de otras disposiciones legales, se puede asegurar hoy en día que los cánones clásicos de interpretación constituyen el fundamento de la interpretación constitucional. *Cfr.* Dreier, Ralf "Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation", en Dreier, Ralf, *Recht – Moral – Ideologie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, pp. 106 y ss.; Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Munich, C. H. Beck, 1994, t. 3/2, p. 1694.

[145] Engisch, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, 9a. ed., Stuttgart-Berlín-Colonia, Kohlhammer, 1997, pp. 100 y ss.; Koch, Hans-Joachim y Rüßmann, Helmut, *Juristische Begründungslehre*, Munich, C. H. Beck, 1982, p. 200.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



tra un límite independiente del punto de vista del portador del derecho fundamental.[146] La cuestión decisiva no es si realmente hay un límite independiente, sino más bien dónde se encuentra este límite. Por lo anterior, el subjetivismo radical de los derechos fundamentales no es defendido en lugar alguno.[147]

### B. *El punto de vista objetivo externo simple*

De acuerdo con el punto de vista objetivo externo simple, el Estado decide con vinculatoriedad general y ejecuta coactivamente sus decisiones en situaciones de emergencia, pero no establece los requisitos materiales internos en la definición.[148] Cabe mencionar que sería posible la elaboración, por parte del Estado, de una definición de religión que cierre todos aquellos puntos de vista subjetivos de la protección del derecho fundamental. Sin embargo, tal manera de proceder sería incompatible con el principio de la neutralidad estatal.

### C. *El punto de vista objetivo externo e interno*

Dicho lo anterior, queda solamente el punto de vista objetivo externo e interno. A continuación se desarrolla una concepción del

[146] Uno podría buscar oponer que en el lenguaje técnico jurídico el significado de los conceptos imbuidos por autognosis es completamente abierto; vistos materialmente éstos no ofrecen significado alguno. La pregunta de si hay conceptos sin significados, encamina a problemas fundamentales de la filosofía del lenguaje, que dentro de este marco no podrán ser investigados de forma más profunda. En esta relación debe bastar la indicación de que los conceptos imbuidos de autognosis dentro de las áreas de protección constitucionales son parte de un sistema constitucional completo. Tanto como conforme a la voluntad del consejo legislador como de acuerdo con la finalidad objetiva de la garantía constitucional de la libertad de creencia, ésta trata de la protección básicamente de sistemas de significados, en tanto se trate del concepto constitucional de la creencia en la Ley Fundamental, definido en un marco objetivo. La existencia de estos marcos exteriores es también discutida en la jurisprudencia y en la literatura; los problemas relativos al supuesto de hecho conciernen a la pregunta —que no puede puede ser profundizada dentro de este marco— de si y cuáles criterios limitantes son introducidos [véase IV. 1. C. a.].

[147] De igual manera Isak, Axel, *op. cit.*, p. 106.

[148] Véase capítulo II. 2. B.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



supuesto de hecho que está de acuerdo con las exigencias de la neutralidad religiosa y de cosmovisión. Esto será posible a través del esquema tradicional del estudio de los derechos de defensa.[149]

### *a*. El ámbito de protección

Al examinar las declaraciones de los conceptos del ámbito de protección del artículo 4o., párrafos 1 y 2, de la Ley Fundamental, surgen algunas dificultades, que han tenido que ser resueltas por la jurisprudencia y la doctrina. Comúnmente se ha dicho que hasta ahora no se ha encontrado una definición general y reconocida del concepto de "creencia", "confesión religiosa" y "ejercicio religioso".[150] Ello es sorprendente, especialmente en vista de la *praxis* de casi cincuenta años de interpretación de la Ley Fundamental y de las precisiones que han sido alcanzadas en la interpretación de los conceptos que componen el ámbito de protección de los demás derechos fundamentales. Consideramos

[149] Para el estudio de los derechos de defensa existe un esquema tradicional, en palabras de Martin Borowski: "Tradicionalmente el examen mediante el cual se aplican los derechos de defensa se desarrolla en los tres pasos del esquema de la intervención y el límite: análisis del ámbito de protección, de la intervención y de la justificación constitucional de la intervención". *Cfr.* Borowski, Martin, *La estructura..., cit.,* p. 120 [nota del traductor].

[150] *Cfr.,* por ejemplo, Kästner, Karl-Hermann, "Hypertrophie des Grundrechts auf Religionsfreiheit?", *JuristenZeitung,* Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 978: "Por desgracia el tribunal [Tribunal Constitucional Federal alemán, nota por Martin Borowski] ha permanecido hasta ahora en deuda de una (por éste mismo razonablemente reclamada) definición jurisdiccional de lo que se entiende, ya sea por confesión, religión o cosmovisión de manera concreta constitucionalmente —a lo cual debe ser concedido—, que del mismo modo en la discusión académica hasta ahora no ha sido encontrada ninguna definición convincente", trad. libre. *Cfr.* también Bleckmann, Albert, *op. cit.,* p. 742: "Con excepción de la conciencia, no se ha molestado la academia todavía en una definición más precisa del concepto en el artículo 4o., párrafo 1", trad. libre; asimismo, Kokott, Juliane, en Sachs, Michael (ed.), *op. cit.*, artículo 4o., de la Ley Fundamental: "importante problema de definición", trad. libre. Un diagnóstico similar se muestra en otros Estados democráticos constitucionales; por ejemplo, la Suprema Corte de Estados Unidos no se pronunciado por una definición de "religión". Brugger, Winfried, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1987, pp. 298 y ss.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



que esto se logra de manera determinante al considerar el punto de vista subjetivo del portador de los derechos fundamentales. A continuación, es pertinente investigar cuáles rasgos objetivos y subjetivos del ámbito de protección son necesarios desde del punto de vista objetivo externo e interno, así como del punto de vista neutral del Estado.

### i) *Rasgos objetivos del concepto de creencia*

En primer lugar, es conveniente dar un vistazo a los rasgos objetivos, en especial los abstractos. Como ha sido mencionado, la libertad de creencia consiste esencialmente en la protección de sistemas de significados. Objetos físicos y psíquicos son interpretados por los seres humanos en un sistema de significados, lo cual sin duda constituye la cuestión nuclear respecto al sentido de la existencia del hombre y del mundo.[151] Comúnmente es necesaria una "visión general"[152] a partir de la cual los sistemas de significados, que comprenden todos los ámbitos existenciales de la vida humana, puedan ser entendidos. Al respecto, puede afirmarse que una definición así sería "*pálida y hueca*, casi sin contenido y teleológicamente sin sustancia".[153] Pero este acercamiento es ne-

---

[151] Muckel, Stefan, en Friauf, Karl Heinrich y Höfling, Wolfram (eds.), *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 10; Mager, Ute, en von Münch, Ingo y Kunig, Philip (ed.), *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 13.

[152] Starck, Christian, en Von Mangoldt, Hermann *et al.* (ed.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Munich, C. H. Beck, artículo 4o., párrafo 1, 2 GG, párrafo 31; Mager, Ute, en Von Münch, Ingo y Kunig, Philip (ed.), *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 13; Isak, Axel, *op. cit.*, p. 207; *cfr.* también BVerwGE 90, 112 (115): "determinadas declaraciones de la totalidad del mundo, así como del origen y la meta de la vida humana". *Cfr.* para ampliar BVerwGE 89, 368 (371), no son protegidas las aisladas "convicciones de aspectos individuales de la vida". Menos fuerte, Morlok, Martin, en Dreier, Horst, *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 42: "cierta extensividad de los sistemas de significados", trad. libre.

[153] Heckel, Martin, "*Kontinuität und...*", *cit.*, p. 358 (cursiva en el original). *Cfr.* Muckel, Stefan, en Friauf, Karl Heinrich y Höfling, Wolfram (eds.), *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafos 10 y ss., quien considera su definición similar (la religión sería una "declaración" que "para el afectado está en amplia medida obligatoriamente vinculada con su identidad personal") como "formal", trad. libre.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



cesario, porque las diferentes confesiones religiosas, como parte de las concepciones del bien, son elegidas por cada individuo y pueden contener distintas interpretaciones del mundo físico y psíquico.[154]

A partir de esta definición fundamental, se discuten una amplia serie de criterios restrictivos. En la literatura moderna, pocas veces se ha considerado que solamente la creencia cristiana esté protegida por la Ley Fundamental.[155] La "fórmula de los pueblos civilizados" (*Kulturvölker-Formel*), imparcial solamente en este aspecto, fue desarrollada de manera temprana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, conforme a la cual solamente debe ser protegido el ejercicio religioso de acuerdo con la forma y el contenido, "en tanto que éste se mantenga dentro del marco de las ideas fundamentales, seguras, unánimes y morales de las actuales culturas civilizadas".[156] Esta fórmula, abandonada por el Tribunal hace mucho,[157] está vinculada, de acuerdo con

---

[154] En este sentido, *idem*: "necesario de trivial amplitud y generalidad", trad. libre.

[155] Hamel, Walter, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1953, núm. 109, p. 71; Hamel, Walter, "Glaubens-und..., *cit.*, pp. 78 y ss.; Wertenbruch, Wilhelm, *Grundgesetz und Menschenwürde*, Colonia-Berlín, Heymann, 1958, pp. 155 y ss.; Leisner, Walter, *Grundrechte und Privatrecht*, Munich, C. H. Beck, 1960, pp. 141 y ss., observación 60. *Cfr.* más Behrendt, Ethel Leonore, *Gott im Grundgesetz*, Munich, Verlag Meta A. Behrendt, 1980, pp. 290 y ss.; y el voto disidente en el caso del deber de prestar juramento por parte del juez Schlabrendorff, BverGG 33, 35 (39 IF). Para una limitación del culto religioso cristiano véase Isensee, Josef, *Essener Gespräcker zum Thema Staat und Kirche*, Münster, 1985, núm. 19, p. 144; *cfr.* Starck, Christian, en Von Mangoldt, Hermann *et al.* (ed.), *op. cit.*, artículo 4o., Abs. 1, 2 GG, párrafo 55.

[156] BVerGE 12, 1 (4); *cfr.* BVerfGE 24, 236 (245 y ss.). En la actual literatura esta fórmula es principalmente rechazada. *Cfr.* Heckel, Martin, "Kontinuität und...", *cit.*, p. 353; Kästner, Karl-Herrmann, "Hypertrophie...", *cit.*, pp. 978 y ss., trad. libre.

[157] BVerfGE 41, 29 (50); "La Ley Fundamental tampoco fija un «estándar ético» en el sentido de la existencia de determinados principios ideológicos, algo como máximas, las cuales hayan sido formadas dentro de los pueblos civilizados sobre la base de conceptos fundamentales en el transcurso del desarrollo histórico, a partir de las cuales el Estado habría adaptado la configuración del ámbito de protección... El «estándar ético» de la Ley Fundamental es más bien una apertura a la pluralidad de conceptos religiosos y de cosmovisión de acuerdo a una imagen del hombre, la cual es determinada por la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en la autonomía y responsabilidad propia", trad. libre. Estas declaraciones no se compatibilizan con la fórmula, posteriormente

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



una parte de la literatura, con las llamadas "religiones jóvenes" o "sectas".[158] En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y en la literatura fue planteada la pretensión de que en la construcción de un orden de ideas como la cosmovisión sea manifestada "una suficiente consistencia, unanimidad y amplitud como es característico de las religiones conocidas dentro del marco cultural occidental".[159] No pocas veces se ha mencionado también el criterio de la "idea de un Dios".[160]

Más adelante se estableció la exigencia de una comunidad religiosa.[161] Además, se ha cuestionado en qué medida las actividades económicas son compatibles con el concepto de creencia,[162] así como de si y en qué medida la libertad de creencia otorga un derecho a no ser afectado por otras influencias religiosas.[163]

---

en desuso, de las "culturas civilizadas", y además estas declaraciones son entendidas por ello como una de las tareas implícitas para el Tribunal. *Cfr.* Pieroth, Bodo y Schlink, Bernhard, *Grundrechte–Staatrecht II*, 15a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1999, párrafo 511. *Cfr.* sin embargo, Badura, Peter, *op. cit.*, pp. 42 y ss.

158 Fleischer, Thomas, *Der Religionsbegriff des Grundgesetz*, Bochum, Studienverl. Brockmeyer, 1989, p. 58, con posteriores pruebas.

159 BVerwGe 89, 368 (371), trad. libre; Herzog, Roman, en Maunz, Theodor y Dürig, Günter (ed.), *op. cit.,* artículo 4o. GG, párrafo 67; Starck, Christian, en Von Mangoldt, Hermann *et al.* (ed.), *op. cit.,* artículo 4o., Abs. 1, 2 GG, párrafo 31, con posteriores pruebas. Otra opinión Fleischer, Thomas, *op. cit.*, pp. 152 y ss.; Isak, Axel, *op. cit.*, p. 207; Muckel, Stefan, en Friauf, Karl Heinrich y Höfling, Wolfram (eds.), *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 8.

160 Herzog, Roman, en Maunz, Theodor y Dürig, Günter (ed.), *op. cit.,* artículo 4o., párrafo 66; 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, § 136 párrafo 42; en contra Morlok, Martin, en Dreier, Horst, *op. cit.,* artículo 4o. GG, párrafo 42; *cfr.* también Mager, Ute, en Von Münch, Ingo y Kunig, Philip (ed.), *op. cit.,* artículo 4o. GG, párrafo 14.

161 Morlok, Martin, en Dreier, Horst, *op. cit.,* artículo 4o. GG, párrafo 42: "Una estricta idea individual no expresa ninguna «creencia» en el sentido de la Ley Fundamental", trad. libre; concediendo esto Mager, Ute, en Von Münch, Ingo y Kunig, Philip (ed.), *op. cit.,* artículo 4o. GG, párrafo 13.

162 *Cfr.* en lugar de varios Muckel, Stefan, en Friauf, Karl Heinrich y Höfling, Wolfram (eds.), *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 11; Morlok, Martin, en Dreier, Horst, *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 46; BVerwGE 90, 112 (116).

163 Muckel, Stefan, en Friauf, Karl Heinrich y Höfling, Wolfram (eds.), *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafos 19 y ss.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



Finalmente, se identifican casos particulares de actos socialmente dañinos, que no deberían caer en el ámbito de protección: "rituales homicidas y asesinato de herejes",[164] "guerra santa y el castigo de apóstatas",[165] "quema de viudas, víctimas de cultos o tormentos",[166] así como la afectación a la propiedad privada ajena.[167]

Generalmente puede preguntarse si la libertad de creencia plasmada en la Ley Fundamental protege comprensivamente la libertad de ajustar el comportamiento completo de acuerdo con una propia creencia,[168] o solamente "los actos de culto y de creencia en un sentido estricto".[169]

Sobre estas restricciones surge la pregunta de si realmente se trata de rasgos definitorios o más bien no necesarios, pero frecuentemente acertados, y, en este sentido, rasgos típicos. Lo anterior nos lleva a aproximarnos a un análisis que rebasa por mucho los marcos de esta investigación. En el sentido de una hipótesis de trabajo, consideramos que para la libertad de creen-

---

[164] Heckel, Martin, "Kontinuität und…", *cit.*, p. 361, observación 17.

[165] Bock, Wolfgang, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, núm. 123, p. 459; *cfr.* Muckel, Stefan, en Friauf, Karl Heinrich y Höfling, Wolfram (eds.), *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 17.

[166] Starck, en Von Mangoldt, Hermann *et. al.* (ed.), *op. cit.*, párrafo 56. Otra opinión especialmente respecto a las víctimas de culto véase Morlok, Martin, en Dreier, Horst, *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 38.

[167] Muckel, Stefan, en Friauf, Karl Heinrich y Höfling, Wolfram (eds.), *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 17, el cual enumera todavía una larga lista de actos presuntamente no protegidas debido a su nocividad social.

[168] BVerfGE 24, 236 (247 y ss.); 32, 98 (106); 93, 1 (15); Isak, Axel, *op. cit.*, pp. 219 y ss. y 281 y ss.; Morlok, Martin, en Dreier, Horst (ed.), *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 38; *Cfr.* Hamel, Walter, *op. cit.*, p. 61: "Como confesiones religiosas cuentan no solamente el predicar, la devoción, el pregonar y la liturgia, así como el culto en sentido estricto, y también no solamente la instrucción (la enseñanza) en cuestiones de religión y la labor pastoral. Sino que se llama confesión también la completa organización de la vida privada así como en el espacio público, en la familia, en el trabajo y cualquier contexto con otras personas", trad. libre.

[169] Kästner, Karl-Hermann, "Hypertrophie…", *cit.*, p. 980; Preuß, Ulrich, en *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Neuwied, Luchterhand, artículo 4 GG, párrafos 24 y ss.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



cia es necesaria una teoría amplia del supuesto de hecho, lo que implica que el ámbito de protección del derecho fundamental es determinado esencialmente también de manera amplia.[170] La controvertida relación entre el artículo 4o., párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental y los derechos de los artículos del derecho estatal eclesiástico de la Constitución de Weimar puede ser investigada muy poco aquí. Asimismo, no puede abordarse en este estudio la delimitación de la libertad de creencia, de confesión y de conciencia.[171]

### ii) *Rasgos subjetivos del concepto de creencia*

El concepto de creencia se agota en el punto de vista objetivo externo e interno, pero no en los rasgos objetivos. De acuerdo con su significado general, el verbo "creer" se refiere a una toma de posición positiva interna y obligatoria, vinculada de manera objetiva y abstracta con un sistema de significados. Por lo tanto,

---

[170] Respecto a la preferencia de una teoría amplia del supuesto de hecho, Alexy, Robert, *Theorie der..., cit.*, pp. 290 y ss.; Borowski, Martin, *Grundrechte als..., cit.*, pp. 204 y ss.; Höfling, Wolfram, *Offene..., cit.,* pp. 175 y ss.; Morlok, Martin, *Selbsvertändnis..., cit.,* pp. 401. Dentro de la discusión sobre el supuesto de hecho de la libertad de creencia, los defensores de una "teoría estricta del supuesto de hecho" reprochan a los defensores de la teoría amplia el recurrir de manera "prematura" o "precipitada" a las restricciones de los derechos fundamentales, por lo que sería preferible en cambio una precisa delimitación del ámbito de protección del derecho fundamental en cuestión. *Cfr.* Bock, Wolfgang, *Archiv des öffentliches Recht,* Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, núm. 123, p. 445, observación 2. En tales declaraciones resuena el reproche de que la teoría amplia del supuesto de hecho es imprecisa. Sin embargo, realmente es lo contrario. Sobre todo, en los criterios de restricción empleados por la teoría estricta del supuesto de hecho. La formulación de estos criterios es por lo general marcadamente indeterminada, de lo que resulta necesariamente una incertidumbre al momento de delimitar la amplitud del supuesto de hecho. La teoría amplia del supuesto de hecho emerge, por el contrario, sin tales conceptos de derecho indeterminados, y es en este sentido más precisa.

[171] De manera extendida ha sido vista una diferencia entre religión y cosmovisión, mientras que para la religión sería característica la transcendencia; para la cosmovisión, por el contrario, es la imanencia. Relativo a esta pregunta véase BVerwGE 90, 112 (115); Muckel, Stefan, *Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1997, pp. 136 y ss.; Bock, *Archiv des öffentliches Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, núm. 122, p. 461, observación 57; Mager, Ute, *op. cit.,* artículo 4o. GG, párrafo 14.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



un acto es protegido por el artículo 4o., párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental sólo cuando el ciudadano, a través de una toma de posición positiva e interna de su religión, es obligado por la misma a un acto u omisión en particular. Se establece entonces un valor límite, a partir del cual ninguna idea exagerada pueda ser colocada, ya que esta toma de posición positiva e interna no constituye una clasificación, pues entre una completa certeza y una completa indiferencia pueden presentarse dudas en distintos grados.[172]

Un concepto de creencia que se limite a los rasgos objetivos no satisface las exigencias de la Ley Fundamental, porque tal concepción podría buscar relacionarse con actos de ejercicio religioso tradicionales. Esto es contrario al objetivo primario de protección de la garantía del derecho constitucional de libertad de creencia. Es una constante antropológica que los hombres busquen otorgar trascendencia a objetos físicos y psíquicos en un sistema de significados. En este sentido, la religión es una necesidad humana fundamental. Los seguidores de este sistema de significados son afectados por un acto del Estado, porque a éstos les es prohibido o impedido algo, o el acto los sanciona. En otras palabras, son afectados verdaderos intereses religiosos. Esta situación fue una de las razones que justificó la incorporación de la libertad de creencia en las declaraciones de derechos humanos y fundamentales.[173] Sin embar-

[172] Tal tipo de exigencia reforzada posiciona el Tribunal Constitucional Federal alemán cuando demanda una "certeza subjetiva vinculante". BVerfGE 89, 369 (371). En este mismo sentido, Badura, Peter, *Der Schutz..., cit.,* p. 33: "Certeza sobre la existencia y el contenido de determinadas verdades", trad. libre. *Cfr.* en contra Bock, *op. cit.*, núm. 122 (1997), p. 461: "La libertad de creencia y de confesión comprende una certeza vinculada con la persona del individuo humano, un empeño sincero sobre la verdad, un vínculo o una opinión sentimental relativa a hechos calificados como los más altos o con absoluta relevancia, objetos o suposiciones con respecto a la existencia del hombre y del mundo como un todo". Realmente muy generoso Bleckmann, Albert, *Staatsrecht..., cit.,* p. 747: "Fundamentalmente debe suponerse, que también un creyente «flojo», el cual nunca ha creído en la religión realmente, sino solamente sigue su culto por razones de costumbre, puede apelar al artículo 4o., párrafo 1", trad. libre.

[173] Independientemente a la pregunta de si uno puede ver la garantía de libertad de creencia como un "derecho originario" del cual todos los demás derechos son derivados

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



go, existe una afectación de intereses religiosos por las sanciones estatales solamente cuando el sistema de sentidos afectado está revestido por una creencia. Cuando un ciudadano no considera una creencia como propia, su libertad de creencia no está limitada por la prohibición de la misma.[174]

El rasgo subjetivo del concepto de creencia conduce a dos caminos. En el primero, un mismo acto exterior hacia dos ciudadanos de distintas creencias puede entrar en el ámbito de protección de la libertad religiosa de uno de ellos, mientras que del otro no. Sería el caso del párroco evangélico que se niega a prestar juramento en el proceso penal, de acuerdo con la prescripción de Mateo 5: 33-37, que exige negar del mismo modo el prestar juramento religioso y no religioso, ya que de acuerdo con algunas interpretaciones, la religión cristiana prohíbe el juramento. En este caso, el rechazo al juramento es motivado religiosamente. Cuando alguien, por otro lado, rechaza cualquier juramento en un proceso similar porque sencillamente no tiene ganas de reforzar su declaración, entonces su rechazo no está motivado religiosamente.[175] La exigencia del rasgo subjetivo está encaminada, por tanto, a una individualización de la protección del derecho fun-

(relativo a la tesis de Jellinek, Georg, *Die Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte*, 2a. ed., Leipzig, Duncker & Humblot, 1909; Zippelius, Reinhold, en Dolzer, Rudolf *et al.* [eds.], *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, C. F. Müller, artículo 4o. GG, párrafo 17 con posteriores pruebas) esta libertad representa una las garantías fundamentales más antiguas.

[174] Este enunciado requiere dos reservas. La primera concierne a la diferencia de un modelo estático y uno dinámico. En un modelo estático no tiene importancia la prohibición de una religión ajena al individuo; sin embargo, en un modelo dinámico puede ser importante. En un modelo dinámico, que engloba la dimensión del tiempo, yace la posibilidad del cambio de creencia. La prohibición de una religión ajena para mí es en un sentido una limitación, en tanto yo en el caso de un cambio no pueda ejercer ahora la creencia prohibida. La segunda reserva se relaciona con que una creencia puede tener, entre otros, como contenido, el desear que los seguidores de otras corrientes religiosas tengan la libertad de ejercer la propia. La prohibición de una creencia ajena puede de este modo de forma indirecta dar paso a un afectación de la propia creencia.

[175] BVerfGE 33, 23 (29).

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



damental.[176] En el caso mencionado, se hace referencia a un acto que no suele ser motivado religiosamente, pero que de manera excepcional es motivado religiosamente. Puede también pasar lo contrario. Usualmente los actos motivados religiosamente pueden de manera excepcional no estar revestidos por la creencia. A pesar de que socialmente es tratado como una *praxis* religiosa, un comportamiento puede, sin embargo, no caer dentro del concepto de creencia protegido por la Ley Fundamental.[177]

Segundo, hay sistemas de significados en los cuales nadie cree hoy en día. Se trata de las religiones abandonadas. No se puede decir que estos sistemas de significados no caen dentro de los rasgos objetivos del concepto de creencia. En tanto que en la actualidad nadie cree en éstos, no existe ninguna afectación de intereses religiosos cuando estas disposiciones religiosas son prohibidas o es impedida su práctica.[178]

---

[176] Morlok, Martin, *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 22: "individualización radical", trad. libre.

[177] Ninguna alternativa al rasgo subjetivo del concepto de creencia constituye la figura jurídica del "abuso" de los derechos fundamentales. Esta figura jurídica plantea una gran serie de preguntas, sobre los cuales no se puede profundizar a continuación (respecto a la teoría general del abuso de los derechos fundamentales, véase Gallwas, Hans-Ullrich, *Der Mißbrauch von Grundrechten*, Berlín, Duncker & Humblot, 1967, pp. 35 y *ss.*; Gallwas, Hans-Ullrich, *Faktische Beeinträchtigungen im bereich der Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot, 1970, pp. 85 y ss.; contra la figura del "abuso de los derechos fundamentales" como restricción general de los derechos fundamentales dentro de la libertad de creencia, véase Muckel, Stefan, *op. cit.*, pp. 204 y ss.; respecto a las "restricciones inmanentes" de los derechos fundamentales, véase Borowski, Martin, *Grundrechte als..., cit.*, pp. 34 y ss. Nótese que una teoría radical limitada a los rasgos objetivos excluye los típicos actos de ejercicio religioso no revestidos de creencia, al considerarlos como un abuso de la protección de los derechos fundamentales, su radical punto de partida objetivo necesariamente lo permite.

[178] Esto no significa necesariamente, que estas corrientes de creencia, religiones abandonadas por todos, no tengan valor alguno. Las religiones son parte de la cultura, y como expresiones culturales las religiones manifiestan un valor en sí independientemente de sus seguidores individuales. En la clasificación de Radbruch se considera a las religiones en este sentido como obras de valor, a las cuales éste contrapone los valores individuales y colectivos. Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, 3a. ed., Heidelberg, editado por Dreier, Ralf y Paulson, Stanley, C. F. Müller, 1999, pp. 55 y ss. Es de suponer que

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



iii) *El concepto de creencia protegido en la Ley Fundamental*

Resumiendo: el concepto de creencia plasmado en la Ley Fundamental puede ser sustentado desde el punto de vista objetivo externo e interno. El ámbito de protección de la libertad de creencia protege al individuo cuando éste, a partir de una certeza mínima en una postura interna, interpreta el mundo físico y psíquico en un sistema de significados. Todo lo que no cumpla con estos rasgos objetivos y subjetivos permanece como libre de ponderación y sin la protección del derecho fundamental. El punto de vista subjetivo del ciudadano es considerado, sin embargo, de manera extensa.

iv) *Los argumentos contrarios a la consideración de la autognosis*

Sobre la base de la experiencia, es menester refutar también los argumentos centrales contrarios a la consideración del punto de vista subjetivo dentro del ámbito de protección.[179]

- El principio de determinación de la competencia (*Kompetenz-Kompetenz*)

En primer lugar, se teme un deterioro del principio *Kompetenz-Kompetenz* del Estado. Cuando el punto de vista subjetivo

el Estado, en el marco de la promoción cultural, debe preocuparse por la documentación y presentación científica de las religiones abandonadas.

[179] Otro argumento adicional que se formula contra la consideración del punto de vista subjetivo es que dentro de los derechos de protección el objeto de defensa o de protección queda a la voluntad del legislador; el Estado solamente podría proteger o promover lo que éste mismo pudiera definir. Isensee, Josef, *Wer definiert..., cit.*, p. 35; Bethge, Herbert, "Gewissensfreiheit", en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1989, C. F. Müller, t. 6, § 137 párrafo 8. Este argumento no podrá ser profundizado en este marco, porque esta investigación se limita solamente a los derechos de defensa.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



del ciudadano tiene preeminencia sobre la definición del concepto constitucional, el Estado pierde el principio *Kompetenz-Kompetenz* frente al ciudadano.[180] Sin embargo, la afirmación anterior es imprecisa. El principio *Kompetenz-Kompetenz* es la facultad de establecer competencias, incluidas las propias. Al decidir solamente el ciudadano sobre el concepto constitucional de religión, se puede decir que al ciudadano le corresponde la competencia de libertad. Ya que el contenido del derecho de defensa así se determina, y los derechos de defensa son competencias negativas frente al Estado, las competencias del Estado son entonces reducidas. Esto no es un completo detrimento del principio *Kompetenz-Kompetenz*. Por lo demás, esta objeción no representa un gran problema. Desde un punto de vista objetivo externo e interno, se da un espacio al punto de vista subjetivo del ciudadano, pero en ningún caso es incondicional.

- La igualdad en la interpretación constitucional

Se ha sostenido que existirá una violación a la igualdad[181] cuando el ciudadano tiene competencia para definir la religión. Lo anterior implica que para un ciudadano puede volverse religión y culto lo que para otro no lo es. Dicho lo anterior, es necesario señalar, en primer lugar, que la neutralidad o imparcialidad del punto de vista objetivo del Estado establece una igualdad de condiciones para los seguidores de las distintas religiones. En tanto un punto de vista subjetivo designe un acto como mandato de creencia y otro no lo haga, yace una diferenciación. Por ejemplo, para el mencionado párroco evangélico, el rechazo de prestar juramento es un mandato de creencia, pero no lo es para las otras personas que no comparten su religión. No yace aquí, sin embar-

[180] Isensee, Josef, "Kirliche Loyalität im Rahmen des staatlichen Arbeitsrechts", en Bartlsperger, Richard *et al.* (eds.), *Festschrift für Klaus Obermayer*, Munich, C. H. Beck, 1986, p. 212; Herzog, Roman, en Maunz, Theodor y Dürig, Günter (ed.), *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 104.

[181] Isensee, Josef, *Wer definiert..., cit.*, p. 36; Isensee, Josef, *"Kirliche...", cit.*, p. 212.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



go, desigualdad alguna, sino en cambio un establecimiento de igualdad en sentido normativo en un nivel más alto.[182] El párroco y los demás individuos no son iguales en un punto decisivo: el párroco se abstiene a partir de su creencia; los otros no. Esta diferencia justifica un trato desigual en función del acto.

- La simulación de un punto de vista subjetivo

Finalmente, debido a la especial protección de la creencia y de los actos derivados de ella, el punto de vista subjetivo alberga el peligro de que los ciudadanos simulen un determinado punto de vista para su propio provecho. El Estado estaría sin defensas frente a esta simulación, sobre todo cuando la misma no es tan evidente.[183] La valoración de las pruebas, incluso de hechos internos, se presenta como uno de los problemas cotidianos de los tribunales. Si bien estas situaciones resultan ser más complejas que la apreciación de pruebas para los simples hechos externos,[184] aún así, son resolubles. Lo mismo vale para la valoración de las pruebas respecto a la pertenencia religiosa de un individuo, y asimismo, la determinación de si un acto constituye para el individuo un acto religioso. Si la creencia considerada es extendida o el fundamento del acto es frecuente, el portador del derecho no tendrá dificultad alguna para convencer al tribunal de su postura. En cambio, los seguidores de religiones "extrañas" y desconocidas tendrán más dificultades, así como los disidentes dentro de las comunidades religiosas importantes. Lo anterior puede parecer una preferencia a favor de los seguidores de corrientes y prácticas religiosas extendidas. Es indispensable que el Estado exija una suficiencia probatoria al individuo, respecto de una fundación religiosa, para actos que impiden la realización de derechos y bienes en colisión.[185] Así las cosas, las críticas en contra

182 Heckel, Martin, "Kontinuität und...", *cit.*, pp. 376 y ss.
183 Fleischer, Thomas, *Der Religionsbegriff..., cit.*, p. 125.
184 Morlok, Martin, *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 56.
185 Bleckmann, Albert, *Staatsrecht..., cit.*, p. 748.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



de la posibilidad de considerar el punto subjetivo del individuo en el punto de vista objetivo externo e interno del Estado no resultan convincentes.

### *b.* Intervención del Estado en el derecho fundamental

En el ámbito de la intervención no hay muchas dificultades.[186] Es determinante que exista una afectación al derecho fundamental de acuerdo con el concepto clásico o moderno de intervención por parte del Estado.[187]

---

[186] Comúnmente se ha dicho bajo el indicio del principio "volenti non fit iniuria" que las influencias estatales en la esfera de los derechos fundamentales tendrían solamente el carácter de una intervención, cuando éstas ocurran en contra de la voluntad del afectado. *Cfr.* Isensee, Josef, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Munich, C. H. Beck, 1996, p. 13. Incluso cuando existen argumentos claros respecto a este principio. *Cfr.* Eckhoff, Rolf, *Der Grundrechtseingriff*, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, Heymanns, 1992, p. 185: "El consentimiento es por ello en la construcción de los derechos fundamentales... una cuestión de la justificación legal, no una cuestión del supuesto de hecho", surge la pregunta de cómo este tipo de consentimiento, al nivel de las intervenciones, es delimitado por los rasgos subjetivos del ámbito de protección de la creencia. Sin embargo, hay una diferencia, cuando un acto desde el comienzo no está relacionado con una creencia, o si lo está, el creyente en el caso concreto está de acuerdo en no llevarlo a cabo. Por ello, en el ámbito de protección el rasgo subjetivo (el sistema de significados es fundado en la creencia) no puede ser reemplazado por un rasgo subjetivo negativo al nivel de las intervenciones (consentimiento respecto a las medidas estatales). Finalmente, los problemas de la distribución de criterios en el ámbito de protección y de intervenciones son, en primera línea, problemas de adecuación, porque el ámbito de protección y las intervenciones se relacionan una con otra. Relativo a la estrecha relación entre el ámbito de protección y la intervención, véase Lübbe-Wolff, *Die Grundrechte..., cit.*, p. 42; Eckhoff, Rolf, *op. cit.*, p. 36; Borowski, Martin, *Grundrechte als..., cit.*, p. 186.

[187] Respecto al concepto clásico y moderno de intervención, Martin Borowski dice lo siguiente: "De acuerdo con el concepto de intervención, hay que establecer bajo qué circunstancias deben justificarse las afectaciones estatales de los bienes protegidos por los derechos de defensa. Aquí deben diferenciarse dos conceptos de intervención: el concepto clásico y el moderno. En los tiempos iniciales del desarrollo de los derechos fundamentales predominaba el concepto clásico de intervención. De acuerdo con este concepto, una actuación estatal debe considerarse como una intervención en un derecho fundamental, sólo cuando representa una afectación final, inmediata y que tiene forma jurídica de los bienes protegidos por un derecho de defensa. A medida que la jurisprudencia sobre los derechos fundamentales fue evolucionando, así como también lo fue la preocupación científica por la dogmática de los derechos fundamentales, el concep-

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



## 2. *Las restricciones del derecho fundamental*

### A. *La cláusula de restricción*

La primera cuestión sobre la justificación constitucional de intervenciones en el ámbito de protección es la cláusula de restricción. De acuerdo con el artículo 4o., párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental, los derechos fundamentales de creencia y de conciencia están protegidos sin restricción. Sin embargo, algunas restricciones pueden ser justificadas.[188] Al respecto, existen dos caminos diferentes para fundamentar dichos límites. El primero consiste en la transferencia de determinadas cláusulas de restricción establecidas en otras disposiciones constitucionales; el segundo reside en el reconocimiento de cláusulas no escritas. Si bien la idea de un "préstamo de restricciones"[189] estuvo muy extendida en los primeros años de vigencia de la Ley Fundamental, aquélla ha sido abandonada desde ya hace tiempo.[190] Mientras tanto,

---

to clásico de intervención comenzó a aparecer demasiado reducido. Esta circunstancia desembocó en el desarrollo del concepto moderno de intervención, según el cual toda actuación estatal que afecte los bienes protegidos por un derecho fundamental representa una intervención en ese derecho". *Cfr.* Borowski, Martin, *La estructura..., cit.*, pp. 121 y 122 [nota del traductor].

188 Dürig, Günter, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Bielefeld, Gieseking-Verlag, 1955, p. 338 y ss: "ahora no hay evidentemente ningún constitucionalista que sea tan positivista y dependiente de la letra del texto que a partir del hecho de la falta de una reserva de ley dentro del artículo 4o., párrafos 1 y 2, de la Ley Fundamental, llegue la conclusión de que cualquier acto estatal que de alguna forma limite el ejercicio de la religión, sea en este sentido inconstitucional. La bondad de los derechos fundamentales se volvió un problema, cuando por decir —por nombrar un caso modelo— una procesión religiosa pase por un área contaminada, ésta ya no pueda más ser detenida por la policía sanitaria en señal del irrestrictivo artículo 4o. de la Ley Fundamental", trad. libre. *Cfr.* también la declaración de Von Mangoldt en el Consejo Parlamentario, Von Mangoldt, Hermann, en Doemming, Klaus-Berto *et al.* (eds.), *Jahrbuch des öffentliches Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1951, núm. 1, p. 75.

189 Ha sido considerado sobre todo una transmisión de las tríadas de restricción del artículo 2o., párrafo 1, de la Ley Fundamental o de la reserva de ley por "leyes generales" de acuerdo con el artículo 5o., párrafo 2, de la Ley Fundamental.

190 Kästner, Karl-Herrmann, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, núm. 123, p. 434; Bock, Wolfgang, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen, Mohr

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



en la doctrina predomina la interpretación del artículo 140 de la Ley Fundamental en relación con el artículo 136, párrafo 1, de la Constitución de la República Weimar como una cláusula de restricción para el artículo 4o., párrafos 1 y 2, de la Ley Fundamental.[191] El Tribunal Administrativo Federal alemán ha adoptado esta solución hace poco.[192] El juez entiende estas disposiciones como traslapadas por el artículo 4o., párrafos 1 y 2, de la Ley Fundamental[193], y por lo demás ve al artículo 4o., párrafos 1 y 2, de la Ley Fundamental como un derecho fundamental sin reservas, solamente limitable a través de "derechos de terceros en conflicto y otros bienes con rango constitucional".[194] Aquí surge la cuestión de cuál es el límite del ámbito de los bienes constitucionales.[195] La respuesta a la pregunta relativa a la cláusula de restricción no puede ser investigada a fondo en este trabajo. Sin embargo, se

---

Siebeck, 1997, núm. 122, p. 469; Mikat, Paul, *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2a. ed., Berlín-New York, De Gruyter, 1994, p. 1444.

[191] Muckel, Stefan, *Religiöse..., cit.,* p. 225; Muckel, Stefan, en Friauf, Karl Heinrich y Höfling, Wolfram (eds.), *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 47; Bock, Wolfgang, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck,1997, núm. 122, p. 471; Heckel, Martin, "Kontinuität und...", *cit.*, p. 353; Zippelius, Reinhold, en Dolzer, Rudolf *et al.* (eds.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, C. F. Müller, artículo 4o. GG, párrafo 89; Jarass, Hans Dieter, en Jarass, Hans Dieter y Pieroth, Bodo, *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 17; Zippelius, Reinhold, *Ibidem*, artículo 140o. GG i.V.m., artículo 136o. WRV, párrafo 2; Ipsen, Jörn, *Staatsrechts II (Grundrechte)*, §9 párrafo 358; Kästner, Karl-Herrmann, "Hypertrophie...", *cit.*, p. 982; Hillgruber, Christian, *Deutsches Verwaltungsblatt*, Köln-Berlín-Munich-Bonn, Carl Heymanns, 1999, p. 1173; respectivamente, con posteriores pruebas; otra opinión Morlok, Martin, *op. cit.,* artículo 4o. GG, párrafo 90; Kokott, Juliane, *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 80 y ss. Aún no ha sido aclarada definitivamente la pregunta de si el artículo 136o., párrafo 1 de la Constitución de la República de Weimar contiene la reserva de ley general conforme al artículo 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental BVerwG, Deutsches Verwaltungsblatt, 2001, p. 487; Starck, Christian, *op. cit.,* artículo 4o. Abs. 1, 2 GG, párrafo 80; Bock, *op. cit.*, p. 472 o una reserva de ley simple Pieroth, Bodo y Schlink, Bernhard, *op. cit.,* párrafo 538.

[192] BVerwG, Deutsches Verwaltungsblatt, 2001, p. 487.

[193] BVerfGE 33, 23 (30 y ss.).

[194] BVerfG en la jurisprudencia actual desde BVerfGE 28, 243 (261).

[195] En lugar de varios Pieroth, Bodo, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1989, núm. 114, pp. 445 y ss.; Bamberger, Christian, *Der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, 2000, núm. 39, pp. 359 y ss., respectivamente, con posteriores pruebas.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



puede mencionar que desde la perspectiva de la teoría amplia del supuesto de hecho, una cláusula de restricción estricta no es compatible con un amplio supuesto de hecho.[196]

### B. *Los tres modelos de repartición de competencias en materia de ponderación*

Con relación a las restricciones a derechos fundamentales, surge la pregunta de cómo se ha tomado en consideración el punto de vista subjetivo dentro del ejercicio de ponderación, en el marco del examen de proporcionalidad *stricto sensu*. Hasta ahora esta pregunta ha sido poco estudiada. En general, los autores se han limitado a exigir el considerar el punto de vista subjetivo, con el simple comentario de que sea colocado dentro de la ponderación o que goza de un peso importante.[197] Esencialmente, se pueden distinguir tres tipos de modelos de ponderación que se distinguen entre sí según el punto de vista; es decir, en quién recae y hasta qué punto la competencia de realizar el ejercicio de ponderación.

---

[196] Una cláusula amplia de las restricciones no es exigida textualmente por la teoría amplia de los supuestos de hecho, porque ésta solamente se refiere a los supuestos de hecho de los derechos fundamentales. La idea fundamental detrás de esto, de aumentar el número de casos para resolver por medio de la ponderación en la ausencia de una estricta determinación del legislador, es también fomentado por medio de una cláusula de restricciones amplia. *Cfr.* Borowski, Martin, *Grundrechte als..., cit.,* p. 268, observación 158. También el Tribunal Administrativo Federal alemán aboga últimamente bajo el indicio de un ámbito de protección amplia de la libertad de religión con una amplia cláusula de restricciones. BVerwG, *Deutsches Verwaltungsblatt*, Köln-Berlín-Munich-Bonn, Carl Heymanns, 2001, p. 487.

[197] Muckel, Stefan, *Religiöse..., cit.,* p. 20; Isak, Axel, *Das Selbstvertändnis...cit.,* p. 247; Heckel, Martin, "Kontinuität und...", *cit.*, p. 362: "En este marco puede ser de nuevo significativa la autognosis del portador de derechos fundamentales para la admisibilidad, necesidad y proporcionalidad de la intervención", trad. libre; Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Munich, C. H. Beck, 1988, t. 3/1, p. 1217: "Lineamientos generales son difíciles de dar", trad. libre; Jarass, Hans Dieter, en Jarass, Hans Dieter y Pieroth, Bodo, *op. cit.,* artículo 4o. GG, párrafo 36; respecto a la libertad de religión colectiva: "a lo cual la autognosis de la comunidad religiosa o de cosmovisión le deviene un peso importante"; *cfr.* Además, BVerfGE 53, 366 (401); 66, 1 (22); 70, 138 (167).

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



*a.* Ponderación exclusivamente a través del portador del derecho fundamental

De acuerdo con el primer modelo, el portador del derecho fundamental efectúa la ponderación a partir de su punto de vista subjetivo. Es fácil notar que este modelo no constituye una solución seria, ya que si bien la mayoría de las personas profesan una tolerancia religiosa, existen también fanáticos religiosos que anteponen las exigencias de su religión sobre los derechos de terceros y demás bienes colectivos. Sobre esta base, sería difícil prohibir, por ejemplo, rituales con víctimas humanas y torturas. En contra del modelo de ponderación del punto de vista subjetivo también podría ser dirigido, con razón, el argumento de la imposibilidad de decidir entre autognosis en conflicto. Cuando un ciudadano quiere, en el ejercicio de su libertad religiosa, influir sobre otro ciudadano que no tolera influencia alguna con base en su propia creencia, surge la pregunta de quién de los dos portadores del derecho debe efectuar la ponderación. Los distintos puntos de vista subjetivos conducen a diferentes resultados de ponderación, y no existe criterio alguno para determinar cuál de los dos debería ser vinculante.[198] Así las cosas, en la ponderación tampoco se puede prescindir del punto de vista objetivo del Estado.

*b.* Ponderación a través del Estado

i) *Ponderación a partir del punto de vista objetivo externo simple*

De acuerdo con el segundo modelo, la ponderación se lleva a cabo a partir del punto de vista objetivo externo simple del Estado; es decir, por órganos estatales con vinculación general.

198 Morlok, Martin, *Selbstvertändnis..., cit.*, p. 425; Isensee, Josef, *Wer definiert..., cit.*, pp. 31 y ss.; Muckel, Stefan, *Religiöse..., cit.*, p. 64.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



El Estado no se atiene a considerar el punto de vista subjetivo del ciudadano, con la finalidad de crear una neutralidad (en el sentido de un punto de vista objetivo interno por medios procesales). De tal modo, el Estado podría, a nivel del supuesto de hecho del derecho fundamental, sostener un sentido del concepto de religión que permita todas las religiones; pero a nivel de las restricciones hace propios los criterios de una determinada religión como criterios para su decisión en la ponderación. Esto significaría que el Estado se apropia de un determinado punto de vista. Lo anterior implica que un punto de vista subjetivo divergente no sería considerado al nivel de las restricciones. Si bien de manera excepcional el punto de vista subjetivo del ciudadano es casualmente idéntico al del Estado, ello es completamente aleatorio desde la perspectiva del individuo y ocurre raramente. Basándonos en este modelo, surge la pregunta de cómo debería ser considerado el punto de vista subjetivo del ciudadano en el supuesto de hecho. Lo que en la ponderación constitucional no puede ser colocado para ponderar del lado del derecho fundamental, retrocede como no ponderable en los conflictos por razones de restricciones (en el sentido de derechos y bienes en conflicto). La consideración del punto de vista subjetivo al nivel del supuesto de hecho es completamente invalidada al no considerarse dentro del nivel de las restricciones. Si no hay conflicto entre derechos y bienes, entonces permanece la libertad religiosa sin restricciones. No obstante, desde el punto de vista subjetivo las exigencias religiosas comúnmente colisionan con derechos y bienes de otros, y el punto de vista subjetivo es ignorado a nivel de las restricciones cuando éste no entra en la decisión de la ponderación. La autonomía protegida por el artículo 1o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, exige una efectiva consideración del punto de vista subjetivo, y una consideración efectiva presupone colocar el punto de vista subjetivo en la ponderación. Por ello, este segundo modelo es rechazado.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



ii) *La ponderación desde el punto de vista objetivo externo e interno*

Conforme al tercer modelo, la ponderación es realizada desde el punto de vista objetivo externo e interno. En este modelo aparecen, sin embargo, las obligaciones materiales de neutralidad y de imparcialidad de los criterios en los que se basa la decisión de la ponderación. La neutralidad y la imparcialidad son necesarias también al nivel de las restricciones debido al ya mencionado principio de neutralidad religiosa y de cosmovisión por parte del Estado. El Estado no puede perseguir metas propias en asuntos de religión y cosmovisión, sino solamente proteger las demandas de las religiones y de las cosmovisiones de sus ciudadanos, en tanto puedan ser compatibles con los derechos y bienes de los terceros.

Se podría ignorar por completo el concepto de neutralidad si se entendiera como indiferencia hacia la religión de los ciudadanos, y decidir en la ponderación como si estas corrientes religiosas no existieran. En este caso, el Estado adoptaría un punto de vista subjetivo; es decir, el punto de vista subjetivo de la completa irreligiosidad. Es probable que algunos ciudadanos se definan enteramente sin religión. No obstante, el principio de la neutralidad religiosa y de cosmovisión prohíbe al Estado declarar como vinculatorio este único punto de vista subjetivo. La neutralidad de la decisión en la ponderación en el punto de vista objetivo externo e interno exige que el Estado respete ampliamente el punto de vista subjetivo del ciudadano, pero no que lo haga propio.

C. *La reconstrucción de la ponderación*

En este punto surge la pregunta de cómo se reconstruye la ponderación al nivel de las restricciones desde el punto de vista objetivo externo e interno. Aquí, se vuelve necesario considerar el punto de vista subjetivo del portador de los derechos fundamen-

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



tales. Esta exigencia implica que el punto de vista subjetivo sea objeto de la ponderación. Hay dos posibilidades para clasificar el punto de vista subjetivo. Al reconstruir la ponderación al nivel de las restricciones como la ponderación de distintos principios, en el sentido de la teoría de los principios, la libertad de religión puede ser entendida ya sea como un derecho material o bien como un principio formal.

*a.* La libertad de religión como un principio material

Lo característico de un principio material es que su objeto de optimización se determina a partir de consideraciones materiales. Sirve como ejemplo el derecho a la integridad corporal establecido en al artículo 2o., párrafo 2, enunciado 1, caso 2, de la Ley Fundamental. Este artículo garantiza un nivel de integridad corporal para el individuo, como lo permitan otros derechos y bienes en conflicto. ¿Cuál contenido tiene este derecho fundamental? ¿Qué implica la integridad corporal? Esto no depende del punto de vista subjetivo del ciudadano. Aquí surge la pregunta de si la libertad de creencia de la Ley Fundamental puede ser entendida como un tipo de principio material. Podría decirse que hay un objeto "optimizable" materialmente dispuesto por el artículo 4o., párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental; esto es, la libertad de religión. Por otro lado, el punto de vista subjetivo del individuo implica que pueda determinar los actos religiosos y el peso que tienen estos mandatos para sí mismo. Lo que concretamente está protegido y con qué peso, puede ser enteramente diferente respecto del contenido de la creencia. Esto es distinto a la integridad corporal, ya que en este caso lo que está protegido no depende del punto de vista subjetivo del individuo. Ahí se efectúa una ponderación sin recurrir al punto de vista subjetivo, al contrario de la libertad religiosa.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



*b.* La libertad de creencia como principio formal

A partir de los principios materiales, no es posible, dentro de la ponderación, reconstruir de manera precisa la decisión del individuo desde su punto de vista subjetivo. En cambio, es posible entender la libertad de creencia como un tipo de principio formal dentro de la teoría de los principios. Dicho de manera general, los principios formales exigen la validez del resultado de una serie de procedimientos previos.[199] El objeto "optimizable" de estos principios no es determinado en su contenido, sino que será establecido por una persona o un órgano, que así lo deciden en el marco de sus facultades propias u otorgadas. A través del peso de los principios formales se controla aún más la ponderación. El punto al que llega la vinculación de la decisión depende del peso de los principios formales.

El concepto de principios formales fue desarrollado, dentro del modelo de los principios de los derechos fundamentales, para reconstruir el ámbito de decisión y configuración de los legisladores democráticamente legitimados.[200] Al considerarse solamente los principios materiales en la ponderación, el legislador ve reducida su competencia de configurar el sistema de derecho ordinario y su legitimidad democrática. Se originaría, citando las famosas palabras de Ernst-Wolgang Böckenförde, un "Estado jurisdiccional", en el cual el proceso político perdería su signifi-

[199] Sieckmann, Jan-Reinard, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990, p. 147. *Cfr.* Alexy, Robert, "*Theorie…*", *cit.*, pp. 89 y 120; Raabe, Marius, *Grundrechte und Erkenntnis*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 184 y ss.

[200] En este sentido, Alexy Robert, *idem*; Siekmann, Jan-Reinard, *idem*; Enderlein, Wolfgang, *Abwägung in Recht und Moral,* Friburgo-Munich, Alber-Reihe, 1991, p. 338; Borowski, Martin, *Grundrechte als…, cit.,* pp. 108, 201 y ss., y 279; Borowski, Martin, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, Verlag Österreich, 1998, núm. 52, pp. 321 y ss.; Raabe, Marius, "Grundrechtsschutz und gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum: Ein Konstruktionsvorschlag", en Grabenwarter, Christoph *et al.* (ed.), *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, Stuttgart, Viena, Boorberg, 1994, pp. 83 y ss.; Raabe, Marius, *Grundrechte und…, cit.,* pp. 207 y ss.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



cado.[201] Al considerarse con los principios formales la voluntad del legislador democráticamente legitimado (por consiguiente el principio democrático), puede debilitarse la crítica anterior. El compromiso del contenido de los derechos fundamentales, de acuerdo con el artículo 1o., párrafo 3, de la Ley Fundamental, y el principio democrático, conforme al artículo 20, párrafo 1, de la Ley Fundamental, depende de qué tanto peso abstracto se asigna a este principio formal dentro de la ponderación de derechos fundamentales: entre más peso, más fuerte se volverá la posición del legislador. En el caso concreto depende el tamaño de la esfera de decisión de acuerdo con la intensidad de la intervención en el derecho fundamental del ciudadano: entre más intenso, menor es el área de decisión.[202]

Al entenderse la creencia como el producto de una configuración personal, la elección de un punto de vista subjetivo aparece como el ejercicio de una competencia, en asuntos religiosos, para fijar una creencia propia dentro de un marco de pluralidad de concepciones distintas. Del ejercicio de esta competencia depende entonces si un "acto no fundado en una religión" entra únicamente en el ámbito de protección de la "libertad general de actuar", o como un "acto fundado en una creencia" en el ámbito de protección de la libertad de creencia. En el último caso, se le otorga un mayor peso al acto dentro del ejercicio de ponderación. Esto puede ser ilustrado nuevamente con el caso de "la negativa de prestar juramento". La libertad de creencia deja espacio a distintos puntos de vista subjetivos; entre ellos cabe el punto de vista subjetivo del párroco evangélico que interpretó el sermón de la montaña como una prohibición de jurar. Otros, en cambio, no lo interpretaron de esta manera; por ello, no existe para ellos mandato alguno u omisión religiosa. El interés de la negativa de

[201] Böckenförde, Ernst-Wolfgang, "Grundrechte als Grundsatznormen", en Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 190 y ss.

[202] Pruebas en Jestaedt, Matthias, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, p. 210; críticas, Jestaedt, Matthias, *op. cit.*, pp. 248 y ss.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



prestar juramento, como contenido de la "libertad general de actuar", fue efectivamente limitado mediante disposiciones de derecho penal procesal, relativas al juramento de testigos. Sin embargo, no la libertad de creencia del párroco evangélico, que rechazó el juramento bajo razones específicas de su creencia. A primera vista, puede considerarse extraño ver la elección de una creencia como el ejercicio de una competencia legal. Naturalmente, la elección de una creencia es en primer lugar una cuestión altamente personal, y así también permanece. Pero esta decisión acarrea consecuencias legales. El párroco, a partir de su punto de vista subjetivo en el caso de la negativa de prestar juramento (en particular su interpretación vinculante del Sermón de la montaña), pudo rechazar el juramento; sin el punto de vista subjetivo, esto no sería posible.

Por lo anterior, podría deducirse la consideración de que el ejercicio de una competencia puede representar un aspecto de la voluntad. Las decisiones religiosas no son siempre entendidas de manera absoluta como el producto de una decisión libre: "En la confesión lleva a cabo el hombre un compromiso transcendental, asimismo, confirma su absoluta falta de libertad".[203] Por otro lado, tampoco pueden verse las decisiones religiosas como si el individuo estuviera aislado y desamparado, como en el estado de naturaleza. La decisión de adherirse a una creencia es un proceso con muchas caras, en el cual la libertad y el compromiso juegan ambos un rol importante. Los elementos de un compromiso percibido internamente no son los que impiden ver la decisión de una creencia como también una toma de competencia.

### c. La ponderación

En el ejercicio de ponderación, se determina en primer lugar la intensidad del daño. Ello depende del punto de vista subjeti-

[203] Hamel, Walter, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1953, núm. 109, p. 54, trad. libre.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



vo; pero es determinado por el Estado desde su punto de vista neutral. La intervención será más intensa entre más significado existencial tenga el mandato religioso para el individuo. En segundo lugar, se determina el peso de las razones que justifican la intervención, así como aquellas razones desde el punto de vista neutral del Estado.

En el caso de conflictos que involucran varios derechos, el Estado puede estar vinculado a distintos puntos de vista subjetivos en conflicto; no obstante, debe tomar una decisión desde su punto de vista objetivo y neutral, que será vinculante para las partes. Una indecisión derivada de un conflicto entre autognosis, las cuales aleguen justificadamente razones una contra de la otra, no puede darse en una decisión desde un punto de vista objetivo externo e interno.

Contra la consideración del punto de vista subjetivo, se refuta la idea de que el ordenamiento jurídico pierde su pretensión de validez cuando el individuo configura por sí mismo su libertad de creencia y de confesión.[204] En el caso de la negativa de prestar juramento, se trata de un conflicto entre la libertad de creencia y las disposiciones procesales penales, que ofrecen medios de orden en el caso de negativa de prestar juramento. En este caso concreto se protege un derecho definitivo de inaplicación, y retrocede entonces la pretensión de validez de la ley parlamentaria afectada. Esto no se puede desmentir. Sin embargo, la cuestión es saber si esta solución es errónea. Si un ciudadano es obligado a obedecer una ley parlamentaria en contra de su creencia, entonces sus intereses religiosos son afectados. La pregunta decisiva consiste en determinar qué es lo importante en un caso concreto: la aplicación de la ley parlamentaria o el respeto a las convicciones religiosas. Aclararlo a través de una ponderación al nivel de las restricciones es decisivo. El orden jurídico puede imponer una pretensión de validez definitiva en contra de la libertad de creencia en tanto la libertad de creencia no proteja en el caso concreto

[204] Kästner, Karl-Hermann, *"Archiv des"..., cit.*, p. 409; Kokott, Juliane, *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 14.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



un derecho importante. Qué tanto es relativizada la pretensión de validez del ordenamiento jurídico, depende del peso que se atribuya dentro de la ponderación a la decisión emanada de un punto de vista subjetivo. Además, como en casi todas las preguntas relativas a la asignación del peso dentro de la ponderación, indudablemente hay opiniones discrepantes.

En resumen, existe una ventaja en el modelo de ponderación aquí presentado, que reside en las tesis normativas extensas que este modelo puede recoger. Solamente debe negarse este modelo a fanáticos; ya sea porque éstos quieran que se decida sólo a partir del punto de vista subjetivo, o por el contrario, no quieran asignar peso alguno al punto de vista subjetivo. Estos últimos son rechazados por las razones ya mencionadas. Permanece aún la pregunta de qué tanto el Estado debe considerar el correspondiente punto de vista del ciudadano desde su punto de vista neutral. Esta pregunta remite a dimensiones profundas del problema relativas a una adecuada teoría de la justicia, y por ello está fuera del marco de esta obra. Es de señalar que el modelo de ponderación presentado cuenta con una fuerza unitaria en tanto la discusión sobre la asignación del peso del punto de vista pueda ser puesta dentro de un mismo modelo dogmático de derechos fundamentales.

La individualización del derecho fundamental a partir de la consideración del punto de vista subjetivo conduce a una ponderación fuertemente dependiente del caso concreto. De esta manera, se asegura que ningún interés religioso valioso quede sin protección, y en el caso concreto los derechos y bienes en conflicto retrocederán solamente en la medida en que exijan los actuales intereses de los derechos fundamentales. Esta asociación del más alto grado entre todas las libertades y bienes es, sin embargo, una meta que vale la pena aspirar.

Finalmente, surge un modelo de ponderación compuesto por pocos elementos. Incluso cuando es necesario más refinamiento y profundización, se ha demostrado que una adecuada reconstrucción a través de la dogmática de los derechos fundamenta-

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



les de la libertad de creencia de la Ley Fundamental no puede entenderse sin una delimitada consideración del punto de vista del portador de los derechos fundamentales en los supuestos de hecho y al nivel de las restricciones.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe

# Capítulo tercero

## La libertad religiosa como un derecho fundamental legal. Una perspectiva rawlsiana*[205]

Me gustaría considerar algunas conclusiones respecto de la filosofía política de John Rawls en lo referente a la libertad religiosa como un derecho fundamental en el Estado democrático constitucional. Cabe precisar que en este pequeño texto es imposible realizar más que un esbozo de las características de la teoría de Rawls que están relacionadas con la cuestión de la libertad religiosa en los Estados democráticos constitucionales.

### 1. La teoría de la justicia de Rawls

En *La justicia como equidad*, Rawls propone una concepción política de la justicia para el Estado democrático constitucional.[206] La cultura política pública del Estado democrático constitucional

* Versión original en inglés publicada en Borowski, Martin, "Religious Freedom as a Fundamental Legal Right. A Rawlsian Perspective", en Soeteman, Arend (ed.), *Pluralism and Lawproceedings of the 20th IVR World Congress*, Stuttgart, Steiner, 2003, suplemento 88, pp. 53-56.

[205] Estoy agradecido con Stanley L. Paulson por los comentarios y por la ayuda con el texto en inglés (nota del autor).

[206] Las limitaciones del rango de aplicación de las teorías constructuvistas en la forma de sociedad examinada derivan de la naturaleza de dichas teorías. Respecto a la limitación explícita del Estado democrático constitucional, véase Rawls, John, "Kantian Constructivism in Moral Theory", *The Journal of Philosophy*, New York, Journal of Philosophy, vol. 77, p. 518.



DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



consiste en aquellas ideas y principios básicos que se prestan al desarrollo de una concepción de justicia mediante una reconstrucción crítica.[207] En particular, el autor dirige la atención en el pluralismo razonable, es decir, las diferencias entre aquellas doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas y morales que se manifiestan en el Estado democrático constitucional. El pluralismo, más que ser un fenómeno histórico transitivo, es un atributo duradero de las democracias modernas[208] traído por las "cargas del juicio".[209] Básicamente, se pueden distinguir dos elementos principales en la teoría de Rawls. El primero es la "posición original", que se presenta como una situación hipotética, no histórica,[210] en la cual cada individuo toma una decisión fundamental en el marco de una teoría contractual. El segundo es el método de examen y, de ser necesario, de corrección de los resultados de la posición original. En sus primeros escritos, Rawls empleó el instrumento del "equilibrio reflexivo", mediante el cual nuestros "juicios bien considerados" deben ser compatibles con los resultados de la posición original.[211] En escritos posteriores, el autor enfatiza la idea de un "consenso traslapado", que tiene que prevalecer entre aquellos que apoyan una doctrina comprensiva religiosa, filosófica y moral en la sociedad.[212] Su concepción política de justicia no es en sí una doctrina comprensiva, sino una concepción política independien-

---

207 Rawls, John, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, en pp. 8, 13-15, 43, 44, 97 y 192.

208 *Ibidem*, pp. 3, 4, 36, 144, 216 y 217. Véase Rawls, John, *The Law of Peoples*, Cambridge-Mass-Londres, Harvard University Press, 1999, pp. 11, 12, 31, 60, 124, 131 y 136.

209 Respecto de las "cargas del juicio", véase Rawls, *Political Liber...*, *cit.*, pp. 54-58, 60-63, 119-121.

210 Rawls enfatiza que su "posición original" es solamente "un instrumento de representación". Véase Rawls, "*Political Liber...*", *cit.*, pp. 24-27, 35, 75, 103 y 106; véase también Rawls, *The Law of...*, *cit.*, pp. 30-62, 61 y 63.

211 Rawls, John, *A theory of Justice*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 17-19, 42-45, 104, 379, 381, 507 y 508. Véase también Rawls, *Political Liber...*, *cit.*, pp. 8, 28, 72-77 y 89-90.

212 Rawls, John, *Political Liber...cit.*, pp. 10, 15, 90, 95-97 y 113-172.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



te, que se limita a los valores políticos fundamentales y los valores constitucionales.[213]

En la "posición original", personas morales libres e iguales,[214] gozando de autonomía[215] racional, deciden sobre los principios de justicia con base en una carencia limitada de información, representada por el "velo de la ignorancia".[216] De acuerdo con el concepto liberal rawlsiano de persona, las personas tienen dos poderes morales, y respectivamente dos intereses de orden mayor para la realización y ejercicio de estos poderes. El primer poder moral es la capacidad de un sentido de justicia; el segundo es la capacidad para una concepción del bien.[217] Adicionalmente, las personas tienen un tercer interés de grado mayor, que consiste en proteger y promover su propia concepción del bien.[218] Detrás del "velo de la ignorancia", las personas en la "posición original" no tienen una concepción individual del bien. Esto lleva a Rawls a formular la concepción de bienes primarios. Los bienes primarios son aquellas condiciones de trasfondo social y medios generales para todo propósito que son requeridos normalmente para el desarrollo y ejercicio de los dos poderes morales y para la efectiva búsqueda de las concepciones del bien.[219] Rawls distingue cinco categorías de bienes primarios: *i*) derechos fundamentales y libertades, *ii*) libertad de movimiento y de elegir una ocupación, *iii*) poderes y prerrogativas de oficios y posiciones de responsabilidad, *iv*) ingresos y riqueza, y *v*) base social del autorrespeto.[220]

---

213 *Ibidem*, pp. 10-13, 125 y 126.

214 *Ibidem*, pp. 25, 26, 272 y 273. Véase también Rawls, John, *A Theory of..., cit.*, pp. 131 y 132.

215 Rawls, John, *Political Liber..., cit.*, pp. 28 y 72-77. Véase también, Rawls, John, *A Theory of..., cit.*, pp. 123-130.

216 Rawls, John, *Political Liber..., cit.*, pp. 23-25, 70, 75, 79, 272-274 y 305. Véase también Rawls, John, *A Theory of..., cit.*, pp. 11, 17 y 118-123.

217 Rawls, John, *Political Liber..., cit.*, pp. 19, 103, 104 y 312-323.

218 *Ibidem*, pp. 74, 76, 77, 106 y 107.

219 *Ibidem*, pp. 75, 76, 178-190 y 307.

220 *Ibidem*, pp. 76, 181, 308 y 309.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



Este esquema encamina a las partes en la posición original a dos principios de justicia, que están ordenados de la siguiente manera:[221]

a. Cada persona tiene una afirmación equitativa para un completamente adecuado esquema de derechos fundamentales y libertades iguales, cada esquema es compatible con el mismo esquema general para todos; y en este esquema las libertades políticas iguales, y solamente esas libertades están para ser garantizado su justo valor.

b. Inequidades sociales y económicas deben satisfacer dos condiciones: Primero, éstas son para ser fijadas a posiciones y oficios abiertos a todos bajo condiciones de oportunidades de equidad justas; y segundo, éstas son para el mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad.[222]

Los principios de justicia no son aplicables a los casos individuales, porque requieren una concretización en cuatro etapas. En la primera, cada persona escoge los principios de justicia en la "posición original". La segunda etapa consiste en una concretización en la asamblea constituyente. En la tercera etapa, se lleva a cabo una concretización en la legislación, y en la cuarta, una concretización en la aplicación de las reglas en los casos particulares, esto es, por parte de los jueces y administradores.[223]

---

221 *Ibidem*, p. 6. Véase Rawls, John, *Theory of..., cit.*, pp. 37, 38, 52, 53, 130 y 131.

222 Rawls, John, "*Political Liber...*", *cit.*, pp. 5, 6, 271 y 291. Esta declaración difiere de aquella de sus primeros escritos. Véase Rawls, *Theory of..., cit.*, p. 53; véase también Dokyun Kim, "Justicia y Constitución" (en prensa).

223 Rawls, John, *Theory of..., cit.*, pp. 171-176; especialmente sobre la concretización de las libertades básicas, véase Rawls, John, *Political Liber..., cit.*, pp. 293, 298 y 331-340.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



Rawls extendió su *Justicia como equidad* desde una concepción pensada para el Estado democrático constitucional hacia una concepción de *Derecho de gentes*, adaptando ciertos elementos de su teoría para este fin. El pluralismo en *Derecho de gentes* es el pluralismo entre las personas, no entre los ciudadanos.[224] En la "segunda posición original" las partes representan personas que no tienen una concepción del bien, pero que tienen una concepción política de la justicia.[225] Las partes seleccionan de entre las diferentes formulaciones e interpretaciones de los ocho principios[226] del *Derecho de gentes*.[227] Adicionalmente, los resultados de la segunda posición original tienen que cuadrar con nuestros juicios bien considerados.[228] Los derechos humanos, definidos como una clase estrecha de derechos urgentes, son observados por los pueblos bien ordenados. Su cumplimiento es una condición para lo que Rawls llama la decencia de la sociedad; los derechos humanos establecen un límite al pluralismo entre las personas, y su violación puede justificar la intervención de otras personas.[229]

La concepción de Rawls sobre libertades básicas es de particular importancia para la interpretación de la libertad religiosa como derecho fundamental en el Estado democrático constitucional. En su lista de libertades básicas se encuentran la libertad de pensamiento y de conciencia, las libertades políticas, la libertad de asociación, los derechos de libertad e integridad de la persona, los derechos y libertades amparados por el *rule of law*,[230] y el derecho

---

224 Rawls, John, *The Law of..., cit.,* pp. 11, 12, 18, 40, 54 y 55.

225 *Ibidem*, pp. 32-35 y 40-42.

226 *Ibidem*, pp. 37, 41 y 42.

227 *Ibidem*, pp. 40-42, 60 y 81.

228 *Ibidem*, pp. 58 y 86.

229 *Ibidem*, pp. 48, 49, 65 y 79-81.

230 Rawls, John, "*Political Liber...", cit.*, p. 291. Desde un primer vistazo, la lista de Rawls parece hacer una clara identificación de las libertades básicas posibles. En tal lista no encontramos la libertad de movimiento o de ocupación en la lista; éstas caen en la categoría de bienes primarios, distintos de la libertades básicas (*cfr. ibidem*, p. 308). Éste es un argumento que alimenta la tesis de que estas libertades no son entendidas como libertades básicas. Esta perspectiva es confirmada por la concepción de Rawls de "esen-

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



a la propiedad individual.[231] La libertad de conciencia, de acuerdo con Rawls, es la libertad de escoger un punto de vista religioso, filosófico y moral,[232] y, de este modo, el contenido de la libertad religiosa está incluido en el Estado democrático constitucional. Una característica de todas las libertades básicas es su prioridad respecto a razones de bien público y de valores perfectibles.[233] Una restricción a una libertad básica sería posible solamente con base en otras libertades básicas.[234] El delimitar el número de las libertades básicas solamente a las más importantes busca evitar incertidumbres y problemas indeterminados de ponderación,[235] y la prioridad de las libertades básicas sobre los bienes colectivos ilustra las complejas razones *prima facie* que tienen expresión en el día a día.[236] Rawls intenta suavizar su tesis de la prioridad absoluta de las libertades básicas sobre otros derechos, libertades y bienes colectivos por medio de una distinción entre la restricción y la regulación. No habrá violación a la prioridad de las libertades básicas cuando

---

cias constitucionales". La libertad de movimiento y la libertad de elegir una ocupación son, de acuerdo con Rawls, "esencias constitucionales" no porque sean libertades básicas, sino porque son una parte de los "principios que suplen las inequidades sociales y económicas" (*ibidem*, pp. 228-230). Por otro lado, la negativa a la libertad de movimiento o a la libre elección de una ocupación viola la libertad e integridad de la persona, y el ser liberado de estas formas de interferencia por lo tanto tiene el estatus de una libertad básica (*ibidem*, p. 335). Esto presupone una relación de inclusión o como un medio para un fin, que puede ser usado como un argumento para dar a la libertad de movimiento y a la libertad de elegir una ocupación el estatus de una libertad básica. Véase Alexy, Robert, "John Rawls «Theorie der Grundfreiheiten»", en Hinsch, Wilfried (ed.), *Zur Idee des politischen Liberalismus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997, p. 273.

231 Rawls, John, *Political Liber..., cit.,* p. 298.

232 *Ibidem*, pp. 310 y 311.

233 *Ibidem*, pp. 294 y 295.

234 *Ibidem*, pp. 295 y 341.

235 *Ibidem*, p. 296.

236 Rawls, John, "Kantian Constructivism...", *cit.*, p. 562; sobre la prioridad de la libertad de conciencia respecto del segundo principio de justicia como "evidente", desde la explicación de esta libertad como libertad básica, *cfr.* Rawls, John, *Political Liber..., cit.*, p. 309.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



estén meramente reguladas, ya que la regulación respeta el rango central de aplicación.[237]

## II. Libertad religiosa en el Estado democrático constitucional

Nos enfocamos en esta segunda parte sobre algunos aspectos de la posición de Rawls en *Justicia como equidad* relativos a la interpretación de la libertad religiosa en el Estado democrático constitucional.

El problema central es comprender cómo es que las libertades básicas, como parte de una concepción política de justicia, se transforman en derechos constitucionalmente protegidos. Lo anterior corresponde a la transición de la primera a la segunda etapa en el esquema rawlsiano de las cuatro etapas de concretización. Desafortunadamente, Rawls no es claro sobre el proceso de transición. Por un lado, los derechos fundamentales como parte del derecho constitucional se presentan simplemente como la aplicación del primer principio de justicia en la etapa de la asamblea constituyente.[238] Si se toma en consideración el hecho de que las libertades básicas son concretizadas mediante legislación,[239] la transformación parece una mera adopción de las libertades básicas. Por otro lado, Rawls ha señalado en varias ocasiones que la transición de la etapa más alta a la más baja está conectada por medio de la concretización.[240] Es decir, la transición de la primera etapa a la segunda tiene que ser algo más que una mera adopción de las libertades básicas. Pero el significado de esta diferencia no debe ser sobreestimado, porque las Constituciones contienen solamente un puñado de preceptos generales, no un catálogo de preceptos detallados para resolver completamente los problemas de aplicación.

---

237 Rawls, John, *Political Liber..., cit.*, pp. 295 y 296.

238 *Ibidem*, pp. 336 y 337.

239 *Ibidem*, p. 338.

240 *Ibidem*, pp. 293, 298, 331, 341 y 342.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



## 1. *El alcance de protección de las varias concepciones de bien*

De acuerdo con Rawls, una característica del ciudadano en las sociedades bien ordenadas es que tiene una concepción del bien.[241] El posible contenido de la concepción del bien, cuya promoción y desarrollo son asegurados por los bienes primarios, en particular por las libertades básicas, es extensivo. Una concepción del bien establece un esquema más o menos determinado de los fines últimos del ciudadano,[242] que son realizados ya sea por su propia voluntad, por apego a otras personas o por lealtad a uno o varios grupos y asociaciones.[243] Como remarca Rawls en varias ocasiones, la raíz histórica del liberalismo político, con su extensiva protección de las diferentes concepciones del bien, reside en el principio de tolerancia religiosa desarrollado en Europa en los siglos XVI y XVII.[244] El alcance de aplicación de tal principio fue extendido en el transcurso de un amplio desarrollo comprensivo del liberalismo político, y ya no está confinado a la religión en sentido estrecho, sino que alcanza todas las concepciones morales y filosóficas del bien. Al ser un complemento de la libertad de religión en sentido estrecho, la libertad de creencia está también garantizada. De este modo, la libertad de conciencia de Rawls alcanza e incluye la libertad de escoger una visión religiosa, filosófica y moral.[245]

En varias Constituciones y tratados internacionales, la libertad de religión y la libertad de creencia son garantizadas simultáneamente; por ejemplo, en el artículo 4o., párrafo 1, de la Ley Fundamental alemana, o en el artículo 9o. de la Convención Europea de Derechos Humanos. Aun así, pueden emplearse diferentes sistematizaciones de estas dos libertades. En primer lugar, y siguiendo a Rawls, se puede entender la libertad de creencia o li-

241 *Ibidem*, pp. 333 y 334.
242 *Ibidem*, pp. 19, 74 y 108.
243 *Ibidem*, p. 19.
244 *Ibidem*, pp. 154, 159, 303 y 304.
245 *Ibidem*, pp. 310 y 311.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



bertad de conciencia como un término general, y la libertad de religión, como un término específico. O, a la inversa, se puede entender "libertad de religión" como un término general, y "libertad de creencia" como uno específico. En la tercera sistematización, la libertad de religión y la libertad de creencia son elementos de mismo rango. ¿Cuál sistematización debe preferirse? es una cuestión de interpretación de la Constitución en específico o del tratado internacional en cuestión. No obstante, la libertad de conciencia de Rawls *qua* libertad básica enfatiza que las libertades de religión y de creencia tienen que ser promulgadas en una asamblea constituyente como un derecho comprensivo de autonomía, y que las disposiciones constitucionales tienen que ser interpretadas de manera acorde con ellas. Esto tiende a contrarrestar todos los intentos de interpretar la libertad de religión y de creencia en los Estados democráticos constitucionales en un sentido estrecho. Una delimitación de la libertad de religión a una clase particular de religión, es decir, a las grandes religiones, o, peor aún, solamente a la cristiana, no cuenta como una transformación suficiente de las libertades básicas de Rawls.[246] Incluso, si se entiende la transformación como una concretización, no se entiende cómo personas morales libres e iguales puedan estar de acuerdo respecto a una completa exclusión de determinada religión en la etapa de la asamblea constituyente.[247] Esto corresponde a una ex-

[246] El argumento que justifica limitar la libertad de religión (como derecho fundamental legal) a variantes específicas de religión, por considerarla una limitación necesaria o una limitación dentro de la familia de las libertades básicas, no es convincente. No se puede justificar por qué la libertad de conciencia debería ser limitada por sí misma o por qué otra libertad básica debería limitar la libertad de conciencia en la manera descrita. Esto corresponde al hecho de que las limitaciones sobre la protección de los derechos fundamentales de religiones específicas o grupos de religiones son usualmente justificados por medio de una decisión autoritaria de la asamblea constituyente, no por medio de los derechos fundamentales en conflicto. Véase, por ejemplo, Starck, Christian, en Mangoldt, Hermann *et al.* (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 4a. ed., Munich, C. H. Beck, 1999, vol. 1, artículo 4o. Abs. 1, 2 GG, en el margen núm. 55.

[247] *Ibidem*, p. 311.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



tendida interpretación de la libertad de religión en el Estado democrático constitucional.

## 2. *La posición básica de la libertad de religión*

La concepción de Rawls de las libertades básicas se presenta como una reconstrucción de la posición base de ciertos derechos fundamentales y libertades en el Estado democrático constitucional. Como el autor señala, la libertad de religión como un derecho fundamental tiene una posición básica, porque proviene de la transformación de la libertad de conciencia *qua* libertad básica en norma constitucional. Se puede identificar fácilmente la posición básica de la libertad de conciencia en Rawls dentro del catálogo de libertades por el hecho de que encabeza esta lista;[248] además, porque Rawls toma la libertad de conciencia como ejemplo para ilustrar las características de la libertades básicas en general.[249] En su *Derecho de gentes*, los derechos humanos son entendidos como una clase estrecha de derechos urgentes, entre ellos la libertad de conciencia.[250] Más importante aún es el hecho de que Rawls introduce un criterio sustancial para identificar la importancia de una libertad básica: su importancia depende de su grado en envolvimiento social o de si es un medio institucional más o menos necesario para garantizar el completo, informado y efectivo ejercicio de los poderes morales.[251] Para los dos poderes morales, las libertades básicas tienen diferente importancia. Para la capacidad de un sentido de justicia, tanto la libertad de pensamiento como las libertades políticas son de particular importancia. Por otro lado, para la capacidad de

[248] *Ibidem*, pp. 291 y 308.

[249] *Ibidem*, pp. 310-315 y 341; véase Rawls, John, *Theory of..., cit.*, p. 177.

[250] Rawls, John, *The Law of..., cit.*, pp. 65 y 79.

[251] Rawls, "Political Liber...", *cit.*, p. 335. Rawls utiliza la importancia anulatoria de las libertades básicas en realidad para la protección y el ejercicio de dos poderes morales como un argumento para la prioridad del primer principio de justicia sobre el segundo. *Cfr. ibidem*, pp. 367 y 368.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



tener una concepción del bien es primordial la libertad de conciencia conectada con la libertad de asociación.[252] Ello corresponde al hecho de que Rawls da prioridad a la libertad de conciencia entre las libertades básicas[253] y designa a las otras libertades básicas como meramente de "apoyo".[254]

La posición básica de la libertad de religión es evidente también en la práctica de interpretación de los derechos fundamentales dentro del Estado democrático constitucional. El Tribunal Federal Constitucional alemán, en una serie de decisiones, ha presentado a la libertad religiosa, establecida en el artículo 4o., párrafos 1 y 2, de la Ley Fundamental, como una concretización especial de la dignidad humana,[255] y ha remarcado en otras decisiones que la libertad de religión está en cercana conexión con la dignidad humana como el valor más alto entre los derechos fundamentales.[256]

### 3. *Restricción y regulación de la libertad de religión*

Respecto a la cuestión de la disminución del contenido de las libertades básicas, Rawls distingue entre restricción y regulación. Ilustra lo anterior con el ejemplo de la libertad de expresión: las interferencias con el contenido de la expresión cuentan como restricción, mientras que las interferencias con las modalidades de la expresión, tales como el lugar y el tiempo, cuentan como meras

---

252 *Ibidem*, pp. 332-335. En varios puntos Rawls enfatiza la importancia de la libertad de asociación para la libertad de la conciencia (*cfr. ibidem*, pp. 228, 309, 332, 335, 337 y 338). Esto refleja el hecho de que el ejercicio de la libertad de religión en el Estado democrático constitucional no es esencialmente una cuestión atómica individual sino de asociaciones. Tribe, Laurance, *American Constitutional Law*, 2a. ed., Mineola y Nueva York, Foundation Press, 1978, p. 812: "La vida religiosa es inherentemente asociativa".

253 Rawls, John, *Political Liber..., cit.,* pp. 11, 64, 155, 164 y 221 y 222; Rawls, John, *The Law of..., cit.,* pp. 151 y 152.

254 Rawls, John, *Political Liber..., cit.,* pp. 335 y 337.

255 *Cfr.* decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfGE) 12, 45 (53-54); 33, 23 (28-29); 48, 127 (163).

256 *Ibidem*, pp. 32, 98 (108); 35, 367 (376).

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



regulaciones.[257] Asimismo, las regulaciones no atentan en contra de las libertades básicas, sino que las muestran como autolimitables.[258] Sin embargo, lo anterior implica que el rango central de aplicación de las libertades básicas debe ser respetado.[259] Debe asumirse, en la teoría de Rawls, que la distinción entre restricción y regulación sobrevive a la transformación de libertad básica a derecho o libertad fundamental, de tal manera que la distinción puede encontrarse también en la etapa de ley constitucional. Esto abre la pregunta de si esta distinción puede servir como una adecuada reconstrucción de la protección constitucional efectuada por la libertad de religión.

### A. *Contenido y modalidad*

Inicialmente, la respuesta tiene que ver con la relevancia de la distinción entre el contenido y la modalidad de una acción. Se podría apoyar la tesis de que el Estado está incapacitado para interferir con el servicio religioso sólo en relación con el contenido, y no con el lugar y el tiempo. En efecto, es usual que una religión prescriba no solamente el contenido de una acción, sino también el lugar y el tiempo en los cuales debe llevarse a cabo. En muchos casos, la modalidad de una acción es consustancial a la misma, y no constituye, por lo tanto, una mera parte subsidiaria. Asimismo, no hay argumento para una distinción nítida entre interferencia con respecto al contenido y a la modalidad de una acción. Las interferencias con la modalidad son con frecuencia menos intrusivas, y por lo tanto menos intensas, en particular porque la acción puede ser llevada a cabo con otra modalidad. Ello, sin

---

257 Rawls señala que esta distinción es familiar e importante en la ley constitucional americana, citando a Tribe, Laurance, *op. cit.*, respecto a la libertad de expresión. Esta idea es extendida y puede encontrarse en la ley constitucional alemana también. Véase Starck, Christian, en Mangoldt, Hermann *et al.* (eds.), *op. cit.*, artículo 5 sección 1, 2 GG, margen número 182.

258 Rawls, John, *Political Liber..., cit.*, pp. 295, 296 y 341.

259 *Ibidem*, pp. 295-297, 348 y 358.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



embargo, es sólo una cuestión de grado, y las interferencias con la modalidad pueden ser más intensas que aquellas dirigidas al contenido. Ambos tipos de interferencias pueden justificarse apelando a un mismo criterio, pero tienen que ser justificadas.

### B. *Limitación y autolimitación*

Otro criterio para la distinción entre restricción y regulación remite a la razón de la limitación. Las libertades básicas pueden ser restringidas por otra libertad básica y pueden ser autorregulables. Lo que se entiende como restricciones emanadas de otras libertades es bastante claro. Ello ocurre cuando la libertad L1 del portador de la libertad A es limitado por la libertad L2 del portador de libertad B. Pero ¿a qué se refiere Rawls con autolimitación? El ejemplo que utiliza presupone la siguiente estructura: una libertad L1 del portador A es limitada porque entra en conflicto con la misma libertad L1 de otro portador B. Que podamos denominar tal cosa como "autolimitable" depende de cómo identificamos una "libertad". En primer lugar, se pueden enfatizar las diferencias entre libertades, tal como se hace en los catálogos constitucionales de derechos fundamentales. Así como lo hace Rawls cuando habla de una "familia" de libertades básicas,[260] si empleamos tal catálogo de libertades, podemos concebir una de estas libertades, L1 —libertad de expresión, en el ejemplo de Rawls— como una entidad, independientemente del número de portadores en cuestión. La libertad es "la libertad de expresión". Sin embargo, en este sentido, la sistematización de las libertades es contingente; un catálogo puede detallar distinciones de las libertades en diferentes grados. Puesto que no hay un criterio claro para distinguir entre libertades, tampoco hay un criterio claro para distinguir entre limitación y autolimitación.

Por otro lado, se puede enfatizar que todas estas libertades constituyen diferentes aspectos de la libertad general de cada per-

[260] *Ibidem*, p. 358.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



sona.[261] Si se adopta esta visión, la entidad "libertad" es la libertad total del individuo. Una limitación de las libertades de A por medio de las libertades de B constituye, entonces, no una autolimitación, sino una limitación externa. En resumen, la figura de autolimitación formulada por Rawls no expresa nada que pueda ser productivamente distinguido de las limitaciones.

### C. *Justificación de las restricciones y regulaciones*

A pesar de los problemas que surgen al distinguir restricciones y regulaciones, se pueden introducir diferentes criterios para justificar los dos tipos de disminuciones.[262] Se puede hacer una distinción entre criterios formales y criterios materiales de justificación. Rawls no menciona criterio formal alguno. Materialmente, una regulación tiene que respetar el "rango central de aplicación" de una libertad básica. Sin embargo, esto aplica también a las restricciones,[263] y no puede dar lugar a diferencia alguna. Cada disminución de un derecho básico o libertad básica, esté o no basada en el contenido o en la modalidad de una acción ciudadana, es una restricción, y como tal tiene que ser justificada. Por lo tanto, se puede afirmar que la distinción entre restricciones y regulaciones es prescindible.

## 4. *Las razones de admisibilidad para restringir la libertad de religión*

Otro problema es la clase de razones de admisibilidad para restringir de la libertad de religión. De acuerdo con Rawls, las liber-

---

261 Kant, Immanuel, "Methaphysik der Sitten", *Kant´s gesammelte Schriften*, Berlin, editado por el Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, Reimer, 1907, vol. 6, p. 237.

262 Véase por ejemplo, Jarass, Hans Dieter, "Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1995, núm. 120, p. 392.

263 Rawls, John, *Political Liber..., cit.*, p. 297.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



tades básicas pueden ser restringidas sólo por otras libertades básicas, no por bienes colectivos.[264] El argumento para sostener esta prioridad absoluta se articula en dos partes. La primera es la tesis según la cual las libertades básicas y los derechos básicos son las libertades y los derechos más importantes; la segunda es la idea de que la prioridad absoluta debe evitar la ponderación, a la que Rawls señala como incierta e indeterminada, con el resultado de que su uso debilitaría la protección de libertades importantes.[265]

### A. *Las libertades básicas como libertades importantes*

La lista de libertades básicas de Rawls contiene libertades y derechos importantes. Sin embargo, algunos otros no se encuentran en la lista; por ejemplo, la libertad de movimiento y la libre elección de ocupación, o derechos importantes como el derecho a un mínimo social que cubra las necesidades básicas de los ciudadanos.[266] En el sistema de Rawls, estos derechos y libertades son simples "esencias constitucionales",[267] y, por lo mismo, no pueden restringir las libertades básicas, que son consideradas como más urgentes. Los derechos humanos, de acuerdo con Rawls, son "un apropiado subconjunto de derechos en posición de los ciudadanos dentro de un régimen liberal constitucional",[268] y "una clase especial de derechos urgentes".[269] De este modo, se podría esperar que el subconjunto de las libertades más importantes está representado por los derechos humanos. En la lista de derechos humanos de Rawls, sin embargo, encontramos algo más: como parte del derecho a la vida se encuentra el derecho al mínimo social de subsistencia, incluyendo la seguridad económica mínima.[270] Esto

264 *Ibidem*, pp. 6 y 294.
265 *Ibidem*, p. 296.
266 Véase pie de nota 26.
267 Rawls, John, *Political Liber..., cit.*, pp. 228-230.
268 Rawls, John, *Law of..., cit.*, p. 81.
269 *Ibidem*, p. 79.
270 *Ibidem*, p. 65.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



constituye una parte del derecho a un mínimo social que cubra las necesidades esenciales de los ciudadanos, que es una simple "esencia constitucional". ¿Por qué el derecho a un mínimo social es más urgente que algunas de las otras libertades básicas en el sistema de Rawls? Como simple "esencia constitucional", podría esperarse que este derecho se quedara corto frente al estándar reflejado por el subconjunto de los derechos humanos. Y si esto es así, ¿por qué este derecho puede ser limitado en su contenido, considerando que el derecho de asociación, que no es un elemento del "apropiado subconjunto de libertades básicas", a saber del grupo de los derechos humanos, no puede serlo?[271] Esta aparente inconsistencia muestra qué tan difícil es definir una clase de derechos mientras al mismo tiempo se da prioridad absoluta a otra clase de derechos.

### B. *Prioridad absoluta y prioridad relativa*

Debemos conceder un punto a Rawls, en el sentido de que la ponderación no tiene un resultado previsible en todos los casos. Diferentes personas pueden y llegan a diferentes resultados al pesar y ponderar derechos. El ejercicio de ponderación es, con todas sus críticas, un procedimiento racional para tomar decisiones en problemas normativos.[272] La tesis de prioridad absoluta de Rawls es demasiado fuerte. Muchas restricciones a las libertades básicas o derechos básicos pueden justificarse mediante el conflicto de libertades básicas o derechos básicos.[273] Por ejemplo, asegurar la protección de los animales en contra de la tortura no está amparado por un derecho básico. Si las reglas religiosas prescriben o permiten el consumo de carne solamente si el animal ha sido matado por un método especial sin anestesia, no hay, de acuerdo con

---

[271] Rawls, John, *Political Liber..., cit.*, p. 364.

[272] Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 3a. ed., Frankfurt, Suhrkamp, 1998, pp. 134-154.

[273] Esto presupone que no todos los bienes colectivos pueden ser reducidos completamente a derechos individuales. Véase Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt, Suhrkamp, 1995, pp. 243-256.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



Rawls, ninguna base para la prohibición de la práctica. Aunque no es un resultado imposible, es considerado como contraintuitivo.[274]

La ausencia de una prioridad absoluta no implica la inexistencia de una prioridad como tal. "Prioridad" puede ser utilizado en un sentido relativo. Esta prioridad relativa es una prioridad *prima facie* que puede asumir distintos grados de fuerza, dependiendo del peso general asignado a los diferentes derechos y bienes, ya sea desde una prioridad débil hasta una prioridad fuerte, casi absoluta. Un amplio rango de intensidades variables de prioridad es posible.[275] El resultado es un modelo más flexible, y la prioridad *prima facie* vincula peso y ponderación de tal manera que una indeterminación grave no pueda debilitar la protección de los derechos fundamentales.

[274] Starck, Christian, en Mangoldt, Hermann *et al.* (eds.), *op. cit.*, artículo 4o., secciones 1, 2 GG, en el margen número 36.

[275] Borowski, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, 2a. ed., Baden-Baden, Nomos, 1997, pp. 43-47 y 310.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe

# Capítulo cuarto

# Conciencia y deber jurídico*

El fenómeno de la conciencia hace referencia a las convicciones morales del individuo y se presenta como un fenómeno anterior y exterior a lo jurídico. Sin embargo, la conciencia es relevante desde la perspectiva de la ciencia jurídica cuando el individuo rechaza el cumplimiento de deberes jurídicos y se remite a un mandato de conciencia. El orden jurídico instituye deberes, que básicamente tienen validez sin importar la persona. Lo anterior significa que cada persona está sujeta a las mismas obligaciones; por ejemplo, cumplir con sus deberes contractuales o pagar los impuestos establecidos por la ley. Sin embargo, este tipo de deberes generales pueden colisionar con los deberes morales que el individuo asume como obligatorios. En este sentido, la objeción de conciencia es "incómoda" para el ordenamiento jurídico, ya que cada excepción a deberes jurídicos generales implica un trato desigual. En primer lugar está la razón material, que se encuentra detrás del deber jurídico, que exige su cumplimiento —por ejemplo, la recaudación para conseguir ingresos para el Estado—. En segundo lugar, el principio de igual aplicación de la ley demanda, *prima facie*, la imposición proporcional de deberes jurídicos a cada individuo.

Cada ordenamiento jurídico está confrontado a la resolución del problema de las tensiones, entre, por un lado, los deberes

* Versión original en alemán publicada en Borowski, Martin, "Gewissen und Rechtspflicht", *Berliner Theologische Zeitschrift*, Berlín, editada por la Universidad de Humboldt, 2010, núm. 27, pp. 224-249.



DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



jurídicos, y, por el otro, los deberes morales vinculados a la conciencia del individuo. Básicamente, existen tres soluciones. La primera consiste en otorgar siempre prioridad a los mandatos morales que el individuo considere como obligatorios. Sin embargo, el conceder un rango absoluto a la moral individual frente al derecho conllevaría a la anarquía.[276] En cambio, de acuerdo con la segunda solución, el deber jurídico tendría prioridad ante un mandato de conciencia. Aquí, una prioridad incondicional y absoluta del derecho frente a las convicciones morales del individuo no sería bien vista actualmente,[277] ya que esta opinión

[276] O, para decirlo en palabras de Kant, esto encaminaría a un regreso del estado civil a un estado de naturaleza. De acuerdo con Kant, es característico del Estado de naturaleza, que cada "uno siga su propia cabeza". Para que los derechos universales puedan ser reconocidos y aplicados, es requerido el entrar de un estado de "privación de derechos" (*status iustitia vacuus*) "a un estado civil", es decir, "el someterse a una coacción externa, pública y legal". Kant, Immanuel, "Die Metaphysik der Sitten", *Kant's gesammelte Schriften*, Berlin, Academia Real Prusiana de las Ciencias, Berlin, 1907-1914, t. 6, p. 312.

[277] Sin embargo, en los primeros tiempos de la garantía constitucional de libertad de creencia y de conciencia prevalecío la concepción de que el individuo no podía rechazar el cumplimiento de deberes jurídicos haciendo referencia a creencias o a la conciencia. El artículo 136, párrafo 1 de la Constitución de la República de Weimar de 1919 preveía textualmente: "Los derechos y deberes civiles y políticos no pueden ser condicionados ni restringidos por razón del libre ejericicio del culto". Versión en español disponible en: *https://www.unav.edu/departamento/constitucional/materiales*. Disposiciones análogas pueden ya encontrarse en la Constitución de Paulkirchen de 1848-1849, así como en la Constitución de varios *Länder* alemanes desde mediados del siglo XIX. *Cfr.* Borowski, Martin, *Die Glaubens-und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 489-495. Los deberes estatuidos a través de leyes fueron vistos en aquel tiempo como límites absolutos de las libertades constitucionales, y esto valía también para la libertad de creencia y de conciencia. Así como expuso Friedrich von Thudichum en el comentario del artículo 12, enunciado 3, de la Constitución revisada prusiana, del 31 de enero de 1850 (que anticipó la recién citada parte del artículo 136, párrafo 1 de la Constitución de la República de Weimar): "No puede ser discutido, que el aquí expresado... principio... pueda ser visto como una coacción contra la conciencia, en cuanto una disposición de la ley estatal contradiga realmente la creencia. Por otro lado no es para poner en tela de juicio, que en la discusión el mencionado principio es indispensable para el Estado". Von Thudichum, Friedrich, *Verfassungsrecht des norddeutschen Bundes und des deutschen Zollvereins*, Tübingen, Laupp, 1870, p. 173, observación 1. Esta interpretación corresponde a la teoría general de "los derechos fundamentales en el marco de la leyes" bajo la Constitución de la República de Weimar. Este tópico fuertemente simplificado se impuso

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



niega el valor que le corresponde en sí a las decisiones morales del individuo. La dignidad humana,[278] que se presenta como el núcleo de los valores constitucionales, exige tomar en serio las decisiones morales del individuo como expresión de su autonomía.[279] A la libertad hermana, el derecho de libertad de creencia le

---

bajo la Ley Fundamental. Para un rápido análisis retrospectivo, *cfr.* Krüger, Herbert, "Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz", *Deutsches Verwaltungsblatt*, Köln-Berlín-Munich-Bonn, Carl Heymanns, 1950, p. 626. Desde una perspectiva comparada, véase sobre todo Thoma, Richard, "Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichverfassung im allgemeinen", en Nipperdey, Hans Carl (ed.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Berlin, Verlag von Reimar Hobbing, 1929, t. 1, 31-38; Schmitt, Carl, "Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichverfassung", en Anschütz, Gerhard y Thoma, Richard (eds.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1932, t. 2, pp. 585-587; un análisis diferente desde una perspectiva actual se encuentra especialmente en Gusy, Christoph, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, pp. 280-286. Con la Ley Fundamental fue superada la teoría de los "derechos fundamentales en el marco de la leyes", de acuerdo con el artículo 1o., párrafo 3, de la Ley Fundamental, se extiende la vinculación a los derechos fundamentales también a la legislación. En la actual jurisprudencia de la jurisdicción constitucional alemana ya no es defendida de manera seria la superioridad absoluta de la ley frente a la libertad de conciencia.

[278] Respecto a la dignidad humana conforme al artículo 1o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, *cfr.* especialmente Geddert-Steinacher, Tatjana, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, Berlín, Duncker & Humblot, 1990; Enders, Christoph, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung,* Tübingen, Mohr Siebeck, 1997. La interpretación de la dignidad humana en el derecho alemán constitucional sigue principalmente la tradición de la filosofía de Kant: Autonomía es entonces la razón de la dignidad de toda naturaleza humana y racional, Kant, Immanuel, "Grundlegung der Metaphysik der Sitten", *Kant's gesammelte Schriften*, Berlin, Academia Real Prusiana de las Ciencias, 1903/11, t. 4, pp. 385-464 (acentuación omitida). Además, en la interpretación del artículo 1o., párrafo 1 de la Ley Fundamental juegan un rol importante las clásicas líneas de la teoría del derecho natural cristiano. La dignidad humana se encuentra ahora también en la cima de la Carta Europea de Derechos Humanos del 2000, la que representa un derecho primario vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, conforme al artículo 6o., párrafo 1 del Tratado de la Unión Europea.

[279] La cercana relación entre dignidad humana y conciencia es acentuada en BVerfGE 12, 45 (53-4); *cfr.* también la indicación de "la autonomía moral de la persona", que "directamente" se expresa en la objeción de conciencia, BVerfGE 78, 391 (395). De la literatura *cfr.* (sobre el especial contenido de dignidad humana de la libertad de conciencia), Arndt, Adolf, "Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung", *Neue Juristische Wochenschrift*, Munich, C. H. Beck, 1957, p. 361; Freihalter, Gerd Ulrich, *Gewissensfreiheit. Aspekte eines Grundrechts*, Berlín, Duncker & Humblot, 1973, pp. 68-73; Kästner, Karl-Hermann, "Individuelle Gewissensbindung und normative Ordnung", *Zeitschrift für*

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



es adjudicado un importante contenido de dignidad humana.[280] Esto tiene como consecuencia que los deberes jurídicos, al menos en determinados casos, cedan ante los mandatos de conciencia.

En algunas de sus disposiciones, el derecho remite a conflictos entre los deberes jurídicos y los mandatos morales que el individuo considera como vinculatorios. En primer lugar, debe mencionarse aquí la libertad constitucional de conciencia, que está garantizada junto con la libertad de creencia. Ya que dentro de las disposiciones jurídicas existe un mandato de tomar en cuenta las objeciones de conciencia, el derecho absorbe los conflictos entre los deberes jurídicos y los morales. Incluso, cuando el deber de vigilar las objeciones de conciencia remite a un objeto fuera del derecho (las convicciones morales del individuo), éste presenta la naturaleza de un deber jurídico. Ya que se encuentra en contraposición con otros deberes jurídicos, se convierte entonces en un conflicto jurídico interno.[281] La pregunta de filosofía jurídica relativa a la relación entre derecho y moral se convierte en una cuestión de interpretación del derecho positivo, sin que por ello pierda su explosiva fuerza moral.

## 1. Bases de la libertad de conciencia bajo la Ley Fundamental

La pieza eje de la protección de la objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico alemán se encuentra en la libertad de conciencia protegida por el artículo 4o., párrafo 1, de la Ley

---

*evangelisches Kirchenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck,1992, núm. 37, pp. 127-148 y 131; Bayer, Klaus Dieter, *Das Grundrecht der Religions-und Gewissensfreiheit*, Baden-Baden, Nomos, 1997, p. 33.

[280] De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán *cfr.* BVerfGE 32, 98 (108); 33, 23 (28 y 29); 35, 367 (376); 48, 127 (163); en la literatura, véase 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, y p. 671.

[281] Borowski, Martin, *op. cit.*, p. 563.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



Fundamental. De acuerdo con las reglas generales de la dogmática de los derechos fundamentales,[282] surgen dos preguntas básicas. Primero, ¿existe una intervención del Estado en el ámbito de protección de la libertad de conciencia? De ser afirmativa la respuesta, aparece la segunda pregunta: ¿puede ser justificada constitucionalmente la intervención del Estado en el caso concreto? De ser así, el ámbito de protección del derecho fundamental se encuentra limitado.

En el marco de la primera pregunta, se puede diferenciar entre el ámbito de protección objetivo y la esfera de protección personal.[283] Esto conduce principalmente a la pregunta respecto al concepto de conciencia, la cuestión relativa a la protección del *forum externum* y aquellos potenciales portadores de la libertad de conciencia. A continuación, es necesario esclarecer la relación entre la libertad de creencia y la libertad conciencia, y bosquejar la libertad de objeción de conciencia militar como caso especial de la libertad de conciencia.

## 1. *El concepto de conciencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*

El concepto de conciencia en la ciencia jurídica bajo la Ley Fundamental surge esencialmente de la interpretación de la libertad de conciencia de acuerdo con el artículo 4o., párrafos 1 y 3, de la Ley Fundamental.[284] De acuerdo con el Tribunal Cons-

[282] De la diferencia en la dogmática de los derechos humanos entre el ámbito de protección, intervención y límite, véase Lübbe-Wolff, Gertrude, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1988, pp. 25-32; Borowski, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, 2a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 231-238.

[283] Relativo al ámbito objetivo de protección, *contra lo cual* protege un derecho fundamental. En cuanto a la esfera personal de protección y al portador del derecho: ¿quién es protegido? Para la libertad de conciencia, vale el concepto general de intervención de la dogmática de los derechos fundamentales. *Cfr.* Borowski, Martin, *Glaubens- und..., cit.*, p. 572.

[284] Esto obedece a las leyes fundamentales de la metodología jurídica, que uno y un único concepto, como "conciencia" en diferentes disposiciones pueda ostentar un distin-

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



titucional Federal alemán, la libertad de conciencia, conforme al sentido de esta disposición, es[285]

> cada decisión moral, es decir, cada decisión que se considere dentro de las categorías de "bueno" y "malo", que el individuo en una determinada situación experimente como vinculante e incondicionalmente obligatoria, de tal manera que él no pueda actuar en contra de esta sin un serio problema de conciencia.[286]

Esta caracterización ha sido aceptada en gran medida por la doctrina y tomada en consideración por los tribunales ordinarios.[287] El Tribunal justifica este concepto de conciencia haciendo referencia, en última instancia, al uso general del lenguaje.[288] Niega textualmente un análisis interdisciplinario. No es necesario, dice el juez,

> ...ningún análisis con las teorías teológicas y filosóficas respecto al concepto, esencia y origen de la conciencia; esto sobrepasa las competencias de los jueces y sería también legalmente improduc-

---

to significado. Conforme al artículo 38, párrafo 1, enunciado 2, de la Ley Fundamental, los diputados del *Bundestag* alemán "no (están) ligados a mandatos ni instrucciones, y sujetos únicamente a su conciencia". "Conciencia" en este sentido es claramente más sustanciosa que en el artículo 4o., párrafos 1 y 3, de la Ley Fundamental. El artículo 38, párrafo 1, enunciado 2, de la Ley Fundamental, no constituye, sin embargo, una protección a la conciencia del individuo sometido al Estado, sino en la capacidad de función del órgano del Estado "*Bundestag* alemán" y los órganos que lo componen. Relativo a "conciencia" en el artículo 38, párrafo 1, enunciado 2, de la Ley Fundamental véase principalmente Rühl, Ulli F., "Das "Freie Mandat": Elemente einer Interpretations-und Problemgeschichte", *Der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, 2000, núm. 39, pp. 23-48.

285 Esta fórmula fue acuñada por primera vez en la interpretación de la libertad de objeción de conciencia militar conforme al artículo 4o., párrafo 3, de la Ley Fundamental. El concepto de conciencia en el artículo 4o., párrafo 3, de la Ley Fundamental no se diferencia desde una perspectiva general del artículo 4o., párrafo 1, de la Ley Fundamental. *Cfr.* Borowski, Martin, "Glaubens- und...", *cit.*, p. 552.

286 BVerfGE 12, 45 (55), trad. libre; 21, 191 (205); 48, 127 (173 y 174).

287 *Cfr.* la prueba con Borowski, Martin, *op. cit.,* p. 552, observación 869.

288 BVerfGE 12, 45 (54).

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



> tivo, porque sobre varios de los problemas aquí presentes existen en las competentes disciplinas profundas opiniones diferentes.[289]

Esta temprana y decisiva negativa del más alto tribunal alemán de un empréstito de las ciencias vecinas ha tenido como consecuencia que aproximaciones teológicas, filosóficas y psicológicas de la conciencia no jueguen hasta ahora ningún papel importante en la interpretación del artículo 4o. de la Ley Fundamental. Las diferencias finas pierden gran parte de su relevancia, ya que a través del amplio concepto de conciencia del Tribunal Constitucional Federal alemán todo lo que para el uso del lenguaje común represente una cuestión de conciencia se considera jurídicamente como tal. Ello es válido respecto de la diferencia entre conciencia intuitiva y conciencia normativa. La primera hace referencia a las objeciones de conciencia en vivencias evidentes, que sólo son capaces de comunicarse, pero no de fundamentarse. En cambio, de acuerdo con el concepto normativo de conciencia, las convicciones morales pueden ser justificadas.[290] El concepto de conciencia adoptado por el Tribunal Constitucional Federal alemán presupone solamente la existencia de una "emergencia de conciencia", independiente de la pregunta de si y cómo se puede justificar la objeción de conciencia en cuestión.[291] Para las diversas reconstrucciones del fenómeno de "conciencia", el concepto del Tribunal se orienta fundamentalmente en una "decisión". Lo anterior conduce hacia un concepto autónomo de conciencia, según el cual los juicios morales de actos representan el resultado de una decisión libre del individuo. Por el contrario, de acuerdo con el concepto heterónomo de conciencia, la objeción de conciencia se encuentra caracterizada de manera

---

289 BVerfGE 12, 45 (55), trad. libre.

290 Respecto a la diferencia del concepto de conciencia institucional y normativa, véase Borowski, Martin, *Glaubens-und..., cit.,* p. 551.

291 BVerfGE 127, 302 (326): "Para el reconocimiento constitucional de este fenómeno psíquico (conciencia) no depende de si la creación de la norma yace en razones predominantemente racionales o simplemente sentimentales".

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



determinante por influencias externas, como las expectativas interiorizadas de la sociedad o, en la versión freudiana, los deseos interiorizados de los padres.[292] El Tribunal funda la libertad de conciencia desde la "libre personalidad humana",[293] y considera que "la persona moral autónoma se expresa directamente"[294] en la libertad de conciencia. La valoración jurisdiccional de las "influencias mentales" que han jugado un rol en la construcción de la objeción de conciencia ha sido negada explícitamente por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Una objeción de conciencia no puede ser meramente rebatida como "irracional,"[295] y será determinante en cuanto el individuo experimente internamente un mandato o una prohibición moral de manera obligatoria y suficiente.

## 2. *La protección del* forum externum

Sin duda alguna, el artículo 4o., parrafo 1, de la Ley Fundamental, protege la libertad de conciencia, en particular su dimensión interna (el *forum internum),* entendido como la libertad de construir y tener internamente una conciencia. Sin embargo, el texto es menos claro respecto a la protección de la dimensión

---

[292] Para distinguir entre el concepto autónomo y heterónomo de conciencia véase Fetz, Reto Luzius, "Gewissen", en Sandkühler, Hans Jörg (ed.), *Enzyklopädie Philosophie*, Hamburgo, Meiner, 1999, t. 1, pp. 498-501. Sobre la relación del concepto de objeción de conciencia de acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal alemán y el concepto heterónomo de conciencia, véase Borowski, Martin, *Glaubens-und..., cit.,* pp. 552 y 553, Anm. 870.

[293] BVerfGE 12, 45 (53), trad. libre.

[294] BVerfGE 12, 45 (54); 78, 391 (395), trad. libre.

[295] En contra de la exigencia de la "racionalidad" de la justificación de una objeción de conciencia, véase Borowski, Martin, "Glaubens-und...", *cit.*, p. 557. Sin embargo, el sistema de normas morales, al cual el portador del derecho aduce, debe en un sentido ser racional, de tal modo que éste no contenga conflictos de normas internas sin resolver. Un sistema de normas morales en el cual uno y similares actos, de acuerdo con una norma moral hagan realidad una virtud y respecto a otra norma al mismo tiempo representen un pecado, no pueden ser oponibles frente a mandatos o prohibiciones del Estado. *Cfr. ibidem,* pp. 557 y 558.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



externa de la conciencia o *forum externum*; esto es, la libertad de actuar de acuerdo con una objeción de conciencia. Mientras el artículo 4o., párrafo 2, de la Ley Fundamental dispone para la libertad de creencia "la práctica de la religión" —y esto solamente al nivel de las restricciones del derecho fundamental—, se intenta buscar la mención de una "práctica de conciencia" u otorgar algo parecido. Además, se garantiza con la libertad de objeción de conciencia militar, en términos del artículo 4o., párrafo 3, de la Ley Fundamental, un caso especial de la dimensión externa de la libertad de conciencia, por lo cual uno podría llegar a la conclusión inversa que dentro de la libertad general de conciencia, dispuesta en el artículo 4o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, no está garantizado el *forum externum*.[296] En esta dirección apunta también la literatura anglosajona respecto a la interpretación del artículo 9o. de la Convención Europea de Derechos Humanos, cuyo texto se aproxima al artículo 4o., párrafos 1 y 2, de la Ley Fundamental.[297] Sin embargo, la libertad de conciencia se volvería ampliamente obsoleta[298] si no la protegiera los actos correspondientes. Apoyado en la historia de la génesis del artículo 4o., párrafos 1 y 2, de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal

---

[296] Zippelius, Reinhold, en Dolzer, Rudolf *et al.* (eds.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, C. F. Müller, 1989, artículo 4o. GG, párrafos 41-44. Otras opiniones en adelante véase la 4a. revisión de Stefan Mückl de 2008, artículo 4o. GG, párrafos 110 y 111.

[297] Ovey, Clare y White, Robin C. A., *Jacobs & White: The European Convention on Human Rights*, 4a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 308; Vermeulen, Ben, "Freedom of thought, Conscience and Religion (Article 9)", en Van Dijk, Pieter *et al.* (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2006, pp. 751-771, 753 y 754. La literatura alemana relativa al artículo 9o. de la Convención Europea de Derechos Humanos privilegia realmente la línea de dogmática alemana de derechos fundamentales. *Cfr.* Peters, Anne, *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention*, Munich, C. H. Beck, 2003, p. 183.

[298] Con un reconocimiento no completo, porque también el *forum internum* requiere la protección en contra del posible adoctrinamiento estatal. Al respecto, véase Herzog, Roman, "Die Freiheit des Gewissens und der Gewissensverwicklichung", *Deutsches Verwaltungsblatt*, Köln-Berlín-Munich-Bonn, Carl Heymanns Verlag, 1969, p. 719; Freihalter, Gerd Ulrich, *op. cit.*, pp. 81-83.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



alemán ha incluido la dimensión externa o *forum externum* dentro del ámbito de protección de la libertad de conciencia. Por consiguiente, no solamente está protegida la libertad de construir y de sostener una decisión de conciencia, sino también la libertad de actuar de acuerdo con la misma.[299] Esta protección del *forum externum* es, desde una perspectiva histórica jurídica, un avance sobresaliente,[300] y desde una perspectiva de derecho comparado, algo no tan evidente.[301]

## 3. *La libertad de conciencia como derecho fundamental personalísimo*

Una particularidad que distingue al derecho fundamental de libertad de conciencia frente a otros derechos es su naturaleza altamente personal. Cada persona natural es portadora del derecho universal de libertad de conciencia de acuerdo con el artículo 4o., párrafo 1, de la Ley Fundamental. Debido a la naturaleza personal e individual de la objeción de conciencia, no se considera aplicable este derecho fundamental, debido a su propia naturaleza, a las personas jurídicas, de acuerdo con el artículo 19, párrafo 3, de la Ley Fundamental. Por esta razón, las personas jurídicas u otras asociaciones de personas no pueden ser portadoras del derecho fundamental de libertad de conciencia.[302] Teniendo en

[299] BVerfGE 78, 391 (395). La literatura lo apoya en su mayoría, pruebas en Borowski, Martin, *Glaubens-und…*, *cit.*, p. 566, observación 945. La posición contraria solamente se encuentra altamente aislada. *Cfr.* Eiselstein, Claus, "«Das Forum externum» der Gewissensfreiheit – ein Weg in die Sackgasse", *Die Öffentliche Verwaltung*, Stuttgart, Kohlhammer, 1984, pp. 794-798, así como recientemente Merten, Detlef, "Negative Grundrechte", en Merten, Detlef y Papier, Hans-Jürgen (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, t. 2, pp. 741-920, párrafos 85 y 86.

[300] Respecto a la teoría de la libertad en "dentro del marco de la ley" bajo la Constitución de la República de Weimar, véase la nota 2.

[301] Respecto a la interpretación del artículo 9, párrafo 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos en la literatura anglosajona como garantía solamente del *forum internum* de la libertad de conciencia véase la nota 22.

[302] Böckenförde, Ernst-Wolfgang, "Das Grundrecht der Gewissensfreiheit", *Veröf-*

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



cuenta la cercana relación entre la libertad de creencia y la libertad de conciencia, y el importante significado de la dimensión colectiva de la libertad de creencia (comunidad religiosa)[303] esta negación de la protección del derecho resulta a primera vista algo sorprendente, pero que se esclarece a partir de la naturaleza individual prototípica del fenómeno de la "conciencia".[304]

## 4. *Las restricciones a la libertad de conciencia*

A pesar de que la libertad de conciencia, en términos del artículo 4o., párrafo 1, de la Ley Fundamental no presenta reserva alguna de limitación, puede ser restringida por razones de conflicto con otro derecho constitucional, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán.[305] El precio

---

*fentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer,* Berlín, De Gruyter, 1970, núm. 28, p. 65; Herdegen, Matthias, *Gewissensfreiheit und Normativität und des positiven Rechts*, Berlín-Heidelberg, Springer, 1989, pp. 295 y 296; Kästner, Karl-Hermann, *op. cit.,* p. 133. Para el punto de vista aislado contrario, véase Häberle, Peter, "Diskussionsbeitrag", *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer*, Berlín, De Gruyter, 1970, núm. 28, p. 110; Franke, Dietrich, "Gewissensfreiheit und Demokratie. Aktuelle Probleme der Gewissensfreiheit", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, núm. 114, 1989, pp. 7-45 y 18.

303 Tribe, Lawrence, *American Constitutional Law*, 2a. ed., Mineola-New York, Foundation Press, 1978, p. 812: "Religious life is inherently associational". *Cfr.* Rawls, John, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, p. 221: "Both associations and individual needs protection". De la literatura alemana *cfr.* solamente Badura, Peter, "Das Staatskirchenrechts", en Listl, Joseph y Pirson, Dietrich (eds.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1994, t. 1, p. 241.

304 Respecto a la prototípica naturaleza individual de la conciencia, véase Marcic, René, "Diskussionsbeitrag", *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer,* Berlín, De Gruyter, 1970, núm. 28, pp. 113-115 y 113; Bethge, Herbert, "Gewissensfreiheit", en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2009, t. 7, p. 13.

305 Kluth, Winfried, "Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die allgemeine Geltung der Gesetze. Überlegungen zu einer situativen Normdurchbrechung", en Isensee, Josef *et al.* (eds.), *Dem Staat, was des Staates–der Kirche, was der Kirche ist. Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 1999, p. 230; Morlok, Martin, en Dreier, Horst (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, 2a. ed., Tübingen, Mohr Siebeck,

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



de una concepción amplia de los supuestos de hecho, que comprende la protección del *forum externum*, consiste en una cláusula de restricción que permite una razonable realización de los intereses legítimos del Estado.[306] Con vista en los criterios de las justificaciones constitucionales de intervenciones estatales, la libertad de conciencia arroja problemas importantes desde dos puntos de vista. A partir de una perspectiva formal, exige la "reserva de ley", lo que significa que la intervención ha de sustentarse sobre una ley parlamentaria con suficiente precisión.[307] El legislador puede solamente regular las situaciones que él mismo puede prever. Debido a la naturaleza personalísima de las convicciones de conciencia, la objeción nunca puede ser completamente previsible. Con este trasfondo, los requisitos de la reserva de ley deberán ser aplicados de manera generosa, especialmente cuando se trata de

---

2004, t. 1, artículo 4o. GG, párrafo 143. La idea aislada de sustentar la "transferencia" del artículo 140 de la Ley Fundamental vinculado al artículo 136, párrafo 1, de la Constitución de la República de Weimar como claúsula de restricción de la libertad de conciencia conforme al artículo 4o., párrafo 1, de la Ley Fundamental (en este sentido, por ejemplo, Herdegen, Matthias, *op. cit.,* pp. 287-290; Herdegen, Matthias, "Gewissensfreiheit", en Listl, Joseph y Pirson, Dietrich [eds.], *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1994, t. 1, pp. 495-497) no es convincente para la libertad de conciencia (véase Borowski, Martin, "Glaubens-und...", *cit.*, pp. 487-505), esto vale aun más conforme al texto directo de la libertad de conciencia. Incluso cuando el adoptar una claúsula general no escrita podría ser preferible (*ibidem*, pp. 526-540), la teoría de la limitación a través de derechos constitucionales en conflicto en el sentido amplio encamina a resultados divergentes en pocos casos (*cfr.* para diferenciar entre sentido amplio y restrictivo dentro del marco de esta teoría, *ibidem*, pp. 516-526).

306 Borowski, Martin, *"Grundrechte als..."*, *cit.,* 264; Borowski, Martin, "*Glaubens-und...*", *cit.,* p. 539.

307 Para algunos, la reserva de ley exige, conforme al artículo 20, párrafo 3, de la Ley Fundamental, la existencia de una ley. La teoría de la sustancialidad del Tribunal Constitucional Federal alemán, que proviene del área de tensión entre el principio de Estado y el principio democrático, exige, además, para las cuestiones constitucionales relevantes, una ley parlamentaria con una suficiente precisión de los supuestos de hecho y de las consecuencias jurídicas. Respecto a la reserva de ley, *cfr.* Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2a. ed., Munich, C. H. Beck, 1984, t. 1, pp. 805-811; relativo a la teoría de la sustancialidad veáse sobre todo Lerche, Peter, "Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie", en Merten, Detlef y Papier, Hans-Jürgen (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, t. 3, pp. 301-331.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



cuestiones de conciencia más allá de las ideas morales convencionales.[308]

En cuanto a los criterios materiales, constituye una efectiva limitación, sin lugar a dudas,[309] el examen de proporcionalidad *en sentido amplio*,[310] a partir del cual finalmente se arriba a una ponderación entre la intensidad de las intervenciones estatales al derecho fundamental y las razones que justifican las intervenciones.[311] Se contrapone entonces el mandato o prohibición de conciencia con el mandato o prohibición del derecho estatal: ¿cuál mandato o prohibición tiene prioridad en un caso concreto? El juez, quien en última instancia debe tomar la decisión, se encuentra ante una situación difícil, que puede plantear y finalmente resolver mediante la dogmática de los derechos fundamentales.[312]

---

[308] Borowski, Martin, *Glaubens-und...*, *cit.*, pp. 448, 449, 545 y 579. La alternativa radical consistía en acordar la imposibilidad de una regulación suficientemente precisa de los límites, debido a la imprevisibilidad de las objeciones de conciencia, y finalmente, a que el *forum externum* no fuera protegido. *Cfr.* Vermeulen, Ben, *op. cit.,* p. 753, en el marco del artículo 9o. de la Conveción Europea de Derechos Humanos: "[I]t is no possible to frame a satisfactory and workable provision containing restrictions. Therefore, it must be assumed on logical grounds that article 9 does not guarantee the external freedom of consciencie". A pesar de que los criterios formales de las justificaciones constitucionales, como la reserva de ley, valen como protección del individuo. Para estos deviene a ser peor, cuando asimismo se va demasiado lejos, ya que la esencia completa del derecho fundamental queda recortada debido a los problemas de la protección formal. Constituye para el individuo más beneficio, el tomar un ámbito de protección del derecho fundamental de manera amplia y ser estricto en los criterios fomales como lo permitan las circunstancias correspondientes.

[309] Borowski, Martin, *Glaubens-und..., cit.,* pp. 542-548 y 573.

[310] Respecto al principio de proporcionalidad, *cfr.* Merten, Detlef, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, en Merten, Detlef y Papier, Hans-Jürgen (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, t. 3, pp. 517-567.

[311] Esencialmente respecto al método de la ponderación y su racionalidad, Borowski, Martin, *Grundrechte als...*, *cit.,* pp. 120-123; Borowski, Martin, *Glaubens-und..., cit.,* pp. 2014-2120.

[312] El resultado estructural de la ponderación encamina a tal efecto, que las premisas necesarias de la argumentación sean resaltadas de manera precisa —un resultado, dentro de ámbitos ideológicos controvertidos, como lo es la interpetación de los derechos fundamentales, no debe ser subestimado—. *Cfr.* al respecto, por ejemplo, Freihalter, Gerd Ulrich, *op. cit.,* p. 234; *cfr.* también Borowski, Martin, "*Grundrechte als...*", *cit.,* pp. 121 y 122.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



La Ley Fundamental obliga el Estado a tener una neutralidad religiosa o de cosmovisión,[313] por lo que la calificación de las bases morales de una cuestión de conciencia como "buenas" o "malas" no tiene lugar.[314] Además, si consideramos que la conciencia constituye un fenómeno subjetivo, individual y personalísimo, ¿cómo puede el juez estar seguro de que una objeción de conciencia realmente existe y no es simulada para evadir molestos deberes estatales? Lo anterior nos conduce a la cuestión de la carga de la alegación. Mientras se trate de una verdadera objeción de conciencia, se encuentran el mandato de conciencia y el mandato estatal uno frente al otro no en el sentido de un abrupto sí o no, ya que se puede encontrar una alternativa respetuosa de la objeción conciencia.[315] De si y hasta qué grado existe una alternativa respetuosa de la conciencia, depende de las circunstancias del caso correspondiente, y, por último, del contenido de la objeción de conciencia.

## 5. *La relación entre la libertad de creencia y la libertad de conciencia*

De acuerdo con la interpretación de la libertad de conciencia plasmada en la Ley Fundamental, la libertad de conciencia es independiente de la libertad de creencia. Sin embargo, visto desde la historia del derecho, la libertad de conciencia es interpretada como un aspecto de la libertad de creencia. La libertad de creencia y de conciencia jugaron un rol decisivo en el desarrollo de los

313 Respecto a la neutralidad religiosa y de cosmovisión por parte del Estado, Schlaich, Klaus, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1972; Huster, Stefan, *Die ethische Neutralität des Staates*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002. Respecto al "deber de neutralidad" dentro del marco de la libertad de conciencia, Borowski, Martin, "*Glaubens-und...*", *cit.*, p. 554.

314 BVerfGE 12, 45 (56): "La facultad de examen jurisdiccional no puede ir tan lejos..., que una vez reconocida una objeción de conciencia como tal, pueda ser en este sentido valorada como «errónea», «falsa» o «correcta»". *Cfr.* también, por ejemplo, BVerwGE 127, 302 (332).

315 Véase III.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



derechos humanos y fundamentales. No es casualidad que Georg Jellinek las designara como un "derecho originario".[316] No se ha determinado completamente en qué tiempo se independizó la libertad de conciencia de la libertad de creencia. Algunos consideran que dicho proceso se desarrolló a partir del siglo XIX,[317] mientras que otros lo ubican a principios del siglo XX[318] o incluso hasta la adopción de la Ley Fundamental.[319] Esta autonomía entre ambas libertades no debe ser entendida, empero, en el sentido de un "exclusivo o" —naturalmente, las objeciones de conciencia están regularmente fundadas en razones religiosas,[320] y estas razones religiosas en las objeciones de conciencia con frecuencia hacen realmente convincente dicha unión—. Una objeción de conciencia fundada religiosamente satisface de igual forma los requisitos de protección de la libertad de conciencia y de la libertad religiosa, siempre que haya un área de especial mención en la cual la libertad de conciencia y de creencia se crucen. Sin embargo, la congruencia es solamente parcial —ya que hay actos que solamente entran en

316 Jellinek, Georg, "Die Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte", en Schnur, Roman (ed.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964, pp. 1-77 (enfásis en la 4a. ed.), y pp. 46-61. Respecto a la tesis de Jellinek sobre la libertad de creencia y de conciencia como un "derecho originario", véase Borowski, Martin, *Glaubens-und..., cit.,* pp. 64-70; Borowski, Martin, "Die Glaubens-und Gewissensfreiheit in der Entwicklung der Grund-und Menschenrechte", *Information Theologiae Europae. Internationales ökumenisches Jahrbuch für Theologie*, Frankfurt am Main, Peter Lang 2005, núm. 14, pp. 85-99 (este texto se encuentra traducido al español en este compedio).

317 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *op. cit.,* p. 40; Kästner, Karl-Hermann, *op. cit.,* p. 137.

318 Rupp, Hans Heinrich, "Verfassungsprobleme der Gewissensfreiheit", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Munich, C. H. Beck, 1991, p. 1034.

319 Herzog, Roman, *op. cit.,* p. 718.

320 A través de esta congruencia parcial la libertad de creencia puede cerrar aun más el vacío que yace con el rechazo de la protección del *forum externum* de la libertad de conciencia. *Cfr.* al respecto Ovey, Clare y White, Robin C. A., *op. cit.,* p. 308, quien encamina la demanda de actos acordes a la conciencia: "[M]ost such claims could almost certainly be framed in terms of manifestation of beliefs". No obstante, permanece un vacío preocupante para el acto correspondiente de una convicción moral puntual, que se experimenta de manera urgente. Esto puede ser solamente solucionado a través de una libertad de conciencia independiente, que también proteja el *forum externum*.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



el ámbito de protección de la libertad de creencia y otros que sólo pueden ser protegidos por la libertad de creencia—.

La libertad de creencia, en términos del artículo 4o., párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental, protege los sistemas de significados que contienen declaraciones que buscan explicar el mundo, incluyendo religiones y cosmovisiones no religiosas,[321] seguidas por los individuos.[322] Por "comprensivo" se entiende que este sistema debe tomar posición sobre las preguntas centrales la vida humana.[323] Un acto es protegido por la libertad de creencia cuando constituye un mandato dictado por una religión o cosmovisión con esas características. Por ejemplo, cuando una religión prescribe rezar a determinadas horas, rezar se presenta como un ejercicio religioso —independientemente de la cuestión de si el creyente se encuentra o no en una necesidad religiosa urgente y no puede rezar—. Dicho de manera simple: la libertad de creencia protege un acto determinado, no debido a la urgencia emanada del mandato o prohibición moral, sino en virtud de la pertenencia de la correspondiente convicción a una religión o cosmovisión.[324]

Por otro lado, las objeciones de conciencia pueden estar fundadas más allá de religiones o cosmovisiones. Se trataría entonces de mandatos o prohibiciones puntuales que no son parte de un sistema de significados comprensivo de declaraciones para interpretar el mundo, sino como mandatos o prohibiciones puntuales que fuertemente se sienten como apremiantes. Éstos son protegidos solamente por la libertad de conciencia.[325]

Solamente cuando las convicciones religiosas constituyen también convicciones morales, que de manera importante se sienten como urgentes, serán protegidas tanto por la libertad de creencia co-

---

321 Borowski, Martin, *Glaubens-und..., cit.,* pp. 388-395.

322 Relativo al rasgo subjetivo de la libertad de creencia véase *ibidem*, pp. 399-410.

323 *Ibidem*, pp. 395-399.

324 *Ibidem*, p. 562.

325 Herdegen, Matthias, *op. cit.,* p. 232; Kluth, Winfried, *op. cit.,* pp. 224 y 225; Borowski, Martin, *op. cit.*, 561.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



mo por la libertad de conciencia. En este caso, las convicciones están protegidas por ambos derechos fundamentales, sin que ninguno de los dos tenga *per se* prevalencia sobre el otro.[326]

## 6. *La objeción de conciencia militar en los términos del artículo 4o., párrafo 3, de la Ley Fundamental*

La libertad de objeción de conciencia militar constituye un caso práctico con especial significado para la libertad de conciencia.[327] Dicha libertad protege el derecho de no ser obligado a realizar el servicio militar armado, con base en motivos de conciencia.[328] Frecuentemente, se ve como correlato del deber del servicio militar obligatorio, en términos del artículo 12a, párrafo 1, 1er. caso, de la Ley Fundamental y de la Ley del Deber Militar, que contempla también parte del derecho de objeción de conciencia. Sin embargo, también pueden apelar al derecho de ob-

---

[326] El mero hecho de que dos derechos fundamentales sean aplicables no dirigen, empero, para sí, una amplificación de su protección en el sentido de un mayor peso en la ponderación. *Cfr.* respecto a esto, Muckel, Stefan, *Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1997, p. 161.

[327] Respecto a la objeción de conciencia militar como *lex specialis* de la libertad de conciencia, véase Mager, Ute, en Von Münch, Ingo y Kunig, Philip (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, 5a. ed., Munich, C. H. Beck, 2000, t. 1, artículo 4o. GG, párrafo 69.

[328] Si se tomara textualmente la formulación del "servicio militar armado", éste no comprendería el servicio militar en tiempos de paz. Si se obligara al objetador de conciencia, sin embargo, al servicio militar en tiempo de paz, se le estaría forzando a la instrucción de algo que éste de primera mano objetaría o lo hubiera hecho antes. Además, sería sumamente ineficiente el instruir a personas al "servicio armado", que en una situación de defensa con toda probabilidad negarían este servicio. *Cfr.* respecto a los dos argumentos BVerfGE 12, 45 (56). De ahí que ya se extiende el derecho de objeción militar desde una perspectiva general al servicio militar en tiempos de paz. Sin embargo, no comprende la libertad de objeción de conciencia militar la objeción a cualquier tipo de apoyo a la defensa del país; dicho de otra manera: a la objeción del "servicio militar no armado". La limitación entre servicio militar con o sin armas se vuelve cada vez más difícil con la nueva tecnología militar. *Cfr.* respecto a esto: Herdegen, Matthias, "Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen", en Listl, Joseph y Pirson, Dietrich (eds.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1994, t. 1, pp. 512 y 513; Morlok, Martin, en Dreier, Horst (ed.), *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 164.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



jeción de conciencia los soldados temporales y de carrera, así como quienes realizan el servicio militar de manera voluntaria.[329] Es importante notar que la objeción de conciencia militar se encuentra protegida desde la versión original de la Ley Fundamental de 1949, mientras que el deber militar solamente fue incorporado en la Ley del Deber Militar de 1956. El "deber militar" obtuvo su actual sustento constitucional con el artículo 12a de la Ley Fundamental en 1968.

Un límite fundamental a la objeción de conciencia militar consiste, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, en que solamente la "objeción de conciencia militar principal" está protegida.[330] A este tipo de objeción de conciencia se le contrapone la "objeción de conciencia militar condicionada por la situación", en la cual la objeción no se extiende por antonomasia al asesinato en guerra, sino solamente al asesinato en una situación determinada —es decir, de determinados enemigos, con uso de determinadas armas, etcétera—. Este límite a la "objeción de conciencia militar principal" ha sido criticado por la doctrina.[331] La anterior crítica es aún más válida porque la "objeción de conciencia militar condicionada por la situación" debería ser descartada como un recurso de libertad de conciencia general conforme con el artículo 4o., párrafo 1, de la Ley Fundamental.[332] No obstante, se debe tener en cuenta también, respecto a las críticas dirigidas hacia la interpretación del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre objeción de conciencia militar, que desde una perspectiva histórica la libertad de

---

329 Kokott, Juliane, en Sachs, Michael (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, 5a. ed., Munich, C. H. Beck, 2009, artículo 4o. GG, párrafo 93.

330 BVerfGE 48, 127 (163-164); 69, 1 (54); 80, 354 (358); consintiendo, por ejemplo, Herdegen, Matthias, *op. cit.*, p. 515; Bethge, Herbert, *op. cit.*, párrafo 83.

331 Morlok, Martin, en Dreier, Horst (ed.), *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 169; Mager, Ute, en Von Münch, Ingo y Kunig, Philip (ed.), *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 71; Borowski, Martin, "*Glaubens- und...*", *cit.*, pp. 578-581. *Cfr.* también el famoso voto particular de Ernst Gottfried Mahrenholz y Ernst-Wolfgang Böckenförde, BVerfGE 69, 57 y ss.

332 En contra de un tal "efecto de bloqueo" de la interpretación estrecha del artículo 4o., párrafo 3, de la Ley Fundamental, *cfr.* Bethge, Herbert, *op. cit.*, párrafo 83; Borowski, Martin, *ibidem*, p. 582.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



conciencia constituye un derecho constitucional joven,[333] que no se encuentra en todos los catálogos constitucionales de derechos fundamentales.[334]

El problema clásico del ejercicio de la libertad de objeción de conciencia militar en términos del artículo 4o., párrafo 3, de la Ley Fundamental, consiste en el "examen de conciencia".[335] Teniendo en cuenta el significado de la capacidad defensiva militar del Estado, así como de la equidad en la distribución de las cargas emergentes de esta última, debe asegurarse que exista una verdadera objeción de conciencia en contra del servicio militar armado. Esto, por ende, no puede hacerse con una mera "baja" del gravoso servicio militar. Por otro lado, el proceso de reconocimiento no debe complicar el ejercicio de la libertad de objeción de conciencia de manera excesiva. Este problema es un caso especial de la carga de alegación para la objeción de conciencia, que más adelante será analizada.[336]

## II. Intentos de estrechamiento de la libertad de conciencia

Desde una perspectiva histórico-jurídica y de derecho comparado, la concepción histórica del Tribunal Constitucional Federal alemán de la libertad de conciencia como un derecho independiente,

---

[333] *Cfr.* Morlok, Martin, en Dreier, Horst (ed.), *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 13; Mager, Ute, en Von Münch, Ingo y Kunig, Philip (ed.), *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 66.

[334] Como lo han hecho los órganos de la convención al ampliar la libertad de conciencia conforme al artículo 9o., de la Convención Europea de Derechos Humanos con la objeción de conciencia. *Cfr.* respecto a esto, Vermeulen, Ben, *op. cit.*, pp. 755-758; Grabenwarter, Christoph, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4a. ed., Munich-Basel-Viena, C. H. Beck, 2009, p. 254.

[335] *Cfr.* sólo Bethge, Herbert, *op. cit.*, párrafo 85: este constituye el "punto neurológico" de la libertad de objeción de conciencia militar. Con un número reducido de reclutamientos efectivos aparece de manera más apremiante la cuestión relativa a la justicia militar.

[336] Véase III.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



que contiene el derecho *prima facie* de actuar de acuerdo con las convicciones de conciencia, es algo absolutamente notable. A diferencia de la mayoría de los otros derechos, que sólo se ejercen en determinados ámbitos de la vida, un mandato de conciencia puede ser usado en contra de todo tipo de deber jurídico y en todos los ámbitos de la vida.[337] Sin embargo, la idea de constantes exámenes de ponderación jurisdiccionales de objeciones de conciencia contra deberes jurídicos causa malestares. Asimismo, en lugar de otorgar una generosa protección *prima facie* y después tener que realizar constantes ponderaciones entre las objeciones de conciencia y los derechos/bienes jurídicos en conflicto, se busca un acercamiento más estrecho a las objeciones de conciencia. Esto corresponde a la famosa *teoría estricta del supuesto de hecho,* como teoría de construcción de los derechos fundamentales, que se contrapone a la *teoría amplia del supuesto de hecho*.[338] La teoría amplia del supuesto de hecho señala que la fundamentación de los derechos fundamentales se presenta como un juego de argumentos y contraargumentos que son desarrollados en la ponderación.[339] La protección del *forum externum*; es decir, de actuar conforme a una objeción de conciencia,[340] resulta en este sentido una expresión de la teoría amplia del supuesto de hecho; en cambio, el límite de la libertad de objeción de conciencia militar a través de la "objeción de conciencia militar principal" del Tribunal Federal Constitucional alemán[341] representa un caso de aplicación de la teoría estricta del supuesto de hecho. Un *leitmotiv* de la discusión de problemas

---

337 Rupp, Hans Heinrich, *op. cit.*, p. 1035; Kästner, Karl-Hermann, *op. cit.,* p. 130; Muckel, Stefan, *Religiöse Freiheit und..., cit.,* pp. 157-159.

338 Respecto a la discusión sobre las teorías del supuesto de hecho estricta y amplia como teoría de la construcción de los derechos fundamentales, véase Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 3a. ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996, pp. 278-299; Kahl, Wolfgang, "Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistung", *Der Staat,* Berlín, Duncker & Humblot, 2004, núm. 43, pp. 167-202; Borowski, Martin, *Grundrechte als..., cit.*, pp. 252-258.

339 *Cfr.* al respecto, Alexy, Robert, *Theorie der..., cit.*, p. 469.

340 Véase I. 2.

341 Véase I. 6.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



individuales de la libertad general de conciencia en términos del artículo 4o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, consiste en limitar desde un inicio la protección del derecho fundamental en este o en otros aspectos. Es preciso oponerse a estas pretensiones, ya que solamente un entendimiento amplio de la libertad de conciencia considera de manera seria al individuo y su autonomía moral.

### 1. *La grave "necesidad de conciencia"*

De acuerdo con la definición del Tribunal Constitucional Federal alemán, es determinante que el individuo "experimente de manera internamente vinculante" una obligación moral, "respecto de la cual no puede actuar en contra de ella sin sufrir una grave necesidad de conciencia".[342] El criterio de "grave necesidad de conciencia" presenta una gran dosis de ambigüedad, y no es de extrañarse que se encuentre ahí una oportunidad para aquellos que interpretan de manera estricta el supuesto de hecho de la libertad de conciencia. De acuerdo con la jurisprudencia inicial del Tribunal Constitucional Federal alemán, en materia de objeciones de conciencia se exigía una amenaza seria de quiebre de la personalidad del individuo[343] o "daños espirituales graves".[344] Atinadamente, la doctrina se ha manifestado en contra de ello, porque presupone condiciones patológicas para la libertad de conciencia.[345] La libertad de conciencia no debería proteger a los meros fanáticos.[346] El Tribunal Constitucional Federal alemán ha desistido de esos criterios y utiliza ahora una fórmula en la que debe presentarse una "grave

[342] BVerfGE 12, 45 (55).

[343] BverwGE 7, 242 (247 y 248).

[344] BverwGE 41, 52 (55); *cfr.* BverwGE 75, 188 (190).

[345] *Cfr.*, por ejemplo, Tiedemann, Paul, "Der Gewissensbegriff in der höchstrichterlichen Rechtsprechung", *Die Öffentliche Verwaltung*, Stuttgart, Kohlhammer, 1984, pp. 61-67 y 65, de acuerdo con la antigua jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal alemán, presupone un "tipo de neurosis obligatoria".

[346] *Cfr.* en lugar de varios, Bayer, Klaus Dieter, *op. cit.*, p. 31.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



necesidad de conciencia".[347] En la doctrina se ha hecho énfasis en diferentes aspectos, pero se acordó de manera mayoritaria que la identidad de la personalidad debe ser amenazada por la supuesta contravención de un mandato o prohibición moral experimentado como estrictamente vinculante.[348] De acuerdo con la teoría amplia del supuesto de hecho, no pueden aplicarse requisitos exagerados. Por otro lado, no todo lo que el individuo considere como moralmente correcto o preferente puede ser considerado como una objeción de conciencia. Las verdaderas objeciones de conciencia son comparativamente escasas.[349]

### 2. *La limitación a "omisiones"*

Un clásico intento de estrechamiento objetivo consiste en limitar la libertad de conciencia a omisiones.[350] En principio, al individuo le sería prohibido apelar acciones positivas de la libertad de conciencia. El que una fuerte convicción moral pueda asumir la forma de una prohibición moral (lo exigido es una omisión) o de un mandato (un acto positivo de "actuar") depende de las circunstancias del caso en particular y del contenido de la correspondiente objeción de conciencia. El uso común del lenguaje puede constituir sin más un fuerte mandato moral de una objeción de conciencia. Una limitación a "omisiones" tampoco sería

---

347 BVerwGE 81, 239 (241; *cfr.* también BVerwGE 127, 302 (328): Debe "la personalidad como tal [ser] amenazada criticamente en su identidad (aquel que haga esto, no puede ser yo)".

348 Borowski, Martin, *Glaubens-und..., cit.*, pp. 556 y 557.

349 Starck, Christian, en Von Mangoldt, Hermann *et al.* (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 5a. ed., Munich, Verlag Franz Vahlen, 2005, t. 1, artículo 4o., párrafo 1, 2 GG, párrafo 64.

350 Arndt, Adolf, "Umwelt und Recht", *Neue Juristische Wochenschrift*, Munich, C. H. Beck, 1962, pp. 2204-2206; Gläser, Rudolf, *Der Einfluß der Glaubens-und Gewissensfreiheit (Artículo 4o. GG) und der Meinungsfreheit (Artículo 5 GG) auf das Arbeitsverthältnis*, Diss. iur. Göttingen, Facultad de Derecho de la Universidad de Göttingen, 1972, pp. 78-80. En esta dirección, también Muckel, Stefan, *op. cit.*, pp. 157-159.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



seriamente considerada en la libertad de creencia.[351] Lo anterior ha sido rechazado en su mayoría por la opinión de la teoría del Estado alemana respecto de la libertad de conciencia.[352]

### 3. *La prohibición de* venire contra factum proprium *como limitación del ámbito de protección*

El principio desarrollado en el derecho civil de *venire contra factum proprium* se refiere a la prohibición de encontrarse en contradicción con actos anteriores.[353] Dentro del marco de la libertad de conciencia, se busca aprovechar esta idea para excluir del ámbito de protección del derecho fundamental aquellos conflictos de conciencia previsibles por el individuo.[354] Por ejemplo, quien está vinculado por un contrato de trabajo con una empresa de fabricación de armas puede prever que se le exigirá colaborar con la producción de productos bélicos. No obstante, incluso al haber terminado el contrato de trabajo, habría "perdido" el derecho a objetar o negarse por motivos de conciencia en casos futuros. Lo correcto en esta línea de pensamiento es que por regla general los comportamientos verdaderamente contradictorios encaminan a la

---

[351] La aducida afirmación (relacionada con la justificación de distinguir necesariamente entre libertad de creencia y libertad de conciencia) de que la función de conciencia activa afecta casi siempre derechos y bienes impotantes, y la función de creencia activa, por el contrario, no es sencillamente falsa.

[352] *Cfr.* solamente Starck, Christian, en Von Mangoldt, Hermann *et al.* (eds.), *op. cit.*, artículo 4o., párrafos 1 y 2 GG, p. 69; Mückl, Stefan, *op. cit.,* artículo 4o. GG, párrafo 112; *cfr.* también BVerwGE 105, 73 (78): "artículo 4o., párrafo 1 de la Ley Fundamental contiene... o solamente un derecho de defensa en contra de intervenciones del Estado, sino del mismo crece una demanda en contra del Estado de asegurar un espacio para una activa función de la conciencia".

[353] Looschelders, Dirk y Olzen, Dirk, en Martinek, Michael (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einleitung zum Schuldrecht und §§ 241-243 BGB*, 15a. ed., Berlin, De Gruyter, 2009, §§ 242 BGB, párrafos 286-301.

[354] Muckel, Stefan, "Die Grenzen der Gewissensfreiheit", *Neue Juristische Wochenschrift*, Munich, C. H. Beck, 2000, p. 690; BAGE 47, 363 (375); AG Stuttgart, *Neue Juristische Wochenschrift,* Munich, C. H. Beck, 1980, 1109.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



negación de la protección de derechos fundamentales. El problema de la "solución del ámbito de protección" consiste, sin embargo, en que dentro del marco del examen del ámbito de protección solamente hay dos opciones: o bien entra la conducta cuestionable en el ámbito objetivo de protección de la libertad de conciencia, o no entra. Sin embargo, la previsibilidad de un conflicto de conciencia es una cosa de grado. Esto se refiere en primer lugar a las circunstancias externas. Por ejemplo, el caso de un trabajador de la industria farmacéutica que trabajaba sobre un medicamento para combatir mareos y vómitos, cuando su proyecto pasa de una dimensión civil a una militar —concretamente al utilizarse la medicina contra los mareos ocasionados por la radiación nuclear, y no solamente para mitigar los efectos secundarios de las radiaciones en el marco de una terapia contra el cáncer—. De esta manera, se crea la posibilidad de ampliar su uso para soldados en una guerra nuclear.[355] ¿Fue previsible este uso al iniciar el proyecto? Las diferencias entre "empresas bélicas" y "empresas no bélicas" pueden llegar a desaparecer en gran medida.[356] En este contexto, las objeciones de conciencia pueden ser alteradas o se pueden formar nuevas de manera profunda e inesperada. En este sentido, las objeciones de conciencia pueden ser imprevisibles, y lo que por fuera puede verse como un comportamiento contradictorio puede ser en realidad una consecuencia natural de un cambio de conciencia dentro de un periodo de tiempo.[357] En este contexto, se presenta una consideración de especial importancia del "comportamiento contradictorio" respecto a los límites. Dependiendo de la medida en que era previsible un conflicto de conciencia por parte del portador de derechos fundamentales, el peso de la objeción de conciencia puede variar en el ejercicio de ponderación.

---

355 *Cfr.* los hechos en los que se basó BSGE 61, 158 y ss.

356 Borowski, Martin, *Glaubens-und..., cit.,* p. 571.

357 *Ibidem*, pp. 571 y 572; Mückl, Stefan, *op. cit.,* artículo 4o. GG, párrafo 112.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



### 4. *La limitación de acuerdo con la propia esfera de responsabilidad*

Comúnmente se ha apoyado una limitación de la objeción de conciencia de acuerdo con la propia esfera de responsabilidad.[358] Esta limitación debería resolver, en primera instancia, los casos recurrentes en los cuales se objeta el pago de impuestos, al considerar que dicha contribución será usada en una forma contraria a la conciencia del individuo. Suele rehusarse el pago de impuestos en razón de que no debería serle exigible a una persona pacifista apoyar financieramente a las fuerzas armadas del Estado. Otro ejemplo es el rechazo del pago de contribuciones del seguro médico, con motivo de que parte de ello será utilizado para financiar determinadas formas de aborto.[359]

El problema de la objeción de conciencia sería resuelto al distinguir entre dos esferas. La responsabilidad por el pago de los impuestos estaría colocada en la "esfera del bien común" —en tanto el individuo no tiene participación sobre ello, éste no podría hacer válida tampoco su objeción de conciencia—. En su "esfera personal", dicha responsabilidad recaería solamente en el pago puntual de los impuestos o de las contribuciones establecidas. El pago en sí y por sí mismo sería, empero, neutro a la conciencia. Por ello, el deber de pago no debería provocar intervención alguna en el ámbito de protección, y por ende, se considera que la libertad de conciencia no es afectada.[360]

---

[358] *Cfr.* sobre todo Herdegen, Matthias, *Gewissensfreiheit und Normativität..., cit.,* p. 255; Herdegen, Matthias, *Gewissensfreiheit..., cit.,* p. 489; Muckel, Stefan, *Religiöse Freiheit und..., cit.,* pp. 162 y 163; Muckel, Stefan, "Die Grenzen...", *cit.,* p. 690; Muckel, Stefan, en Friauf, Karl Heinrich y Höfling, Wolfram (eds.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz,* Berlin, Erich Schmidt Verlag, artículo 4o. GG, párrafos 64-68; Kluth, Winfried, "*Das Grundrecht...*", *cit.*, pp. 228 y 229; Mückl, Stefan, *op. cit.,* artículo 4o. GG, párrafo 113.

[359] *Cfr.* para ello BVerfGE 67, 26 (37). Sin embargo, esta decisión del Tribunal deja abierta la determinación de si existe una intervención en la libertad de creencia y de conciencia, o de si, empero, hay una intervención, pero ésta es constitucionalmente justificada.

[360] BVerfGE, *Neue Juristische Wochenschrift,* Munich, C. H. Beck, 1993, pp. 455 y

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



Esta concepción estrecha del ámbito de protección, con base en las esferas de responsabilidad, se vuelve cada vez más dudosa entre más se amplía. Al excluir de la protección cuestiones de conciencia, como el "asilo eclesiástico" o el rechazo a cierta correspondencia (por ejemplo, publicidad postal de los "Cientólogos"),[361] al ser consideradas como esferas de responsabilidad ajena,[362] se recortan amplios aspectos de la libertad de conciencia. Sin embargo, ¿es tan clara la separación de los "sectores de responsabilidad", que con ayuda de estos criterios puedan ser resueltos los casos de manera convincente? Finalmente, la *responsabilidad* es también un criterio moral, y cuando el individuo basa un acto u omisión sobre su responsabilidad moral, el Estado no puede simplemente ignorarla. Aquí también, la mejor respuesta consiste en superar los problemas complejos a partir de la teoría de los límites de los derechos fundamentales.[363] Naturalmente, está solución no cambia el hecho de que la libertad de conciencia en varias situaciones —en las cuales realmente hay *prima facie* sectores de responsabilidad totalmente ajenos— no es garantizada, porque la libertad de conciencia aparece limitada. Pero aun cuando se trata claramente de sectores de responsabilidad ajenos, no se puede excluir que el caso concreto pueda ofrecer razones para la libertad de conciencia.

---

456; asimismo, BVerfGE, *Neue Juristische Wochenschrift,* Munich, C. H. Beck, 2003, p. 2600. La discusión de si no existía una intervención o se trataba de una intervención constitucionalmente justificada fue recientemente dejada abierta en BVerfGE, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Munich, C. H. Beck, 2007, p. 505.

361 Esta situación se encuentra en BVerwGE 113, 361.

362 *Cfr.* sobre todo Muckel, Stefan, *Religiöse Freiheit und..., cit.,* pp. 160 y 161; Muckel, Stefan, en Friauf, Karl Heinrich y Höfling, Wolfram (eds.), *op. cit.*, artículo 4o., GG, párrafos 64-68.

363 Borowski, Martin, *Glaubens-und..., cit.*, pp. 568-570; *cfr.* también Böckenförde, Ernst-Wolfgang, "Diskussionsbeitrag", *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatslehrer*, Berlín, Walter de Gruyter, 1970, núm. 28, pp. 120: "Yo no puedo descartar como una posición de conciencia que alguien diga: No estoy listo para pagar la fabricación de bombas atómicas. La cuestión aquí es el problema de limitar... [Yo] no puedo decir, no, esa no es ninguna posición de conciencia porque se trata de un pago de dinero".

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



## III. La carga de alegación para los objetores de conciencia

Hemos visto que los intentos de limitar la libertad de conciencia, dentro de la esfera del supuesto de hecho, no son plenamente convenientes. Sin embargo, permanece todavía una dificultad para el portador del derecho fundamental. Quien quiere hacer valer una objeción de conciencia frente a un deber jurídico tiene que exponer sus convicciones de conciencia y hacerlas creíbles. Las convicciones de conciencia como hechos internos o subjetivos son, sin más, reconocibles desde afuera. Sin embargo, el Estado puede permitir excepciones, igualmente a leyes vigentes, cuando se puedan fijar razones suficientemente objetivas de una objeción de conciencia.[364] La objetivización de las objeciones de conciencia se logra justamente por medio de la exposición y de la credibilidad, a través de las cuales el individuo expone su dilema de conciencia de tal manera que su contenido y significado sea comprensible para los demás. Se trata de la pregunta de la apreciación de las pruebas e indicios de hechos internos, que tradicionalmente se encuentra entre las tareas jurisdiccionales.[365] En este sentido, ha demostrado ser de gran utilidad, a favor de la libertad de conciencia, cuando hay coherencia entre la convicción de conciencia que el individuo hace valer y la forma de vida que ha llevado hasta ese momento.[366] La situación es más compleja cuando no se encuentra indicio alguno en el comportamiento del individuo hasta el momento de la objeción, y además el privilegio, producto del incumplimiento del deber, parece atractivo.

---

364 De la literatura, *cfr.* Kästner, Karl-Hermann, *op. cit.*, p. 139; *cfr.*, además, BVerwGE 127, 302 (332), donde "es exigida una exposición, vista desde afuera como racionalmente comunicable y comprensible en el contexto intersubjetivo, respecto a la seriedad, profundidad e inderogabilidad de la objeción de conciencia".

365 Por ello, no se puede decir que respecto a hechos internos se cierre la posibilidad de una determinación objetiva. En este sentido, Eiselstein, Claus, "*Das «forum»...*", *cit.*, p. 797. De lo contrario, las disposiciones penales, que no pocas veces exigen el "dolo" como elemento, no podrían ser empleadas.

366 Rupp, Hans Heinrich, *op. cit.*, p. 1035.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



La "carga de la alegación" de la objeción de conciencia juega un rol tradicional e importante en el proceso de reconocimiento de la objeción de conciencia militar. Aquí, la carga de la alegación es por lo general alta, porque siempre se trata de lo mismo —la liberación del "servicio militar armado"—. Por el contrario, en el caso de la libertad general de conciencia, puede tratarse de deberes jurídicos completamente distintos. Es necesario diferenciar entre la carga de la alegación de la objeción de conciencia con el significado del deber jurídico correspondiente. Entre más significativo y pesado sea el deber jurídico, más alta es la carga de alegación.[367]

Con frecuencia se señala con relación a la carga de la prueba la llamada "alternativa molesta".[368] Bajo este concepto se entiende la existencia de un acto sustitutivo de naturaleza neutral; prototípico es una prestación sustituta en el marco de la objeción de conciencia militar. Si es posible un acto sustitutivo de naturaleza neutral y hasta qué punto, depende de las circunstancias correspondientes. ¿Existe un medio alternativo respetuoso de la conciencia, con el cual el propósito inicial de la medida dañina de la conciencia se pueda fomentar? Cuando ello no sea posible, no deberá ser impuesto al objetor de conciencia un mero "y/o" como recompensa.[369]

El trato desigual que implica la excepción es justificado, porque tiene un significado más alto para el individuo debido a su conciencia que para aquellos que su conciencia no se los exija. Existe aquí un permisible y necesario trato desigual de desiguales.

---

367 Borowski, Martin, *Glaubens-und..., cit.*, pp. 558 y 559.

368 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *op. cit.*, p. 71; Kästner, Karl-Hermann, *op. cit.*, p. 143.

369 *Cfr.* respecto a la "alternativa molesta", Kluth, Winfried, "Der Preis der Gewissensfreiheit im weltanschaulich-pluralen Leistungsstaat", en Muckel, Stefan (ed.*), Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Rüfner zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 2003, pp. 475-477. *Cfr.* también Borowski, Martin, *Glaubens-und..., cit.*, pp. 559 y 560. Como última consecuencia podría justificarse la idea de exigir una simple tarifa a favor del Estado por las excepciones como consecuencia de la libertad de conciencia.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe

# Valoración final

Encontramos, cuando la teoría alemana del Estado empezó a valorar la libertad de conciencia, esta aplastante sentencia de Niklas Luhmann: "Si hay un derecho fundamental que escapa a la revisión de la dogmática de los derechos fundamentales, ese es la libertad de conciencia".[275] Desde entonces ha transcurrido casi medio siglo. La jurisprudencia y la literatura han desarrollado un significado de la libertad de conciencia a la luz de la Ley Fundamental, que considera de manera seria al individuo y su conciencia, sin perder de vista el igual valor de los deberes jurídicos. Un buen ejemplo de ello es una sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán en 2005. En este caso, el juez aceptó que un comandante del ejército que se dedicaba al desarrollo de un *software* bélico hiciera valer su objeción de conciencia para no cooperar con la guerra en Irak, por considerar que el conflicto era contrario al derecho internacional.[276] El Tribunal expuso que los soldados no están relegados solamente a la "objeción de conciencia militar principal", de acuerdo con el artículo 4o., párrafo 3, de la Ley Fundamental, sino que pueden también apelar a su conciencia general en algunas áreas de mando.[277] De acuerdo con una detallada valoración de la objeción de conciencia de los soldados voluntarios, la objeción fue considerada como convincente.[278] Una "reserva numérica" a lo anterior —en el sentido de

[275] Luhmann, Niklas, "Die Gewissensfreiheit und das Gewissen", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1965, núm. 90, p. 257, trad. libre.

[276] BVerwGE 127, 302 y ss.

[277] BverwGE 127, 302 (321 y 332-342).

[278] BVerwGE 127, 302 (342-358).



DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



si algunos, todos o muchos soldados "descubren" su conciencia— ha sido negada por el Tribunal.[279] En este caso no se encuentra tampoco una limitación relevante de las disposiciones constitucionales militares u otras disposiciones de la Ley Fundamental.[280] En especial, la tensión de la cadena de mandos y órdenes del Ministerio de Defensa exige la justificación de un procedimiento constructivo del portador de conciencia; por consiguiente, una manifestación prematura del conflicto.[281] Estas exigencias habían sido satisfechas por el soldado voluntario, a diferencia de la obligación del superior competente de proporcionar, en caso necesario, una alternativa respetuosa a la conciencia.[282]

Naturalmente, puede haber distintas opiniones respecto de los diferentes aspectos de la justificación.[283] Sin embargo, es necesario subrayar que la negatoria de acatar órdenes por parte de un soldado voluntario del ejército federal, derivada de una objeción

---

279 BVerwGE 127, 302 (359).

280 BVerwGE 127, 302 (360-366).

281 BVerwGE 127, 302 (367-371). Aquí se encontraba el problema del categórico caso de un servidor postal que destruye determinados envíos postales (BVerwGE 113, 361 ss).

282 BVerwGE 127, 302 (371-374).

283 Por ejemplo, se puede cuestionar si el Tribunal Administrativo Federal alemán pudo haber argumentado la solución ganada a partir del artículo 4o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, más como una interpretación constitucional conforme a las razones de no vinculatoriedad de las órdenes. *Cfr.* Muckel, Stefan, en Friauf, Karl Heinrich y Höfling, Wolfram (eds.), *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 66, con posteriores pruebas, o de si los razonamientos sobre la violación al derecho internacional de la guerra de Irak en su detalle no vienen al caso. Battis, Ulrich, "Urteilsanmerkung [zu BverwE 127, 302 ff]", *Deutsches Verwaltungsblatt*, Köln-Berlín-Munich-Bonn, Carl Heymanns, 2005, pp. 1462-1463; Kotzur, Markus, "Gewissensfreiheit contra Gehorsamspflicht oder: Der Irak-Krieg auf verwaltungsgerichtlichem Prüfstand", *JuristenZeitung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 30; *cfr.* también Schafranek, Frank, Die Gewissensfreiheit des Soldaten, *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, Berlín, Luchterhand, 2005, p. 242; Hebeler, Timo, "Der Widerstreit von Gehorsamspflicht und Gewissensfreiheit des Soldaten", *Kritische Justiz*, Baden-Baden, Nomos, 2006, pp. 213-215. Además, no son convincentes los comentarios de la reconstrucción de las restricciones inmanentes. *Cfr.* aquí Sachs, Michael, "Urteilsanmerkung [zu BVerfGE 127, 302 ff.]", *Juristische Schulung*, Munich, C. H. Beck, 2006, pp. 168 y 169. Para una investigación más precisa de la objeción de conciencia en el caso categórico, véase Battis, Ulrich, *idem*; Schafranek, Frank, *ibidem*, pp. 239-242; Dau, Klaus, "Urteilsanmerkung [zu BVerwGE 127, 302 ff.]", *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, Berlín, Luchterhand, 2005, p. 257.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



conciencia, puede ser aceptada por el senado militar del Tribunal Administrativo Federal alemán, y además el resultado fundamental de tal conflicto sería consentido por la teoría del Estado.[284] Pocos hubieran podido presagiar esto en los tiempos de la frase de Luhmann. La reconstrucción dogmática de la libertad de conciencia en la teoría del Estado alemana del siglo XXI, a partir de cuyas reglas fue posible este desarrollo, pone a disposición un marco para un compromiso razonable entre los deberes jurídicos y las objeciones de conciencia, por lo que otros órdenes jurídicos o constitucionales deben todavía mostrar si toman en serio la libertad de conciencia.

[284] Kotzur, Markus, *op. cit.*, p. 30; Battis, Ulrich, *op. cit.*, p. 1463; Droege, Michael y Fischer-Lescano, Andreas, "Gewissensfreiheit in der Bundeswehr", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Munich, C. H. Beck, 2006, p. 173. En contra se alega como un *argumentum als absurdum*, en el sentido de que el Tribunal Administrativo Federal alemán podría también anular órdenes claramente lícitas apelando a la libertad de conciencia (en este sentido, Muckel, Stefan, en Friauf, Karl Heinrich y Höfling, Wolfram (eds.), *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 67; Ladiges, Manuel, "Das BverwG und die Gewissensfreiheit der Soldaten", *Neue Juristische Wochenschrift*, Munich, C. H. Beck, 2006, p. 958), esto subestima la atracción principal de la libertad de conciencia —de que ésta puede ser empleada contra tales, es decir, contra deberes jurídicos lícitos—. No es de temer un menoscabo del orden militar cuando la carga de la prueba es proporcionalmente establecida. Schafnarek, Frank, *ibidem*, p. 246; Dau, Klaus, *op. cit.*, p. 256; Hebeler, Timo, *op. cit.*, p. 218; Kokott, Juliane, *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 89.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe

# Bibliografía

ABAELARDUS, Petrus, "Ethica seu liber dictus Scito te ipsum", *Patrologiae Cursus Completus*, París, J. P. Migne, 1855, t. 178.

AG STUTTGART, *Neue Juristische Wochenschrift,* Munich, C. H. Beck, 1980.

ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 3a. ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996.

ALEXY, Robert, "Die Idee eines prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation", en ALEXY, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995.

ALEXY, Robert, "John Rawls «Theorie der Grundfreiheiten»", en HINSCH, Wilfried (ed.), *Zur Idee des politischen Liberalismus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997.

ANSCHÜTZ, Gerhard, *Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat*, Berlín, Häring, 1912, t. 1.

ARNDT, Adolf, "Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung", *Neue Juristische Wochenschrift*, Munich, C. H. Beck, 1957.

*Aurelis Augustinus*, "Epistula 105", *Patrologiae Cursus Completus*, París, J. P. Migne, 1841, t. 33.

*Aurelis Augustinus*, "Epistula 185", *Patrologiae Cursus Completus*, París, J. P. Migne, 1841, t. 33.

*Aurelis Augustinus*, "In Joanni Evangelium", *Patrologiae Cursus Completus*, París, J. P. Migne, 1841, t. 35.

BADURA, Peter, "Das Staatskirchenrechts", en LISTL, Joseph y PIRSON, Dietrich (eds.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2a. ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1994, t. 1.



DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



BADURA, Peter, *Der Schutz von Religionen und Weltanschauungen durch das Grundgesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1989.

BAMBERGER, Christian, *Der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, 2000, núm. 39.

BARBERI, Andrea y SPETIA, Alexander (eds.), *Bullarium Romanum continuatio*, Roma, Cámara Apostólica, 1845, t. 11.

BATTIS, Ulrich, "Urteilsanmerkung [zu BverwE 127, 302 ff]", *Deutsches Verwaltungsblatt*, Köln-Berlín-Munich-Bonn, Carl Heymanns, 2005.

BAYER, Klaus Dieter, *Das Grundrecht der Religions-und Gewissensfreiheit*, Baden-Baden, Nomos, 1997.

BEHRENDT, Ethel Leonore, *Gott im Grundgesetz*, Munich, Verlag Meta A. Behrendt, 1980.

BETHGE, Herbert, "Gewissensfreiheit", en ISENSEE, Josef y KIRCHHOF, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1989, C. F. Müller, t. 6.

BETHGE, Herbert, "Gewissensfreiheit", en ISENSEE, Josef y KIRCHHOF, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2009, t. 7.

BETTERMANN, Karl August, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, Verlag Otto-Schmidt, 1966.

BEULKE, Eckart, *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht,* Tübingen, Mohr Siebeck, núm. 6, 1957-1958.

BLECKMANN, Albert, *JuristenZeitung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998.

BLECKMANN, Albert, *Staatsrecht II – Die Grundrechte*, 4a. ed., Köln-Berlin-Bonn-Munich, Carl Heymanns Verlag, 1997.

BOCK, Wolfgang, *Archiv des öffentliches Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, núm. 122.

BOCK, Wolfgang, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, núm. 123.

BOROWSKI, Martin, "Der Grundrechtsschutz des religiösen Selbstverständnisses", en HARATSCH, Andreas (ed.), *Religion und Weltanschauung im säkularen Staat*, Postdam, Richard Boorberg, 2001.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



BOROWSKI, Martin, *Die Glaubens-und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

BOROWSKI, Martin, "Die Glaubens-und Gewissensfreiheit in der Entwicklung der Grund-und Menschenrechte", *Information Theologiae Europae. Internationales ökumenisches Jahrbuch für Theologie*, Frankfurt am Main, Peter Lang 2005, núm. 14.

BOROWSKI, Martin, "Gewissen und Rechtspflicht*", Berliner Theologische Zeitschrift*, Berlín, editada por la Universidad de Humboldt, 2010, núm. 27.

BOROWSKI, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 1998.

BOROWSKI, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, 2a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2007.

BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOROWSKI, Martin, "Religious Freedom as a Fundamental Legal Right. A Rawlsian Perspective", en SOETEMAN, Arend, (ed.), *Pluralism and Lawproceedings of the 20th IVR World Congress*, Stuttgart, Steiner, 2003.

BOROWSKI, Martin, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, Verlag Österreich, 1998, núm. 52.

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.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, "Diskussionsbeitrag", *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatslehrer*, Berlín, Walter de Gruyter 1970, núm. 28.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, "Das Grundrecht der Gewissensfreiheit", *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín, De Gruyter, 1970, núm. 28.

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.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, "Grundrechte als Grundsatznormen", en BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.

BRITZ, Gabriele, *Kulturelle Rechte und Verfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000.

BRUGGER, Winfried, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1987.

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.

BVerfGE, *Neue Juristische Wochenschrift,* Munich, C. H. Beck, 1993.

BVerfGE, *Neue Juristische Wochenschrift,* Munich, C. H. Beck, 2003.

BVerfGE, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Munich, C. H. Beck, 2007.

BVerwG, *Deutsches Verwaltungsblatt*, Köln-Berlín-Munich-Bonn, Carl Heymanns, 2001.

CALVINO, Juan, *Unterricht in der christlichen Religion*, editado y traducido por Weber, Otto, Gießen, Neukircherner, 1937, t. 2.

CRAIG, Edward, "Realism and Antirealism", *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, London-New York, Routledge, 1998.

DAU, Klaus, "Urteilsanmerkung [zu BVerwGE 127, 302 ff.]", *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, Berlín, Luchterhand, 2005.

DELLA MIRANDOLA, Pico, *De hominis dignitate/Über die Würde des Menschen (1946)*, traducción de Baumgarten, editado por Bruck, A., Norbert, Hamburgo, Meiner, 1990.

DENZINGER, Henricus y SCHÖNMETZER, Adolf (eds.), *Enchiridion Symbolorum Definitionum et Declarationum de Rebus Fidei et Morum*, 33a. ed., Freiburg im Breisgau, Herder, 1965.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



DIESSELHORST, Malte, "Zur Zwei-Reiche-Lehre Martin Luthers", en DILCHER, Gerhard y STAFF, Ilse (eds.), *Christentum und modernes Recht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984.

DOUGLAS, David C., "English Historical Documents", *American Colonial Documents to 1776*, Londres, M. Jensen, 1964, t. 9.

DREIER, Horst, en DREIER, Horst (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1996, t. 1, art. 1 I GG.

DREIER, Ralf, "Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation", en DREIER, Ralf, *Recht–Moral–Ideologie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981.

DROEGE, Michael y FISCHER-LESCANO, Andreas, "Gewissensfreiheit in der Bundeswehr", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Munich, C. H. Beck, 2006.

DÜRIG, Günter, en MAUNZ, Theodor y DÜRIG, Günter (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, Munich, C. F. Beck, art. 4, Abs. 1, 2 GG.

DÜRIG, Günter, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Bielefeld, Gieseking-Verlag, 1955.

EBERS, Godehard Josef, *Staat und Kirche im neuen Deutschland*, Munich, Hueber Verlag, 1930.

ECKHOFF, Rolf, *Der Grundrechtseingriff*, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, Heymanns, 1992.

EHLERS, Dirk, en SACHS, Michael (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, 2a. ed., Munich, C. H. Beck, 1999.

EISELSTEIN, Claus, "«Das Forum externum» der Gewissensfreiheit–ein Weg in die Sackgasse", *Die Öffentliche Verwaltung*, Stuttgart, Kohlhammer, 1984.

ENDERLEIN, Wolfgang, *Abwägung in Recht und Moral,* Friburgo-Munich, Alber-Reihe, 1991.

ENDERS, Christoph, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung,* Tübingen, Mohr Siebeck, 1997.

ENGISCH, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, 9a. ed., Stuttgart-Berlín-Colonia, Kohlhammer, 1997.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



ERBEL, Günter, *Deutsches Verwaltungsblatt*, Köln-Berlin-Bonn-Munich, Carl Heymanns Verlag, 1969.

FAYARD, Michelle-Marie, "Die Revolution von 1789 und die Religionsfreiheit", *Gewissen und Freiheit*, 1980, núm. 15.

FETZ, Reto Luzius, "Gewissen", en SANDKÜHLER, Hans Jörg (ed.), *Enzyklopädie Philosophie*, Hamburg, Meiner, 1999, t. 1.

FILMER, Fridtjof, *Das Gewissen als Argument im Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000.

FIRTH, Roderick, "Ethical Absolutism and the Ideal Observer", *Philosophy and Phenomenological Research*, Providence, International Phenomenological Research, 1952, núm. 12.

FLEISCHER, Thomas, *Der Religionsbegriff des Grundgesetz*, Bochum, Studienverl, Brockmeyer.

FRANKE, Dietrich, "Gewissensfreiheit und Demokratie. Aktuelle Probleme der Gewissensfreiheit", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, núm. 114, 1989.

FREGE, Gottlob, "Der Gedanke–Eine logische Untersuchung", en PATZIG, Günther (ed.), *Logische Untersuchungen*, 3a. ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1986.

FREGE, Gottlob, *Grundgesetze der Arithmetik*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1962.

FREIHALTER, Gerd Ulrich, *Gewissensfreiheit. Aspekte eines Grundrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1973.

FRIAUF, Karl Heinrich y HÖFLING, Wolfram (eds.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Loseblattsammlung, Berlín, Erich Schmidt Verlag, art. 4 GG.

GALLWAS, Hans-Ullrich, *Der Mißbrauch von Grundrechten*, Berlín, Duncker & Humblot, 1967.

GALLWAS, Hans-Ullrich, *Faktische Beeinträchtigungen im bereich der Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot, 1970.

GEDDERT-STEINACHER, Tatjana, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



GEIGER, Willi, *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1981, núm. 26.

GLÄSER, Rudolf, *Der Einfluß der Glaubens-und Gewissensfreiheit (art. 4 GG) und der Meinungsfreheit (art. 5 GG) auf das Arbeitsverthältnis*, Diss. iur. Göttingen, Facultad de Derecho de la Universidad de Göttingen, 1972.

GRABENWARTER, Christoph, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4a. ed., Munich-Basel-Viena, C. H. Beck, 2009.

GRIMM, Dieter, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1988.

GRÖSCHNER, Rolf *et al.*, *Rechts-und Staatsphilosophie*, Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 2000.

GUSY, Christoph, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997.

HAFNER, Felix, *Kirchen im Kontext der Grund- und Menschenrechte*, Freiburg-Schweiz, Freiburger Veröffentlichungen aus dem Gebiete von Kirche und Staat, 1992, t. 36.

HAMEL, Walter, "Glaubens-und Gewissensfreiheit", en BETTERMANN, Karl August *et al.*, *Grundrechte*, 2a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1972, t. 4/1.

HAMEL, Walter, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1953, núm. 109.

HASHAGEN, Justus, "Zur Entstehungsgeschichte der nordamerikanischen Erklärung der Menschenrechte", en SCHNUR, Roman (ed.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964.

HATTENHAUER, Hans, *Europäische Rechtsgeschichte*, 4a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2004.

HÄBERLE, Peter, "Diskussionsbeitrag", *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer*, Berlín, De Gruyter, 1970, núm. 28.

HÄBERLE, Peter, en ISENSEE, Josef y KIRCHHOF, Paul, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller, 1987, t. 1.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



HEBELER, Timo, "Der Widerstreit von Gehorsamspflicht und Gewissensfreiheit des Soldaten", *Kritische Justiz*, Baden-Baden, Nomos, 2006.

HECKEL, Martin, *Deutschland im konfessionellen Zeitalter*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1983.

HECKEL, Martin, "Die Menschenrechte im Spiegel der reformatorischen Theologie", *Abhandlungen der Heidelberger Akademie der Wissenschaften*, Heidelberg, Carl Winter-Universitätsverlag, 1987, ensayo 4.

HECKEL, Martin, *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, editado por Friesenhahn, Ernst *et al.*, Berlín, Duncker & Humblot, 1974, t. 1.

HECKEL, Martin, "Kontinuität und Wandlung des deutschen Staatskirchenrechts unter den Herausforderungen der Moderne", *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht,* Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, núm. 44.

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.

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.

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).

HERDEGEN, Matthias, *Gewissensfreiheit und Normativität und des positiven Rechts*, Berlin-Heidelberg, Springer, 1989.

HERZOG, Roman, "Die Freiheit des Gewissens und der Gewissensverwicklichung", *Deutsches Verwaltungsblatt*, Köln-Berlín-Munich-Bonn, Carl Heymanns Verlag, 1969.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



HESSE, Konrad, *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, editado por Friesenhahn, Ernst *et al.*, Berlín, Duncker & Humblot, 1974, t. 1.

HESSE, Konrad, *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, núm. 3 (1935-1954).

HESSBRÜGGEN-WALTER, "Objektivität", en SANDKÜHLER, Hans Jörg (ed), *Enzyklopädie Philosophie*, Hamburgo, Meiner, t. 2, 1999.

HILLGRUBER, Christian, *Deutsches Verwaltungsblatt*, Köln-Berlín-Munich-Bonn, Carl Heymanns, 1999.

HILPERT, Konrad, *Die Menschenrechte*, Düsseldorf, Patmos, 1991.

HOFMANN, Hasso, Die *Entdeckung der Menschenrechte*, Berlin-New York, De Gruyter, 1999.

HÖFLING, Wolfram, *Offene Grundrechtsinterpretation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987.

HOLLERBACH, Alexander, "Grundlagen des Staatskirchenrechts", en ISENSEE, Josef y KIRCHHOF, Paul, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 1989, t. 6.

HUBER, Ernst-Rudolf, "Bedeutungswandel der Grundrechte", *Archiv des öffentliches Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1933, núm. 62.

HUBER, Ernst-Rudolf, "Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte", *Deutsche Verfassungsdokumente 1803-1850*, 3a. ed., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, Kohlhammer, 1978.

HUBER, Rudolf (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

HUBER, Wolfgang, *Gerechtigkeit und Recht: Grundlinien christlicher Rechtsethik*, Gütersloh, Gütersloh Verlagshaus, 1996.

HUSTER, Stefan, *Die ethische Neutralität des Staates*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.

HUSTER, Stefan, *Rechte und Ziele*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993.

ISAK, Axel, *Das Selbstvertändnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



ISENSEE, Josef, *Essener Gesprächer zum Thema Staat und Kirche*, Münster, 1985, núm. 19.

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.

ISENSEE, Josef, "Kirliche Loyalität im Rahmen des staatlichen Arbeitsrechts", en BARTLSPERGER, Richard *et al.* (eds.), *Festschrift für Klaus Obermayer*, Munich, C. H. Beck, 1986.

ISENSEE, Josef, *Wer definiert die Freiheitsrechte?, Selbstvertändnis der Grundrechtsträger und Grundrechtsauslegung des Staates*, Karlsruhe, Müller Juristischer Verlag, 1980.

ISENSEE, Josef, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Munich, C. H. Beck, 1996.

JARASS, Hans Dieter, "Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1995, núm. 120.

JARASS, Hans Dieter y PIEROTH, Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 5a. ed., Munich, C. H. Beck, 2000.

JEAND´HEUR, Bernd, "Der Begriff der "Staatskirche" in seiner historischen Entwicklung", *Der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, 1991, núm. 30.

JELLINEK, Georg, *Allgemeine Staatslehre*, 3a. ed., Berlín, Bad Homburg v.d.H., 1929.

JELLINEK, Georg, "Antwort an Emile Boutmy", en SCHNUR, Roman (ed.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964.

JELLINEK, Georg, *Die Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte*, 4a. ed., Munich-Leipzig, Duncker & Humblot, 1927.

JELLINEK, Georg, *Die Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte*, 2a. ed., Leipzig, Duncker & Humblot, 1909.

JELLINEK, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. de Adolfo Posada, México, UNAM, 2000.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



JESTAEDT, Matthias, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999.

KÄSTNER, Karl-Hermann, "Hypertrophie des Grundrechts auf Religionsfreiheit?", *Juristen Zeitung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998.

KÄSTNER, Karl-Hermann, "Individuelle Gewissensbindung und normative Ordnung", *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht,* Tübingen, Mohr Siebeck, 1992, núm. 37.

KAHL, Wilhelm, *Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik*, Freiburg-Leipzig, Mohr Siebeck, 1894, t. 1.

KANT, Immanuel, "Die Metaphysik der Sitten", *Kant´s gesammelte Schriften*, Berlin, Academia Real Prusiana de las Ciencias, Berlin, 1907-1914, t. 6.

KANT, Immanuel, "Grundlegung der Metaphysik der Sitten", *Kant´s gesammelte Schriften*, Berlin, Academia Real Prusiana de las Ciencias, 1903-1911, t. 4.

KASPER, Walter, "Die theologische Begründung der Menschenrechte", en SCHWAB, Dieter *et al.* (eds.), *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989.

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-Grünewald, 1981.

KÄSTNER, Karl-Herrmann, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, núm. 123.

KÄSTNER, Karl-Herrmann, "Hypertrophie des Grundrechts auf Religionsfreiheit?", *Juristen Zeitung,* Tübingen, Mohr Siebeck, 1998.

KÄSTNER, Karl-Herrmann, "Individuelle Gewissensbindung und normative Ordnung", *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1992, núm. 37.

KLOEPFER, Michael, *Gleichheit als Verfassungsfrage*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



KLUTH, Winfried, "Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die allgemeine Geltung der Gesetze. Überlegungen zu einer situativen Normdurchbrechung", en ISENSEE, Josef *et al*. (eds.), *Dem Staat, was des Staates–der Kirche, was der Kirche ist. Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999.

KLUTH, Winfried, "Der Preis der Gewissensfreiheit im weltanschaulich-pluralen Leistungsstaat", en MUCKEL, Stefan (ed.*), Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Rüfner zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 2003.

KOCH, Hans-Joachim y RÜBMANN, Helmut, *Juristische Begründungslehre*, Munich, C. H. Beck, 1982.

KOKOTT, Juliane, en SACHS, Michael (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, 5a. ed., Munich, C. H. Beck, 2009, art. 4 GG.

KOTZUR, Markus, "Gewissensfreiheit contra Gehorsamspflicht oder: Der Irak-Krieg auf verwaltungsgerichtlichem Prüfstand", *JuristenZeitung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

KRAEMER, Konrad Wilhelm (ed.), *Vatikanum II – Vollständige Ausgabe der Konzilsbeschlüsse*, 5a. ed., Osnabrück, Verlag A. Fromm, 1969.

KREMER, Bernd Mathias, *Der Westfälische Friede in der Deutung der Aufklärung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1989.

KRIELE, Martin, *Einführung in die Staatslehre*, 6a. ed., Stuttgart-Berlín-Köln, Kohlhammer, 2003.

KRIELE, Martin, "Zur Geschichte der Grund- und Menschenrechte", en ACHTERBERG, Norbert (ed.), *Öffentliches Recht und Politik, Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 70,* Geburtstag, Berlín, Duncker & Humblot, 1973.

KRÜGER, Hartmut, en SACHS, Michael (ed.), *Grundgesetz*, Munich, C. H. Beck, art. 19, GG.

KRÜGER, Herbert, "Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz", *Deutsches Verwaltungsblatt*, Köln-Berlín-Munich-Bonn, Carl Heymanns, 1950.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



KUNIG, Philiph, en VON MÜNCH, Ingo y KUNIG, Philip (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, 5a. ed., Munich, C. H. Beck, 2000, t. 1, art. 1 GG.

KÜHNE, Jörg-Detlef, *Die Reichsverfassung der Paulkirche. Vorbild und Verwirklihung im späteren deutschen Rechtsleben*, 2a. ed., Neuwied-Kriftel-Berlín, Luchterhand, 1998.

KÜNNE, Wolfgang, *Abstrakte Gegenstände*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983.

LADIGES, Manuel, "Das BverwG und die Gewissensfreiheit der Soldaten", *Neue Juristische Wochenschrift*, Munich, C. H. Beck, 2006.

LANGHEID, Theo *et al.*, *Staatsphilosophie und Rechtspolitik*, *Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag*, Munich, C. H. Beck, 1997.

LECLER, Joseph, *Geschichte der Religionsfreiheit im Zeitalter der Reformation*, Stuttgart, Schwabenverlag, 1965, t. 1.

LERCHE, Peter, "Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie", en MERTEN, Detlef y PAPIER, Hans-Jürgen (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, t. 3.

LINK, Christoph, *Staat und Kirche in der neueren deutschen Geschichte*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2000.

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. Geburstatg*, Regensburg, Pustet, 1994.

LOOSCHELDERS, Dirk y OLZEN, Dirk, en MARTINEK, Michael (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einleitung zum Schuldrecht und §§ 241-243 BGB*, 15a. ed., Berlin, De Gruyter, 2009, §§ 242 BGB.

LORZ, Ralph A., *Modernes Grund-und Menschenrechtsverständnis und die Philosophie der Freiheit Kants*, Stuttgart, Munich, Hannover, Boorberg, 1993.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



*Lucius Caecilius Firmanius Lactancius*, "Divinarum Institutionum", *Patrologiae Cursus Completus*, París, J. P. Migne, 1844, t. 6.

LUF, Gerhard, "Menschenwürde als Rechtsbegriff", en ZACZYK, Rainer *et al.* (eds.), *Festschrift für E. A. Wolff*, Berlín, Springer, 1998.

LUHMANN, Niklas, "Die Gewissensfreiheit und das Gewissen", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1965, núm. 90.

LUTHER, Martin, "De votis monasticis Martini Lutheri iudicium", *Martin Luthers Werke, Kritische Gesamtausgabe*, Weimar, Verlag Hermann Böhlaus, 1889, t. 8.

LUTHER, Martin, "Resolutions dispuationum de indulgentarium virtute", *Martin Luthers Werke, Kritische Gesamtausgabe*, Weimar, Verlag Hermann Böhlaus, 1883, t. 1.

LUTHER, Martin, "Von weltlicher Oberkeit, wie weit man ihr Gehorsam schuldig sei", *Martin Luthers Werke, Kritische Gesamtausgabe*, Weimar, Verlag Hermann Böhlaus, 1900, t. 11.

LÜBBE-WOLFF, Gertrude, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1988.

MAGER, Ute, en VON MÜNCH, Ingo y KUNIG, Philip (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, 5a. ed., Munich, C. H. Beck, 2000, t. 1, art. 4 GG.

MARCIC, René, "Diskussionsbeitrag", *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer,* Berlín, De Gruyter, 1970, núm. 28.

MARMY, Emil, *Mensch und Gemeinschaft in christlicher Schau,* Freiburg (Suiza), Verl. d. Paulusdruckerei, 1945.

MAUNZ, Theodor y DÜRIG, Günter, *Deutsches Staatsrecht*, 7a. ed., Munich/Berlin, C. H. Beck, 1958.

MAY, Georg, "Die Entstehung der hauptsächlichen Bestimmungen über das ius emigrandi (Art. V §§ 30-43 IPO) auf dem Westfälische Friedenskongreß", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, Wien-Köln-Weimar, Boehlau-Verlag, 1988, núm. 105.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



MAY, Georg, "Zum 'ius emigrandi' am Beginn des konfesionellen Zeitalters", *Archiv für Katholisches Kirchenrecht ArchKathKR*, núm. 155, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1986.

MELANCHTHON, Philipp, "Liber de anima", *Melanchthons Werke in Auswahl*, Gütersloh, R. Stupperich, 1961.

MERTEN, Detlef, "Negative Grundrechte", en MERTEN, Detlef y PAPIER, Hans-Jürgen (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, t. 2.

MERTEN, Detlef, "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", en MERTEN, Detlef y PAPIER, Hans-Jürgen (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, t. 3.

MEYER-TESCHENDORF, Klaus G., *Staat und Kirche im pluralistischen Gemeinwesen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1979.

MIKAT, Paul, *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2a. ed., Berlín-New York, De Gruyter, 1994.

MIKAT, Paul, *Kirchen und Religionsgemeinschaften*, en BETTERMANN, Karl August *et al.*, *Die Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot, 1960, t. IV/1.

MORLOK, Martin, en DREIER, Horst (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, 2a. ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, t 1, art. 4 GG.

MORLOK, Martin, *Selbstvertändnis als Rechtskriterium*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1993.

MUCKEL, Stefan, en FRIAUF, Karl Heinrich y HÖFLING, Wolfram (eds.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Loseblattsammlung, Berlín, Erich Schmidt Verlag, 2016.

MUCKEL, Stefan, "Die Grenzen der Gewissensfreiheit", *Neue Juristische Wochenschrift*, Munich, C. H. Beck, 2000.

MUCKEL, Stefan, *Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1997.

NIPPERDEY, Hans Carl (ed.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Berlin, Verlag von Reimar Hobbing, 1929, t. 1.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



OBERMAYER, Klaus, en DOLZER, Rudolf *et al.* (eds.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, C. F. Müller, art. 140 GG.

OVEY, Clare y WHITE, Robin C. A., *Jacobs & White: The European Convention on Human Rights*, 4a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2002.

PETERS, Anne, *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention*, Munich, C. H. Beck, 2003.

PIEROTH, Bodo y SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte–Staatrecht II*, 15a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1999.

PIEROTH, BODO y SCHLINK, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1989, núm. 114.

PAVAN, Pietro, "Die wesentlichen Elemente des Rechtes auf Religionsfreiheit", en HAMER, Jerome y CONGAR, Yves (eds.), *Die Konzilserklärung über die Religionsfreiheit*, Paderborn, Verlag Bonifatius, 1967.

POPPER, Karl R., *Objektive Erkenntnis*, Hamburgo, Hoffmann und Campe Verlag,1973.

PREUSS, Ulrich, en *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Neuwied, Luchterhand, art. 4 GG.

PUNT, Jozef, *Die Idee der Menschenrechte*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1987.

*Quintus Septimus Florens Tertullianus*, "Liber ad Scapulam", *Patrologiae Cursus Completus*, París, J. P. Migne, 1841.

RAABE, Marius, *Grundrechte und Erkenntnis*, Baden-Baden, Nomos, 1998.

RAABE, Marius, "Grundrechtsschutz und gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum: Ein Konstruktionsvorschlag", en GRABENWARTER, Christoph *et al.* (ed.), *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, Stuttgart, Viena, Boorberg, 1994.

RADBRUCH, Gustav, *Rechtsphilosophie*, 3a. ed., Heidelberg, editado por Dreier, Ralf y Paulson, Stanley, C. F. Müller, 1999.

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press,1999.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



RAWLS, John, *Die Idee des politischen Liberalismus*, Frankfurt am Main, editado por Hinsch, Wilfried, Suhrkamp, 1992.

RAWLS, John, *Justice as Fairness. A Restatement*, Cambridge, London, E. Kelly, 2001.

RAWLS, John, "Kantian Constructivism in Moral Theory", *The Journal of Philosophy*, New York, Journal of Philosophy Inc., vol. 77.

RAWLS, John, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.

RAWLS, John, *The Law of Peoples*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1999.

RAZ, Joseph, "Notes on Value and Objectivity", en LEITER, Brian (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

RITTER, Gerhard, "Ursprung und Wesen der Menschenrechte", en SCHNUR, Roman (ed.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964.

ROBBERS, Gerhard, "Menschenrechte aus der Sicht des Prostestantismus", en MERTEN, Detlef y PAPIER, Hans-Jürgen (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C. F. Müller, 2004, t. 1.

ROBBERS, Gerhard, "Religionsrechtliche Gehalte der Grundrechtecharta", en GEIS, Max-Emanuel y LORENZ, Dieter (eds.), *Staat–Kirche–Verwaltung. Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Gebuststag*, Munich, C. H. Beck, 2001.

RÜHL, Ulli F., "Das "Freie Mandat: Elemente einer Interpretations- und Problemgeschichte", *Der Staat*, núm. 39. Berlín, Duncker & Humblot, 2000.

RUPP, Hans Heinrich, "Verfassungsprobleme der Gewissensfreiheit", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Munich, C. H. Beck, 1991.

SACHS, Michael, "Urteilsanmerkung [zu BVerfGE 127, 302 ff.]", *Juristische Schulung*, Munich, C. H. Beck, 2006.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



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.

SCHABER, Peter, *Moralischer Realismus*, Friburgo-Munich, Alber Verlag, 1997.

SCHAFRANEK, Frank, *Die Gewissensfreiheit des Soldaten*, *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, Berlín, Luchterhand, 2005.

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.

SCHLAICH, Klaus, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1972.

SCHMITT, Carl, "Inhalt und Bedeutung des zweiten Haupteils der Reichverfassung", en ANSCHÜTZ, Gerhard y THOMA, Richard (eds.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1932, t. 2.

SCHOLLER, Heinrich J., *Die Freiheit des Gewissens*, Berlín, Duncker & Humblot, 1958.

SEARLE, John R., *The Construction of Social Reality*, New York, Free Press, 1995.

SIECKMANN, Jan-Reinard, *Modelle des Eigentumsschutzes*, Baden-Baden, Nomos, 1998.

SIECKMANN, Jan-Reinard, "Rights", en MARTIN, Rex y SPRENGER, Gerhard (eds.), *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, suplemento 67, 1997.

SIECKMANN, Jan-Reinard, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990.

STARCK, Christian, "Das Christentum und die Kirche in ihrer Bedeutung für die Identität der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten", *Essener Gesprächer zum Thema Staat und Kirche*, Münster, 1997, núm. 31.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



STARCK, Christian, en VON MANGOLDT, Hermann *et al.* (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 4a. ed., Munich, C. H. Beck, 1999, t. 1.

STARCK, Christian, en VON MANGOLDT, Hermann *et al.* (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 5a. ed., Munich, Verlag Franz Vahlen, 2005, t. 1, art. 4, párr. 1, 2 GG.

STERN, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2a. ed., Munich, C. H. Beck, 1984, t. 1.

STERN, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Munich, C. H. Beck, 1988, t. 3/1.

STERN, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Munich, C. H. Beck, 1994, t. 3/2.

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.

STOURTH, Gerald, "Grundrechte zwischen Common Law und Verfassung", en BIRTSCH, Günter (ed.), *Grund-und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1981.

STOURZH, Gerald, "Die Konstitutionalisierung der Individualrechte", *JuristenZeitung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1976.

THEINER, Augustin, *Documents inédits relatifs aux affaires réligieuses de la France 1790 á 1800*, París, Firmin Didot frères, fils et cie, 1857.

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.

TIEDEMANN, Paul, "Der Gewissensbegriff in der höchstrichterlichen Rechtsprechung", *Die Öffentliche Verwaltung*, Stuttgart, Kohlhammer, 1984.

TOMÁS DE AQUINO, "In Quattuor Libros Sententiarum", *S. Thomae Aquinatis Opera Ommia*, Stuttgart/Bad Cannstatt, R. Busa, 1980, t. 1.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



TOMÁS DE AQUINO, "Summae Theologiae", *S. Thomae Aquinatis Opera Ommia*, Stuttgart/Bad Cannstatt, R. Busa, 1980, t. 2.

TRIBE, Laurance, *American Constitutional Law*, 2a. ed., Mineola y Nueva York, Foundation Press, 1978.

VERMEULEN, Ben, "Freedom of thought, Conscience and Religion (Article 9)", en VAN DIJK, Pieter *et al.* (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006.

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.

VON MANGOLDT, Hermann, en DOEMMING, Klaus-Berto *et al.* (eds.), *Jahrbuch des öffentliches Recht,* Tübingen, Mohr Siebeck, 1951, núm. 1.

VON MUTIUS, Albert, en DOLZER, Rudolf *et al.* (eds.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, C. F. Müller, art. 19 Abs. 3 GG.

VON THUDICHUM, Friedrich, *Verfassungsrecht des norddeutschen Bundes und des deutschen Zollvereins*, Tübingen, Laupp, 1870.

VOSSLER, Otto, "Studien zur Erklärung der Menschenrechte", en SCHNUR, Roman (ed.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964.

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.

WELZEL, Hans, "Ein Kapitel aus der Geschichte der Erklärung der Menschenrechte", en SCHNUR, Roman (ed.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964.

WELZEL, Hans, *Naturrechte und materiale Gerechtigkeit*, 4a. ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1962.

WERTENBRUCH, Wilhelm, *Grundgesetz und Menschenwürde*, Colonia-Berlín, Heymann, 1958.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/5R5QEe



WIELAND, Joachim, *Der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, 1986, núm. 25.

WILLOWEIT, Dietmar y SEIF, Ulrike, *Europäische Verfassungsgeschichte*, Munich, C. H. Beck, 2003.

ZIPPELIUS, Reinhold, en DOLZER, Rudolf *et al.* (eds.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, C. F. Müller, 1989, art. 4 GG.

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

*Fecha:* / /

*No olvidar...*

*Cuestiones esenciales de la libertad de creencia y de conciencia en Alemania*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 27 de diciembre de 2018 en los talleres de Litográfica Dorantes, S. A. de C. V., Oriente 241-A 29, colonia Agrícola Oriental, Iztacalco, 08500 Ciudad de México, tel. 5700 3534. Se utilizó tipo *Rotis Semi Serif* en 8.5, 9.8 y 10.8 puntos. En esta edición se empleó papel *book cream* 57 x 87 cm de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros; consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).

# Martin Borowski

Es profesor de derecho público, teoría constitucional y filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Heidelberg. Obtuvo el grado de doctor en derecho con la disertación titulada "Los derechos fundamentales como principios". Posteriormente, obtuvo el grado de profesor en derecho con la tesis de habilitación "La libertad de creencia y de conciencia como derecho fundamental en la Constitución alemana". Ambos grados obtenidos en la Universidad Christian-Albrechts en Kiel, bajo la tutela de Robert Alexy. Se especializa en temas relevantes de la dogmática de los derechos fundamentales en Alemania y del derecho internacional.

La dogmática alemana de los derechos fundamentales ha sido escenario de distintos debates y puntos de vista por parte de la jurisprudencia y la academia. Dentro de estas discusiones, la libertad de creencia y de conciencia presenta siempre nuevos retos, por ser centro de controversias relativas a las relaciones entre el individuo, el Estado y las comunidades religiosas. La libertad de creencia y de conciencia, contenida en el artículo 4o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, tiene un significado profundo e importante dentro del ordenamiento jurídico alemán, en gran medida, producto de su papel histórico en el desarrollo de los derechos fundamentales y de su estrecha conexión con la identidad del individuo.

Esta obra constituye una colección de ensayos escritos por Martin Borowski, donde se estudia de manera analítica la estructura de la libertad de creencia y de conciencia en la Ley Fundamental. Asimismo, el autor expone elementos esenciales de la teoría y la dogmática de los derechos fundamentales en Alemania.

ISBN 978-607-30-1129-7