

CAPÍTULO CUARTO

CONCIENCIA Y DEBER JURÍDICO*

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

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

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

92 / Martin Borowski

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

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

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

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

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

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

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

94 / Martin Borowski

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

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

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

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

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

²⁸⁰ De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán *cfr.* BVerfGE 32, 98 (108); 33, 23 (28 y 29); 35, 367 (376); 48, 127 (163); en la literatura, véase Heckel, Martin, "Religionsfreiheit. Eine säkulare Verfassungsgarantie", en Heckel, Martin (ed.), *Gesammelte Schriften. Staat, Kirche, Recht, Geschichte*, Tübingen, editado por Klaus Schlaich, Mohr Siebeck, 1997, t. 4, y p. 671.

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

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

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

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

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

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

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

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

96 / Martin Borowski

titucional Federal alemán, la libertad de conciencia, conforme al sentido de esta disposición, es²⁸⁵

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

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

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

to significado. Conforme al artículo 38, párrafo 1, enunciado 2, de la Ley Fundamental, los diputados del *Bundestag* alemán “no (están) ligados a mandatos ni instrucciones, y sujetos únicamente a su conciencia”. “Conciencia” en este sentido es claramente más sustanciosa que en el artículo 40., párrafos 1 y 3, de la Ley Fundamental. El artículo 38, párrafo 1, enunciado 2, de la Ley Fundamental, no constituye, sin embargo, una protección a la conciencia del individuo sometido al Estado, sino en la capacidad de función del órgano del Estado “*Bundestag* alemán” y los órganos que lo componen. Relativo a “conciencia” en el artículo 38, párrafo 1, enunciado 2, de la Ley Fundamental véase principalmente Rühl, Ulli F., “Das “Freie Mandat”: Elemente einer Interpretations-und Problemgeschichte”, *Der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, 2000, núm. 39, pp. 23-48.

²⁸⁵ Esta fórmula fue acuñada por primera vez en la interpretación de la libertad de objeción de conciencia militar conforme al artículo 40., párrafo 3, de la Ley Fundamental. El concepto de conciencia en el artículo 40., párrafo 3, de la Ley Fundamental no se diferencia desde una perspectiva general del artículo 40., párrafo 1, de la Ley Fundamental. Cfr. Borowski, Martin, “Glaubens- und...”, *cit.*, p. 552.

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

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

²⁸⁸ BVerfGE 12, 45 (54).

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

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

²⁸⁹ BVerfGE 12, 45 (55), trad. libre.

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

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

98 / Martin Borowski

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

2. La protección del *forum externum*

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

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

²⁹³ BVerfGE 12, 45 (53), trad. libre.

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

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

externa de la conciencia o *forum externum*; esto es, la libertad de actuar de acuerdo con una objeción de conciencia. Mientras el artículo 4o., párrafo 2, de la Ley Fundamental dispone para la libertad de creencia “la práctica de la religión” —y esto solamente al nivel de las restricciones del derecho fundamental—, se intenta buscar la mención de una “práctica de conciencia” u otorgar algo parecido. Además, se garantiza con la libertad de objeción de conciencia militar, en términos del artículo 4o., párrafo 3, de la Ley Fundamental, un caso especial de la dimensión externa de la libertad de conciencia, por lo cual uno podría llegar a la conclusión inversa que dentro de la libertad general de conciencia, dispuesta en el artículo 4o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, no está garantizado el *forum externum*.²⁹⁶ En esta dirección apunta también la literatura anglosajona respecto a la interpretación del artículo 9o. de la Convención Europea de Derechos Humanos, cuyo texto se aproxima al artículo 4o., párrafos 1 y 2, de la Ley Fundamental.²⁹⁷ Sin embargo, la libertad de conciencia se volvería ampliamente obsoleta²⁹⁸ si no la protegiera los actos correspondientes. Apoyado en la historia de la génesis del artículo 4o., párrafos 1 y 2, de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal

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

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

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

100 / Martin Borowski

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

3. La libertad de conciencia como derecho fundamental personalísimo

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

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

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

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

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

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

4. Las restricciones a la libertad de conciencia

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

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

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

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

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

102 / Martin Borowski

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

2004, t. 1, artículo 40. GG, párrafo 143. La idea aislada de sustentar la “transferencia” del artículo 140 de la Ley Fundamental vinculado al artículo 136, párrafo 1, de la Constitución de la República de Weimar como cláusula de restricción de la libertad de conciencia conforme al artículo 40., párrafo 1, de la Ley Fundamental (en este sentido, por ejemplo, Herdegen, Matthias, *op. cit.*, pp. 287-290; Herdegen, Matthias, “Gewissensfreiheit”, en Listl, Joseph y Pirson, Dietrich [eds.], *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2a. ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1994, t. 1, pp. 495-497) no es convincente para la libertad de conciencia (véase Borowski, Martin, “Glaubens-und...”, *cit.*, pp. 487-505), esto vale aun más conforme al texto directo de la libertad de conciencia. Incluso cuando el adoptar una cláusula general no escrita podría ser preferible (*ibidem*, pp. 526-540), la teoría de la limitación a través de derechos constitucionales en conflicto en el sentido amplio encamina a resultados divergentes en pocos casos (*cfr.* para diferenciar entre sentido amplio y restrictivo dentro del marco de esta teoría, *ibidem*, pp. 516-526).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

104 / Martin Borowski

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

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

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

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

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

³¹⁵ Véase III.

derechos humanos y fundamentales. No es casualidad que Georg Jellinek las designara como un “derecho originario”.³¹⁶ No se ha determinado completamente en qué tiempo se independizó la libertad de conciencia de la libertad de creencia. Algunos consideran que dicho proceso se desarrolló a partir del siglo XIX,³¹⁷ mientras que otros lo ubican a principios del siglo XX³¹⁸ o incluso hasta la adopción de la Ley Fundamental.³¹⁹ Esta autonomía entre ambas libertades no debe ser entendida, empero, en el sentido de un “exclusivo o” —naturalmente, las objeciones de conciencia están regularmente fundadas en razones religiosas,³²⁰ y estas razones religiosas en las objeciones de conciencia con frecuencia hacen realmente convincente dicha unión—. Una objeción de conciencia fundada religiosamente satisface de igual forma los requisitos de protección de la libertad de conciencia y de la libertad religiosa, siempre que haya un área de especial mención en la cual la libertad de conciencia y de creencia se crucen. Sin embargo, la congruencia es solamente parcial —ya que hay actos que solamente entran en

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

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

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

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

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

106 / Martin Borowski

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

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

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

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

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

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

³²³ *Ibidem*, pp. 395-399.

³²⁴ *Ibidem*, p. 562.

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

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

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

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

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

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

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

108 / Martin Borowski

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Intentos de estrechamiento de la libertad de conciencia

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

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

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

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

³³⁶ Véase III.

110 / Martin Borowski

que contiene el derecho *prima facie* de actuar de acuerdo con las convicciones de conciencia, es algo absolutamente notable. A diferencia de la mayoría de los otros derechos, que sólo se ejercen en determinados ámbitos de la vida, un mandato de conciencia puede ser usado en contra de todo tipo de deber jurídico y en todos los ámbitos de la vida.³³⁷ Sin embargo, la idea de constantes exámenes de ponderación jurisdiccionales de objeciones de conciencia contra deberes jurídicos causa malestares. Asimismo, en lugar de otorgar una generosa protección *prima facie* y después tener que realizar constantes ponderaciones entre las objeciones de conciencia y los derechos/bienes jurídicos en conflicto, se busca un acercamiento más estrecho a las objeciones de conciencia. Esto corresponde a la famosa *teoría estricta del supuesto de hecho*, como teoría de construcción de los derechos fundamentales, que se contrapone a la *teoría amplia del supuesto de hecho*.³³⁸ La teoría amplia del supuesto de hecho señala que la fundamentación de los derechos fundamentales se presenta como un juego de argumentos y contraargumentos que son desarrollados en la ponderación.³³⁹ La protección del *forum externum*; es decir, de actuar conforme a una objeción de conciencia,³⁴⁰ resulta en este sentido una expresión de la teoría amplia del supuesto de hecho; en cambio, el límite de la libertad de objeción de conciencia militar a través de la “objeción de conciencia militar principal” del Tribunal Federal Constitucional alemán³⁴¹ representa un caso de aplicación de la teoría estricta del supuesto de hecho. Un *leitmotiv* de la discusión de problemas

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

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

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

³⁴⁰ Véase I. 2.

³⁴¹ Véase I. 6.

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

1. La grave “necesidad de conciencia”

De acuerdo con la definición del Tribunal Constitucional Federal alemán, es determinante que el individuo “experimente de manera internamente vinculante” una obligación moral, “respecto de la cual no puede actuar en contra de ella sin sufrir una grave necesidad de conciencia”.³⁴² El criterio de “grave necesidad de conciencia” presenta una gran dosis de ambigüedad, y no es de extrañarse que se encuentre ahí una oportunidad para aquellos que interpretan de manera estricta el supuesto de hecho de la libertad de conciencia. De acuerdo con la jurisprudencia inicial del Tribunal Constitucional Federal alemán, en materia de objeciones de conciencia se exigía una amenaza seria de quiebre de la personalidad del individuo³⁴³ o “daños espirituales graves”.³⁴⁴ Atinadamente, la doctrina se ha manifestado en contra de ello, porque presupone condiciones patológicas para la libertad de conciencia.³⁴⁵ La libertad de conciencia no debería proteger a los meros fanáticos.³⁴⁶ El Tribunal Constitucional Federal alemán ha desistido de esos criterios y utiliza ahora una fórmula en la que debe presentarse una “grave

³⁴² BVerfGE 12, 45 (55).

³⁴³ BverwGE 7, 242 (247 y 248).

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

³⁴⁵ *Cfr.*, por ejemplo, Tiedemann, Paul, “Der Gewissensbegriff in der höchstrichterlichen Rechtsprechung”, *Die Öffentliche Verwaltung*, Stuttgart, Kohlhammer, 1984, pp. 61-67 y 65, de acuerdo con la antigua jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal alemán, presupone un “tipo de neurosis obligatoria”.

³⁴⁶ *Cfr.* en lugar de varios, Bayer, Klaus Dieter, *op. cit.*, p. 31.

112 / Martin Borowski

necesidad de conciencia”.³⁴⁷ En la doctrina se ha hecho énfasis en diferentes aspectos, pero se acordó de manera mayoritaria que la identidad de la personalidad debe ser amenazada por la supuesta contravención de un mandato o prohibición moral experimentado como estrictamente vinculante.³⁴⁸ De acuerdo con la teoría amplia del supuesto de hecho, no pueden aplicarse requisitos exagerados. Por otro lado, no todo lo que el individuo considere como moralmente correcto o preferente puede ser considerado como una objeción de conciencia. Las verdaderas objeciones de conciencia son comparativamente escasas.³⁴⁹

2. La limitación a “omisiones”

Un clásico intento de estrechamiento objetivo consiste en limitar la libertad de conciencia a omisiones.³⁵⁰ En principio, al individuo le sería prohibido apelar acciones positivas de la libertad de conciencia. El que una fuerte convicción moral pueda asumir la forma de una prohibición moral (lo exigido es una omisión) o de un mandato (un acto positivo de “actuar”) depende de las circunstancias del caso en particular y del contenido de la correspondiente objeción de conciencia. El uso común del lenguaje puede constituir sin más un fuerte mandato moral de una objeción de conciencia. Una limitación a “omisiones” tampoco sería

³⁴⁷ BVerwGE 81, 239 (241; cfr. también BVerwGE 127, 302 (328): Debe “la personalidad como tal [ser] amenazada críticamente en su identidad (aquel que haga esto, no puede ser yo)”.

³⁴⁸ Borowski, Martin, *Glaubens-und...*, cit., pp. 556 y 557.

³⁴⁹ Starck, Christian, en Von Mangoldt, Hermann et al. (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 5a. ed., Munich, Verlag Franz Vahlen, 2005, t. 1, artículo 4o., párrafo 1, 2 GG, párrafo 64.

³⁵⁰ Arndt, Adolf, “Umwelt und Recht”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Munich, C. H. Beck, 1962, pp. 2204-2206; Gläser, Rudolf, *Der Einfluß der Glaubens-und Gewissensfreiheit (Artículo 4o. GG) und der Meinungsfreiheit (Artículo 5 GG) auf das Arbeitsverhältnis*, Diss. iur. Göttingen, Facultad de Derecho de la Universidad de Göttingen, 1972, pp. 78-80. En esta dirección, también Muckel, Stefan, *op. cit.*, pp. 157-159.

seriamente considerada en la libertad de creencia.³⁵¹ Lo anterior ha sido rechazado en su mayoría por la opinión de la teoría del Estado alemana respecto de la libertad de conciencia.³⁵²

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

El principio desarrollado en el derecho civil de *venire contra factum proprium* se refiere a la prohibición de encontrarse en contradicción con actos anteriores.³⁵³ Dentro del marco de la libertad de conciencia, se busca aprovechar esta idea para excluir del ámbito de protección del derecho fundamental aquellos conflictos de conciencia previsibles por el individuo.³⁵⁴ Por ejemplo, quien está vinculado por un contrato de trabajo con una empresa de fabricación de armas puede prever que se le exigirá colaborar con la producción de productos bélicos. No obstante, incluso al haber terminado el contrato de trabajo, habría “perdido” el derecho a objetar o negarse por motivos de conciencia en casos futuros. Lo correcto en esta línea de pensamiento es que por regla general los comportamientos verdaderamente contradictorios encaminan a la

³⁵¹ La aducida afirmación (relacionada con la justificación de distinguir necesariamente entre libertad de creencia y libertad de conciencia) de que la función de conciencia activa afecta casi siempre derechos y bienes impotentes, y la función de creencia activa, por el contrario, no es sencillamente falsa.

³⁵² Cfr. solamente Starck, Christian, en Von Mangoldt, Hermann *et al.* (eds.), *op. cit.*, artículo 4o., párrafos 1 y 2 GG, p. 69; Mückl, Stefan, *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 112; cfr. también BVerwGE 105, 73 (78): “artículo 4o., párrafo 1 de la Ley Fundamental contiene... o solamente un derecho de defensa en contra de intervenciones del Estado, sino del mismo crece una demanda en contra del Estado de asegurar un espacio para una activa función de la conciencia”.

³⁵³ Looschelders, Dirk y Olzen, Dirk, en Martinek, Michael (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einleitung zum Schuldrecht und §§ 241-243 BGB*, 15a. ed., Berlin, De Gruyter, 2009, §§ 242 BGB, párrafos 286-301.

³⁵⁴ Muckel, Stefan, “Die Grenzen der Gewissensfreiheit”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Munich, C. H. Beck, 2000, p. 690; BAGE 47, 363 (375); AG Stuttgart, *Neue Juristische Wochenschrift*, Munich, C. H. Beck, 1980, 1109.

114 / Martin Borowski

negación de la protección de derechos fundamentales. El problema de la “solución del ámbito de protección” consiste, sin embargo, en que dentro del marco del examen del ámbito de protección solamente hay dos opciones: o bien entra la conducta cuestionable en el ámbito objetivo de protección de la libertad de conciencia, o no entra. Sin embargo, la previsibilidad de un conflicto de conciencia es una cosa de grado. Esto se refiere en primer lugar a las circunstancias externas. Por ejemplo, el caso de un trabajador de la industria farmacéutica que trabajaba sobre un medicamento para combatir mareos y vómitos, cuando su proyecto pasa de una dimensión civil a una militar —concretamente al utilizarse la medicina contra los mareos ocasionados por la radiación nuclear, y no solamente para mitigar los efectos secundarios de las radiaciones en el marco de una terapia contra el cáncer—. De esta manera, se crea la posibilidad de ampliar su uso para soldados en una guerra nuclear.³⁵⁵ ¿Fue previsible este uso al iniciar el proyecto? Las diferencias entre “empresas bélicas” y “empresas no bélicas” pueden llegar a desaparecer en gran medida.³⁵⁶ En este contexto, las objeciones de conciencia pueden ser alteradas o se pueden formar nuevas de manera profunda e inesperada. En este sentido, las objeciones de conciencia pueden ser imprevisibles, y lo que por fuera puede verse como un comportamiento contradictorio puede ser en realidad una consecuencia natural de un cambio de conciencia dentro de un periodo de tiempo.³⁵⁷ En este contexto, se presenta una consideración de especial importancia del “comportamiento contradictorio” respecto a los límites. Dependiendo de la medida en que era previsible un conflicto de conciencia por parte del portador de derechos fundamentales, el peso de la objeción de conciencia puede variar en el ejercicio de ponderación.

³⁵⁵ Cfr. los hechos en los que se basó BSGE 61, 158 y ss.

³⁵⁶ Borowski, Martin, *Glaubens-und...*, cit., p. 571.

³⁵⁷ *Ibidem*, pp. 571 y 572; Mückl, Stefan, op. cit., artículo 4o. GG, párrafo 112.

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

Comúnmente se ha apoyado una limitación de la objeción de conciencia de acuerdo con la propia esfera de responsabilidad.³⁵⁸ Esta limitación debería resolver, en primera instancia, los casos recurrentes en los cuales se objeta el pago de impuestos, al considerar que dicha contribución será usada en una forma contraria a la conciencia del individuo. Suele rehusarse el pago de impuestos en razón de que no debería serle exigible a una persona pacifista apoyar financieramente a las fuerzas armadas del Estado. Otro ejemplo es el rechazo del pago de contribuciones del seguro médico, con motivo de que parte de ello será utilizado para financiar determinadas formas de aborto.³⁵⁹

El problema de la objeción de conciencia sería resuelto al distinguir entre dos esferas. La responsabilidad por el pago de los impuestos estaría colocada en la “esfera del bien común” —en tanto el individuo no tiene participación sobre ello, éste no podría hacer válida tampoco su objeción de conciencia—. En su “esfera personal”, dicha responsabilidad recaería solamente en el pago puntual de los impuestos o de las contribuciones establecidas. El pago en sí y por sí mismo sería, empero, neutro a la conciencia. Por ello, el deber de pago no debería provocar intervención alguna en el ámbito de protección, y por ende, se considera que la libertad de conciencia no es afectada.³⁶⁰

³⁵⁸ Cfr. sobre todo Herdegen, Matthias, *Gewissensfreiheit und Normativität...*, cit., p. 255; Herdegen, Matthias, *Gewissensfreiheit...*, cit., p. 489; Muckel, Stefan, *Religiöse Freiheit und...*, cit., pp. 162 y 163; Muckel, Stefan, “Die Grenzen...”, cit., p. 690; Muckel, Stefan, en Friauf, Karl Heinrich y Höfling, Wolfram (eds.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, artículo 4o. GG, párrafos 64–68; Kluth, Winfried, “*Das Grundrecht...*”, cit., pp. 228 y 229; Mückl, Stefan, *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 113.

³⁵⁹ Cfr. para ello BVerfGE 67, 26 (37). Sin embargo, esta decisión del Tribunal deja abierta la determinación de si existe una intervención en la libertad de creencia y de conciencia, o de si, empero, hay una intervención, pero ésta es constitucionalmente justificada.

³⁶⁰ BVerfGE, *Neue Juristische Wochenschrift*, Munich, C. H. Beck, 1993, pp. 455 y

116 / Martin Borowski

Esta concepción estrecha del ámbito de protección, con base en las esferas de responsabilidad, se vuelve cada vez más dudosa entre más se amplía. Al excluir de la protección cuestiones de conciencia, como el “asilo eclesiástico” o el rechazo a cierta correspondencia (por ejemplo, publicidad postal de los “Cientólogos”),³⁶¹ al ser consideradas como esferas de responsabilidad ajena,³⁶² se recortan amplios aspectos de la libertad de conciencia. Sin embargo, ¿es tan clara la separación de los “sectores de responsabilidad”, que con ayuda de estos criterios puedan ser resueltos los casos de manera convincente? Finalmente, la *responsabilidad* es también un criterio moral, y cuando el individuo basa un acto u omisión sobre su responsabilidad moral, el Estado no puede simplemente ignorarla. Aquí también, la mejor respuesta consiste en superar los problemas complejos a partir de la teoría de los límites de los derechos fundamentales.³⁶³ Naturalmente, esta solución no cambia el hecho de que la libertad de conciencia en varias situaciones —en las cuales realmente hay *prima facie* sectores de responsabilidad totalmente ajenos— no es garantizada, porque la libertad de conciencia aparece limitada. Pero aun cuando se trata claramente de sectores de responsabilidad ajenos, no se puede excluir que el caso concreto pueda ofrecer razones para la libertad de conciencia.

456; asimismo, BVerfGE, *Neue Juristische Wochenschrift*, Munich, C. H. Beck, 2003, p. 2600. La discusión de si no existía una intervención o se trataba de una intervención constitucionalmente justificada fue recientemente dejada abierta en BVerfGE, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Munich, C. H. Beck, 2007, p. 505.

³⁶¹ Esta situación se encuentra en BVerwGE 113, 361.

³⁶² Cfr. sobre todo Muckel, Stefan, *Religiöse Freiheit und...*, cit., pp. 160 y 161; Muckel, Stefan, en Friauf, Karl Heinrich y Höfling, Wolfram (eds.), *op. cit.*, artículo 4o., GG, párrafos 64-68.

³⁶³ Borowski, Martin, *Glaubens-und...*, cit., pp. 568-570; cfr. también Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Diskussionsbeitrag”, *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatslehrer*, Berlin, Walter de Gruyter, 1970, núm. 28, pp. 120: “Yo no puedo descartar como una posición de conciencia que alguien diga: No estoy listo para pagar la fabricación de bombas atómicas. La cuestión aquí es el problema de limitar... [Yo] no puedo decir, no, esa no es ninguna posición de conciencia porque se trata de un pago de dinero”.

III. La carga de alegación para los objetores de conciencia

Hemos visto que los intentos de limitar la libertad de conciencia, dentro de la esfera del supuesto de hecho, no son plenamente convenientes. Sin embargo, permanece todavía una dificultad para el portador del derecho fundamental. Quien quiere hacer valer una objeción de conciencia frente a un deber jurídico tiene que exponer sus convicciones de conciencia y hacerlas creíbles. Las convicciones de conciencia como hechos internos o subjetivos son, sin más, reconocibles desde afuera. Sin embargo, el Estado puede permitir excepciones, igualmente a leyes vigentes, cuando se puedan fijar razones suficientemente objetivas de una objeción de conciencia.³⁶⁴ La objetivización de las objeciones de conciencia se logra justamente por medio de la exposición y de la credibilidad, a través de las cuales el individuo expone su dilema de conciencia de tal manera que su contenido y significado sea comprensible para los demás. Se trata de la pregunta de la apreciación de las pruebas e indicios de hechos internos, que tradicionalmente se encuentra entre las tareas jurisdiccionales.³⁶⁵ En este sentido, ha demostrado ser de gran utilidad, a favor de la libertad de conciencia, cuando hay coherencia entre la convicción de conciencia que el individuo hace valer y la forma de vida que ha llevado hasta ese momento.³⁶⁶ La situación es más compleja cuando no se encuentra indicio alguno en el comportamiento del individuo hasta el momento de la objeción, y además el privilegio, producto del incumplimiento del deber, parece atractivo.

³⁶⁴ De la literatura, *cfr.* Kästner, Karl-Hermann, *op. cit.*, p. 139; *cfr.*, además, BVerwGE 127, 302 (332), donde "es exigida una exposición, vista desde afuera como racionalmente comunicable y comprensible en el contexto intersubjetivo, respecto a la seriedad, profundidad e inderogabilidad de la objeción de conciencia".

³⁶⁵ Por ello, no se puede decir que respecto a hechos internos se cierre la posibilidad de una determinación objetiva. En este sentido, Eiselstein, Claus, "*Das «forum»...*", *cit.*, p. 797. De lo contrario, las disposiciones penales, que no pocas veces exigen el "dolo" como elemento, no podrían ser empleadas.

³⁶⁶ Rupp, Hans Heinrich, *op. cit.*, p. 1035.

118 / Martin Borowski

La “carga de la alegación” de la objeción de conciencia juega un rol tradicional e importante en el proceso de reconocimiento de la objeción de conciencia militar. Aquí, la carga de la alegación es por lo general alta, porque siempre se trata de lo mismo —la liberación del “servicio militar armado”—. Por el contrario, en el caso de la libertad general de conciencia, puede tratarse de deberes jurídicos completamente distintos. Es necesario diferenciar entre la carga de la alegación de la objeción de conciencia con el significado del deber jurídico correspondiente. Entre más significativo y pesado sea el deber jurídico, más alta es la carga de alegación.³⁶⁷

Con frecuencia se señala con relación a la carga de la prueba la llamada “alternativa molesta”.³⁶⁸ Bajo este concepto se entiende la existencia de un acto sustitutivo de naturaleza neutral; prototípico es una prestación sustituta en el marco de la objeción de conciencia militar. Si es posible un acto sustitutivo de naturaleza neutral y hasta qué punto, depende de las circunstancias correspondientes. ¿Existe un medio alternativo respetuoso de la conciencia, con el cual el propósito inicial de la medida dañina de la conciencia se pueda fomentar? Cuando ello no sea posible, no deberá ser impuesto al objetor de conciencia un mero “y/o” como recompensa.³⁶⁹

El trato desigual que implica la excepción es justificado, porque tiene un significado más alto para el individuo debido a su conciencia que para aquellos que su conciencia no se los exija. Existe aquí un permisible y necesario trato desigual de desiguales.

³⁶⁷ Borowski, Martin, *Glaubens-und...*, cit., pp. 558 y 559.

³⁶⁸ Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *op. cit.*, p. 71; Kästner, Karl-Hermann, *op. cit.*, p. 143.

³⁶⁹ Cfr. respecto a la “alternativa molesta”, Kluth, Winfried, “Der Preis der Gewissensfreiheit im weltanschaulich-pluralen Leistungsstaat”, en Muckel, Stefan (ed.), *Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Rüfner zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, pp. 475-477. Cfr. también Borowski, Martin, *Glaubens-und...*, cit., pp. 559 y 560. Como última consecuencia podría justificarse la idea de exigir una simple tarifa a favor del Estado por las excepciones como consecuencia de la libertad de conciencia.

Valoración final

Encontramos, cuando la teoría alemana del Estado empezó a valorar la libertad de conciencia, esta aplastante sentencia de Niklas Luhmann: “Si hay un derecho fundamental que escapa a la revisión de la dogmática de los derechos fundamentales, ese es la libertad de conciencia”.²⁷⁵ Desde entonces ha transcurrido casi medio siglo. La jurisprudencia y la literatura han desarrollado un significado de la libertad de conciencia a la luz de la Ley Fundamental, que considera de manera seria al individuo y su conciencia, sin perder de vista el igual valor de los deberes jurídicos. Un buen ejemplo de ello es una sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán en 2005. En este caso, el juez aceptó que un comandante del ejército que se dedicaba al desarrollo de un *software* bélico hiciera valer su objeción de conciencia para no cooperar con la guerra en Irak, por considerar que el conflicto era contrario al derecho internacional.²⁷⁶ El Tribunal expuso que los soldados no están relegados solamente a la “objeción de conciencia militar principal”, de acuerdo con el artículo 4o., párrafo 3, de la Ley Fundamental, sino que pueden también apelar a su conciencia general en algunas áreas de mando.²⁷⁷ De acuerdo con una detallada valoración de la objeción de conciencia de los soldados voluntarios, la objeción fue considerada como convincente.²⁷⁸ Una “reserva numérica” a lo anterior —en el sentido de

²⁷⁵ Luhmann, Niklas, “Die Gewissensfreiheit und das Gewissen”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1965, núm. 90, p. 257, trad. libre.

²⁷⁶ BVerwGE 127, 302 y ss.

²⁷⁷ BVerwGE 127, 302 (321 y 332-342).

²⁷⁸ BVerwGE 127, 302 (342-358).

120 / Valoración final

si algunos, todos o muchos soldados “descubren” su conciencia—ha sido negada por el Tribunal.²⁷⁹ En este caso no se encuentra tampoco una limitación relevante de las disposiciones constitucionales militares u otras disposiciones de la Ley Fundamental.²⁸⁰ En especial, la tensión de la cadena de mandos y órdenes del Ministerio de Defensa exige la justificación de un procedimiento constructivo del portador de conciencia; por consiguiente, una manifestación prematura del conflicto.²⁸¹ Estas exigencias habían sido satisfechas por el soldado voluntario, a diferencia de la obli-gación del superior competente de proporcionar, en caso necesá-rio, una alternativa respetuosa a la conciencia.²⁸²

Naturalmente, puede haber distintas opiniones respecto de los diferentes aspectos de la justificación.²⁸³ Sin embargo, es necesá-rio subrayar que la negatoria de acatar órdenes por parte de un soldado voluntario del ejército federal, derivada de una objeción

²⁷⁹ BVerwGE 127, 302 (359).

²⁸⁰ BVerwGE 127, 302 (360-366).

²⁸¹ BVerwGE 127, 302 (367-371). Aquí se encontraba el problema del categórico caso de un servidor postal que destruye determinados envíos postales (BVerwGE 113, 361 ss).

²⁸² BVerwGE 127, 302 (371-374).

²⁸³ Por ejemplo, se puede cuestionar si el Tribunal Administrativo Federal alemán pudo haber argumentado la solución ganada a partir del artículo 4o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, más como una interpretación constitucional conforme a las razones de no vinculatoriedad de las órdenes. Cfr. Muckel, Stefan, en Friauf, Karl Heinrich y Höfling, Wolfram (eds.), *op. cit.*, artículo 4o. GG, párrafo 66, con posteriores pruebas, o de si los razonamientos sobre la violación al derecho internacional de la guerra de Irak en su detalle no vienen al caso. Battis, Ulrich, “Urteilsanmerkung [zu BVerwE 127, 302 ff]”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, Köln-Berlin-Munich-Bonn, Carl Heymanns, 2005, pp. 1462-1463; Kotzur, Markus, “Gewissensfreiheit contra Gehorsamspflicht oder: Der Irak-Krieg auf verwaltungsgerichtlichem Prüfstand”, *JuristenZeitung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 30; cfr. también Schafranek, Frank, *Die Gewissensfreiheit des Soldaten*, *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, Berlin, Luchterhand, 2005, p. 242; Hebel, Timo, “Der Widerstreit von Gehorsamspflicht und Gewissensfreiheit des Soldaten”, *Kritische Justiz*, Baden-Baden, Nomos, 2006, pp. 213-215. Además, no son convincentes los comentarios de la reconstrucción de las restricciones inmanentes. Cfr. aquí Sachs, Michael, “Urteilsanmerkung [zu BVerfGE 127, 302 ff.]”, *Juristische Schulung*, Munich, C. H. Beck, 2006, pp. 168 y 169. Para una investigación más precisa de la objeción de conciencia en el caso categórico, véase Battis, Ulrich, *idem*; Schafranek, Frank, *ibidem*, pp. 239-242; Dau, Klaus, “Urteilsanmerkung [zu BVerwGE 127, 302 ff.]”, *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, Berlin, Luchterhand, 2005, p. 257.

conciencia, puede ser aceptada por el senado militar del Tribunal Administrativo Federal alemán, y además el resultado fundamental de tal conflicto sería consentido por la teoría del Estado.²⁸⁴ Pocos hubieran podido presagiar esto en los tiempos de la frase de Luhmann. La reconstrucción dogmática de la libertad de conciencia en la teoría del Estado alemana del siglo XXI, a partir de cuyas reglas fue posible este desarrollo, pone a disposición un marco para un compromiso razonable entre los deberes jurídicos y las objeciones de conciencia, por lo que otros órdenes jurídicos o constitucionales deben todavía mostrar si toman en serio la libertad de conciencia.

²⁸⁴ Kotzur, Markus, *op. cit.*, p. 30; Battis, Ulrich, *op. cit.*, p. 1463; Droege, Michael y Fischer-Lescano, Andreas, "Gewissensfreiheit in der Bundeswehr", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Munich, C. H. Beck, 2006, p. 173. En contra se alega como un *argumentum als absurdum*, en el sentido de que el Tribunal Administrativo Federal alemán podría también anular órdenes claramente lícitas apelando a la libertad de conciencia (en este sentido, Muckel, Stefan, en Friauf, Karl Heinrich y Höfling, Wolfram (eds.), *op. cit.*, artículo 40. GG, párrafo 67; Ladiges, Manuel, "Das BVerwG und die Gewissensfreiheit der Soldaten", *Neue Juristische Wochenschrift*, Munich, C. H. Beck, 2006, p. 958), esto subestima la atracción principal de la libertad de conciencia —de que ésta puede ser empleada contra tales, es decir, contra deberes jurídicos lícitos—. No es de temer un menoscabo del orden militar cuando la carga de la prueba es proporcionalmente establecida. Schafnarek, Frank, *ibidem*, p. 246; Dau, Klaus, *op. cit.*, p. 256; Hebel, Timo, *op. cit.*, p. 218; Kokott, Juliane, *op. cit.*, artículo 40. GG, párrafo 89.