

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*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980; Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 3a. ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996, pp. 357 y ss.; Huster, Stefan, *Rechte und Ziele*, Berlin, 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.; Lübke-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, *Selbstverständnis 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*

24 / Martin Borowski

principalmente en aquellos que están extendidamente impregnados de la autognosis. Entre ellos⁸⁶ se encuentra la libertad de creencia, de acuerdo con el artículo 40., 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.

Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 264 y ss.; Höfling, Wolfram, *Offene Grundrechtsinterpretation*, Berlin, 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 20., párrafo. 1, en relación con el artículo 10., 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 50., 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 50., 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.

La protección constitucional de la autognosis religiosa / 25

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 *Reichtsag* (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 öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, núm. 123, p. 457; Höfling, Wolfram, *op. cit.*, p. 42.

⁹¹ Isensee, Josef, *Wer definiert die Freiheitsrechte?, Selbstverständnis 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, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2016, artículo 40. 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.

26 / Martin Borowski

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, véase 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”.

La protección constitucional de la autognosis religiosa / 27

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 rebus”, postulado sobre todo por Petrus von Abaelard, Albertus Magnus y Tomás de Aquino) y el nominalismo (“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.

28 / Martin Borowski

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

La protección constitucional de la autognosis religiosa / 29

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

30 / Martin Borowski

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].

La protección constitucional de la autognosis religiosa / 31

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 30., párrafo 3, enunciado 3; artículo 40., 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 40., 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 40. GG párrafos 19 y ss.

32 / Martin Borowski

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 definición” 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*, Berlin, Duncker & Humblot, 1960, t. IV/1, p. 182 (“solamente de acuerdo al punto de vista objetivo”); Wieland, Joachim, *Der Staat*, Berlin, 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 autogénesis auténtica” (resaltado en el original), trad. libre.

La protección constitucional de la autognosis religiosa / 33

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.

34 / Martin Borowski

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

La protección constitucional de la autognosis religiosa / 35

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 subjetivo¹¹⁵ 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., Berlin, 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 immanentes presenciabiles, 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 Wachturm (atalaya) (BVerfGE 19, 129 [134]).

36 / Martin Borowski

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 cristianismo 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

La protección constitucional de la autognosis religiosa / 37

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, Berlin, 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.

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.

La protección constitucional de la autognosis religiosa / 39

bre.¹²³ Este derecho a la autodeterminación¹²⁴ 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 Mirandola¹²⁶ 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 modes 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 Mirandola, *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, Philip, 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.,

40 / Martin Borowski

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 “cerca 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 Zacyk, Rainer *et al.* (eds.), *Festschrift für E. A. Wolff*, Berlin, 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 Hirsch, Wilfried, Suhrkamp, 1992, p. 93.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 172.

¹³⁰ *Ibidem*, pp. 179 y 181 y ss.

¹³¹ BVerfGE 33, 23 (28 ss.); *cfr.* 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”.

La protección constitucional de la autognosis religiosa / 41

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 20., párrafo 1, vinculado al artículo 10., 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.

42 / Martin Borowski

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., Berlin, 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., Berlin, 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

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 cualidades 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.

44 / Martin Borowski

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 constitucionales¹⁴³ no es compatible con la interpretación semántica y textual. Cada interpretación¹⁴⁴ 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 disposición, 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 válido 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-Berlin-Colonia, Kohlhammer, 1997, pp. 100 y ss.; Koch, Hans-Joachim y Rüßmann, Helmut, *Juristische Begründungslehre*, Munich, C. H. Beck, 1982, p. 200.

La protección constitucional de la autognosis religiosa / 45

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 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.

46 / Martin Borowski

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, Julian, 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.

La protección constitucional de la autognosis religiosa / 47

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 40. GG, párrafo 10; Mager, Ute, en von Münch, Ingo y Kunig, Philip (ed.), *op. cit.*, artículo 40. GG, párrafo 13.

¹⁵² Starck, Christian, en Von Mangoldt, Hermann *et al.* (ed.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Munich, C. H. Beck, artículo 40., párrafo 1, 2 GG, párrafo 31; Mager, Ute, en Von Münch, Ingo y Kunig, Philip (ed.), *op. cit.*, artículo 40. 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 40. 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 40. 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.

48 / Martin Borowski

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.; Wertbruch, Wilhelm, *Grundgesetz und Menschenwürde*, Colonia-Berlin, 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 Gespräche 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 los 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

La protección constitucional de la autognosis religiosa / 49

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–Staatsrecht 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.

50 / Martin Borowski

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 40. 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 40. GG, párrafo 38.

¹⁶⁷ Muckel, Stefan, en Friauf, Karl Heinrich y Höfling, Wolfram (eds.), *op. cit.*, artículo 40. GG, párrafo 17, el cual enumera todavía una larga lista de actos presuntamente no protegidos 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 40. 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 *Kommen-tar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Neuwied, Luchterhand, artículo 4 GG, párrafos 24 y ss.

La protección constitucional de la autognosis religiosa / 51

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 öffentlichen 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*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 136 y ss.; Bock, *Archiv des öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, núm. 122, p. 461, observación 57; Mager, Ute, op. cit., artículo 40. GG, párrafo 14.

52 / Martin Borowski

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 al 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

La protección constitucional de la autognosis religiosa / 53

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).

54 / Martin Borowski

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 las 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

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.

56 / Martin Borowski

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 igualdad¹⁸¹ 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 40. GG, párrafo 104.

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

La protección constitucional de la autognosis religiosa / 57

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.

58 / Martin Borowski

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-Berlin-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 Lübke-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-

La protección constitucional de la autognosis religiosa / 59

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, Giesecking-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 öffentlichen 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

60 / Martin Borowski

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 40., 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 40., párrafos 1 y 2, de la Ley Fundamental¹⁹³, y por lo demás ve al artículo 40., 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 40. 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 40. GG, párrafo 89; Jarass, Hans Dieter, en Jarass, Hans Dieter y Pieroth, Bodo, op. cit., artículo 40. 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 40. GG, párrafo 90; Kokott, Juliane, op. cit., artículo 40. 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 40. 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.

La protección constitucional de la autognosis religiosa / 61

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-Berlin-Munich-Bonn, Carl Heymanns, 2001, p. 487.

¹⁹⁷ Muckel, Stefan, *Religiöse...*, cit., p. 20; Isak, Axel, *Das Selbstverständnis...*, 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 Piroth, Bodo, *op. cit.*, artículo 40. 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).

62 / Martin Borowski

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, *Selbstverständnis...*, cit., p. 425; Isensee, Josef, *Wer definiert...*, cit., pp. 31 y ss.; Muckel, Stefan, *Religiöse...*, cit., p. 64.

La protección constitucional de la autognosis religiosa / 63

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.

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-

La protección constitucional de la autognosis religiosa / 65

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 el 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.

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-Wolfgang 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*; Sieckmann, 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.

La protección constitucional de la autognosis religiosa / 67

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.

68 / Martin Borowski

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 trascendental, 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 subjetivo

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

La protección constitucional de la autognosis religiosa / 69

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 40. GG, párrafo 14.

70 / Martin Borowski

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-

La protección constitucional de la autognosis religiosa / 71

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.