RAFAEL NAVARRO-VALLS
JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN

# CONFLICTOS ENTRE CONCIENCIA Y LEY

## Las objeciones de conciencia

SEGUNDA EDICIÓN
revisada y ampliada



iustel

# CONFLICTOS ENTRE CONCIENCIA Y LEY
## Las objeciones de conciencia

**RAFAEL NAVARRO-VALLS**
**JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN**
Catedráticos de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Complutense de Madrid

# CONFLICTOS ENTRE CONCIENCIA Y LEY

## Las objeciones de conciencia

SEGUNDA EDICIÓN
revisada y ampliada



iustel

Este libro se ha realizado en el contexto de los siguientes proyectos de investigación: Proyecto S2007/HUM-0403 de la Comunidad Autónoma de Madrid; Proyectos DER2008-05283/JURI y DER2011-29385 del Ministerio de Ciencia e Innovación; Grupo de Investigación 940091 de la Universidad Complutense.

2.ª edición, 2012

Todos los derechos reservados. Queda rigurosamente prohibida la reproducción, copia o transmisión, ya sea total o parcial, de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluidos la reprografía y el tratamiento informático, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del Copyright.

© 2012, by Rafael Navarro-Valls y Javier Martínez-Torrón
Iustel
Portal Derecho, S. A.
www.iustel.com
Princesa, 29. 28008 Madrid)
ISBN: 978-84-9890-189-4
Depósito legal: M. 1.257-2012
Printed in Spain - Impreso en España
por Sociedad Anónima de Fotocomposición
Talisio, 9. 28027 Madrid

*Al profesor Rinaldo Bertolino, maestro de juristas*
*y canonista experto en humanidad.*

«… this is one of their most ancient laws, that no man ought to be punished for his religion. […] he made a law that every man might be of what religion he pleased, and might endeavour to draw others to it by the force of argument and by amicable and modest ways, but without bitterness against those of other opinions».

(Thomas More, *Utopia*)

«Cowards die many times before their deaths;
The valiant never taste of death but once.
Of all the wonders that I yet have heard,
It seems to me most strange that men should fear;
Seeing that death, a necessary end,
Will come when it will come».

(Shakespeare, *Julius Caesar*, acto II, escena II)

# Índice

**Abreviaturas** . . . . . 17

**Breve nota a la segunda edición** . . . . . 19

**Presentación** . . . . . 21

**Capítulo 1. Libertad de conciencia y objeción de conciencia** . . . . . 29

1. UN *BIG BANG* DE OBJECIONES DE CONCIENCIA . . . . . 29
2. LOS DIVERSOS CONCEPTOS DE OBJECIÓN DE CONCIENCIA . . . . . 34
3. LA «NORMALIDAD» DE LOS CONFLICTOS ENTRE LEY Y CONCIENCIA EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES . . . . . 38

**Capítulo 2. La tutela jurídica de las objeciones de conciencia** . . . . . 41

1. DOS PLANTEAMIENTOS FUNDAMENTALES . . . . . 41
2. LAS TENDENCIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO . . . . 47
   - 2.1. *Derecho internacional* . . . . . 48
   - 2.2. *Derecho comparado* . . . . . 54
3. EL DERECHO ESPAÑOL . . . . . 63
4. LIBERTAD DE CONCIENCIA Y ORDENAMIENTO JURÍDICO . . . . . 68
   - 4.1. *Hacia un tratamiento jurisprudencial de los conflictos entre ley y conciencia* . . . . . 68
   - 4.2. *Objeción de conciencia y neutralidad ética del Estado* . . . . . 71
   - 4.3. *Algunos otros criterios orientadores* . . . . . 75
   - 4.4. *La regulación legislativa de las objeciones de conciencia: conveniencia y límites* . . . . . 79

**Capítulo 3. La objeción de conciencia al servicio militar** . . . . . 81

1. CARACTERÍSTICAS Y ORIGEN DE LA OBJECIÓN AL SERVICIO MILITAR . . . 81
2. ACTUACIONES INTERNACIONALES . . . . . 85
   - 2.1. *Naciones Unidas* . . . . . 85
   - 2.2. *Derecho europeo* . . . . . 88
     - *a)* Consejo de Europa . . . . . 89
     - *b)* Parlamento Europeo . . . . . 94
     - *c)* La jurisprudencia de Estrasburgo . . . . . 97
3. DERECHO COMPARADO . . . . . 105
4. DERECHO ESPAÑOL . . . . . 110

**Capítulo 4. Libertad de conciencia y obligaciones fiscales** . . . . . 117

1. OBJECIÓN DE CONCIENCIA FISCAL Y OBJECIÓN AL SERVICIO MILITAR . . . 117

2. Derecho comparado. . . . . 119
3. Derecho español . . . . . 125

**Capítulo 5. Objeción de conciencia al aborto** . . . . . 129
1. Noción y fundamentación . . . . . 129
2. La tendencia expansiva en el derecho comparado . . . . . 132
2.1. *Panorama legislativo y jurisprudencial* . . . . . 132
2.2. *La colaboración indirecta en el aborto* . . . . . 143
3. Derecho español . . . . . 146
3.1. *Antecedentes de la actual regulación: especial referencia a la STC 53/1985* . . . . . 146
3.2. *Una jurisprudencia contradictoria* . . . . . 150
3.3. *La regulación en la Ley Orgánica 2/2010* . . . . . 154

**Capítulo 6. Libertad de conciencia y bioética** . . . . . 167
1. Antecedentes . . . . . 167
2. Algunas modalidades en derecho comparado . . . . . 170
3. La objeción de conciencia a técnicas de reproduccion asistida y su situación en derecho español . . . . . 172
4. La objeción de conciencia a la eutanasia . . . . . 178
4.1. *El contexto deontológico* . . . . . 178
4.2. *Personal médico y paramédico* . . . . . 180
4.3. *Objeción de conciencia política* . . . . . 182
4.4. *Eutanasia y objeción de conciencia farmacéutica* . . . . . 183
4.5. *La situación en España* . . . . . 184
5. La objeción de conciencia farmacéutica . . . . . 188
5.1. *La situación en el derecho español* . . . . . 188
5.2. *Estados Unidos* . . . . . 191
5.3. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* . . . . . 195

**Capítulo 7. La objeción de conciencia a tratamientos médicos** . . . . 197
1. Una objeción de origen fundamentalmente religioso . . . . . 197
2. Derecho comparado. . . . . 199
2.1. *La objeción de personas adultas* . . . . . 199
*a)* Los límites a la libre voluntad del objetor adulto . . . . . 199
*b)* La doctrina del «juicio de sustitución» . . . . . 203
*c)* La responsabilidad criminal de quienes colaboran con el objetor . 205
2.2. *Los tratamientos médicos a menores* . . . . . 207
*a)* La imposición del tratamiento en caso de peligro . . . . . 207
*b)* La cuestión de la responsabilidad criminal de los padres objetores . . . . . 208
*c)* Las situaciones que no implican riesgo grave para la vida o la salud . . . . . 210

*d)* Objeción a tratamientos médicos y custodia de los hijos . . . 212
3. Derecho español . . . . . 216
3.1. *La cuestión del poder del juez para autorizar una transfusión forzosa* . 217
3.2. *Objeción de conciencia a hemotransfusiones y custodia de los hijos* . . 222
3.3. *Objeción de conciencia y responsabilidad criminal de padres o coadyuvantes* . . . . . 223
3.4. *La responsabilidad económica por los gastos derivados de tratamientos alternativos a las hemotransfusiones* . . . . . 227
3.5. *La Ley de 2002 sobre la autonomía del paciente* . . . . . 231

**Capítulo 8. Conflictos entre ley y conciencia en el ámbito educativo** . 235
1. La negativa a participar en actividades o ceremonias en la escuela . . . . . 236
1.1. *Los* flag salute cases *en la jurisprudencia y legislación comparadas* . . 236
*a)* Estados Unidos . . . . . 236
*b)* Canadá: saludo a la bandera y oración en la escuela . . . . . 241
*c)* Argentina . . . . . 243
*d)* México . . . . . 245
*e)* India . . . . . 250
*f)* Filipinas . . . . . 252
1.2. *Los casos* Efstratiou *y* Valsamis *en Europa* . . . . . 254
2. El rechazo de la escolarización obligatoria: el *home schooling*. 258
3. La objeción de conciencia a ciertos contenidos docentes . . . . 267
3.1. *La enseñanza religiosa confesional*. . . . . 267
3.2. *La jurisprudencia de Estrasburgo* . . . . . 270
*a)* Un precursor: *Karnell y Hardt* . . . . . 270
*b)* El caso *Kjeldsen:* la objeción a la educación sexual en la escuela. 271
*c)* El caso *Campbell y Cosans:* objeción a los castigos físicos en la escuela . . . . . 274
*d)* Los casos *Folgerø* y *Zengin:* objeción a la enseñanza religiosa de carácter neutral en el colegio . . . . . 278
*e)* El caso *Grzelak:* rechazo de la enseñanza religiosa confesional . 285
3.3. *El derecho norteamericano* . . . . . 287
3.4. *El derecho alemán* . . . . . 294
3.5. *El derecho español* . . . . . 296
3.6. *El caso español de la asignatura «Educación para la ciudadanía»* . . . 298
*a)* El problema y los hechos . . . . . 298
*b)* El fundamento jurídico alegado en las objeciones. . . . . 300
*c)* La jurisprudencia de los tribunales españoles . . . . . 303
*d)* La situación posterior a las sentencias del Supremo. . . . . 309
3.7. *La conveniencia de un tratamiento preventivo de los conflictos de conciencia en el ámbito escolar* . . . . . 312

**Capítulo 9. Libertad de conciencia y utilización de símbolos religiosos** . . . . . 317

1. La creciente importancia de las cuestiones relativas a la simbología religiosa . . . . . 317
2. Simbología religiosa personal y entorno educativo . . . . . 321
   - 2.1. *La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* . . . . . 322
     - *a)* Los primeros casos . . . . . 322
       - I) *Karaduman* y *Bulut*: velo islámico y fotografía de identidad . . . . . 324
       - II) Prohibición del velo a una profesora de enseñanza primaria: el caso *Dahlab* . . . . . 326
     - *b)* Turquía y la laicidad del entorno universitario: el caso *Leyla Şahin* . . . . . 327
     - *c)* Las secuelas de *Leyla Şahin:* los casos *Köse* y *Kurtulmus* . . . . 332
     - *d)* El respaldo del TEDH a las políticas sobre simbología religiosa en la escuela pública en Francia . . . . . 335
       - I) La evolución de las políticas sobre simbología religiosa en Francia . . . . . 336
       - II) Las sentencias *Dogru* y *Kervanci* y sus secuelas . . . . . 339
   - 2.2. *Los conflictos sobre vestimenta de estudiantes en Gran Bretaña* . . . . 342
   - 2.3. *Los casos sobre velo de profesoras en Gran Bretaña, Alemania y Estados Unidos* . . . . . 351
   - 2.4. *Multiculturalidad y políticas de adaptación en Canadá* . . . . . 358
3. Indumentaria religiosa y espacios públicos . . . . . 364
   - 3.1. *La cuestión del atuendo de significación islámica en los ámbitos político y mediático de Turquía* . . . . . 364
   - 3.2. *Atuendo religioso y normas relativas a la seguridad pública* . . . . . 367
   - 3.3. *La prohibición de signos religiosos en entornos públicos que representan la autoridad del Estado* . . . . . 372
   - 3.4. *La prohibición del* burka *o* niqab *en lugares públicos* . . . . . 378
4. La indumentaria de significación religiosa en el ámbito laboral . 384
5. Algunas observaciones sobre las políticas occidentales en materia de simbología religiosa . . . . . 390
6. Las objeciones «laicas» a símbolos religiosos institucionales . . . 394
   - 6.1. *Neutralidad estatal y acomodación en Estados Unidos y Canadá* . . . 395
   - 6.2. *La cuestión del crucifijo en el entorno escolar en Europa* . . . . . 401
   - 6.3. *La cuestión del crucifijo en España, dentro y fuera del ámbito escolar* . 413

**Capítulo 10. Los conflictos de conciencia en el ámbito de las relaciones laborales** . . . . . 419

1. Observaciones previas . . . . . 419

2. El zigzagueante itinerario de las objeciones laborales en Estados Unidos . . . . . 423
2.1. *La doctrina* Sherbert *y sus consecuencias* . . . . . 424
2.2. *Un cambio de dirección: el caso* Smith . . . . . 430
2.3. *La objeción de conciencia a la sindicación* . . . . . 433
3. La tutela del trabajador en la jurisprudencia de Canadá . . . . 435
3.1. *Un decidido interés en erradicar la discriminación indirecta en los casos de descanso sabático* . . . . . 436
3.2. *La objeción a pagar las cuotas sindicales* . . . . . 443
4. La jurisprudencia de las instituciones europeas . . . . . 444
5. La legislación y jurisprudencia de algunos países europeos . . . . 451
5.1. *Discriminación religiosa y discriminación racial en el Reino Unido* . . 451
5.2. *La garantía del descanso sabático en Francia, Bélgica e Italia* . . . . . 455
5.3. *El predominio de la posición del empresario en derecho español* . . . . 459

**Capítulo 11. Objeción de conciencia y función pública** . . . . . 467
1. La objeción de conciencia al jurado . . . . . 467
1.1. *Objeción al jurado y confesiones religiosas* . . . . . 467
1.2. *Derecho continental-europeo* . . . . . 469
1.3. *Derecho angloamericano* . . . . . 472
1.4. *Derecho español* . . . . . 477
*a)* La Ley del Jurado de 1995: problemas y perspectivas . . . . . 477
*b)* La conveniencia de una regulación legal específica de la objeción al jurado . . . . . 480
*c)* El clima jurisprudencial posterior a la LOTJ de 1995 . . . . . 484
2. La objeción de conciencia a los juramentos promisorios . . . . . 487
2.1. *Derecho comparado* . . . . . 487
2.2. *Derecho español* . . . . . 490
2.3. *La jurisprudencia de Estrasburgo* . . . . . 492
3. Libertad de conciencia y celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo . . . . . 496
3.1. *Un problema nuevo* . . . . . 496
3.2. *Derecho comparado* . . . . . 499
3.3. *Derecho español* . . . . . 504
*a)* La objeción de conciencia de los jueces . . . . . 504
*b)* La objeción de conciencia de los alcaldes . . . . . 511

**Capítulo 12. Las objeciones de conciencia en los ordenamientos confesionales** . . . . . 513
1. Conciencia individual y conciencia «institucional» ante el derecho del Estado . . . . . 513

2. El secreto ministerial . . . . . 516
2.1. *El secreto ministerial en los ordenamientos confesionales* . . . . . 516
2.2. *El secreto ministerial como forma de objeción de conciencia* . . . . . 518
2.3. *Derecho comparado* . . . . . 519
2.4. *Derecho español* . . . . . 524
*a)* Tratamiento legislativo . . . . . 524
*b)* Tratamiento jurisprudencial . . . . . 525
3. La objeción al sacerdocio de mujeres y homosexuales en la Iglesia de Inglaterra . . . . . 527
3.1. *La normativa que la encuadra* . . . . . 527
3.2. *El coste de la conciencia y la ruptura de la comunión anglicana* . . . . 531
*a)* La comunión anglicana y la consagración de las mujeres como obispos . . . . . 531
*b)* Homosexualidad en la Iglesia Anglicana . . . . . 533

**A modo de epílogo** . . . . . 535

# Abreviaturas

| | |
|---|---|
| ADR | Annuaire Droit et Religions. |
| ADEE | Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado. |
| ADH-NE | Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. |
| ADI | Anuario de Derecho Internacional. |
| AöR | Archiv des öffentliches Recht. |
| AP | Audiencia Provincial. |
| BYULR | Brigham Young University Law Review. |
| CE | Constitución Española. |
| CEDH | Convenio Europeo de Derechos Humanos. |
| CP | Código Penal. |
| D & R | Decisions & Reports of the European Commission of Human Rights. |
| DE | Il diritto ecclesiastico. |
| Dec. Adm. n. | Decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. (en relación con la jurisprudencia de Estrasburgo). |
| DO | Derecho y Opinión. |
| EuGRZ | Europäische Grundrechte Zeitschrift. |
| IC | Ius Canonicum. |
| ICLQ | International and Comparative Law Quarterly. |
| JCS | Journal of Church and State. |
| LOLR | Ley Orgánica de Libertad Religiosa. |
| LOTJ | Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. |
| NJW | Neue Juristische Wochenscrift. |
| NVwZ | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht. |
| PCEDH | Primer Protocolo al Convenio Europeo de Derechos Humanos. |
| PIDCP | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. |
| QDPE | Quaderni di diritto e politica ecclesiastica. |
| R.D. | Real Decreto. |
| RDCE | Revista de Derecho Comunitario Europeo. |
| REDC | Revista Española de Derecho Canónico. |
| REDCo | Revista Española de Derecho Constitucional. |
| REDE | Revista Española de Derecho Europeo. |
| Rep. Com. n. | Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos (Estrasburgo) en relación con la solicitud n. |

| | |
|---|---|
| RFDUG | Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. |
| RGD | Revue Générale de Droit. |
| RGDCDEE | Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado. |
| RGDE | Revista General de Derecho Europeo. |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial. |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional. |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo. |
| STSJ | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. |
| TC | Tribunal Constitucional. |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos. |
| TS | Tribunal Supremo. |
| TSJ | Tribunal Superior de Justicia. |
| UE | Unión Europea. |
| WJILDR | Willamette Journal of International Law and Dispute Resolutions. |

# Breve nota a la segunda edición

Agotada la primera edición de este libro en pocos meses, y alentados por colegas y amigos a reimprimirla cuanto antes, consideramos que, pese a la premura de tiempo, valía la pena, más que una mera reimpresión, publicar una segunda edición revisada y ampliada, analizando nuevos datos legislativos y jurisprudenciales que, tanto en el ámbito del derecho español como del derecho internacional y comparado, se han producido desde enero de 2011. Así lo hemos intentado, manteniendo en lo sustancial el texto de la primera edición y concentrándonos en lo que nos ha parecido de especial relevancia: por ejemplo, las sentencias *Lautsi* (simbología religiosa) y *Bayatyan* (servicio militar) de la *Grand Chamber* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 2011, o la nueva versión del Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de España, que ha modificado las referencias a la objeción al aborto que se contenían en el anterior código deontológico. También hemos incluido nuevas referencias legislativas y jurisprudenciales al ámbito jurídico latinoamericano. Las modificaciones afectan sobre todo a los capítulos 2, 3, 5, 6, 8, 9 y 11, permaneciendo los demás, en esencia, inalterados. Confiamos en que esta segunda edición tenga la misma buena acogida que la primera por parte de los lectores.

Los autores
Madrid, enero de 2012

# Presentación

El precedente remoto de este libro se remonta a un encargo expreso, hace ya más quince años, de nuestro querido amigo y colega, y brillante maestro del derecho, el Profesor Rinaldo Bertolino, entonces Rector de la Universidad de Turín. Su objetivo principal era abordar desde una perspectiva comparada una materia tan compleja como ésta de tal manera que, al tiempo que revistiese las características propias de un trabajo de investigación académico, pudiera servir, sin ser un manual, como texto universitario sobre el que trabajaran los alumnos de Facultades de Derecho de las universidades italianas. Esa finalidad requería de nuestra parte un esfuerzo por sintetizar una temática de suyo amplia, y a la que habíamos dedicado, desde mediados de los 1980, abundante trabajo y no pocos escritos.

No se trataba de una tarea sencilla, entre otras cosas porque el libro no iba dirigido sólo a estudiantes, sino también —y primordialmente— a nuestros colegas del entorno académico, y a otros operadores jurídicos, lo cual implicaba intentar un delicado equilibrio. Parecía sin duda necesario hacer asequible la correcta comprensión de una materia difícil, y controvertida, sobre la que existen demasiados malentendidos, dentro y fuera del ámbito del derecho. Pero debíamos hacerlo sin simplificar indebidamente —que es un modo de traicionar— ni los problemas jurídicos que plantean los conflictos entre ley y conciencia, ni las oportunas referencias doctrinales, legales y jurisprudenciales, ni tampoco la exposición de nuestras propias ideas sobre el tema.

El resultado fue el volumen titulado *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato,* G. Giappicchelli Editore, Torino 1995. Animados por ese hecho y, sobre todo, urgidos por la insistencia de un buen número de colegas españoles, nos decidimos finalmente a publicar una versión española, que vio la luz dos años más tarde (*Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado,* McGraw-Hill, Madrid 1997), y que contenía importantes diferencias respecto a la edición italiana: algunas derivadas de nuevos datos legislativos y jurisprudenciales, y otras del distinto público al que se dirigía la edición en lengua española.

Aunque inspirado por ellas, el texto que ahora se publica no es en realidad una continuación de aquellas dos ediciones, aunque la temática es análoga: situaciones en las que la conciencia individual —o a veces institucional— entra en conflicto con imperativos legales diversos. Nos propusimos, sobre la base de

una revisión a fondo de nuestro trabajo anterior, hacer en rigor un nuevo libro, más amplio, y también más profundo, tanto en sus aspectos de planteamiento general como en el análisis de situaciones concretas (aunque las ideas matrices que sirven de fundamento a nuestro estudio siguen siendo sustancialmente las mismas). Ese nuevo enfoque, a decir verdad, no fue debido a decisión propia, sino que las circunstancias decidieron por nosotros.

A lo largo de estos últimos años, en efecto, el panorama del derecho comparado e internacional ha cambiado notablemente, como consecuencia de una copiosa jurisprudencia y legislación, y también de notables cambios en la actitud de la doctrina jurídica e incluso de la sociedad misma. Hace no demasiado tiempo, las objeciones de conciencia sólo atraían a un reducido grupo de filósofos del derecho y de constitucionalistas, además de, naturalmente, a amplios sectores de los cultivadores del llamado, en España, «derecho eclesiástico del Estado». Durante la última década, el interés por este tipo de situaciones jurídicas, en lugar de experimentar retroceso, ha despertado cada vez más la atención de los estudiosos del derecho —y también de la opinión pública en general—. Entre otras razones de peso, porque se trata de conflictos jurídicos que se encuentran en un constante *crescendo,* y ante los cuales el ordenamiento jurídico adopta a veces actitudes irregulares que van, desde dubitaciones inexplicables, hasta una firmeza —no menos inexplicable— en mantener incólume la letra de la ley por encima de derechos constitucional e internacionalmente reconocidos.

Así, por ejemplo, los conflictos entre leyes «neutrales» y libertad de conciencia son una de las cuestiones, en materia de derechos fundamentales, más discutidas en Europa en estos momentos, a veces con ocasión de reformas legislativas que conmocionan el tradicional consenso social sobre determinadas cuestiones éticas, y otras veces al hilo del desafío que supone integrar una cultura religiosa diferente, como la islámica, en un continente de matriz religiosa predominantemente judeo-cristiana. Basta pensar en los numerosos problemas ocasionados por el uso de simbología religiosa en ámbitos públicos, o por las tensiones que, en diversos países, han generado nuevas leyes en materia de educación, bioética o familia, que inciden directamente en nociones morales fuertemente asentadas en amplios sectores de la población, provocando incluso la objeción de conciencia de aquellas personas llamadas en principio a hacer cumplir la ley.

Nuestra experiencia docente e investigadora de estos años nos ha movido a mantener en este libro dos características de aquellos volúmenes publicados en Italia y España a mediados de los 1990.

Una de esas características es la abundancia, variedad y, en ocasiones, detalle, de las citas jurisprudenciales. Con ello no hemos pretendido solamente

una ilustración casuística que haga más ágil la lectura. Se trata más bien de una razón de carácter metodológico. El estudio de casos concretos proporciona una perspectiva de análisis más realista, al centrarse en ejemplos de lo que podríamos llamar «el ordenamiento jurídico en acción» —lo que Jean Carbonnier llamaba «el derecho en pie de guerra»— más allá de la abstracción implícita en la pura norma legislada. Hay, además, otra razón de coherencia con una de nuestras más definidas ideas en esta materia: las objeciones de conciencia componen un panorama tan pluriforme, y tan imprevisible, que su tratamiento jurídico se halla frecuentemente abocado a quedar en manos de la vía judicial. Ese tratamiento jurisprudencial es además, muchas veces, el más apropiado, aunque en algunos casos sea posible, e incluso deseable, el recurso a la legislación, por razones de seguridad jurídica. Algo que resulta útil, por otro lado, para prevenir posibles actitudes hiperlegalistas por parte de una judicatura que no siempre es lo bastante sensible, en algunos países, a las manifestaciones de la libertad de conciencia.

La segunda característica tiene que ver con la concepción misma del contenido del libro: su marcado enfoque comparatista. Los conflictos entre ley y conciencia constituyen un problema que —en sus aspectos esenciales— es común a todos los países del entorno occidental. Por eso conviene preguntarse hasta qué punto las soluciones son también comunes, o bien hasta qué punto las diferencias —estructurales y de principios— entre los diversos ordenamientos jurídicos influyen en el modo de regular esta dimensión de las libertades fundamentales del individuo.

En el caso español, además, la utilidad del recurso al derecho comparado se ve acentuada por un hecho sociológico. Aunque la mayoría de la población española se identifica a sí misma como católica (aproximadamente un 75% en las encuestas del CIS de 2010), desde hace ya algún tiempo en España se vienen produciendo situaciones de conflicto entre obligaciones jurídicas y convicciones éticas que son típicas de sociedades caracterizadas por un pluralismo religioso —y el proceso no parece que vaya a detenerse. De ahí la conveniencia de conocer, y de analizar críticamente, la experiencia jurídica de ordenamientos extranjeros que han abordado esas cuestiones desde antiguo, incluidos aquellos problemas que todavía son inéditos en España, pero que podrían dejar de serlo pronto, en una sociedad crecientemente globalizada, y en una Europa en la que las fronteras se difuminan. Además, y a pesar de notables divergencias, en algunos supuestos de objeción de conciencia puede observarse, en el panorama jurídico occidental, y en determinadas iniciativas internacionales, una cierta tendencia hacia la búsqueda de planteamientos uniformes. Sea cual fuere la actitud que el derecho español desee adoptar, una elemental prudencia aconseja, al menos, conocer esa evolución.

Por lo demás, no hemos querido convertir nuestro discurso en un amplio comentario de jurisprudencia: al contrario, hemos procurado exponer nuestras ideas con la necesaria mesura, y limitarnos muchas veces a describir el problema y la solución adoptada, más que indicar con detalle nuestra posición al respecto. Se entiende que esta materia, desde la mencionada perspectiva comparatista y jurisprudencial, sería susceptible de un tratamiento mucho más extenso. Aquí no hemos pretendido exhaustividad alguna, ni casuística ni geográfica (que, por otro lado, sería casi con seguridad inviable, de dudosa utilidad y sentenciada a quedar desfasada en poco tiempo). Lo cual no quiere decir que éste sea un trabajo «incompleto», entre otras cosas porque hemos puesto especial esfuerzo en incluir los datos que se iban produciendo, hasta el momento mismo de la entrega del manuscrito a imprenta.

Nuestro objetivo ha sido proporcionar una visión suficientemente ilustrativa de los problemas que el derecho fundamental a la libertad de conciencia provoca en el universo jurídico de la tradición occidental. El resultado es un libro estructurado en torno a una serie de líneas temáticas que, sin agotar la totalidad de supuestos que ofrece la experiencia jurídica contemporánea, nos han parecido particularmente relevantes. Comenzando por aquellas objeciones de conciencia que se fundamentan en el respeto a la vida humana (servicio militar, aborto, cuestiones bioéticas), y prestando particular atención a áreas de conflicto que, en los últimos años, han ido cobrando protagonismo: por ejemplo, la enseñanza, la simbología religiosa o el ejercicio de la función pública. La sistematización de supuestos aquí elegida tiene un valor sólo relativo. La conflictividad en esta área del derecho se resiste a cualquier tentativa de clasificación precisa. El derecho no es entomología, y menos aún en el terreno de los derechos humanos, donde el entrecruzamiento y yuxtaposición de las libertades es la regla, y no la excepción.

Hagamos notar también que, sin perder de vista la perspectiva predominante del derecho español, hemos dirigido nuestra mirada tanto al ámbito continental-europeo como al angloamericano, aludiendo en cada caso a las líneas directrices que permitirían una respuesta adecuada por parte del ordenamiento jurídico. Hemos querido mostrar con ello que las objeciones de conciencia constituyen un problema tan interesante como difícil, que necesita ser abordado desde una actitud de sensibilidad social y, sobre todo, con rigor jurídico. Lejos, en todo caso, de soluciones simplistas atrincheradas en una preeminencia de la letra de la ley e ignorantes de la supremacía de los derechos humanos y las libertades constitucionales, que son la verdadera estrella polar de nuestra constelación jurídica.

En fin, como suele ocurrir en todo trabajo complejo, este libro es producto no solamente de sus autores, sino que en él han intervenido muchas otras per-

sonas, cuya contribución nos enorgullece mencionar aquí. Debemos agradecer, sobre todo, el espléndido trabajo de algunas personas de la Universidad Complutense que han colaborado muy especialmente en la redacción de este trabajo y con quienes hemos emprendido —y esperamos continuar emprendiendo— abundantes proyectos académicos. El Profesor Rafael Palomino ha proporcionado numerosos datos jurisprudenciales e interesantes perspectivas doctrinales procedentes del derecho norteamericano, a cuya atenta observación ha dedicado ya muchos años y bastantes escritos. Los Profesores Irene Briones, Santiago Cañamares y María Roca han contribuido de manera significativa a diversas partes de este trabajo, aportando su conocimiento, respectivamente, del derecho británico, del tratamiento jurídico de la simbología religiosa, y del derecho alemán. Un agradecimiento muy señalado debemos a María José Valero, estudiante de Doctorado, que, con encomiable rigor metodológico, ha llevado a cabo una ejemplar revisión completa del texto en la fase final de su elaboración, incorporando muchas e interesantes actualizaciones documentales y bibliográficas. Gratitud que extendemos a Patricia Morillas Jiménez y Diana E. Nacea, estudiantes de Licenciatura, por su eficaz colaboración en la organización y actualización bibliográfica; y a Salvador Barrio, secretario administrativo del Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado, que de manera abnegada y eficiente nos ha ayudado, día a día, en las mil y una vicisitudes que acompañan la elaboración de un trabajo tan extenso y tan prolongado en el tiempo.

Nuestro agradecimiento también a muchos otros colegas, dentro y fuera de España, que durante los años en que hemos trabajado en este proyecto nos han proporcionado información relevante, o han enriquecido nuestra perspectiva con sus comentarios o críticas. En especial al Profesor Vincenzo Turchi, brillante colega y amigo italiano, que en su día realizó importantes aportaciones a los trabajos citados como origen de este nuevo libro, algunas de las cuales siguen estando presentes. Y, naturalmente, nuestra gratitud también a la Editorial y al Portal Jurídico Iustel, ejemplo de empresa innovadora en la creación y promoción de materiales de trabajo para el jurista, por su incondicional apoyo en esta iniciativa.

LOS AUTORES
Madrid, diciembre de 2010

# CONFLICTOS ENTRE CONCIENCIA Y LEY
## Las objeciones de conciencia

# Capítulo 1
# Libertad de conciencia y objeción de conciencia

SUMARIO: 1. UN *BIG BANG* DE OBJECIONES DE CONCIENCIA.—2. LOS DIVERSOS CONCEPTOS DE OBJECIÓN DE CONCIENCIA.—3. LA «NORMALIDAD» DE LOS CONFLICTOS ENTRE LEY Y CONCIENCIA EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

## 1. Un *big bang* de objeciones de conciencia

Uno de los fenómenos más llamativos que conoce el derecho contemporáneo es el de la objeción de conciencia, o, si se quiere, el de los conflictos entre ley y conciencia. Sólo unas décadas atrás, era minoritario y reconducible a pocos supuestos. No queremos decir con esto que el problema sea nuevo. Al contrario, la cuestión de la contradicción posible entre normatividad legal y normatividad ética es inherente a la propia noción de orden jurídico y al ejercicio racional de la individualidad humana [1].

Desde hace ya algún tiempo, sin embargo, es tal la multiplicación de supuestos y modalidades, de formas de solución, de presupuestos ideológicos, filosóficos y religiosos, que suele hablarse de *objeciones de conciencia,* en plural [2]. Es decir, un dilatado y flexible conjunto de negativas al cumplimiento de determinados preceptos legales, propiciadas por la lealtad a las convicciones interiores, que aspira a su reconocimiento normativo en el corazón mismo del ordenamiento jurídico, trazando una frontera de seguridad que tutele a la persona frente a la incontinencia normativa del poder [3].

---

[1] Un interesante y reciente estudio de esta clase de conflictos en la historia de la doctrina jurídica, con referencia concreta a uno de los más significados canonistas medievales, Ivo de Chartres, puede verse en S. VIOLI, *Normatività e coscienza. Contributo allo studio sulle obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica occidentale,* Torino 2009.

[2] Cfr. F. ONIDA, *Contributo a un inquadramento giuridico del fenomeno delle obiezioni di coscienza,* dentro de su conjunto de trabajos publicado bajo el título *Separatismo e libertà religiosa negli Stati Uniti. Dagli anni sessanta agli anni ottanta,* Milano 1984.

[3] Esta incontinencia normativa, cifrada —por ejemplo— en la creciente regulación del *Welfare State* o Estado de bienestar, supone un evidente caldo de cultivo de nuevas formas de objeción. Cfr. L. PFEFFER, *Religious Freedom,* Skokie 1983, pp. 147 ss.; D.A. GIANNELLA, *Religious Liberty, Nonestablishment and Doctrinal Development. Part I.- The Religious Liberty Guarantee,* en «Harvard Law Review» 80 (1967), pp. 1383 ss. Respecto al fenómeno de rápida multiplicación de las

Varias son las causas de esta especie de *big bang* de la objeción de conciencia. De un lado la crisis del positivismo legalista, que parte del supuesto de que las determinaciones jurídicas contenidas en las leyes agotan prácticamente el contenido ideal de la justicia. De otro, el valor de las motivaciones que subyacen en los comportamientos de objeción a la ley, disímiles de las que conducen a la simple y pura transgresión de la norma fundada en el simple egoísmo. En fin, la progresiva metamorfosis del propio instituto, que de ser originariamente un mecanismo de defensa de la conciencia religiosa frente a la intolerancia del poder, ha pasado a tutelar también contenidos éticos de conciencia, no necesariamente vinculados a creencias religiosas [4].

Conviene analizar más de cerca estas causas. Como se ha dicho, en la sociedad democrática la fuente de la ley es la llamada «conciencia común de la sociedad», manifestada fundamentalmente en la voluntad general que, a su vez, se apoya en esa ambigua expresión política que es la «opinión pública». Cuando, a través del mecanismo parlamentario, ésta cristaliza en leyes, el positivismo legalista las refuerza inmediatamente con la cobertura de este doble postulado: «la ley es todo el derecho» y «la ley es toda derecho» [5]. Sin embargo, contra estos axiomas soplan hoy vientos de fronda impulsados por una concepción de justicia en la que el *ius* no se agota en la ley, ni toda ley es, de suyo, necesariamente justa. Es decir, una visión del derecho no totalmente conforme con que sea la «conciencia común» la que desempeñe para el Estado, y en todo caso, esa función ética que, en la teoría clásica de la justicia, correspondía a la conciencia singular del individuo [6]. Y se llega incluso a sostener que la objeción de conciencia consentida por el Estado supone para éste una forma de reconocimiento de instancias normativas distintas y, en cierto modo, superiores a su derecho, que debe respetar [7].

---

objeciones de conciencia, *vid*. V. Turchi, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea,* Napoli-Roma 2009, pp. 6 ss.

[4] Un análisis más detenido de estas causas puede verse en M. Gascón, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia,* Madrid 1990, pp. 236 ss.; F. D'Agostino, *Obiezione di coscienza e veritá del diritto tra moderno e postmoderno,* en QDPE (1989/2), pp. 3 ss.; K. Greenawalt, *Conflicts of Law and Morality,* New York 1987, pp. 311 ss.

[5] La expresión es de L. Lombardi Vallauri, y aparece citada en F. D'Agostino, *Accoglienza alla vita in una epoca di secolarizzazione,* en la obra «Diritto e secolarizzazione», Milano 1982, p. 44. En conexión con ello, *vid.,* recientemente, las interesantes reflexiones sobre la relación entre el Estado moderno y la libertad de conciencia que desarrolla M. Ayuso, *Estado y conciencia,* en «Estado, ley y conciencia» (coord. por M. Ayuso), Madrid 2010, pp. 20 ss. En la misma obra *vid*. también J.F. Segovia, *La libertad de conciencia como fundamento del constitucionalismo,* pp. 146 ss.

[6] Cfr. G. lo Castro, *Legge e coscienza,* en QDPE (1989/2), p. 53; F. D'Agostino, *Accoglienza alla vita…*, cit. en la nota anterior, p. 321.

[7] *Vid*. en tal sentido las observaciones de R. Bertolino, *L'obiezione di coscienza «moderna». Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione,* Torino 1994, especialmente pp. 43 ss. y

Esto explica que, cada vez con más frecuencia, en el fondo de la conciencia humana no sea excepcional el planteamiento de un oscuro drama: el que supone optar entre el deber de obediencia que impone la norma legal (con base en la conciencia común) y el deber de resistirla que reclama la norma moral (radicada en la conciencia singular [8]). A su vez, cuando la persona humana en estos supuestos se decanta por el *no* a la ley, lo hace por un mecanismo axiológico —un deber para su conciencia— diverso del planteamiento puramente psicológico de quien transgrede la ley para satisfacer un capricho o un interés bastardo. Tal vez por ello, el primer comportamiento provoca cierta reacción de respeto que se traduce en una suerte de perplejidad en los mecanismos represivos de la sociedad: lo que expresivamente se ha llamado «la mala conciencia del poder». Lo cual contrasta con el frontal rechazo de los segundos comportamientos [9].

Por lo demás, la antes aludida «secularización» de la objeción de conciencia está produciendo su progresiva dilatación, tanto desde el punto de vista de los comportamientos como de sus justificaciones. Y ello a pesar de que la secularización de la objeción de conciencia no es un fenómeno general y absolutamente expansivo, sino que está circunscrita por la clase de comportamiento que subyace en cada tipo de objeción. Es decir, hay formas de objeción de conciencia aptas para dicha secularización, como son las de raíz pacifista (objeción de conciencia militar y fiscal, fundamentalmente), mientras que otras agotan su especie —como más adelante se verá— en confesiones religiosas y creencias bien definidas [10].

En lo que respecta a los primeros, y por centrarnos tan sólo en las clásicas objeciones de conciencia, hoy se detecta un evidente proceso de partenogénesis que ha hecho que del viejo tronco surjan nuevas ramas. De ahí que nos hayamos permitido hablar de un *big bang* de objeciones de conciencia. Así, por ejemplo, de la inicial negativa a un servicio militar armado se ha pasado al rechazo de la prestación social sustitutoria. Y, desde ésta, se ha reclamado la objeción de conciencia a la cuota impositiva dedicada a gastos de defensa. De la objeción de conciencia del personal facultativo a la realización de abortos se ha

---

94 ss.; y, en el ámbito estadounidense, M. McConnell, *Free Exercise Revisionism and the Smith Decision,* en «University of Chicago Law Review» 57 (1990), p. 1152.

[8] Hablamos de conciencia singular, por cuanto la «secularización» de la objeción de conciencia pasa no tanto por la desvinculación de credos y confesiones religiosas —en algunos casos es imposible— cuanto por la atención primordial al juicio individual, que puede ser distinto en un sujeto o en otro, aun perteneciendo a la misma confesión religiosa. Cfr. J. Morris Clark, *Guidelines for the Free Exercise of Religion,* en «Harvard Law Review» 83 (1969), pp. 335-338.

[9] Cfr. F. D'Agostino, *Obiezione di coscienza e verità…,* cit. en nota 4, pp. 3-4.

[10] Cfr. F. Onida, *Contributo a un inquadramento giuridico del fenomeno delle obiezioni di coscienza,* cit. en nota 2, pp. 124-128.

desgajado, como veremos, la negativa del personal no sanitario a colaborar formal o materialmente a la práctica del aborto, la de algunos farmacéuticos a dispensar medicamentos abortivos, la reticencia de la clase judicial italiana a completar con su voluntad la de la menor que desea abortar contra el consentimiento de sus padres, o la resistencia de algunos contribuyentes en áreas jurídicas diversas a pagar impuestos dirigidos a políticas sanitarias que financian el aborto. Y todavía resuenan en el derecho continental europeo los ecos de la motivación aducida por el rey Balduino para no firmar la ley belga del aborto: «¿Acaso la libertad de conciencia vale para todos excepto para el rey?». Como se ve, un panorama conflictual enormemente elástico, por la impredecible trayectoria que pueden adoptar las elecciones individuales tomadas en conciencia.

Tanto es así, que Bertolino ha podido hablar de un concepto de objeción de conciencia *moderna* distinto, aunque no contrapuesto, al de objeción de conciencia *clásica*. Con ello no sólo se quiere subrayar lo variado y lo imprevisible de las conductas subsumibles en esa categoría conceptual, sino también la propia metamorfosis del concepto de conciencia, así como su encuadramiento en una nueva y más profunda comprensión del ordenamiento jurídico. La cual —como puede afirmarse de los ordenamientos democráticos contemporáneos— concibe el orden jurídico como fundado sobre valores más que sobre normas, dentro de un Estado que se ha transformado de *Estado de derecho* en *Estado de derechos* [11].

Por ello, si del campo de los comportamientos pasamos al de las justificaciones, se detecta un cierto proceso de trasvase de la conciencia de fundamento estrictamente religioso a la enraizada en creencias agnósticas o ateas, e incluso a la conciencia política. Es decir, se observa con frecuencia una contestación a determinadas leyes no tanto por lesión de convicciones religiosas cuanto por ofensa a la conciencia *tout court* —o, si se quiere, a creencias que desempeñan en la vida de la persona un papel de importancia semejante al que ocupa Dios en la vida de quienes practican una religión tradicional [12]—. Sin olvidar una metamorfosis más de fondo que reivindica, con alguna frecuencia, no ya la *verdad* en la contestación a la ley sino más bien un conjunto de valores subjetivos. Es de-

---

[11] Esa idea impregna la entera obra, citada en la nota 7, de R. Bertolino, *L'obiezione di coscienza «moderna»*. También se plantea la cuesión de «repensar» la objeción F. Macioce, *La objeción de conciencia,* «Estado, ley y conciencia», cit. en nota 5, pp. 178 ss.

[12] La expresión es utilizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano. Sobre este extremo, J. Martínez-Torrón, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano,* en ADEE 1 (1985), pp. 408-411; K. Greenawalt, *Religion as a Concept in Constitutional Law,* en «California Law Review» 72 (1984), pp. 762 ss. Muy interesantes son, sobre este punto, las observaciones de R. Palomino, *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano,* Madrid 1994, pp. 82 ss.

cir, no tanto una reivindicación del derecho contra la ley cuanto una reivindicación de la praxis contra el derecho [13]. En este sentido se ha observado que el objetor, a veces, de *custodio de la verdad,* en su sentido atemporal y objetivo, pasa a *creador de una verdad futura,* histórica y subjetiva [14].

Y es que entre conciencia y ley existe una delgada frontera en la que no es raro que se produzcan «incidentes fronterizos». El problema es que, en algunas democracias —por ejemplo la española—, esos incidentes están proliferando en exceso. Ante esta multiplicación caben dos posturas: creer que la objeción de conciencia es un *vulnus* a los principios democráticos o, al contrario, entender que la objeción es «un fruto maduro de la democracia», que conjuga «el presente de la norma con el futuro de la profecía» [15].

Lo anterior explica que, junto a una generalizada exaltación social de los comportamientos de objeción de conciencia y la consiguiente reivindicación en el plano jurídico, se alcen también voces alertando acerca del peligro del «totalitarismo de la conciencia» [16]. Una cierta denuncia de la ambivalencia del instituto, que tanto podría ser factor de construcción de una más libre convivencia social como elemento de disgregación y degradación de las instituciones de la vida colectiva. Incluso se ha llegado a hablar de la objeción de conciencia como instituto «irracional», que conduciría a que el mal de la democracia no fuera hoy tanto la *prepotencia del poder* como su *impotencia* [17].

No obstante, como contrapeso a estas posiciones conviene recordar aquella otra que entiende que, al renunciar a imponer la mayoría su voluntad a las minorías disidentes, «una sociedad democrática da prueba no de debilidad sino de

---

[13] *Vid.* al respecto el interesante análisis que realiza A. DEL MORAL, *La objeción de conciencia de los miembros del ministerio fiscal,* en «Objeción de conciencia y función pública» (ed. por el Consejo General del Poder Judicial, dir. por I. Sancho), Madrid 2007, pp. 235 ss.

[14] Cfr. F. D'AGOSTINO, *Obiezione di coscienza e verità del diritto tra moderno e postmoderno,* cit. en nota 4, p. 8.

[15] R. BERTOLINO, *La libertad de conciencia: el hombre ante los ordenamientos estatales y confesionales,* en ADEE 3 (1987), p. 44. En todo caso, como se ha afirmado con acierto, «si quienes en cada momento ejercen el poder público se toman en serio que el respeto a la dignidad humana es el fundamento del orden político y de la paz social, habrá un esfuerzo por el reconocimiento del ejercicio a la objeción de conciencia que permita vivir a todos [...] en la sociedad civil de acuerdo con sus convicciones» (M.J. ROCA, *Dignidad de la persona, pluralismo y objeción de conciencia,* en «Opciones de conciencia. Propuestas para una ley» (coord. por M.J. Roca), Valencia 2008, p. 62).

[16] Cfr. L. GUERZONI, *L'obiezione di coscienza tra politica, diritto e legislazione,* en «L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico», Milano 1991, pp. 179 y 197.

[17] Así, G. GEMMA, *Brevi note critiche contro l'obiezione di coscienza,* en «L'obiezione di coscienza tra tutela...», cit. en la nota anterior, pp. 320 y 333.

fuerza» [18]. Sin olvidar que el recurso a la objeción de conciencia confirma la vitalidad de la democracia, al reforzar de alguna forma el consenso en cuya virtud la objeción existe, y garantizar uno de los elementos políticos que fundamentan el sistema democrático: el respeto de las minorías [19]. De manera análoga, se ha señalado que, en su propuesta alternativa de una nueva legalidad, la objeción constituye una muestra de aceptación implícita del ordenamiento jurídico, aunque sea con intención de superarlo. Una aceptación, además, más madura ética y políticamente, porque alcanza a los valores sin limitarse a la pura formalidad de la regla objetiva [20].

Ante posturas tan dispares, parece conveniente, antes que nada, precisar qué se entiende o debe entenderse por objeción de conciencia.

## 2. Los diversos conceptos de objeción de conciencia

Es ya lugar común preceder todo intento definitorio de la objeción de conciencia con una observación acerca del carácter mutable de sus significados, el dinamismo de los fines que persigue y su sentido no unívoco en la doctrina jurídica [21].

La razón de esta incertidumbre doctrinal parece radicar en la dificultad de diferenciar noción tan flexible de otras colindantes y, a menudo, ambiguas. En el fondo de estos esfuerzos delimitadores es detectable un cierto preciosismo lingüístico, demasiado preocupado por una tarea de delimitación conceptual tanto más fatigosa cuanto más bienintencionada, y quizá impulsada por ese afán —tan propio de la tradición jurídica continental-europea— de reducir a un sistema lógico manifestaciones de libertad individual y de vitalidad social que se resisten a una catalogación precisa y estática, al modo de una «geología jurídica».

---

[18] A. Passerin D'Entreves, *A chi obbedire? (obbedienza e resistenza in una società democratica),* Milano 1970, p. 228.

[19] Cfr. A. Ollero Tassara, *Derechos humanos y metodología jurídica,* Madrid 1989, p. 199.

[20] Cfr. R. Bertolino, *L'obiezione di coscienza «moderna»,* cit. en nota 7, pp. 33 ss. y 93.

[21] Cfr. R. Bertolino, *L'obiezione di coscienza,* en «La objeción de conciencia en el derecho español e italiano», Murcia 1990, p. 41; A. Castro Jover, *La libertad de conciencia y la objeción de conciencia en la jurisprudencia constitucional española,* en «La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional» (ed. por J. Martínez-Torrón), Granada 1998, pp. 133 ss.; G. Escobar Roca, *La objeción de conciencia en la Constitución española,* Madrid 1993, pp. 39-44; J. Martínez-Torrón, *Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento,* en «La objeción de conciencia. Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado» (coord. por V. Guitarte y J. Escrivá), Valencia 1993, pp. 257 ss.; L. Prieto Sanchís, *Desobediencia civil y objeción de conciencia,* en «Objeción de conciencia y función pública», cit. en nota 13, pp. 13 ss.; M.J. Roca, *Perfiles jurídicos de la objeción de conciencia,* en «La objeción de conciencia...», cit. *supra* en esta misma nota, pp. 273-282.

Así, por ejemplo, se dice que la desobediencia civil es diversa de la objeción de conciencia, porque la primera es una insumisión política al derecho dirigida a presionar sobre la mayoría para que ésta adopte una cierta decisión legislativa, mientras que la segunda es el incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de conciencia, cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual, renunciando a cualquier estrategia de cambio político o de búsqueda de adhesiones [22]. Pero parece olvidarse que comportamientos formalmente ilegales, públicamente sostenidos, organizados no raramente en movimientos de masas, y evidentemente orientados a un cambio de legislación, son conceptualizados por sus mismos protagonistas, por la sociología jurídica, e incluso por el lenguaje jurisprudencial como formas de objeción de conciencia [23].

Es verdad que, en una aproximación rigurosa, la desobediencia civil consiste en la infracción de la ley con la finalidad de disparar el mecanismo represivo social y crear así una reacción en cadena que lleve a la reforma del ordenamiento [24]; mientras que, para una concepción pura y no contaminada, la objeción de conciencia sería la pretensión de que algunos comportamientos individuales, en principio antijurídicos, no sean objeto de sanción, ya que el objetor ha hecho una elección —a favor de la segunda— entre la obediencia a la norma jurídica y la obediencia a la ley moral o de conciencia [25]. Sin embargo, pretender que la diferencia entre una y otra figura radica en las motivaciones subjetivas, la real aplicación de sanciones, o en el carácter colectivo o individual del comportamiento, conduce a trazar unas fronteras entre las dos figuras que el devenir histórico y la propia realidad de los hechos pueden progresivamente difuminar. A lo más, en los campos en que la objeción de conciencia y la desobediencia civil aparecen estrechamente vinculados —especialmente, según la experiencia histórica, los movimientos pacifistas— podríamos diferenciar dos momentos de una misma realidad: el momento «político», colectivo, sería la desobediencia ci-

---

[22] Cfr. M. Gascón, *Obediencia al derecho…,* cit. en nota 4, p. 85; H. Arendt, *La disobbedienza civile e altri saggi* (trad. it.), Milano 1985, pp. 39-49 (la versión original es de 1970).

[23] Así, por ejemplo, los movimientos en defensa de la vida, las ligas de objetores de conciencia al servicio militar, las coordinadoras de objetores fiscales, etc., asumen comportamientos públicos no violentos, pero claramente orientados a la modificación de las leyes. Sobre este punto, *vid*. las observaciones de L. Guerzoni, *L'obiezione di coscienza tra politica…,* cit. en nota 16, pp. 172-176.

[24] Cfr. J.F. Malem Seña, *Concepto y justificación de la desobediencia civil,* Barcelona 1988, p. 60; S. Acuña, *Objeción de conciencia y desobediencia civil,* en «La objeción de conciencia. Actas...», cit. en nota 21, pp. 283 ss.; J.R. Salcedo, *Objeción de conciencia, desobediencia civil e insumisión,* en *ibid.,* pp. 325 ss.

[25] Cfr. G. Caputo, *L'obiezione di coscienza: un'erma bifronte fra tolleranza e fondamentalismo,* en «L'obiezione di coscienza tra tutela…», cit. en nota 16, pp. 13-16.

vil; el momento «individual», ético o de conciencia, instrumento del anterior, sería la objeción individual [26].

Otra matización que cabe intentar es la que se refiere a la distinción entre objeción de conciencia *secundum legem* y objeción *contra legem*. Efectivamente, existen comportamientos individuales, inicialmente contrarios a la ley, cuya tenaz persistencia ha llevado al legislador a aceptarlos posteriormente como legítimos, facultando al sujeto que objeta a elegir una alternativa a la acción contraria a su conciencia o bien, sencillamente, dispensándole de toda actuación. Lo primero suele ocurrir en el caso de la objeción de conciencia al servicio militar en la que, como veremos, el objetor queda habilitado para eludir el servicio armado siempre que acepte realizar una prestación civil sustitutoria. Lo segundo sucede en la objeción de conciencia al aborto, en la que los facultativos llamados por la ley a realizarlo pueden acogerse a la cláusula de conciencia prevista en la propia norma. En ambos casos viene acuñándose la denominación de objeción de conciencia *secundum legem,* para recalcar que aquí nos encontramos, más que ante una verdadera objeción de conciencia, frente a una modalidad de ejercicio de un derecho de elección reconocido por el ordenamiento, que nace de la existencia de una verdadera objeción u oposición enraizada en la conciencia individual (aunque en realidad —se ha precisado— la norma que reconoce algunas objeciones de conciencia, más que tornarlas *secundum legem,* viene simplemente a constatar que son ya, de por sí, *secundum ius* [27]). Añadiéndose que la genuina objeción de conciencia se integraría por actuaciones delictuosas o, al menos, contravenciones de la norma legal forzadas por la propia conciencia, es decir la llamada objeción de conciencia *contra legem* [28].

Junto a las objeciones *secundum legem* y *contra legem,* todavía cabría situar una derivación de la objeción, que sería la *opción de conciencia*. En ella se ofrecen al ciudadano varias posibilidades de cumplir con un deber cívico, según razones o motivos de conciencia, que no pocas veces han derivado hacia motivos de mera conveniencia u oportunidad. Originalmente, el modelo de alternativa al deber legal lo fue por avaladas razones de conciencia, pero la pérdida del interés del Estado por el deber cívico objeto de la opción —o la propia devaluación de ese deber por diversas razones— ha terminado por hacer equivalentes las distintas formas de prestación y a no exigir especiales requisitos para cumplir de una

---

[26] *Vid.,* sobre el tema, G. Peces-Barba, *Desobediencia civil y objeción de conciencia,* en «Anuario de Derechos Humanos» 5 (1988-89), pp. 167-168; L. Prieto Sanchís, *La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho,* en DE (1984), pp. 3 ss.

[27] Cfr. R. Bertolino, *L'obiezione di coscienza «moderna»,* cit. en nota 7, p. 94.

[28] En este sentido, G. Dalla Torre, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali,* en «L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà...», cit. en nota 16, pp. 39 ss. También, P. Consorti, *Opzione di coscienza e motivi religiosi,* en el mismo volumen colectivo, pp. 252 ss.

manera u otra. Este es el caso, por ejemplo, de las leyes que permiten escoger entre la posibilidad de juramento o de promesa en la toma de posesión de cargos públicos.

Ya se entiende que todos estos intentos delimitativos, a fuer de rigurosos, pueden acabar por vaciar de contenido la propia noción de objeción de conciencia [29]. Si excluimos —por arriba— aquellas formas de objeción, como es la fiscal, que encajan más bien en la desobediencia civil, y si —por abajo— eliminamos las objeciones de conciencia *secundum legem* (servicio militar, aborto, juramento), a la postre, el resto (negativa a tratamientos médicos, a trabajar en días considerados como festivos por la propia religión, etc.) no serían fácilmente diferenciables de otras manifestaciones de ese antiguo instituto jurídico que es el estado de necesidad. Con ello no quiere decirse que esas distinciones no tengan su interés, sino sólo que sus resultados contrastan, por un lado, con la terminología acuñada por la sociología jurídica y por la jurisprudencia comparada; y, por otro, con la realidad mutable de nuevas formas de objeción que se resisten al estático análisis a través de categorías fosilizadas.

Por eso, resulta probablemente más adecuado adoptar un punto de vista amplio para definir un concepto general de objeción de conciencia. En tal sentido, se ha dicho que la objeción consiste en el rechazo del individuo, por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que en principio sería jurídicamente exigible (ya provenga la obligación directamente de la norma, ya de un contrato, ya de un mandato judicial o resolución administrativa) [30]. Y, todavía más ampliamente, se podría afirmar que el concepto de objeción de conciencia incluye toda pretensión motivada por razones axiológicas —no meramente psicológicas— de contenido primordialmente religioso o ideológico, ya tenga por objeto la elección menos lesiva para la propia conciencia entre las alternativas previstas en la norma, eludir el comportamiento contenido en el imperativo legal o la sanción prevista por su incumplimiento, o incluso, aceptando el mecanismo represivo, lograr la alteración de la ley que es contraria al personal imperativo ético.

---

[29] En tal sentido, se ha hablado de un «empequeñecimiento doctrinal» de la objeción de conciencia (cfr. A. Martínez Blanco, *La objeción de conciencia en la legislación y en la jurisprudencia españolas,* en «La objeción de conciencia en el derecho español e italiano», cit. en nota 21, p. 111).

[30] Cfr. J. Martínez-Torrón, *Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento,* cit. en nota 21, p. 258.

## 3. La «normalidad» de los conflictos entre ley y conciencia en el ámbito de los derechos fundamentales

Lo importante, en todo caso, es advertir que en esa noción de objeción de conciencia se encuentran implícitas dos características que no pueden dejar de influir en su tratamiento jurídico —al menos cuando se intenta una regulación de este fenómeno social desde la perspectiva de la máxima protección posible de los derechos fundamentales.

La primera de ellas es que el objetor se encuentra ante un grave conflicto interior [31]: o se somete a la norma jurídica, o bien a la norma ética que invoca su propia conciencia individual y que se le presenta con carácter de ley suprema. La consecuencia inmediata es que existe una importante carga moral sobre esas personas, abocadas a elegir entre desobedecer a la ley o desobedecer a su conciencia. Lo primero recibe un castigo material; lo segundo implica una sanción espiritual.

La segunda característica es la enorme variedad posible de objeciones de conciencia. Es decir, su permanente imprevisibilidad, que aumenta a medida que es mayor el pluralismo religioso e ideológico de una sociedad [32]; y también a medida que se produce una intervención del legislador en nuevos ámbitos [33]. Y es que la objeción de conciencia, aunque pueda tener raíces en creencias religiosas institucionalizadas, es un fenómeno esencialmente individual. Es la conciencia de cada persona la que, desde su autonomía como individuo, genera el conflicto con una concreta obligación jurídica. De ahí la dificultad de su regulación estrictamente en el plano legislativo, que sólo sería eficaz, en el mejor de los casos, respecto a los casos de objeción que hayan adquirido una cierta extensión social o en aquellos supuestos en que la incertidumbre legal se trans-

---

[31] *Vid.* J.M. Martí Sánchez, *La objeción de conciencia: visión de conjunto,* en ADEE 15 (1999), pp. 41-44.

[32] El amplio panorama de objeciones posibles que se encuentra en un país paradigma del pluralismo religioso, como Estados Unidos, se encuentra muy bien descrito, y analizado, en R. Palomino, *Las objeciones de conciencia…,* cit. en nota 12. *Vid.,* en relación con la situación española y la perspectiva que reclaman los principios constitucionales, especialmente el pluralismo, M.J. Roca, *Dignidad de la persona, pluralismo y objeción de conciencia,* en «Opciones de conciencia...», cit. en nota 15, pp. 39 ss.

[33] Por citar algunos ejemplos que se han hecho populares en los últimos años en España: no surgen problemas jurídicos de objeción de conciencia a participar en un jurado mientras no existe para los ciudadanos el deber legal de tomar parte en esa clase de tribunal; de objeción a ciertos tipos de experimentación biogenética mientras esa clase de prácticas no se regulan legislativamente y se trasladan al ámbito de la salud pública, con posibles consecuencias discriminatorias para los objetores; o de objeción a la celebración de matrimonios homosexuales mientras el legislador no contempla esa posibilidad y atribuye a determinados funcionarios la obligación, en principio, de celebrar una ceremonia de matrimonio civil.

forma en incertidumbre sobre la tutela de los propios derechos, con una cierta complicidad judicial. Y de ahí también la conveniencia —con las reservas apuntadas— de un tratamiento predominantemente jurisprudencial de los problemas de objeción de conciencia: con o sin regulación legislativa —aún más en el segundo caso—, los jueces están en mejor situación para abordar el análisis individualizado que reclaman los casos de objeción.

Por otra parte, es importante evitar un desenfoque, típico de posiciones aquejadas de un legalismo categórico, en el análisis de las objeciones de conciencia: hacer partir ese análisis de una consideración negativa de los conflictos entre norma moral individual y norma jurídica, viniendo a conceptuarlos, inicial y prioritariamente, como fenómenos de «insumisión» o «desobediencia» al derecho —consideración no infrecuente en aquellos estudios que se centran en la comparación entre objeción de conciencia y desobediencia civil. Al contrario, un adecuado planteamiento jurídico de las objeciones de conciencia lleva a entender, como punto de partida imprescindible, que el objetor de conciencia no es primordialmente un infractor de la norma. Es, sobre todo, una persona que ejerce un derecho fundamental, la libertad de conciencia, que como tal forma parte del ordenamiento jurídico, y que ocasionalmente puede conducir al incumplimiento de una ley —de manera análoga a como la ley objetada no pretende normalmente castigar las creencias de los ciudadanos, pero puede ocasionalmente suponer una restricción de la libertad de religión y de creencias.

La perspectiva de análisis cambia así radicalmente. No se trata tanto de casos de violación del ordenamiento jurídico por razones legítimas pero privadas, cuanto más bien de situaciones de colisión o enfrentamiento entre intereses jurídicos diversos, que habrán de ponderarse en cada supuesto. Los conflictos entre ley y conciencia son, ante todo, situaciones de incompatibilidad —al menos aparente— entre diferentes bienes jurídicos, y reclaman un análisis particularmente atento, por varias razones de peso. Entre ellas, el hecho de que se halla en juego una libertad pública esencial, y también la especial sensibilidad que las sociedades contemporáneas suelen ofrecer hacia el respeto del orden jurídico, por un lado, y la diversidad de creencias y el respeto a las minorías, por otro.

Pero estas observaciones nos mueven ya a entrar en la cuestión clave en materia de objeciones de conciencia: hasta qué punto, y bajo qué condiciones, el ordenamiento jurídico puede o debe tutelar estas expresiones de la libertad de religión y de creencias.

# Capítulo 2
# La tutela jurídica de las objeciones de conciencia

SUMARIO: 1. Dos planteamientos fundamentales.—2. Las tendencias en el derecho internacional y comparado: 2.1. *Derecho internacional.* 2.2. *Derecho comparado.*—3. El derecho español.—4. Libertad de conciencia y ordenamiento jurídico: 4.1. *Hacia un tratamiento jurisprudencial de los conflictos entre ley y conciencia.* 4.2. *Objeción de conciencia y neutralidad ética del Estado.* 4.3. *Algunos otros criterios orientadores.* 4.4. *La regulación legislativa de las objeciones de conciencia: conveniencia y límites.*

Tratemos ahora de examinar en qué casos y de qué manera el ordenamiento jurídico puede, y debe, amparar la objeción de conciencia. Objeción que, de por sí, hace relación inmediata al imperativo ético al que se presta obediencia o al juicio del entendimiento práctico que llamamos conciencia, y sólo mediata al ordenamiento jurídico [1], obteniendo de éste frecuentemente una inicial respuesta negativa, sea en forma de sanción (la mayoría de las veces) o negación de beneficios (en los casos que se han denominado objeciones contra obligaciones relativas [2]), salvo que haya alcanzado ya un estatus de protección bajo la forma de objeción de conciencia *secundum legem*.

## 1. Dos planteamientos fundamentales

Ante el Estado, las objeciones de conciencia suponen la confrontación de dos realidades jurídicas merecedoras de protección. De un lado, la libertad de conciencia, que se reconoce en la Constitución o en cartas de derechos fundamentales, y cuyo claro exponente —en muchos casos, extremo— representa la objeción. De otro, el cumplimiento de la norma jurídica y de los intereses subyacentes en ella, y la preservación de una comunidad basada en el orden social que supone la decisión democráticamente adoptada por la mayoría. En la hipótesis de que el Estado se decidiera sin restricciones por el primer interés protegido, peligraría su propia subsistencia, al permitir que la conciencia de cada individuo, regla y norma de sí misma, prevaleciera como un valor absoluto por

---

[1] Cfr. J. Hervada, *Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica,* en «Persona y Derecho» 11 (1984), pp. 13 y 43.

[2] *Vid. infra,* epígrafe 4.3 de este capítulo.

encima de las reglas comunes que hacen posible las relaciones interpersonales en la elemental clave de paz social y seguridad jurídica que el derecho siempre busca. Pero, si se decidiera absolutamente por el segundo —el cumplimiento a ultranza de la norma general, aun adoptada por legítimos mecanismos democráticos— convertiría en ficción uno de los pilares fundamentales de su propia naturaleza. El Estado, a la hora de dar cobertura jurídica a la objeción de conciencia, se mueve, por tanto, entre estos dos extremos, no sin cierta perplejidad y actitud dubitativa [3].

Aun a riesgo de simplificar un tema tan complejo, puede afirmarse que hay dos planteamientos fundamentales respecto a cómo debe abordarse el tratamiento jurídico de las objeciones de conciencia: el legalismo, por un lado, y el equilibrio o ponderación de intereses, por otro.

La perspectiva legalista parte de un doble presupuesto: el legislador siempre tiene razón, y el núcleo del ordenamiento jurídico se reduce a la ley. Por decirlo en las palabras, antes citadas, de un jurista italiano, su postulado central es que «la ley es todo el derecho y la ley es toda derecho» [4]. Desde ese prisma, cualquier conflicto entre ley y conciencia habría de resolverse siempre en favor de la primera. Lo contrario implicaría el riesgo de inseguridad jurídica, de una «pulverización» del orden jurídico, en la medida en que las normas generales estarían a expensas de las opciones —imprevisibles, y no siempre razonables— de cada conciencia individual. La libertad religiosa y de conciencia sólo protegería contra aquellas leyes dirigidas a restringir alguna religión o creencias en particular (o, lo que es menos probable hoy en nuestro contexto cultural, la religión en general). Pero, cuando se trata de una ley «neutral», es decir, de una ley que persigue objetivos seculares legítimos, las excepciones al cumplimiento de las obligaciones legales por ella impuestas sólo pueden ser concedidas por la propia ley. En otras palabras, y como antes apuntamos, la objeción de conciencia a un imperativo legal sólo sería legítimamente esgrimible a través de la *interpositio legislatoris:* cuando fuera expresamente admitida por el legislador.

El planteamiento del equilibrio o ponderación de intereses, por el contrario, procede originariamente —y no parece mera casualidad— de una concepción

---

[3] La jurisprudencia no escapa a esta perplejidad y duda, como manifiestan los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español, que, como a continuación veremos, pasa de afirmar generosamente que la objeción de conciencia es derecho reconocido en el art. 16 CE (STC 53/1985, FJ 14.º) a restringir el reconocimiento general de la objeción de conciencia, con el fin de salvaguardar la existencia e idea de Estado (STC 161/1987, FJ 3.º). Cfr. J.A. Souto, *Derecho eclesiástico del Estado* (2.ª ed.), Madrid 1993, pp. 124 ss.

[4] La expresión es de L. Lombardi Vallauri, y aparece citada en F. D'Agostino, *Accoglienza alla vita in una epoca di secolarizzazione,* en la obra «Diritto e secolarizzazione», Milano 1982, p. 44.

del derecho libre de los prejuicios del positivismo legalista; en concreto, de un derecho jurisprudencial como el norteamericano [5] (el cual, a su vez, y como se irá viendo en los capítulos que siguen, ha sido potenciado aún más en derecho canadiense). Su centro de gravedad no es tanto la intangibilidad de la legislación formal cuanto la búsqueda del mayor grado de protección posible para la libertad de religión, de pensamiento y de conciencia. De ahí que la objeción de conciencia no se considere como una excepción tolerada a la regla general que —según la mitología positivista— absorbería en sí misma todo el contenido de la justicia. Al contrario, en la medida en que la libertad de conciencia es un valor constitucional en sí misma —y por tanto una regla, no una excepción a la regla— reclama «un reconocimiento fisiológico, no traumático de la objeción de conciencia» [6]. La objeción, por ello, no es contemplada con desconfianza, como una actitud evasiva respecto al orden jurídico, sino que es analizada, al hilo de su conflicto con otros intereses jurídicos representados por la ley, como resultado de una actitud que «trata de ver afirmados grandes ideales en "pequeñas" situaciones» [7].

De lo indicado hasta ahora puede inferirse, con razón, que nuestra posición es favorable al equilibrio de intereses. Entre otras causas, porque se fundamenta en un análisis mucho más preciso —más realista— de los hechos. En efecto, el legalismo se basa, conscientemente o no, sobre cierta distorsión de la realidad.

En primer lugar, las leyes llamadas habitualmente «neutrales» no son tan neutrales. Es cierto que lo son en la medida en que persiguen un fin secular legítimo, como antes se indicó. Pero no debemos olvidar que toda norma tiene un fundamento ético más o menos visible, y más o menos próximo según los casos. El derecho no es, en definitiva, sino un conjunto de instrumentos mediante los que una sociedad trata de organizarse a sí misma en torno a una serie

---

[5] Cfr. entre la bibliografía española, J. Martínez-Torrón, *Separatismo y cooperación en la experiencia jurídica norteamericana,* en «Los acuerdos del Estado español con las confesiones religiosas minoritarias» (ed. por V. Reyna y M.A. Félix), Madrid 1995, especialmente pp. 111 ss.; G. Morán, *La protección jurídica de la libertad religiosa en U.S.A.,* Santiago de Compostela 1989, pp. 72 ss.; R. Palomino, *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano,* Madrid 1994, especialmente pp. 28 ss.; J.I. Rubio López, *La primera de las libertades. La libertad religiosa en EE.UU. durante la corte Rehnquist (1986-2005): una libertad en tensión,* Pamplona 2006, especialmente pp. 246 ss. Una interesante comparación entre los planteamientos angloamericano y continental puede verse en Z. Combalía, *La necesidad de flexibilización del derecho y la objeción de conciencia en una sociedad plural (contraste entre el sistema continental y el angloamericano),* en «Opciones de conciencia. Propuestas para una ley» (coord. por M.J. Roca), Valencia 2008, pp. 65 ss.

[6] R. Bertolino, *L'obiezione di coscienza «moderna». Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione,* Torino 1994, p. 93.

[7] *Ibid.,* p. 35. Sigue también esta razonable postura V. Turchi, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea,* Napoli-Roma 2009, p. 79.

de valores que son esencialmente éticos [8]. Normalmente, ese fundamento ético de la norma corresponde a una serie de valores aceptados mayoritariamente en una sociedad determinada. Lo cual significa que, de ordinario, la norma no entrará en conflicto con la conciencia de la mayoría de la población, modelada según la corriente o corrientes religiosas o ideológicas más influyentes y extendidas [9], pero no sería extraño que sí chocara con la conciencia de opciones religiosas o ideológicas minoritarias. En otras palabras, la ley neutral va dirigida a realizar, y a preservar, valores éticos socialmente admitidos como valores cívicos, pero que frecuentemente tienen un origen religioso. Descartar *a priori,* sin más, la posibilidad de argüir objeción de conciencia contra esa norma implica, de hecho, una potencial discriminación contra las minorías religiosas que no comparten esos valores [10].

En segundo lugar, la idea del automático predominio de la ley neutral sobre la libertad de conciencia se basa sobre un análisis equivocado —a veces intencionadamente equivocado— de los intereses jurídicos que se hallan en juego. En síntesis, el análisis legalista discurriría por este cauce: la libre conciencia es un interés desde luego legítimo, pero individual o privado, y por tanto debe ceder ante el interés público representado por la ley. Ese análisis es inexacto, por varias razones. Primero, la libertad de conciencia no es meramente un interés individual o privado. Desde luego que lo es para la persona que la ejerce. Pero, desde la perspectiva del Estado, en la medida en que la libertad de conciencia es un derecho fundamental, su protección es, en todos los casos, un interés público —sea cual fuere su repercusión social— y, además, del máximo rango. Por otra parte, en los casos de objeción de conciencia lo que está en juego realmente no es el interés público representado por la ley, pues el objetor normalmente no pretende que la ley sea derogada, sino solamente ser eximido de su cumplimiento. De manera que el verdadero interés público en conflicto sería aquel que consiste en mantener la aplicación sin fisuras de una norma legal, al cien por cien, sin exención alguna. No se trata tanto del interés general perseguido por la ley sino de la insistencia en la no dispensabilidad de la norma por ninguna circunstancia, ni siquiera ante su colisión con un derecho fundamental.

---

[8] *Vid*. al respecto J. Martínez-Torrón, *Religión, derecho y sociedad,* Granada 1999, pp. 225 ss.

[9] Naturalmente, hay excepciones, especialmente cuando el gobierno en el poder está decidido a cambiar algunas de las pautas éticas de la sociedad mediante la legislación (empeño en el que a menudo tienen éxito a medio o largo plazo). Un claro ejemplo lo constituyen muchas de las leyes descriminalizadoras del aborto en el mundo occidental, o, más recientemente, algunas de las leyes que han eliminado la heterosexualidad como elemento esencial del matrimonio.

[10] Cfr. A. Ollero Tassara, *Derechos humanos y metodología jurídica,* Madrid 1989, p. 199; Z. Combalía, *La necesidad de flexibilización del derecho…,* cit. en nota 5, pp. 66-74. Este hecho ha sido advertido claramente por el Consejo de Europa, que se ha referido a estos supuestos como «discriminación indirecta». *Vid. infra,* nota 31.

Vistas así las cosas, el análisis del conflicto entre ley y conciencia cambia por completo. Ya no estamos frente a interés privado *versus* interés público, sino ante dos intereses públicos en confrontación; y uno de ellos de la máxima categoría, al provenir del ejercicio de un derecho constitucional, incluido también universalmente en los documentos internacionales de protección de derechos humanos. Téngase en cuenta, además, que, en principio, la tutela del ordenamiento jurídico a la libertad de conciencia no está condicionada por cuáles sean los valores éticos presentes en cada conciencia individual, de igual manera que el Estado no condiciona necesariamente la protección de la libertad de expresión a cuáles sean las ideas defendidas por cada ciudadano. Lo que se pretende con esos derechos fundamentales es la salvaguarda de ámbitos individuales de autonomía —y, en su caso, también colectivos— que constituyen elementos necesarios del pluralismo democrático, y en los cuales toda injerencia ha de ser cuidadosamente justificada.

En tercer lugar, atribuir al sistema del equilibrio de intereses el riesgo de «pulverización» del orden jurídico no deja de ser, en el mejor de los casos, una notable exageración. Naturalmente, no pretendemos defender aquí una primacía automática de la objeción de conciencia, de signo opuesto a la primacía automática de la ley neutral. Como todo derecho fundamental, el ejercicio de la libertad de conciencia tiene sus límites, que en el concreto caso del ordenamiento español, están especificados en el art. 16 de la Constitución, en el art. 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980, y en el art. 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. De lo que se trata es de analizar con precisión los intereses jurídicos en conflicto para determinar, *ad casum,* cuál de ellos debe prevalecer. Por muy neutral que una norma legal aparezca *prima facie,* su imposición contra los dictados de la libre conciencia es una restricción de un derecho fundamental. Y recuérdese que, según el propio art. 9.2 CEDH, sólo son legítimas aquellas restricciones de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión que, estando «previstas por la ley», pueden considerarse «medidas necesarias en una sociedad democrática». Es decir, aquellas medidas que —según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo— responden a una «necesidad social imperiosa» [11]. Por tanto, en última instancia, lo que persigue el procedimiento del equilibrio de intereses es obligar al Estado a justificar cumplidamente que resulta *necesaria* la aplicación sin quiebra de una ley, sin exen-

---

[11] Esta doctrina ha sido reiterada en numerosas ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el caso *Handyside c. Reino Unido,* 7 diciembre 1976 (*vid*. sobre todo § 49). Con especial referencia a la libertad religiosa, *vid*. la sentencia *Kokkinakis c. Grecia,* 25 mayo 1993, § 47. Nos remitimos, para este tema, a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos,* en RGDCDEE 2 (2003), p. 14; C. EVANS, *Freedom of religion under the European Convention on Human Rights,* New York 2001, pp. 168 ss.

ción alguna posible para quienes alegan el derecho fundamental a la libertad de conciencia [12].

Junto a las razones precedentes, todavía podría mencionarse un cuarto argumento de política legislativa contra las posiciones estrictamente legalistas en esta materia. Es cierto que los objetores de conciencia se oponen al cumplimiento de algunos preceptos legales. Pero, normalmente, son personas de elevados estándares morales —lo cual es requisito inexcusable para ser un buen ciudadano—. De ahí precisamente sus escrúpulos de conciencia, y su drama personal: se encuentran ante la imposibilidad de armonizar, en un caso concreto, su doble lealtad a la conciencia y a la sociedad; y luchan por obtener la exención de una obligación jurídica que haga posible el mantenimiento de esa armonía. Son por lo general buenos ciudadanos, quieren continuar siéndolo, y quieren continuar siendo considerados como tales. Aparte de las razones jurídicas antes indicadas, endurecer la aplicación de la norma legal sin una razón poderosa no es, probablemente, la mejor política.

Algunos juristas entran en tensión ante estas afirmaciones, como si tras ellas se ocultara la amenaza de un «apocalipsis jurídico». Una postura, en nuestra opinión, poco razonable y, en el fondo, sin confianza en la capacidad del derecho para adaptarse a los desafíos sociales. Un sistema jurídico desarrollado sabe ser tan flexible que se adapta sabiamente a las necesidades jurídicas sin grandes terremotos sociales. Cuando lo ve necesario, busca fórmulas que satisfacen a las inteligencias, al tiempo que calman las pasiones. Bélgica, por ejemplo —lo veremos luego más en detalle— supo encontrar la fórmula para mantener su ley de aborto y a Balduino en su trono. Recientemente, Luxemburgo encontró el mecanismo para defender la conciencia del Gran Duque Enrique y promulgar, al tiempo, su ley de eutanasia [13]. Incluso en la hipótesis de que un concreto precepto legal provocara una oposición masiva de ciudadanos en ejercicio de su li-

---

[12] Ése era precisamente el objeto de una legislación promulgada en Estados Unidos en 1993 y más tarde declarada inconstitucional como contraria al principio del separatismo [*vid*. al respecto I. Briones, *La conciencia religiosa en la Religious Freedom Restoration Act de 1993 y la jurisprudencia norteamericana,* en «La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional» (ed. por J. Martínez-Torrón), Granada 1998, pp. 385 ss.]. Desafortunadamente, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como el Tribunal Constitucional español, ha mantenido una línea argumental no siempre clara a este respecto, tal vez movido por el temor de abrir una imprevisible caja de Pandora. Los casos más significativos —que serán mencionados más adelante, en el capítulo 8 de este volumen— son *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen c. Dinamarca,* 7 diciembre 1976, *Efstratiou c. Grecia,* 18 diciembre 1996, y *Valsamis c. Grecia,* 18 diciembre 1996. *Vid*. J. Martínez-Torrón, *La protección de la libertad religiosa en el sistema del Consejo de Europa,* en «Proyección nacional e internacional de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa» (coord. por A. De la Hera y R.M. Martínez de Codes), Madrid 2001, pp. 122-125.

[13] Cfr. R. Navarro-Valls, *Entre la Casa Blanca y el Vaticano* (2.ª ed.), Madrid 2010, pp. 268 ss.

bertad de conciencia, el legislador habría de reflexionar, más allá de la objeción de conciencia, sobre la justicia misma de una ley que desencadena un rechazo social de amplias proporciones.

## 2. Las tendencias en el derecho internacional y comparado

Es evidente que la libertad religiosa y la libertad de conciencia, que constituyen —junto con la libertad de pensamiento— pilares básicos de los derechos humanos, entran en la categoría de los derechos fundamentales [14]. Dejando al margen la exacta delimitación de este término, es claro que su tutela alcanza el máximo grado de intensidad que darse pueda. El problema es si su ejercicio concreto —obrar en conciencia, incluso en contra de una disposición legal— alcanza idéntico grado de protección en todas y cada una de sus manifestaciones. Es decir, si existe lo que viene llamándose un derecho general a la objeción de conciencia.

En este punto, las posiciones doctrinales suelen antes examinar la exacta cualificación que el pretendido derecho de objeción de conciencia puede tener en el catálogo de los derechos. Para unos, la objeción de conciencia sería tan sólo un *valor informador del ordenamiento constitucional,* directivo de la actuación de los poderes públicos, muy en especial la del legislativo. Para otros, se trataría de uno de los nuevos *derechos de libertad* deducidos de la evolución de la conciencia social, en germen en los preceptos constitucionales, pero diversos de los tradicionales derechos de libertad. Los más lo conceptúan como un verdadero *derecho constitucional*. Algunos hablan de un claro *derecho fundamental,* y otros de un simple *derecho subjetivo, no fundamental* [15].

---

[14] En relación con la libertad de conciencia como derecho autónomo de la libertad religiosa, *vid*. L.M. Hammer, *The International Human Right to Freedom of conscience. Some suggestions for its development and application,* Dartmouth 2001, pp. 72 ss. También en su comentario a la obra de Hammer, J.A. Álvarez-Cienfuegos, *La protección internacional de la libertad de conciencia. Reflexiones en torno a la lectura del libro de Leonard M. Hammer «The International Human Right to Freedom of conscience. Some suggestions for its development and application» (Ashgate. Dartmouth 2001),* en RGDCDEE 2 (2003), pp. 1 ss.

[15] *Vid*. una síntesis en G. Dalla Torre, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali,* en «L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico», Milano 1991, pp. 30 ss. También en A. de la Hera, *Sobre la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia,* en el volumen colectivo «Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa», Madrid 1989, pp. 141-164; M. Gascón, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia,* Madrid 1990, pp. 255 ss.; L. M. Hammer, *The International Human Right to Freedom of conscience,* cit. en nota 14 de este capítulo, pp. 23 ss. La individuación de la categoría de los derechos fundamentales es relativamente sencilla en las constituciones de España, Alemania o Portugal, que hacen referencia expresa a ese concepto (aunque ello no obste, como se verá a continuación en el texto, para que existan ciertas incertidumbres interpretativas). En la doctrina italiana, en cambio, resulta más problemático

La diversidad de posturas doctrinales refleja la pluralidad de tendencias que existe tanto en el derecho internacional como en el derecho comparado, sin que ninguna de ellas llegue a imponerse claramente. Lo cual es muestra, posiblemente, de que ésta es una materia todavía reciente, en la que las certezas se abren paso sólo gradualmente, y a veces en un complejo entramado en el que junto a factores estrictamente jurídicos se encuentran otros de carácter predominantemente político. No obstante, quizá resulta detectable una creciente predisposición al reconocimiento de la objeción de conciencia como parte del entorno de los derechos fundamentales que reclaman una protección preferente por el ordenamiento jurídico [16].

## 2.1. *Derecho internacional*

En derecho internacional, el ejemplo más nítido de objeción de conciencia que ha adquirido carta de naturaleza indiscutida es la objeción al servicio militar [17]. Es cierto que ninguno de los grandes documentos internacionales de derechos humanos la incluye como tal, probablemente no por falta de convicción al respecto, sino más bien por realismo al advertir las dificultades que tendría para muchos países su aceptación en esos términos. Esto explica que tanto en Naciones Unidas como en el Consejo de Europa, la Unión Europea o la OSCE, se hayan desplegado, ya desde hace años, importantes esfuerzos para presionar políticamente a los Estados que, manteniendo el servicio militar obligatorio, aún no poseen mecanismos que permitan razonablemente un servicio sustitutivo o alternativo a los objetores. De hecho, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Comentario General al art. 18 del Pacto

---

por la ausencia de esa calificación en la carta constitucional italiana (cfr. A. PACE, *Diritti «fondamentali» al di là della Costituzione?,* en «Politica del diritto» 24 (1993), pp. 3 ss. Sin embargo, más allá del dato puramente formal, en el actual «Estado de derecho constitucional» la categoría de los derechos fundamentales *entendidos como valores* sería de tal consistencia que vendría a representar «la dimensión categorial de la libertad», universal y absoluta: «el ser en sí de las libertades fundamentales». Así, A. BALDASSARRE, *Libertà. Problemi generali,* en «Enciclopedia giuridica» XIX, Roma 1990, p. 27. En relación con el derecho español, *vid*. también G. ROLLA, *Il sistema costituzionale dei diritti fondamentali. L'esperienza spagnola,* en «Rivista trimestrale di diritto pubblico» 40 (1990), pp. 136 ss.

[16] El propio Dworkin ha afirmado: «Il diritto a disobbedire alla legge non è un diritto staccato o aggiuntivo, rispetto agli altri diritti verso lo stato. È semplicemente una caratteristica di tutti i diritti morali verso lo stato e non può essere teóricamente negato senza negare l'esistenza di questi diritti» (R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (trad. it.), Bologna 1982, p. 135, citado por V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone…,* cit. en nota 7, p. 80).

[17] Cfr. *infra,* capítulo 3 de este volumen. *Vid*. M. ALENDA SALINAS, *Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre objeción de conciencia al Servicio militar,* en ADEE 14 (1998), pp. 587-590.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 [18], declara que, pese a que el Pacto no reconoce explícitamente un derecho a la objeción al servicio militar, «ese derecho puede derivarse del artículo 18 [libertad de pensamiento, conciencia y religión], en la medida en que la obligación de utilizar una fuerza letal puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y con el derecho a manifestar la propia religión o creencia» [19].

Naturalmente, ese razonamiento, y la aplicabilidad del art. 18 PIDCP, resultan igualmente válidos para otros conflictos entre conciencia y norma jurídica, en armonía con otro pasaje del mismo Comentario General, que insiste en que los diversos modos de «manifestación» de la religión o convicciones han de interpretarse de manera amplia, incluyendo deberes morales que no son estrictamente rituales o de culto [20]. En la misma línea, y de manera aún más específica, dentro de las iniciativas adoptadas por la OSCE se ha insistido en que las legislaciones o constituciones nacionales han de ser sensibles, y tratar de adaptarse, a aquellas situaciones en que ciertas «personas o grupos, como una cuestión de conciencia, encuentran difícil o moralmente objetable cumplir con leyes generalmente aplicables» [21].

---

[18] *Vid*. un análisis pormenorizado del texto de ese Comentario General, y su origen, en B.G. Tahzib, *Freedom of Religion or Belief. Ensuring Effective International Protection,* The Hague 1996. También en M. Evans, *Religious Liberty and International Law in Europe,* Cambridge 1997, pp. 194-226; y H. Takemura, *International Human Right to Conscientious Objection to Military Service and Individual Duties to Disobey Manifestly Illegal Orders,* Berlin-Heidelberg 2009, pp. 58 ss.

[19] § 11 del General Comment No. 22: The right to freedom of thought, conscience and religion (Art. 18): 30/07/93; CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, General Comment No. 22.

[20] Cfr. *ibid.,* § 4. El Comité menciona —sin ánimo alguno de exhaustividad— algunos ejemplos, como el uso personal de ciertas prendas de vestir o símbolos preceptivos según la propia religión, la observancia de los días de descanso religioso o ciertas obligaciones dietéticas.

[21] *Vid*. las *Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Freedom of Religion or Belief,* § II.L. Estas orientaciones fueron preparadas por el *OSCE/ODIHR Panel of Experts on Freeodm of Religion or Belief,* en consulta con la *European Commission for Democracy through Law* (conocida como la *Venice Commission*), y contienen los estándares mínimos que deben cumplir las leyes nacionales en materia de libertad religiosa de acuerdo con los compromisos de la OSCE. Desde su elaboración, han sido utilizadas en numerosas ocasiones para redactar informes *ad hoc* respecto a proyectos de ley en el entorno OSCE. Las *Guidelines* fueron adoptadas por la *Venice Commission* en su 59.ª Sesión Plenaria (Venecia, 18-19 junio 2004), y fueron recibidas por la Asamblea Parlamentaria de la OSCE en su Sesión Anual (Edimburgo, 5-9 julio 2004). Las *Guidelines* han sido también recomendadas por el *Special Rapporteur* de Naciones Unidas sobre libertad de religión o creencia (Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief to the 61st Session of the Commission on Human Rights, E/CN. 4/2005/61 para. 57). Las *Guidelines* están actualmente en un avanzado proceso de revisión con miras a una segunda edición, bastante ampliada, que abunda de manera más concreta en la necesidad de tutelar jurídicamente la libertad de conciencia en los casos de conflicto con leyes «neutrales». El texto actual puede consultarse en: http://www.osce.org/publications/odihr/2004/09/12361_142_en.pdf (visitado 22 septiembre 2010).

En el ámbito europeo, encontramos un claro reconocimiento de la objeción como derecho fundamental en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo art. 10.2, en directa conexión con la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, garantiza «el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio» [22]. Aunque su interpretación no es del todo clara, particularmente por lo que concierne a la relación entre el derecho de objeción de conciencia y las leyes nacionales, no parece que ésta pueda ser entendida como un deseo de someter el reconocimiento de la objeción a la *interpositio legislatoris:* no sólo porque parece a todas luces irrazonable condicionar la existencia de un derecho fundamental europeo a la voluntad del legislador nacional, sino también por la elemental razón de que, si se hubiera querido hacer depender la tutela de la objeción de conciencia de las leyes nacionales, no tendría sentido alguno haberla incluido como derecho fundamental en la Carta.

No olvidemos, además, que las normas habituales en materia de interpretación de derechos humanos reclaman una comprensión amplia del contenido de los derechos y, correlativamente, una concepción estricta de las limitaciones que pueden imponerse a los mismos. A nuestro entender, el art. 10.2 de la Carta tiene por finalidad reconocer de manera clara un derecho íntimamente vinculado a la libertad de religión y creencias —la objeción de conciencia— y determinar cómo pueden establecerse limitaciones al mismo: mediante una legislación debidamente aprobada. La expresión «de acuerdo con las leyes nacionales» contendría, por ello, una referencia a que los legisladores nacionales son los naturalmente competentes para establecer límites apropiados al derecho de objeción. Es decir, una simple remisión a la posibilidad de que los derechos nacionales regulen los supuestos más frecuentes de objeción, que ha de interpretarse, además, en el sentido de que esa «regulación» de la objeción nunca podrá entenderse como «negación» de la misma. En tal sentido, cabe aplicar a la referencia general a la objeción de conciencia en la Carta de Derechos Fundamentales un razonamiento análogo al que expresaba el Tribunal Constitucional español respecto a la mención constitucional del derecho a la objeción al servicio militar: la ausencia de una legislación de desarrollo de ese derecho no puede entenderse como privación del mismo, pues la regulación de un derecho tiene por objeto asegurar «su plena aplicabilidad y eficacia» [23].

---

[22] Acerca del valor jurídico vinculante de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *vid*. A. Fernández, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Valencia 2001, pp. 79-100; y R. Alonso & D. Sarmiento, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias y jurisprudencia,* Pamplona 2006, pp. 37-54.

[23] Cfr. STC 15/1982, 23 abril 1982, FJ 6.° *Vid*. *infra,* nota 67 de este capítulo y texto correspondiente.

Por otro lado, es también una incógnita el impacto que esta nueva dimensión de las objeciones podrá tener en los ordenamientos jurídicos de cada país miembro de la Unión Europea, y la medida en que el art. 10.2 podrá incidir, en su día, en la propia jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, sobre todo teniendo en cuenta que en el futuro se prevé que la Unión Europea se adhiera al Convenio Europeo de Derechos Humanos [24].

Esta última cuestión es importante, pues la jurisprudencia de Estrasburgo no ha sido tradicionalmente ni demasiado clara, ni demasiado tuitiva, en lo que concierne a la objeción de conciencia [25]. Una actitud que contrasta con la del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, competente para supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y emitir dictámenes sobre comunicaciones individuales. Así se observa, por citar un ejemplo reciente y bien conocido, en algunos casos análogos relativos al uso de símbolos religiosos personales —en concreto del velo islámico— en facultades universitarias. Aunque en su momento comentaremos con más detalle esos casos [26], y sin prejuzgar aquí el fallo final de cada una de las decisiones en concreto, vale la pena dejar constancia de una notable diferencia de planteamiento entre el Tribunal de Estrasburgo y el Comité de Derechos Humanos.

Para el Comité, el punto de partida imprescindible es que —como antes se hizo notar— la libertad religiosa y de conciencia no se limita a las cuestiones relativas al culto, sino que se extiende a otros aspectos de la vida diaria de las personas. También aquí, por tanto, se aplica la regla general de que los derechos humanos han de interpretarse extensivamente y las limitaciones a los mismos han de interpretarse restrictivamente, lo cual incluye su explícita previsión legal y la justificación de su necesidad [27], de manera que toda medida coercitiva de

---

[24] Lo cual abre un interesante debate sobre las relaciones futuras entre el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal de Justicia de la UE. *Vid*. M. Requejo, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ámbito de aplicación,* en «Estudios sobre la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea» (coord. por C. Ruiz Miguel), Santiago de Compostela 2004, pp. 217-222; y A. Fernández, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* cit. en nota 22 de este capítulo, pp. 175-188.

[25] Sobre la jurisprudencia del TEDH en materia de objeción de conciencia en relación con el art. 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *vid*. E. Relaño, *El derecho de libertad religiosa y de conciencia a la luz de la Carta Europea de Derechos Fundamentales. Comentario sobre el «Informe sobre la situación de los derechos humanos en la Unión Europea y en sus estados miembros» (elaborado por E.U. Network of Independent Experts in Fundamental Rights - CFR-CDF),* en RGDCDEE 3 (2003), pp. 7-11.

[26] Se trata, respectivamente, del Dictamen relativo a la comunicación No. 931/2000: Uzbekistán, 18 enero 2005, CCPR/C/82/D/931/2000 (Comité, caso *Hudoyberganova*) y de la decisión *Leyla Şahin c. Turquía,* 10 noviembre 2005 (TEDH). *Vid. infra,* capítulo 9.

[27] *Vid*. Comentario General del Comité al art. 18 del PIDCP, cit. en nota 19, § 8.

la libertad de pensamiento, conciencia y religión garantizada por el art. 18 PIDCP ha de estar debidamente justificada por el Estado.

Por contraste, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplicaba de manera bastante laxa su tradicional doctrina del margen de apreciación nacional [28], con la consiguiente remisión a la discrecionalidad del Estado para aplicar restricciones a los derechos fundamentales, renunciando así a la necesaria función supervisora que el Tribunal ha de realizar respecto a la «necesidad social imperiosa» de las medidas restrictivas de la libertad religiosa adoptadas por las autoridades nacionales. Tal vez movido por el peso de las circunstancias políticas —la peculiar situación del Islam en Turquía— más que por razonamientos estrictamente jurídicos, la Corte de Estrasburgo terminaba por distorsionar una materia como la objeción de conciencia, que requiere un análisis sumamente cuidadoso. Incluso el Tribunal llegaba a echar mano de argumentaciones ya vetustas, permisivas de restricciones a la libertad de conciencia mediante leyes «neutrales», amparadas en una genérica referencia a que la libertad de manifestar la propia religión o creencia no tutela cualquier acto inspirado o motivado por ella [29] (algo por lo demás evidente). En contradicción con los criterios esenciales de interpretación en materia de derechos humanos, que el propio Tribunal ha aplicado a los restantes derechos fundamentales, el razonamiento de la Corte ha discurrido por los cauces de una interpretación restrictiva del contenido del derecho de libertad de conciencia y de una interpretación extensiva de las limitaciones que pueden imponerse al mismo.

Al igual que ha sucedido en otros casos de objeción de conciencia, según iremos viendo, parece como si el Tribunal de Estrasburgo se mostrase temeroso de extraer todas las consecuencias de sus propios principios generales [30]. Lo cual

---

[28] Nos remitimos, en este punto, a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Los límites a la libertad de religión…,* cit. en nota 11, pp. 14-17.

[29] Se trata de la doctrina de la Comisión Europea de Derechos Humanos —antes de su desaparición en virtud del Protocolo n. 11 del Convenio Europeo— a propósito del caso *Arrowsmith c. Reino Unido,* Rep. Com. n. 7050/75, *Decisions and Reports* 19, pp. 19-20. Significativamente, el caso estaba relacionado con la condena a prisión de una pacifista británica, por haber distribuido panfletos ilegales entre los soldados ingleses destinados en Irlanda del Norte.

[30] Así puede observarse, por ejemplo, en los casos *Efstratiou c. Grecia,* 18 diciembre 1996 y *Válsamis c. Grecia,* 18 diciembre 1996, ambos relativos a la objeción de dos estudiantes de escuela secundaria, testigos de Jehová, que se negaban a asistir a un desfile patriótico en el que se conmemoraba una guerra, y en cuya tribuna presidencial se encontraban presentes autoridades militares y religiosas. O en el más antiguo *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca,* 7 diciembre 1976, referente a la objeción de varias familias a que sus hijos recibieran educación sexual, como contenido docente obligatorio, en la escuela pública. Estos casos son analizados más adelante, en el capítulo 8. *Vid.,* para más detalles sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en materia de conflictos de conciencia con leyes «neutrales», J. MARTÍNEZ-TORRÓN y R. NAVARRO-VALLS, *The Protection of Religious Freedom in the System of the Council of Europe,* en «Facilitating

no le ha ocurrido, ciertamente, con otras libertades, y parece ir incluso en contra de otras iniciativas surgidas en el seno del Consejo de Europa, que en los últimos años se han referido a la necesidad de luchar contra la «discriminación indirecta» que puede producir la aplicación de leyes neutrales, con una clara tendencia a equiparar los fenómenos de intolerancia por razón de diversas circunstancias personales, tales como raza, sexo, lengua, religión, etc. [31]. Iniciativas, por lo demás, muy en consonancia con aquella doctrina del Tribunal Europeo que ha interpretado el principio de igualdad (art. 14 CEDH) como exigiendo una postura activa del orden jurídico para evitar discriminaciones «por omisión»: es decir, discriminaciones que se producen cuando la legislación omite tratar de manera desigual situaciones que son de hecho desiguales, teniendo en cuenta que el ejercicio de la libertad religiosa puede constituir un importante factor de desigualdad real y puede reclamar, por tanto, que el legislador acepte excepciones a la norma aplicable en la generalidad de los casos [32].

En el fondo de esa actitud pusilánime del TEDH podría estar latente un planteamiento de corte tradicional —en el peor de los sentidos— tendente a justificar las políticas de mantenimiento del *statu quo* socio-religioso en cada país, que tantas veces han producido excesivas invasiones en la libertad religiosa de personas individuales o de grupos ideológicamente atípicos. Planteamiento que sólo cedería en aquellos casos de objeción de conciencia considerados «razonables»: en particular los relativos a la objeción al servicio militar o a la difusión no fraudulenta de las propias convicciones religiosas.

---

Freedom of Religion and Belief: A Deskbook» (ed. por T. Lindholm, C. Durham & B. Tahzib-Lie), Leiden 2004, pp. 228 ss.

[31] Es interesante, a este respecto, observar el concepto de «discriminación racial indirecta», tal como es definido por el art. I.1(c) de la *General Policy Recommendation No.* 7 (13 diciembre 2002) de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia acerca de la necesidad de que las legislaciones nacionales luchen contra el racismo y la discriminación racial: «por "discriminación racial indirecta" han de entenderse aquellos casos en los que un factor aparentemente neutral, tal como una norma, criterio o práctica, sitúa en inferioridad de condiciones o no puede ser fácilmente cumplido por personas pertenecientes a un grupo identificado por elementos como la raza, color, lengua, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico, a menos que ese factor tenga una justificación objetiva y razonable». Esta recomendación resulta aún más expresiva si se pone en conexión con dos interesantes recomendaciones del Consejo de Ministros del Consejo de Europa: la Recomendación No. R (97) 20 sobre *hate speech,* y la Recomendación No. R (97) 21 sobre los medios de comunicación y la promoción de una cultura de la tolerancia, ambas adoptadas el 30 octubre 1997.

[32] Nos referimos, sobre todo, a la sentencia *Thlimmenos c. Grecia,* 6 abril 2000, en la que el Tribunal declaró que no es legítimo descalificar para el acceso a la función pública a los objetores que han sido condenados por negarse a prestar servicio militar, pues su condena en razón del ejercicio de su libertad de conciencia no puede ser equiparada a la de aquellas personas que han sufrido condena penal por delitos graves. *Vid. infra,* epígrafe 2.2.c) del capítulo 3.

No obstante lo anterior, algunas sentencias recientes del TEDH permiten intuir que quizá se esté produciendo un cambio de rumbo en esa jurisprudencia, en términos más tuitivos de la libertad de conciencia. En concreto, la sentencia de la Gran Cámara del Tribunal en el caso *Bayatyan,* de 2011, que comentaremos más adelante [33], afirma que el artículo 9 CEDH protege la libertad de conciencia cuando se produce un «conflicto grave e ineludible» con obligaciones derivadas de una ley neutral, sobre la base de una «una convicción o creencia de suficiente imperatividad, gravedad, coherencia e importancia». Añadiendo que una restricción de la libertad de conciencia en esos casos no puede considerarse «necesaria en una sociedad democrática» [34] cuando existen otras maneras de conciliar los respectivos intereses contrapuestos del legislador y del objetor. Aunque todavía es pronto para calibrar el alcance de este cambio jurisprudencial, y pese a que el TEDH refiere ese análisis concretamente al supuesto de la objeción al servicio militar, es indudable que resulta aplicable a otros tipos de conflicto entre conciencia y ley, entre otras razones porque el mismo Tribunal ha indicado reiteradamente que la autoridad civil no es competente para formular juicios de valor sobre las creencias y sobre sus modos de expresarlas [35].

### 2.2. *Derecho comparado*

Si dirigimos ahora la mirada hacia el panorama del derecho comparado, continuamos observando una notable variedad de posiciones en relación con las objeciones de conciencia, aunque parece cobrar fuerza la tendencia a reforzar los derechos de la libre conciencia de las personas. En todo caso, no es frecuente que los ordenamientos jurídicos nacionales reconozcan directamente, y de manera general, la objeción de conciencia como un derecho subjetivo alegable *erga omnes* en sus muy diversas manifestaciones. Hay, sin embargo, significadas excepciones.

Una de ellas es el derecho de Portugal, que, desde planteamientos similares a los de la Constitución española, ha evolucionado hacia un reconocimiento general de la libertad de conciencia en los casos en que puede entrar en conflicto con obligaciones legales [36]. Así, el art. 41.6 de la Constitución, que inicialmente

---

[33] *Bayatyan c. Armenia* (Grand Chamber), 7 julio 2011. *Vid. infra,* capítulo 3.2.2.c).

[34] Cfr. art. 9.2 CEDH, donde se especifican las condiciones en que es posible establecer legítimamente restricciones a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

[35] «[...] the right to freedom of religion as guaranteed under the Convention excludes any discretion on the part of the State to determine whether religious beliefs or the means used to express such beliefs are legitimate» (*Manoussakis c. Grecia,* 26 septiembre 1996, § 47; *Hasan and Chaush c. Bulgaria,* 26 octubre 2000, § 78).

[36] *Vid.* J. Rossell, *La Ley Orgánica de libertad religiosa española y su posible reforma: ¿hacia el mo-*

protegía sólo los derechos de los objetores al servicio militar, tras la reforma de 1982 quedó redactado como sigue: «Se garantiza el derecho a la objeción de conciencia en los términos establecidos por la ley» [37]. La Ley portuguesa de Libertad Religiosa de 2001 [38], en su art. 12, desarrolla el precepto constitucional añadiendo algunos detalles importantes, como la explícita conexión entre la objeción y el derecho fundamental a la libertad de conciencia, así como una definición de cuál es el grado de gravedad de los juicios de conciencia que dan lugar a la protección constitucional. Así se expresa literalmente el art. 12 de la ley:

> «1. La libertad de conciencia comprende el derecho de objetar al cumplimiento de leyes que contraríen los dictámenes inexcusables de la propia conciencia, dentro de los límites de los derechos y deberes impuestos por la Constitución y en los términos de la ley que en su caso regule el ejercicio de la objeción de conciencia. 2. Se consideran inexcusables aquellos dictámenes de la conciencia cuya violación implica una ofensa grave a la integridad moral y que hace inexigible otro comportamiento» [39].

En México se presentó en 2007 una iniciativa de reforma constitucional en una dirección parecida a la de Portugal, pero tal vez con una formulación más precisa del derecho de objeción [40]. Esta iniciativa proponía modificar el art. 24 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, el cual, en la parte que aquí nos interesa, quedaría redactado como sigue:

> «Toda persona es libre para profesar la religión o creencia de su elección y para manifestarla en público o en privado sólo o en comunidad con otros,

---

*delo de libertad religiosa portugués?,* en RGDCDEE 19 (2009). También, A. Torres, *El derecho de libertad religiosa en Portugal,* Madrid 2010.

[37] Art. 41.6 de la Constitución portuguesa: «É garantido o direito à objecção de consciência, nos termos da lei».

[38] *Lei da Liberdade Religiosa,* Lei n.º 16/2001, de 22 junio 2001.

[39] Art. 12.º - Objecção de consciência: 1 - A liberdade de consciência compreende o direito de objectar ao cumprimento de leis que contrariem os ditames impreteríveis da própria consciência, dentro dos limites dos direitos e deveres impostos pela Constituição e nos termos da lei que eventualmente regular o exercício da objecção de consciência. 2 - Consideram-se impreteríveis aqueles ditames da consciência cuja violação implica uma ofensa grave à integridade moral que torne inexigível outro comportamento. 3 - Os objectores de consciência ao serviço militar, sem exceptuar os que invocam também objecção de consciência ao serviço cívico, têm direito a um regime do serviço cívico que respeite, na medida em que isso for compatível com o princípio da igualdade, os ditames da sua consciência.

[40] En relación con el tratamiento de la objeción de conciencia en México, *vid*. J. Adame Goddard, *La objeción de conciencia en el derecho mexicano o el amparo a la libertad religiosa,* en el volumen colectivo «Derecho fundamental de libertad religiosa», México D.F. 1994, pp. 13 ss.; J. Martínez-Torrón, *Los testigos de Jehová y la cuestión de los honores a la Bandera en México,* en «Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos» 117, México, abril 2000, pp. 7-83.

incluyendo la práctica de las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, la enseñanza o difusión de sus creencias, y la observancia de los correspondientes preceptos morales, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.

La libertad de religión o creencia implica la libertad de comportarse obedeciendo los mandatos de la propia conciencia. Cuando alguien se vea imposibilitado para cumplir una obligación legal por causa de un imperativo moral sincero, grave e ineludible, tendrá derecho a ser eximido de esa obligación legal, en los términos establecidos por la ley, siempre que dicha exención no redunde en detrimento de los derechos fundamentales de otros o de un interés jurídico superior» [41].

La exposición de motivos de esa iniciativa de reforma subraya la conexión entre el derecho de objeción y la libertad de conciencia, y hace hincapié en la necesidad de evitar el fraude de ley y en que el reconocimiento de la objeción de conciencia no ha de confundirse con un inapropiado fomento del individualismo o un menosprecio de los deberes cívicos. Se trata de un proyecto ciertamente interesante, teniendo en cuenta que el derecho mexicano sólo en 1992 introdujo en su Constitución un claro reconocimiento de la libertad de religión y creencias que cumpliera con los compromisos impuestos por los documentos internacionales sobre derechos humanos. De hecho, si el legislador mexicano decidiera finalmente modificar el art. 24 de la Constitución, resultaría necesario reformar también la legislación mexicana en materia de libertad religiosa, que actualmente enfoca la objeción de conciencia de manera negativa y rechaza la posibilidad de alegar motivos religiosos para eludir el cumplimiento de la ley [42].

También en el ámbito iberoamericano, pero a nivel de legislación ordinaria, se aprobaba en Perú, en diciembre de 2010, una Ley de Libertad Religiosa cuyo artículo 4 reconoce el derecho de objeción de conciencia, entendida como «la

---

[41] El texto de la reforma propuesta, y la correspondiente exposición de motivos, puede verse en las páginas de Internet del Senado mexicano: http://www.senado.gob.mx/gace.php?sesion=2007/05/09/1&documento=18 (visitado 22 septiembre 2010). La propuesta de reforma constitucional en esta materia, por ahora, parecer estar en suspenso, pero ha influido en otros esfuerzos legislativos específicos relativos a reconocer la objeción de conciencia del personal médico y sanitario en temas como la reproducción asistida o los cuidados paliativos.

[42] En efecto, el art. 1o.(2) de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, de 15 julio 1992, establece: «Las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país. Nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes». Interesa no perder de vista el contexto político en el que se elaboró ese precepto: apenas unos meses después de una reforma constitucional, algo traumática, que ponía fin a décadas de formal hostilidad contra la libertad de religión y de creencia, en un México en el que gran parte de las fuerzas políticas dominantes aún identificaban progreso con prejuicio antirreligioso y en el que los símbolos patrios constituyen una suerte de «religión civil».

oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales o religiosas [...] por causa de un imperativo moral o religioso, grave e ineludible».

Más recientemente, en julio de 2011, se presentaba en Colombia un proyecto de ley específico sobre libertad de conciencia, precisamente enfocado hacia la tutela de los conflictos entre conciencia y ley [43]. El proyecto reconoce expresamente que la libertad de conciencia incluye el derecho de objeción, siempre que se trate de serios conflictos morales con un deber legal:

> «*Artículo 2.º* La libertad de conciencia comprende el derecho de formar libremente la propia conciencia, religiosa o no, de actuar conforme a los imperativos de la misma, individual o colectivamente, y de no ser molestado por razón de las propias convicciones éticas, morales o religiosas ni compelido a actuar en contra de ellas.
>
> *Artículo 3.º* La libertad de conciencia incluye asimismo el derecho de objeción de conciencia, entendida como el derecho de toda persona de ser eximida del cumplimiento de aquellas obligaciones jurídicas (de carácter constitucional, legal, administrativo, judicial o contractual) que le impongan acciones u omisiones contrarias a los propios y graves imperativos religiosos, morales o éticos, sinceramente asumidos y debidamente probados. [...]».

Entre los numerosos aspectos positivos de ese proyecto, se encuentra la prohibición de discriminación por razón de la objeción de conciencia; la explícita referencia a que son titulares de ese derecho también quienes tienen una relación contractual o funcionarial con entes públicos; y la indicación de que las prestaciones sustitutivas tienen sentido cuando su finalidad es garantizar el principio de igualdad o evitar el fraude de ley. Además, la ley en proyecto establece que las autoridades competentes, o los jueces, han de examinar en cada caso «si la objeción corresponde a un imperativo religioso, ético o moral sincero, grave e ineludible», pero aclarando que no puede juzgarse el valor intrínseco de las convicciones de conciencia alegadas. Y se añade se debe intentar respetar siempre al máximo las creencias del objetor, incluso en aquellos casos en que no resulte posible aceptar por completo sus solicitudes de exención [44]. Como se

---

[43] Proyecto de Ley Estatutaria 022 de 2011 Cámara, por la cual se reglamenta el derecho de libertad de conciencia, reconocido en el artículo 18 de la Constitución Política. El texto del proyecto, con su exposición de motivos, se encuentra disponible en: http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=18&p_numero=022&p_consec=29627 (visitado 1 diciembre 2011).

[44] «*Artículo 7.º*— Las autoridades señaladas en el artículo anterior y, en su caso, los jueces, al examinar la objeción de conciencia, o los conflictos a que su ejercicio pueda dar lugar, además de tener en cuenta las leyes o reglamentos específicos que pudieran existir, deberán:— a) Examinar si la objeción corresponde a un imperativo religioso, ético o moral sincero, grave e ineludi-

ve, un planteamiento muy similar al seguido por el Tribunal de Estrasburgo en el caso *Bayatyan,* antes citado [45]. En fin, el proyecto de ley colombiana, sin intención alguna de exhaustividad, nombra algunas áreas concretas en las que podrá ejercitarse especialmente el derecho de objeción de conciencia: servicio militar; obligaciones en el entorno de las profesiones médica, farmacéutica y otras relacionadas con la vida humana o la investigación científica; obligaciones civiles y laborales; actividades o programas de enseñanza; y ejercicio de funciones públicas [46]. El proyecto ha sido informado por la ponencia de la Cámara de Representantes y está a la espera de su tramitación parlamentaria [47].

Dentro del entorno europeo, la República Eslovaca lleva algún tiempo contemplando la posibilidad de regular de manera general lo que suele llamarse «objeción de conciencia institucional», es decir, el reconocimiento legal de las objeciones de conciencia que responden al credo institucionalizado de determinadas confesiones religiosas. En rigor, esto no constituye una completa novedad, pues en Occidente existe una larga tradición de tutela de una de esas objeciones: el derecho de los sacerdotes católicos, y de otros ministros de culto, a no

---

ble, sin entrar a juzgar la pertinencia o procedencia de las convicciones o creencias del objetor;— b) Establecer si, de conformidad con el artículo 4.º de esta ley, como consecuencia del ejercicio del derecho de objeción de conciencia resultan afectados los derechos fundamentales de otros o un interés jurídico superior y, en caso afirmativo, determinar si pueden utilizarse medios alternativos para el cumplimiento del deber jurídico en cuestión que permitan el máximo respeto posible de la conciencia del objetor;— c) Ordenar, cuando corresponda, el cumplimiento de obligaciones sustitutivas respetuosas de la conciencia del objetor, teniendo en cuenta que no podrán establecerse prestaciones sustitutivas o alternativas que tengan carácter sancionatorio o discriminatorio;— d) Asegurar la protección de los menores de edad cuando de algún modo se vean afectados por la objeción».

[45] *Vid. supra,* notas 33-35 y texto correspondiente.

[46] «*Artículo 9.º*— Sin perjuicio de otros supuestos que pudieran presentarse, se reconoce especialmente el derecho de objeción de conciencia en las siguientes circunstancias:— a) En la prestación del servicio militar;— b) En obligaciones que puedan imponerse con ocasión del ejercicio de la profesión médica o de profesiones relativas a la salud;— c) En el cumplimiento de obligaciones civiles y laborales, como son el deber de prestar juramento, rendir homenaje a los símbolos patrios, días laborales y demás obligaciones afines;— d) En las actividades de investigación científica;— e) En la prestación de servicios farmacéuticos;— f) En el ámbito educativo, cuando las actividades o programas de enseñanza incluyan aspectos incompatibles con las propias creencias o convicciones;— g) En el ámbito del ejercicio de las funciones públicas, cuando las obligaciones para ser cumplidos incluyan aspectos incompatibles con las propias creencias o convicciones.— El Estado garantizará en estos y otros supuestos el cumplimiento efectivo de los servicios públicos y de las funciones públicas, sin detrimento del ejercicio del derecho fundamental de libertad de conciencia».

[47] El texto del informe de la ponencia, que contiene algunos aspectos que nos resultan discutibles (como, por ejemplo, una excesiva ampliación de las convicciones protegibles, que incluirían las filosóficas y políticas, y, al parecer aun las estéticas, deportivas y culturales), puede consultarse en: http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=87&p_numero=022&p_consec=30092 (visitado 1 diciembre 2011).

manifestar hechos conocidos en virtud de la confesión sacramental o de otras conversaciones confidenciales en el marco de lo que se conoce como protección del secreto ministerial [48]. Lo que sí resulta novedoso es el refrendo legal generalizado de las objeciones de conciencia que puedan formular los fieles de ciertas confesiones. La iniciativa eslovaca procede del Acuerdo Base entre la Santa Sede y la República de Eslovaquia, que se refería a esa posibilidad en términos genéricos y se remitía a un futuro acuerdo específico [49]. El desarrollo de esa idea no sólo ha dado origen a un borrador de acuerdo con la Iglesia católica, sino también a otro borrador paralelo, y casi idéntico, aplicable a las demás iglesias y comunidades religiosas reconocidas por el Estado (actualmente, otras iglesias cristianas y las comunidades judías) [50]. Ambos proyectos de acuerdo han dado lugar a un interesante debate doctrinal que ha trascendido las fronteras eslovacas [51].

Más allá de los casos mencionados, en Europa occidental no se dan explícitos refrendos constitucionales o legislativos a la objeción de conciencia como un derecho subjetivo de alcance general, pero sí es frecuente que las legislaciones se muestren receptivas hacia aquellas objeciones de conciencia que han demostrado tener mayor arraigo social, mayor «razonabilidad» —en sí mismas o por comparación con situaciones análogas— o bien una conexión directa con otros derechos fundamentales. Es lo que ha sucedido —como se irá viendo en sucesivos capítulos— con la objeción al servicio militar, la oposición a la co-

---

[48] Por lo que se refiere a España, *vid*. art. II.3.º del Acuerdo de 28 de julio de 1976 entre la Santa Sede y el Estado Español, y art. 417 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Vid*. también los arts. 3.2 de los Acuerdos de 10 de noviembre de 1992 entre el Estado español y las federaciones evangélica, israelita e islámica, que recogen el secreto ministerial a semejanza del secreto de confesión, aunque quizá en términos menos estrictos. Esta temática ha sido analizada con rigor por R. Palomino, *Derecho a la intimidad y religión. La protección jurídica del secreto religioso,* Granada 1999. Nos referimos a esta cuestión más adelante, en el capítulo 12.

[49] Acuerdo Base de 24 de noviembre de 2000, entre la Santa Sede y la República Eslovaca, art. 7: «La República Eslovaca reconoce a todos el derecho de objeción de conciencia según los principios doctrinales y morales de la Iglesia Católica. La medida y las condiciones de aplicación de ese derecho serán definidas en un acuerdo específico entre las Altas Partes». *Vid.,* sobre el tema, entre la literatura española, A. Riobó, *El derecho de libertad religiosa en la República Checa y en la República Eslovaca,* Madrid 2005, pp. 346 ss.

[50] Los textos de ambos acuerdos, en versión inglesa, pueden encontrarse en RGDCDEE 9 (2005).

[51] Un reflejo de ese debate puede verse en el volumen colectivo *Výhrada vo Svedomí - Conscientious objection* (ed. por Michaela Moravčíková), Bratislava 2007. Dentro de ese volumen (pp. 573-596), en nuestro trabajo J. Martínez-Torrón & R. Navarro-Valls, *Protecting conscientious objection as a fundamental right. Considerations on the draft agreements of the Slovak Republic with the Catholic church and other registered churches,* se contiene un análisis crítico de la opinión que sobre esos borradores de acuerdo emitió la llamada *European Union Network of Independent Experts on Fundamental Rights.* Ese trabajo ha sido reproducido en RGDCDEE 12 (2006), pp. 1-29.

laboración en la práctica de abortos, o la negativa a someterse a ciertos tratamientos médicos cuando el objetor es un adulto en plena posesión de sus facultades [52]. Esa receptividad se ha manifestado, según los casos, en leyes *ad hoc* o bien en cláusulas de conciencia en leyes de porte más amplio (por ejemplo, en las leyes despenalizadoras de determinados supuestos de aborto).

En nuestro continente son excepcionales las políticas legislativas de corte expresamente restrictivo en materia de objeción de conciencia. El caso más patente es el de Francia, que —movida por una interpretación casi «confesional» del principio constitucional de laicidad [53]— excluye de manera expresa en sus leyes procesales la posibilidad de alegar objeción de conciencia a formar parte de un jurado [54]; y que ha promulgado en 2004 una ley prohibiendo la utilización de símbolos religiosos personales y «ostensibles» en centros públicos de educación preuniversitaria [55].

---

[52] *Vid*. por ejemplo, en relación con los dos últimos tipos de objeción mencionados, S. Sieira Mucientes, Madrid 2000, y también, más recientemente, de la misma autora, *La objeción de conciencia sanitaria,* en «Objeción de conciencia y función pública» (ed. por el Consejo General del Poder Judicial), Madrid 2006, pp. 45-98; S. Tarodo, *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios,* Bilbao 2005, *passim*; así como, más recientemente, los trabajos de B. González Moreno, *El personal sanitario ante las nuevas técnicas de reproducción humana asistida y la investigación biomédica,* y A. González-Varas, *Las objeciones de conciencia de los profesionales de la salud,* ambos en «Opciones de conciencia. Propuestas para una ley» (coord. por M.J. Roca), Valencia 2008, pp. 223 ss. y 284 ss., respectivamente. En relación con la objeción a tratamientos médicos, cuando se trata de la vida de menores de edad, la regla es, naturalmente, la contraria, es decir, la no admisión de la objeción. Esta temática ha sido analizada con detalle por B. Rodrigo Lara, *Minoría de edad y libertad de conciencia,* Madrid 2005, pp. 438 ss.

[53] *Vid.*, sobre la cuestión de la laicidad en Francia, el interesante ensayo de B. Chélini-Pont y J. Gunn, *Dieu en France et aux États-Unis. Quand les mythes font la loi,* Paris 2005, que incluye (pp. 45-66), un análisis crítico de la elaboración de la ley sobre símbolos religiosos citada *infra,* en la nota 55 de este capítulo. *Vid*. también F. Rey, *La laicidad «a la francesa», ¿modelo o excepción?,* en «Persona y derecho» 53 (2005), pp. 385-436.

[54] El *Code de Procédure Pénale* francés, en su art. 258-1, establece: «Une objection morale d'ordre laïque ou religieux ne constitue pas un motif grave susceptible de justifier l'exclusion de la liste des jurés» (redacción dada por la ley n.º 80-1042, de 23 diciembre 1980).

[55] *Loi n.º 2004-228, du 15 mars 2004, encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.* Esta ley introduce, en el art. L. 141-5 del Código de la Educación, un nuevo párrafo con la siguiente redacción: «Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit». *Vid*. al respecto S. Cañamares Arribas, *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado,* Pamplona 2005, pp. 70 ss.; A. González-Varas Ibáñez, *Confessioni religiose, diritto e scuola pubblica in Italia. Insegnamento, culto e simbologia religiosa nelle scuole pubbliche,* Bologna 2005, pp. 229 ss. Es interesante contrastar el planteamiento francés con el análisis jurisprudencial de la temática del uso de símbolos religiosos en otro derecho, también separatista, pero mucho más abierto hacia las exigencias de la libertad religiosa; *vid*. al respecto el estudio de A. Castro Jover, *La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el derecho de Estados Unidos,* Madrid 2005.

En claro contraste, las leyes de otros países muestran una acusada sensibilidad hacia los derechos de los objetores. Es el caso, por ejemplo, de Holanda, donde pueden ser considerados improcedentes los despidos laborales causados por una oposición al trabajo fundada en serios motivos de conciencia [56]. O donde los objetores de conciencia al pago de las tasas de seguridad social —como ocurre con los fieles de algunas iglesias de origen menonita— pueden acogerse a una exención legal y pagar la cantidad equivalente en concepto de un impuesto extraordinario (para evitar el riesgo de los pseudo-objetores) [57].

Por lo demás, fuera de los casos de objeción de conciencia expresamente regulados por la legislación, la jurisprudencia europea muestra una notable variedad de posiciones, especialmente en el entorno de la tradición continental-europea, probablemente por el predominio de la ley escrita como fuente jurídica de referencia, lo cual genera a veces una actitud dubitativa en los jueces a la hora de reconocer los derechos del objetor sin una específica *interpositio legislatoris.* A lo largo de los capítulos siguientes tendremos ocasión de ver numerosos ejemplos. Esta actitud contrasta con la de los ordenamientos pertenecientes a la tradición jurídica angloamericana, cuya judicatura suele actuar en esta materia con mucha mayor libertad respecto a la legislación, y en general con una tendencia más tuitiva hacia las objeciones de conciencia.

Hoy día, una de las mentalidades más abiertas hacia la objeción de conciencia la encontramos probablemente en Canadá [58], cuya Carta constitucional de Derechos y Libertades no sólo garantiza expresamente la libertad de conciencia y de religión, sino que reconoce el multiculturalismo como parte integrante de la identidad social canadiense [59], lo cual supone un refuerzo indirecto, pero efi-

---

[56] Cfr. la información disponible en http://www.avrio.net/540.0.html (visitado 22 septiembre 2010).

[57] Sobre la actitud de los menonitas en esta materia, *vid*. *Anabaptist/Mennonite Faith and Economics* (ed. by C. Redekop, V.A. Krahn & S.J. Steiner), Institute of Anabaptist and Mennonite Studies 1994. *Vid*. también la declaración oficial de los menonitas norteamericanos en: http://www.mcusa-archives.org/library/resolutions/statement_healthcare.pdf (visitado 22 septiembre 2010). En Holanda se admite la objeción moral de los adeptos a la iglesias reformadas de origen menonita a contribuir al sistema público de seguridad social. *Vid*. página oficial del sistema de seguridad social holandés: http://www.svb.nl/int/en/aow/wat_is_de_aow/Gemoedsbezwaren (visitada el 4 de octubre de 2010).

[58] Para una interesante visión de conjunto sobre el tema, *vid*. J. Woehrling, *L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la societé à la diversité religieuse,* en «Revue de Droit de McGill» 43 (1998), pp. 325-401. Entre la bibliografía española, *vid*. E. Relaño Pastor, *Multiculturalismo y libertad religiosa en Canadá,* en ADEE 15 (2000) pp. 63-86.

[59] La libertad de conciencia y de religión está garantizada por el art. 2.a) de la Carta. Su art. 27 reconoce el multiculturalismo como elemento interpretativo necesario de los derechos incluidos en la Carta, en los siguientes términos: «This Charter shall be interpreted in a man-

caz de la libertad religiosa. Su jurisprudencia, por otro lado, entronca con las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que se producen desde la década de los 1960 hasta 1990. Esa doctrina jurisprudencial norteamericana y canadiense se funda sobre la idea de que los casos de conflicto entre ley y conciencia han de abordarse desde la perspectiva de un *balancing process.* Es decir, un análisis en el que se ponen en la balanza los intereses jurídicos enfrentados: la protección de la libertad de conciencia y el interés en mantener sin excepciones la aplicación de la norma [60]. De manera que el Estado está obligado a buscar una adaptación *(accommodation)* de la norma a los deberes de conciencia del ciudadano, salvo que eso suponga un gravamen excesivo *(undue hardship)* para los poderes públicos —o para el empleador, en el supuesto de conflictos entre conciencia y obligaciones derivadas del contrato de trabajo—. Es más, incluso en los supuestos en que la libertad de conciencia deba ceder, ha de buscarse aquel modo de aplicar la norma que resulte menos lesivo para la conciencia del objetor: es la doctrina que en Estados Unidos se ha llamado de los *least restrictive means* (medios menos restrictivos) y en Canadá, del *minimal impairment* (perjuicio mínimo). Esto último es particularmente interesante, pues revela la importancia de no simplificar el análisis judicial de los casos de objeción de conciencia, reduciéndolos a una mera respuesta en términos de «sí» o «no» a las pretensiones del objetor. A veces, de lo que se trata es de interpretar o aplicar una norma legal, o un contrato laboral, de manera que permita la máxima adaptación posible a las obligaciones morales alegadas por los objetores.

Vale la pena hacer notar, por otro lado, que esa doctrina, dominante en Estados Unidos durante casi tres décadas, entraba en crisis con el caso *Smith,* en 1990 [61]. Desde entonces, la jurisprudencia del Supremo perdió uniformidad, aunque podía detectarse una cierta inclinación hacia el legalismo, concretamente hacia el sometimiento de esta materia a la decisión de las legislaturas de cada estado. Esto provocó una reacción del legislativo federal, materializada en la *Religious Freedom Restoration Act:* una ley de 1993, aprobada por amplia mayoría, que pretendía restaurar la doctrina jurisprudencial anterior al caso *Smith* [62]. Dicha ley fue muy pronto declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo [63], poco dispuesto a admitir correcciones de rumbo por parte del legislador, pese a que, paradójicamente, su nueva doctrina se basaba en el respeto de las decisiones

---

ner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians».

[60] *Vid.* R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia…,* cit. en nota 5 de este capítulo, pp. 40-44.

[61] *Vid. infra,* nota 84 de este capítulo.

[62] *Religious Freedom Restoration Act of 1993* (RFRA), 107 Stat. 1488, 42 U.S.C. § 2000bb to 2000bb-4 (1994). Ulteriores referencias a esta ley, y al caso *Smith,* se harán más adelante, en el capítulo 10.

[63] En el caso *City of Boerne v. Flores,* 521 U.S. 507 (1997).

del legislativo [64]. En Canadá, en cambio, la doctrina de la adaptación a los deberes de conciencia del ciudadano se ha mantenido sin cambios apreciables, como puede comprobarse en el reciente caso *Multani,* relativo a un conflicto entre las normas de atuendo religioso de los *sikhs* y las reglas de seguridad de un centro educativo público [65].

## 3. El derecho español

Si pasamos ahora al derecho español, conviene partir de dos datos, uno legislativo y otro jurisprudencial. El primero es la Constitución, que sólo hace referencia expresa a la modalidad de objeción de conciencia al servicio militar, en su art. 30. El segundo, la posición del Tribunal Constitucional, no del todo concluyente, e incluso aparentemente contradictoria, en sus pronunciamientos sobre el tema [66].

---

[64] *Vid.* al respecto J.I. Rubio López, *La primera de las libertades…,* cit. en nota 5, pp. 319-377. Esto, sin embargo, no significó el fin de la RFRA, como lo muestra alguna sentencia posterior del Supremo, en especial *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal,* 546 U.S. 418, 126 S.Ct. 1211 (2006) (para un comentario a la misma *vid.,* en España, S. Cañamares, *La protección de las minorías religiosas en el derecho norteamericano. A propósito de la sentencia Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos,* en RGDCDEE 12 (2006), pp. 1 ss.); y J.I. Rubio López, *La última aplicación de la doctrina norteamericana del* «strict scrutiny» *en el derecho de libertad religiosa: Gonzales v. O Centro Espirita,* en IC 46 (2006), especialmente pp. 613 ss. Ni fue tampoco el fin de las iniciativas legislativas para garantizar la libertad religiosa frente a injerencias de la administración pública, como lo muestra una ley federal de 2000 —la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*— y también el hecho de que un número no pequeño de estados han ido promulgando sus propias versiones de la RFRA con la intención de tutelar la libertad religiosa contra posibles restricciones derivadas de «leyes neutrales» en el ámbito de sus jurisdicciones. [*Vid.,* respectivamente, J.I. Rubio López, *La nueva protección de la libertad religiosa en Estados Unidos: la «Religious Land use and Institutionalized Persons Act» (RLUIPA) del 2000,* en RGDCDEE 10 (2006), pp. 1 ss.; y A.E. Brownstein, *State RFRA Statutes and Freedom of Speech,* en «University of California Davia Law Review» 32 (1999), pp. 605 ss.].

[65] *Multani v. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys,* 2006 SCC 6, J.E. 2006-508. Se trataba, en concreto, de un joven *sikh* (13 años en el momento de los hechos) al que se negó el permiso para llevar su *kirpan:* un objeto religioso, en forma de daga, que ha de estar hecho de metal y que debe llevarse siempre consigo. El texto completo de la sentencia, en sus versiones inglesa y francesa, junto con un interesante comentario de S. Cañamares, puede verse en RGDCDEE 11 (2006). Nos referimos a ese caso más pormenorizadamente, en el capítulo 9, epígrafe 2.4.

[66] *Vid.,* sobre la jurisprudencia constitucional en materia de objeción de conciencia, A. Castro Jover, *La libertad de conciencia y la objeción de conciencia en la jurisprudencia constitucional española,* en «La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional» (ed. por J. Martínez-Torrón), Granada 1998, pp. 133 ss.; R. Rodríguez Chacón, *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional,* Madrid 1992, pp. 104-107; L. Prieto Sanchís, *Desobediencia civil y objeción de conciencia,* en el volumen colectivo «Objeción de conciencia y función pública» (ed. por el Consejo General del Poder Judicial), Madrid 2006, pp. 34 ss.

Así, en la sentencia 15/1982, con particular referencia a la objeción al servicio militar, el Tribunal ponía claramente en conexión la objeción de conciencia y la norma constitucional que garantiza la libertad religiosa e ideológica, es decir, el art. 16.1 CE. En esa sentencia se lee:

> «puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica que nuestra Constitución reconoce en su artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española, sin que contra la argumentación expuesta tenga valor alguno el hecho de que el artículo 30.2 emplee la expresión "la ley regulará", la cual no significa otra cosa que la necesidad de la "interpositio legislatoris" no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para "regular" el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia» [67].

Con mayor claridad todavía, en su sentencia 53/1985, el Tribunal no sólo reafirmaba ese vínculo entre objeción y libertad religiosa e ideológica, sino que, de manera inequívoca, manifestaba que se trata de un derecho cuyo ejercicio no se encuentra supeditado a la *interpositio legislatoris.* Interesa hacer notar que, si bien la cuestión concreta examinada se refería a la objeción al aborto, el Tribunal sentaba una doctrina intencionadamente de alcance general:

> «por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia,... existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como este Tribunal ha indicado en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales» [68].

No obstante, dos años más tarde, la sentencia 161/1987, en aparente discordancia con lo anterior, parecía descartar la posibilidad de que pudieran tutelarse formas de objeción de conciencia que el legislador —constitucional u ordinario— no hubiera aceptado expresa o previamente, como una excepción tolerada a la regla general de acatamiento de las leyes:

> «la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro derecho o en derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea de Estado. Lo que puede ocurrir es que se admita excepcionalmente respecto a un deber concreto» [69].

---

[67] STC 15/1982, 23 abril 1982, FJ 6.º

[68] STC 53/1985, 11 abril 1985, FJ 14.º

[69] STC 161/1987, 27 octubre 1987, FJ 3.º (resolviendo varias cuestiones de inconstitucio-

La incoherencia existente a primera vista entre esas sentencias tal vez pueda resolverse mediante una interpretación contextualizada de la doctrina del Tribunal [70]. Así, la STC 53/1985 cubriría un espectro más generalizado de casos, pues el Tribunal, preguntado acerca de si la ausencia de una cláusula de conciencia que reconozca los derechos de los objetores es suficiente motivo para declarar una ley inconstitucional, responde negativamente, recordando que el derecho de objeción de conciencia puede ejercitarse sin mediar norma legal alguna, por aplicación del art. 16 CE. Naturalmente, no pretende con ello afirmar el Tribunal que la objeción de conciencia sea un derecho absoluto. Al contrario, en su mención del art. 16 CE se halla implícita la referencia a los límites constitucionales que restringen el ejercicio de la libertad religiosa e ideológica, como de los restantes derechos constitucionales.

Y son precisamente los límites al derecho de objeción el principal aspecto que el propio Tribunal parece tener *in mente,* en el párrafo antes citado de su sentencia 161/1987. Su tajante afirmación de que un reconocimiento general de la objeción de conciencia «significaría la negación misma de la idea de Estado» sólo tiene sentido entendida como referida a un hipotético reconocimiento en términos absolutos, sin limitación alguna. De hecho, cuando se analizan con detalle las sentencias 160/1987 y 161/1987, ambas dictadas el mismo día y referidas a la objeción al servicio militar y la prestación sustitutoria en su regulación por las leyes de 1984 [71], se observa que la atención del Tribunal se concentra en dos extremos. Primero, el carácter ordinario, y no orgánico, de la ley 48/1984, que podría entrar en conflicto con el art. 81.1 CE de considerarse que el derecho de objeción de conciencia constituye un derecho fundamental [72]. Segundo, las condiciones en las que podía ejercerse el derecho de objeción de conciencia, lo cual afectaba a cuestiones como la posibilidad de alegar la objeción una vez incorporado a filas —objeción sobrevenida—, las atribuciones del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia y la posibilidad de recabar información complementaria de quie-

---

nalidad planteadas por la Audiencia Nacional). Lo cual parece confirmarse en la sentencia 160/1987 del propio Tribunal Constitucional (resolviendo un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo), dictada el mismo día que la citada en el texto. Refiriéndose también a la objeción de conciencia al servicio militar, sostiene que «sin ese reconocimiento constitucional (el del art. 30.2 CE) no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de la libertad ideológica o de conciencia que, por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o "subconstitucionales" por motivos de conciencia».

[70] Desde una perspectiva parcialmente distinta, sobre la base de diferenciar la objeción de conciencia contemplada como principio o como regla, un intento de explicar las aparentes contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido propuesto por L. PRIETO SANCHÍS, *Desobediencia civil y objeción de conciencia,* cit. en nota 66, pp. 38-42.

[71] *Vid. infra,* capítulo 3, epígrafe 4.

[72] Recuérdese que, según el art. 81.1 CE, han de ser orgánicas las leyes «relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas».

nes se declaraban objetores, o la proporcionalidad de la mayor duración establecida para la prestación civil que se establecía como sustitutiva del servicio militar. De ahí que el Tribunal Constitucional termine por emprender un tortuoso camino por un laberinto terminológico que parece ignorar su propia doctrina de los años precedentes, calificando la objeción de conciencia como un «derecho constitucional autónomo pero no fundamental», que, «por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o "subconstitucionales" por motivos de conciencia» [73].

En otras palabras, a nuestro entender, las sentencias de 1987 no tendrían por objeto sentar una doctrina general sobre el derecho de objeción de conciencia en su relación con la libertad religiosa e ideológica, sino más bien abordar una serie de cuestiones concretas planteadas por las primeras leyes que, en España, desarrollaban la objeción al servicio militar según se disponía en el art. 30.2 CE. Un artículo que, en aquel momento, suscitaba más dudas que certezas, en el contexto de una acalorada discusión, en Europa, sobre los perfiles de la objeción al servicio militar, y de un no menos apasionado debate político, en España, sobre el papel que el Ejército debía desempeñar en la evolución de la todavía incipiente democracia española. Todo parece indicar que la cautela del Tribunal Constitucional venía motivada por el temor a lo que podríamos denominar una «explosión eufórica» de la objeción de conciencia, no tanto en general cuanto, sobre todo, en el entorno del servicio militar armado. Temor, que ha sido a veces compartido por otros tribunales, incluso aquellos muy proclives a reconocer la necesidad de adaptar la norma a los deberes de conciencia individuales. A este respecto, es ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Gillette,* que cierra la posibilidad de la objeción de conciencia militar selectiva (es decir, la oposición a participar en una confrontación bélica determinada): «algunos han llamado la atención sobre el peligro de que se abran las puertas a una "teoría general de desobediencia selectiva a la ley" y se ponga en peligro el carácter imperativo de la decisión democráticamente adoptada, si se exime del servicio militar a una persona que disiente de una determinada guerra, aun cuando lo haga por razones religiosas o de conciencia» [74].

---

[73] STC 160/1987, FJ 3.º Sintomático de la perplejidad del Tribunal es que el propio magistrado ponente de la sentencia, en un voto particular, calificara el derecho a la objeción de conciencia como «derecho fundamental», derivado del derecho más amplio de la libertad ideológica e incluido en la libertad de conciencia o, al menos, «íntima y necesariamente conexo al mismo» (cfr. § 1 del voto particular del magistrado de la Vega Benayas; sobre estas contradicciones, *vid*. R. Rodríguez Chacón, *El factor religioso…,* cit. en nota 66, p. 107).

[74] *Gillette v. United States,* 401 U.S. 437, 459 (1971). Se trataba, en concreto, de una objeción de conciencia a la guerra de Vietnam.

Que sobre las sentencias de 1987 gravitara la sombra de una legislación que podía incentivar una pseudo-objeción de conciencia al servicio militar más allá de lo razonable [75] no significa que el Tribunal Constitucional español haya considerado esas sentencias una doctrina aislada, y que haya extraído resueltamente todas las consecuencias de su propia doctrina enunciada anteriormente, en la STC 53/1985. Al contrario, aunque sin planteamientos definitivos, en sus decisiones de años posteriores —según iremos viendo en distintos capítulos— se detecta a veces una nebulosa actitud de desconfianza hacia el claro reconocimiento de los derechos de la persona en las situaciones de conflicto entre norma y libertad de conciencia. Una actitud no demasiado diferente de que la que a veces ha inspirado la actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (y en su día también la Comisión), quizá excesivamente proclive a dejar en manos de la discrecionalidad de cada uno de los Estados nacionales la decisión última sobre si deben protegerse o no las diversas objeciones de conciencia [76]. Se trata, en suma, del recelo que alguna doctrina ha expresado a que la sociedad civil —«la casa común de todos», en palabras de Jemolo— pueda ver demolidos sus cimientos ante una incontrolada expansión de las objeciones de conciencia [77]. Temor que, debemos señalar, hasta ahora la experiencia jurídica occidental ha demostrado falto de fundamento.

A pesar de todo, el propio Tribunal Constitucional español es consciente —y de ahí sus aparentes contradicciones— de que la tutela de la libertad de las conciencias, y el consiguiente respeto a la persona humana cuando obra de acuerdo con sus convicciones más íntimas, se mueve en esa zona fronteriza, de no fácil delimitación, que caracteriza el ejercicio de los derechos fundamentales en su posible conflicto con otros bienes jurídicos dignos de protección. Un reflejo de esa actitud más receptiva hacia la objeción de conciencia resulta visible, por ejemplo, en la sentencia 154/2002, sobre un tema bien distinto como es la objeción a tratamientos médicos (en particular, objeción a transfusiones sanguíneas por parte de un menor de edad). En esa decisión, el Tribunal recordaba que la libertad religiosa «faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones», y hacía notar cómo el ejercicio de la libertad religiosa puede incidir en la concreta operatividad de determinadas obligaciones consti-

---

[75] Cfr. *infra,* capítulo 3, epígrafe 4.

[76] *Vid*. al respecto J. Martínez-Torrón, *La objeción de conciencia en el derecho internacional,* en QDPE (1989/2), pp. 173 ss.; y, del mismo autor, *La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea,* en ADEE 9 (1993), pp. 68 ss. *Vid*. también S. Berlingò, *Stato democratico sociale e obiezione di coscienza,* en «Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti» (a cura di B. Perrone), Milano 1992, pp. 393 ss.

[77] Cfr. G. Caputo, *L'obiezione di coscienza: un'erma bifronte fra tolleranza e fondamentalismo,* en «L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico», Milano 1991, p. 18.

tucionales, como las que resultan exigibles de los padres en su condición de garantes de los hijos a tenor del art. 39.3 CE [78].

## 4. Libertad de conciencia y ordenamiento jurídico

### 4.1. *Hacia un tratamiento jurisprudencial de los conflictos entre ley y conciencia*

Así las cosas, el problema —como siempre ocurre con los derechos humanos— parece ser no tanto encuadrar la objeción de conciencia en principios abstractos —que simplemente otorgan un «rango» de tratamiento, muchas veces también abstracto— cuanto residenciarla en su hábitat natural, que es el campo de la prudencia jurídica. Es decir, la cuestión no es tanto admitir o no admitir un teórico derecho general a la objeción de conciencia, cuanto precisar sus límites. Tarea de precisión que no siempre el legislativo podrá encontrarse en condiciones de hacer, ni a veces deberá hacer, precisamente por esa faz inédita y cambiante que muestra el ejercicio del derecho a la libertad religiosa e ideológica: justamente lo contrario de lo que ocurre con la jurisprudencia, en la que el derecho ineludiblemente se realiza. El viejo problema de la tensión entre libertad religiosa o ideológica y autoridad política, aunque admite la proposición de algunos principios abstractos, debe resolverse sobre todo teniendo a la vista los supuestos prácticos que pueden plantearse. De otro modo, se corre el riesgo de crear un aparato lógico-jurídico que sólo de manera forzada pueda ser aplicado a la experiencia frecuentemente conflictual que ofrece el ejercicio del derecho de libertad religiosa o ideológica.

En este sentido parecen razonables aquellas posiciones doctrinales que, incluyendo a la objeción de conciencia en el catálogo de los derechos fundamentales, llegan a una doble conclusión. De un lado, que el ejercicio de la objeción de conciencia no puede quedar limitado tan sólo a las concretas modalidades amparadas y reguladas por la ley. Y de otro lado, que, gozando de una presunción de legitimidad constitucional —en la medida en que se trate de una verdadera objeción de conciencia, cuestión que también habría de ventilarse en el campo de la prudencia jurídica—, el juez viene obligado a una ponderación de los bienes jurídicos en conflicto cuando el sujeto singular elude el cumplimiento de un deber jurídico por razones de conciencia; conflicto que puede describirse como dictamen ético *versus* norma externa, es decir, concreción *ad casum* de los principios más generales de libertad de conciencia *versus* obediencia al derecho [79].

---

[78] Cfr. STC 154/2002, 18 julio 2002, especialmente FJ 5.º-6.º Nos referiremos más pormenorizadamente a esa sentencia en el capítulo 7, epígrafe 3.3.

[79] Cfr. M. Gascón, *Obediencia al derecho…,* cit. en nota 15 de este capítulo, pp. 279 ss.;

En otras palabras, la objeción de conciencia debe perder su trasfondo de «ilegalidad más o menos consentida», produciéndose una inversión de la prueba, de modo que su legitimidad constituiría un *a priori* [80], salvo que se demuestre lo contrario caso por caso en el ámbito jurisprudencial. Como se ha afirmado expresivamente, sólo desde una concepción totalizante del Estado puede mirarse la objeción de conciencia con sospecha, porque —en el marco de los ordenamientos jurídicos occidentales— la objeción es valor constitucional en sí misma; es, por tanto, una posible *regla* entre otros valores-regla, y *no excepción;* y ocupa un lugar central, no marginal, en el ordenamiento, por la misma razón y de la misma manera que es central la persona humana [81].

En definitiva, la tutela de la objeción de conciencia es, sobre todo, un problema de sensibilidad jurídica, en el que la jurisprudencia puede alcanzar —porque es su específica misión— cotas más altas. Téngase en cuenta que, en las sociedades democráticas más avanzadas, los problemas de libertad y no discriminación no suelen plantearse en términos de agresiones directas a la conciencia. Es en sede de agresiones indirectas donde las libertades —en especial, la de religión y conciencia— corren peligro. Nos parece que la clave del problema la ha visto muy bien el Tribunal Supremo norteamericano cuando hacía notar en el caso *Sherbert* que el libre ejercicio de las libertades —en especial, la religiosa— puede verse conculcado no sólo por una legislación directamente discriminatoria, sino también indirectamente por leyes con propósito exclusivamente secular [82]. La libertad religiosa —y la de conciencia— tanto puede verse

---

L. PRIETO SANCHÍS, *Desobediencia civil y objeción de conciencia,* cit. en nota 66, pp. 13 ss.; V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone…,* cit. en nota 16, pp. 50 ss.

[80] Cfr. L. GUERZONI, *L'obiezione di coscienza tra politica, diritto e legislazione,* en «L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico», Milano 1991, p. 190.

[81] Cfr. R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza «moderna»,* cit. en nota 6 de este capítulo, pp. 63 ss., y 87 ss.

[82] *Sherbert v. Verner,* 374 U.S. 398 (1963), relativa a un caso de objeción de conciencia al trabajo en sábado; más adelante nos referiremos más ampliamente a esta sentencia (*vid. infra,* capítulo 10). Sobre este punto, *vid.* R. PALOMINO, *Objeción de conciencia y relaciones laborales en el derecho de los Estados Unidos,* en «Revista Española de Derecho del Trabajo» 50 (1991), p. 905. En la jurisprudencia estadounidense, la gran mayoría de los supuestos de objeción de conciencia se resuelven en sede de libre ejercicio de la religión, parte integrante de la primera enmienda de la Constitución (con la cual se inicia, según la tradición doctrinal norteamericana, el *Bill of Rights*). De alguna forma, la objeción de conciencia representa un aspecto particular de la llamada *free exercise clause* o cláusula constitucional que reconoce el derecho al libre ejercicio de la religión, como reconoce expresamente D. LAYCOCK, *Towards a General Theory of the Religion Clauses,* en «Columbia Law Review» 81 (1981), p. 1389. Sobre el tratamiento jurídico de la libertad religiosa en los Estados Unidos, *vid.,* entre la bibliografía europea, F. ONIDA, *Uguaglianza e libertà religiosa nel separatismo statunitense,* Milano 1970, y *Separatismo e libertà religiosa negli Stati Uniti (dagli anni settanta agli anni ottanta),* Milano 1984; el autor realizó una actualización jurisprudencial de esos trabajos en *La libertà religiosa nella giurisprudenza della Suprema Corte americana dell'ultimo decennio,*

amenazada por una legislación claramente sectaria como por una política indiferente ante la conciencia.

Por eso mismo, resolver en justicia los conflictos de objeción de conciencia supone en última instancia, como antes se indicó, un proceso de equilibrio de intereses —lo que la jurisprudencia americana llama un *balancing process*— que determine cuándo debe prevalecer la opción asumida en conciencia y cuándo han de primar otros intereses sociales que resulten afectados en esa concreta situación. Tal vez por ello la objeción de conciencia sea poco susceptible de confiarse por entero a una regulación predominantemente legislativa, pues, a ese nivel, son escasas las respuestas definitivas que pueden darse [83]. Los principios teóricos son casi siempre fácilmente identificables en los derechos de libertad. La dificultad estriba en la resolución de las controversias singulares que provoca su ejercicio individual. Y ahí, insistamos de nuevo, la jurisprudencia debe desempeñar un especial protagonismo. Siempre, naturalmente, que se cuente con una judicatura verdaderamente sensible hacia la singularidad que ofrece la tutela de la libertad de conciencia, y al mismo tiempo consciente de sus posibilidades de acción —y, correlativamente, también de su responsabilidad.

De otro modo, cuando la instancia judicial, de suyo competente para afrontar la protección última de los derechos fundamentales, se inhibe de su función natural, que es el ejercicio de la *prudentia iuris,* se torna cómplice de la pasividad o insensibilidad del legislador en lugar de actuar como esencial elemento corrector de las mismas. Comprobaremos, en efecto, al estudiar las concretas formas de objeción de conciencia, que en ocasiones los propios tribunales remiten a una *interpositio legislatoris* la regulación de amplias zonas de conflictos entre ley y conciencia. Con lo cual quienes experimentan un conflicto de conciencia quedan indefensos ante una situación paradójica: la de aquellos jueces que, con una visión del derecho estrechamente positivista (en concreto, de positivismo legalista), remiten al legislador la tarea de rellenar un determinado vacío legal, pero el propio legislador renuncia a emitir una norma positiva que tutele el derecho fundamental en cuestión. Así ha ocurrido, por ejemplo, con la objeción fiscal y con determinados planteamientos del Tribunal Supremo español que, como veremos, restringen ciertas formas de tutela de la libertad de conciencia, creándose una suerte de dicotomía convergente entre el poder ejecutivo y el judicial de signo negativo: es decir, restrictivo del derecho en vez de ser restrictivo de las limitaciones al mismo.

---

en DE 104 (1993), I, pp. 306 ss. *Vid*. también, en España, G. Morán, *La protección jurídica de la libertad religiosa en U.S.A*., Santiago de Compostela 1989.

[83] Cfr. J. Martínez-Torrón, *Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento,* cit., pp. 208 ss.

### 4.2. *Objeción de conciencia y neutralidad ética del Estado*

El tipo de análisis de las objeciones de conciencia que aquí se propugna se basa en la idea de que, como consecuencia del deber del Estado de garantizar el libre ejercicio de la libertad de religión y de creencia, los poderes públicos están obligados a procurar una adaptación razonable a los deberes de conciencia de los ciudadanos, en la medida en que no se perjudique un interés público predominante [84].

Naturalmente, ese deber de adaptación no depende de la «razonabilidad» de una determinada objeción en el contexto de una sociedad determinada, ni de la simpatía o temor que pueda despertar. Conviene advertirlo porque, no pocas veces, el estudio de las cuestiones que plantea la libertad de conciencia se aborda desde una perspectiva más emocional que jurídica, con un excesivo énfasis en la afinidad —o falta de afinidad— que pueda tenerse con la posición de los objetores. Incluso lo que debería ser un análisis estrictamente jurídico llega a transformarse en un campo de batalla ideológico-político. Así, a veces se da la paradoja de que quienes defienden enconadamente, por ejemplo, la objeción al servicio militar o la objeción fiscal a los gastos de defensa, atacan con análoga ferocidad a quienes plantean objeción a la práctica de abortos, a la eutanasia o a determinadas actividades de experimentación biogenética.

Lo anterior quiere decir que el análisis jurídico de cada objeción, siguiendo el procedimiento que hemos llamado del equilibrio o ponderación de intereses, ha de realizarse con independencia del contenido concreto de las creencias invocadas por el objetor: ya sean éstas «razonables» o no, típicas o atípicas, estrictamente individuales o con el claro refrendo institucional de una confesión religiosa. Así lo reclama la *neutralidad ética del Estado,* que implica una ausencia de juicio sobre qué es lo moralmente correcto, excepto en aquellas cuestiones que afectan a los principios éticos que fundamentan el orden jurídico, y especialmente el orden constitucional. Esa neutralidad ética del Estado contemporáneo

---

[84] Como ya se dijo, esta posición toma cuerpo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano a partir, sobre todo, del caso *Sherbert,* recién citado. A partir de 1990, con el caso *Employment Division v. Smith,* 494 U.S. 872 (1990), el propio Tribunal Supremo revisa su doctrina, que experimenta desde entonces una evolución poco uniforme y una serie de vicisitudes que incluyen la promulgación de una ley federal en 1993 *(Religious Freedom Restoration Act)* y la posterior declaración de inconstitucionalidad de dicha ley, pese a la abrumadora mayoría —poco usual— con que fue aprobada por el Congreso. Lo cual no significó el fin de las iniciativas legislativas a nivel federal para garantizar la libertad religiosa frente a injerencias de la administración pública, como muestra la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* de 2000. *Vid.* al respecto J.I. Rubio López, *La nueva protección de la libertad religiosa en Estados Unidos: la «Religious Land use and Institutionalized Persons Act» (RLUIPA) del 2000,* en RGDCDEE 10 (2006), pp. 1 ss.

ha sido considerada por el Tribunal de Estrasburgo esencial para el mantenimiento del pluralismo que caracteriza las democracias occidentales [85]: «salvo en casos muy excepcionales, el derecho a la libertad de religión garantizado por el Convenio [Europeo] excluye toda discrecionalidad del Estado para determinar si las creencias religiosas o los medios empleados para expresar esas creencias son legítimos» [86]. Una frase que viene a reiterar lo que más de medio siglo antes había expresado, de modo más amplio, el Tribunal Supremo estadounidense: «Si hay alguna estrella fija en nuestra constelación constitucional, es que ninguna autoridad, de mayor o menor rango, puede prescribir lo que es ortodoxo en política, nacionalismo, religión u otras materias opinables, ni puede forzar a los ciudadanos a confesar, de palabra o de hecho, su fe en ellas» [87].

Idénticas razones, unidas a otras consideraciones derivadas del principio de igualdad, explican que la protección de la libertad de conciencia del objetor haya de ser la misma independientemente de que sus creencias sean religiosas o no. Es universalmente admitido que la libertad de conciencia es un derecho primordialmente individual [88] que comprende tanto las actitudes positivamente religiosas como las inspiradas en posiciones ateas o agnósticas [89]. El hecho de que la obje-

---

[85] *Vid*. A. TORRES, *La libertad de pensamiento, conciencia y religión. (Artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos),* en «La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos» (ed. por J. García Roca y P. Santolaya), Madrid 2005, pp. 510-512.

[86] *Hasan y Chaush c. Bulgaria,* 26 octubre 2000, § 78 (caso relativo a disputas entre comunidades islámicas para elegir a sus dirigentes religiosos). *Vid*. también, anteriormente, *Manoussakis c. Grecia,* 26 septiembre 1996, § 47 (caso relativo a las dificultades para obtener el permiso para abrir un lugar de culto y reunión).

[87] *West Virginia State Board of Education v. Barnette,* 319 U.S. 624, 642 (1943). El caso se refería a la objeción de conciencia de los testigos de Jehová a participar en la ceremonia de saludo a la bandera en las escuelas públicas. Para ulteriores detalles, *vid*. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Las objeciones de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano,* en ADEE 1 (1985), pp. 429-435. También J.I. RUBIO, *Hacia la primera libertad. Libertad religiosa en los EEUU: de las colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986),* en prensa, que por cortesía del autor hemos podido manejar. Este mismo autor describe en otro trabajo anterior el proceso de la tutela de la libertad religiosa en USA desde la mitad de los 80 en adelante [J.I. RUBIO LÓPEZ, *La primera de las libertades…,* cit. en nota 5. *Vid*. también *infra,* capítulo 8, epígrafe 1.1.a)].

[88] Aunque a veces puede hablarse de una suerte objeción de conciencia institucional. Los casos más frecuentes están relacionados con la oposición de hospitales católicos a la práctica de abortos voluntarios, aunque éstos estuvieran despenalizados. *Vid*. R. NAVARRO-VALLS, *La objeción de conciencia al aborto: derecho comparado y derecho español,* en ADEE 2 (1986), pp 284-285 y 289.

[89] Nos remitimos, en este punto, a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La protección internacional de la libertad religiosa,* en «Tratado de Derecho Eclesiástico», Pamplona 1994, pp. 186-193. De manera clara, el Comentario General del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la libertad de pensamiento, conciencia y religión, en su § 2, indica que «El artículo 18 [del PIDCP] protege las creencias teísticas, no teísticas y ateísticas [...]. Los términos "creencia" y "religión" han de interpretarse ampliamente» (General Comment No. 22: The right to freedom of thought, conscience and religion (Art. 18): 30/07/93; CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, General Comment No. 22). Análogas afirmaciones pueden encontrarse en la doctrina del Tribunal de

ción de conciencia esté respaldada por un credo institucional religioso no le otorga de suyo un plus de protección respecto al objetor ateo o agnóstico.

Es cierto que, en el panorama del derecho comparado —legislativo y jurisprudencial— puede observarse una extendida tendencia hacia un mayor grado de tutela de las objeciones de conciencia de trasfondo religioso, en comparación con aquellas otras fundadas en motivos no religiosos. Se ha querido ver en ello una doble razón [90]. De un lado, en una época como la presente, de cierto renacimiento de lo sacro y de turbulencias nacidas de fermentos religiosos, el Estado parecería más proclive a respetar las pretensiones de exención a la ley cuando se solicitan para ser coherentes con instancias de fidelidad a los imperativos religiosos que cuando reafirman tan sólo la prevalencia de la simple y aislada conciencia personal, probablemente porque la sola consideración del individuo en sí, y la tutela de toda exigencia singular, presentan un mayor riesgo de pulverización de las instancias sociales. De otro lado, la protección de la conciencia de la persona inserta en colectividades que le son propias ofrece las garantías que le confiere el grupo —en este caso el religioso— en su conjunto. Eso explicaría, por ejemplo, la tendencia a incorporar a los concordatos y a los convenios con las confesiones religiosas una serie de aparentes privilegios que son, en realidad, aceptación de diversos tipos de objeciones de conciencia: servicio militar de clérigos y religiosos, reposo sabático, prescripciones en materias alimenticias y de cementerios, etc. [91]. O experiencias como la de los proyectos

---

Estrasburgo. Por ejemplo, cuando, en el caso *Kokkinakis c. Grecia,* 25 mayo 1993, § 31, afirma: «la libertad de pensamiento, conciencia y religión es uno de los fundamentos de la "sociedad democrática" [...]. Es, en su dimensión religiosa, uno de los elementos más importantes que definen la identidad de los creyentes y su concepción de la vida, pero es también un bien precioso para los ateos, agnósticos, escépticos e indiferentes. De ella depende el pluralismo, inseparable de una sociedad democrática, y que ha sido ganado a un alto precio a lo largo de siglos». En *Kokkinakis* —la primera sentencia del TEDH en aplicación del art. 9 CEDH— se enjuiciaba el derecho al proselitismo y sus límites. *Vid*. al respecto, J. Martínez-Torrón, *Libertad de proselitismo en Europa. A propósito de una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* en QDPE (1994/1), pp. 59-71; J. Gunn, *Adjudicating Rights of Conscience Under the European Convention on Human Rights,* en «Religious Human Rights in Global Perspective» (ed. por J.D. van der Vyver y J. Witte), The Hague 1996, pp. 305-330.

[90] Cfr. P. Consorti, *Opzione di coscienza e motivi religiosi,* en «L'obiezione di coscienza tra tutela...», cit. en nota 80 de este capítulo, pp. 262-265. Y, más recientemente, R. Palomino, *Objeción de conciencia y religión: una perspectiva comparada,* en ADH-NE 10 (2009), pp. 435-476.

[91] *Vid.,* en relación con el derecho español, las observaciones de J. Martínez-Torrón, *Separatismo y cooperación en los acuerdos del Estado con las confesiones religiosas,* Granada 1994, pp. 151 ss. Con referencia al derecho italiano, *vid*. G. Dalla Torre, *Obiezioni di coscienza e valori…,* cit. en nota 15 de este capítulo, p. 43. Cfr. también V. Parlato, *Le intese con le confessioni acattoliche. I contenuti,* Torino 1991, pp. 55 ss.; A. Guarino, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali,* Napoli 1992, pp. 119 ss.; y los trabajos reunidos en el volumen colectivo *Normativa de organizzazione delle minoranze confessionali in Italia* (a cura di V. Parlato e G.B. Varnier), Torino 1992.

de acuerdo, en Eslovaquia, encaminados a tutelar específicamente las objeciones de conciencia que correspondan a los preceptos morales de ciertas confesiones reconocidas por el Estado [92].

La explicación del fenómeno antedicho no es tanto, en realidad, un problema de fundamentación religiosa institucional de las objeciones de conciencia —que las haría supuestamente acreedoras a un grado superior o privilegiado de tutela jurídica— cuanto un elemento de prueba respecto a la sinceridad de la objeción: es decir, la prueba de que no se alega la objeción fraudulentamente, con la mera intención de evitar un deber legal [93].

Simultáneamente, ha de hacerse notar que no toda idea de carácter no religioso resulta, sin más, merecedora de la misma tutela que la religión desde la perspectiva de la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Como ha señalado la jurisprudencia de Estrasburgo, para que una objeción de conciencia pueda estimarse digna de ser tomada en consideración, la convicción o creencia debe proceder de un sistema de pensamiento suficientemente estructurado, coherente y sincero; y no cabe identificar las creencias mencionadas en el art. 9 CEDH (libertad religiosa) con las ideas u opiniones tuteladas por el art. 10 CEDH (libertad de expresión) [94]. Se trata de la misma concepción que, con otras palabras, transmitía la sentencia de la Cámara de los Lores en el caso *Williamson* [95]. Indicaba el máximo órgano judicial británico que una creencia, reli-

---

[92] *Vid. supra,* notas 48-51 de este capítulo y texto correspondiente.

[93] Así, por mencionar un ejemplo ya antiguo, pero ilustrativo, las disposiciones de la legislación sueca por las que se eximía del servicio civil sustitutivo del militar a los miembros de grupos religiosos respecto de los cuales pudiera presumirse que no cumplirían ninguna clase de servicio. La previsión legal sólo se aplicaba en la práctica a los testigos de Jehová (estimando que no resultaba probable que una persona se convirtiera a esa confesión religiosa sólo por liberarse del servicio civil). En respuesta a una solicitud presentada en Estrasburgo por una persona agnóstica de convicciones pacifistas que reclamaba la aplicación de esa exención, la Comisión Europea de Derechos Humanos consideró justificada la diferencia de trato como garantía de la sinceridad de las creencias aducidas por el objetor, garantía —se afirmaba— que no se daría en igual medida respecto a personas sin afiliación religiosa o pertenecientes a organizaciones pacifistas. Cfr. Dec. Adm. n. 10410/83, en D & R 40, pp. 203 ss.

[94] En tal sentido se pronunciaba el TEDH en la sentencia *Campbell y Cosans c. Reino Unido,* 25 febrero 1982, § 36: «In its ordinary meaning the word "convictions", taken on its own, is not synonymous with the words "opinions" and "ideas", such as are utilised in Article 10 (art. 10) of the Convention, which guarantees freedom of expression; it is more akin to the term "beliefs" (in the French text: "convictions") appearing in Article 9 (art. 9) —which guarantees freedom of thought, conscience and religion— and denotes views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance». En el mismo sentido se expresaba también la Comisión Europea en Dec. Adm. n. 8566/79 (D & R 31, p. 53) y Dec. Adm. n. 8741/79 (D & R 24, p. 138). Cfr. R. Ergec, *L'objection de coscience en Droit européen,* en «European Consortium for Church-State Research. Conscientious Objection in the E.C. countries», Milano 1992, pp. 5-11.

[95] *R v. Secretary of State for Education and Employment and others ex parte Williamson,* [2005]

giosa o no, para poder ser considerada como tal, «ha de cumplir algunos modestos requisitos mínimos», que se encuentran implícitos en el art. 9 CEDH. En particular, debe ser coherente con unos «estándares elementales de dignidad humana», referirse a «problemas fundamentales» y no a cuestiones «triviales», y revestir un «cierto grado de seriedad e importancia». Además, ha de resultar «inteligible», aunque esto no haya de interpretarse como una rígida exigencia de exposición sistemática o, aún menos, de «justificación racional», pues las creencias de suyo implican elecciones que van más allá de lo racionalmente demostrable, y más todavía en el caso de las religiones, que con frecuencia se basan en una realidad sobrenatural.

Por ello, ha podido afirmarse que la noción «europea» de conciencia no religiosa está construida en paralelo y por analogía con la noción de conciencia religiosa entendida en su sentido tradicional [96]. Por lo demás, no puede olvidarse que la objeción de conciencia ha marchado históricamente en paralelo con la libertad religiosa, constituyendo una de sus dimensiones más destacadas, tal vez la primera [97].

### 4.3. *Algunos otros criterios orientadores*

Aparte de lo ya indicado, es posible mencionar algunos adicionales criterios orientadores que marquen las líneas de fuerza por las que podría transitar la garantía jurídica de la objeción de conciencia.

El primero sería el nivel potencial de peligro social de los comportamientos en que se sustancia. En principio, la pura actitud *omisiva* ante una norma que obliga a hacer algo alcanza una cota de riesgo social menor que aquella objeción de conciencia que lleva a una actitud activa frente a la norma legal que prohíbe hacer algo. Es decir, los comportamientos *activos* ofrecen a menudo un mayor nivel de peligro para la sociedad. De ahí que su protección jurídica esté subordinada a que conductas individuales o colectivas no resulten destructivas

---

UKHL 15. El caso, decidido a la luz del art. 9 CEDH y de la Human Rights Act 1998 —que incorpora el Convenio Europeo al derecho interno británico—, se refería a unos padres que reclamaban, de acuerdo con lo que alegaban eran sus convicciones morales, que sus hijos pudieran ser sancionados con castigos físicos en el colegio, lo cual es ilegal de acuerdo con la actual legislación inglesa. Sobre las consecuencias de esa sentencia para la noción de lo que constituye una manifestación de la religión o creencias para la jurisprudencia británica, *vid*. R. Hopkins & C.V. Yeginsu, *Religious Liberty in British Courts: A Critique and Some Guidance,* en «Harvard International Law Journal Online» 49 (2008), pp. 31 ss.

[96] *Vid*. al respecto J. Martínez-Torrón, *La giurisprudenza degli organi di Strasburgo sulla libertà religiosa,* en «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo» (1993), pp. 344 ss.

[97] Cfr. M. Gascón, *Obediencia al derecho…,* cit. en nota 15 de este capítulo, p. 265.

para el contexto social en que se incluyen [98]. Aun así, conviene no perder de vista que ni siquiera a este propósito existen reglas fijas, pues en ocasiones la tutela de una mera actitud omisiva, sin las debidas cautelas encaminadas a garantizar la sinceridad de las convicciones alegadas, podría producir un fenómeno de «contagio», es decir, de extensión a un elevado número de objetores, o más bien pseudo-objetores, con el resultado de arruinar la finalidad perseguida por la norma en cuestión [99].

Lo cual no significa que haya que confundir temor al «contagio» con lo que en sí mismo es reacción masiva social contra normas que se consideran injustas en sí mismas, pues no siempre la reacción —real o supuesta— numéricamente alta ha de ser obstáculo para tutelar las conciencias agraviadas por una legislación intrusiva. Por ejemplo, que toda una clase profesional entienda contraria a su conciencia actividades protegidas o exigidas por la ley no constituye razón suficiente para su restricción. Piénsese en el controvertido tema de las prácticas abortivas legalizadas, que de hecho ha provocado objeciones de conciencia en un amplio sector de la clase médica o para-médica. A veces, la objeción de conciencia viene a ser no la excepción, sino prácticamente la regla, lo cual sucede a menudo en las objeciones *secundum legem*. La razón estriba en que lo que puede ser «justo» para un legislador determinado se percibe por amplias capas sociales como injusto. Las cláusulas de objeción de conciencia insertas en las leyes vie-

---

[98] Sobre este extremo, *vid*. F. Onida, *Contributo a un inquadramento giuridico del fenomeno delle obiezioni di coscienza,* en DE, 1982, pp. 229 ss.; J. Martínez-Torrón, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano,* cit. en nota 87, pp. 404 ss. Un ejemplo bastará para ilustrar lo que se apunta en el texto. El Tribunal Supremo norteamericano dictaminó en 1990 (*Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith,* 110 S.Ct. 1595) que el interés público en la represión del uso de drogas, exige una limitación del deber ritual de utilizarlas en acto de culto. Declaró así improcedente la reclamación de unos miembros de la *Native American Church* (confesión religiosa que hace del consumo de mescalina —una droga «blanda»— elemento central de culto) basada en motivos de conciencia, contra el Estado de Oregón que prohíbe el consumo de drogas. Con ello ratifica el criterio utilizado en el caso *Reynolds v. United States,* 98 U.S. 145 (1878-1979), por el que el propio Tribunal Supremo rechazó la pretensión de la Iglesia Mormona de que las leyes penales contra la poligamia no se aplicaran a aquellos sujetos cuya religión les permite esta práctica. Como puede observarse, en ambos supuestos se trata de conductas activas antijurídicas que han sido percibidas por los jueces como revestidas de un mayor peligro social.

[99] Piénsese en las consecuencias que tendría, por ejemplo, admitir la llamada objeción de conciencia fiscal, o la objeción a pagar las cuotas de seguridad social, sin imponer ciertas cautelas encaminadas a evitar el fraude de ley (como exigir el ingreso efectivo de cantidades equivalentes en fondos comunes destinados a otros fines de utilidad social que sean compatibles con los escrúpulos de conciencia del objetor). *Vid.,* al respecto, las reflexiones de F. Onida, *Contributo a un inquadramento giuridico…,* cit. en la nota anterior, pp. 230 ss. Hasta cierto punto, ese fenómeno de «contagio» y de «pseudo-objeción en cadena» es lo que ocurrió gradualmente en España con la objeción al servicio militar desde las primeras leyes que lo regularon, en 1984.

nen a tutelar esos casos, pues establecen una alternativa que cubre las diversas posiciones sociales y que es utilizada frecuentemente por la mayoría.

Por otro lado, conviene advertir que las objeciones de conciencia pueden producirse frente a dos tipos genéricos de obligaciones, y que cada una de ellos reclama una perspectiva de análisis diversa. En ocasiones, la objeción es el rechazo de una obligación que trata de imponerse en términos *absolutos:* se obligaría a la persona a actuar contra el dictamen de su propia conciencia pues la resistencia al cumplimiento del deber legal es penalmente sancionada, o incluso eliminada mediante coacción física (por ejemplo, la obligación de prestar el servicio militar, o el sometimiento a una transfusión sanguínea u otro tratamiento médico). Otras veces la obligación rechazada por el objetor se impone de manera sólo *relativa:* el comportamiento rechazado por la conciencia personal no se establece como una obligación ineludible, sino como condición para evitar un perjuicio o para obtener un beneficio al que en principio tendría derecho, de manera que el objetor queda, en realidad, en libertad de comportamiento, aunque en una situación de inferioridad respecto de quienes no comparten su convicción personal (por ejemplo, la negativa a trabajar un día considerado festivo o sagrado por la propia religión, que podría llevar anejo el despido del puesto de trabajo).

En el primer caso, hay una *coacción directa* de la libertad de conciencia individual, mientras que en el segundo únicamente existe una *coacción indirecta:* actuar conforme a las propias convicciones es posible, pero resulta más gravoso que para los demás ciudadanos. En otras palabras, el objetor ha de «pagar un precio» por el ejercicio de su libertad de conciencia. Naturalmente, no se trata de trivializar la importancia de las objeciones de conciencia contra obligaciones relativas, como si fueran anómalas incidencias de inapreciable interés para la tutela de los derechos fundamentales, pero puede advertirse sin dificultad que los dos tipos de objeción señalados no son asimilables por lo que a su tratamiento jurídico se refiere. Si en los casos de coacción directa el análisis ha de centrarse en la legitimidad de los límites a la libertad de religión y de creencia —lo cual incluye que estén previstos por la ley y que respondan a una «necesidad social imperiosa» [100]—, en las situaciones de coacción indirecta las consideraciones de igualdad cobran un singular protagonismo y será preciso dictaminar si la desigualdad de trato del objetor es constitutiva de discriminación o bien está justificada por una causa «objetiva y razonable» [101]. De hecho, en los supuestos de

---

[100] *Vid.,* sobre el tema, J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos,* en RGDCDEE 2 (2003), pp. 11 ss.

[101] Recuérdese el triple *test* enunciado por nuestro Tribunal Constitucional para determinar cuándo un desigual trato jurídico es calificable como discriminación o, por el contrario, no es más que un trato específico: la existencia de una justificación objetiva y razonable, la persecu-

coacción indirecta será mayor el número de intereses sociales que puedan impulsar a denegar la pretensión de exención de un deber general impuesto por la norma; mientras que, si la presión sobre la libre conciencia es directa o absoluta, difícilmente podrán encontrarse intereses públicos de tal relieve que puedan prevalecer sobre una de las libertades fundamentales [102].

Esto nos conduce a una tercera observación. Por muy elevada que sea la sensibilidad de un determinado orden jurídico hacia el respeto de la libertad de conciencia, es indudable que en bastantes casos no podrán conciliarse del todo los bienes jurídicos en conflicto, es decir, que no se podrá adaptar la norma, en su totalidad, a las exigencias morales de los ciudadanos en ejercicio de su libertad de conciencia. En tales situaciones, sin embargo, lo ideal es evitar respuestas simplistas de carácter negativo, y tratar de llegar hasta donde sea posible en ese esfuerzo flexibilizador del derecho —que no es, en definitiva, sino una expresión contemporánea de la *æquitas* jurídica en el marco de los derechos fundamentales— para buscar aquellas soluciones que se muestren menos lesivas para la conciencia del objetor.

En todo caso, éstas son pautas meramente orientadoras para la jurisprudencia, que es la que deberá dictaminar, ante la situación concreta, la justicia o no de una determinada pretensión de objeción de conciencia. Lo cual no significa que hayamos de sustituir un totalitarismo normativo por otro jurisprudencial, que exima de crítica también a las decisiones judiciales recaídas en el tema [103], sobre todo cuando éstas —como hemos indicado antes— se mueven en el marco de un hiperlegalismo constrictor de la conciencia y legítimo ámbito de libertad. Significa, simplemente, que en principio el dictamen prudencial está en condición de captar, mejor que la inevitable rigidez de la norma, la plasticidad de las situaciones vitales.

---

ción de un fin legítimo, y la relación de proporcionalidad entre el fin intentado y los medios empleados (cfr., por ejemplo, STC 22/1981, 2 julio 1981, FJ 3.º; STC 34/1981, 10 noviembre 1981, FJ 3.º, etc.). Por lo demás, como se sabe, esa doctrina del Constitucional está casi literalmente tomada de la doctrina expuesta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *caso lingüístico belga,* decidido por sentencia de 23 de julio de 1968 (y reiterada más tarde en muy numerosas ocasiones: por ejemplo, en los casos *Sindicato nacional de la policía belga c. Bélgica,* 27 octubre 1975, *Handyside c. Reino Unido,* 7 diciembre 1976, *Marckx c. Bélgica,* 13 junio 1979, etc.).

[102] Cfr. J. Martínez-Torrón, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia…,* cit. en nota 87, pp. 456-457.

[103] *Vid*. M.J. Roca, *Dignidad de la persona, pluralismo y objeción de conciencia,* en «Opciones de conciencia...», cit. en nota 5, p. 63.

### 4.4. *La regulación legislativa de las objeciones de conciencia: conveniencia y límites*

Ya se ha insistido en que, desde la perspectiva del equilibrio de intereses, la tutela jurídica de las objeciones de conciencia no precisa, en rigor, de su específico reconocimiento legislativo. Si hemos de hacer caso a la STC 53/1985, al constituir una manifestación del derecho constitucional a la libertad de conciencia (art. 16 CE), y al ser la Constitución una norma directamente aplicable, su protección bien puede llevarse a cabo en sede judicial aunque no se haya producido, para un tipo concreto de objeción, la *interpositio legislatoris* [104].

Siendo clara la posibilidad —y la necesidad— de la tutela judicial de las objeciones de conciencia, es también indudable, según hemos apuntado anteriormente, la utilidad de su regulación por vía legislativa en un sistema como el español, perteneciente a una tradición jurídica todavía impregnada de positivismo legalista. Tener respaldo legislativo daría a muchos jueces un «sentido de seguridad» que no encuentran en la Constitución. De manera que el reconocimiento explícito del legislador vendría a ser una garantía del estatuto jurídico de los objetores de conciencia, en la medida en que subsanaría los efectos negativos de una posible actitud legalista por parte de algunos tribunales.

En todo caso, la responsabilidad de los jueces en esta materia no puede ser sustituida por la legislación, que tiene unos claros límites [105]. Primero, el legislador sólo puede regular aquellos supuestos de objeción de conciencia que han adquirido una cierta difusión social, pero la mayoría de los casos habrán de ser afrontados en los tribunales. Segundo, y por una razón análoga, el legislador tiende a «llegar tarde», pues, hasta que un determinado tipo de objeción alcanza a encontrar su lugar en la legislación, se han producido muchos conflictos concretos que deben ser resueltos por los tribunales. No raras veces, es precisamente esa experiencia judicial la que persuade de la necesidad de una legislación e inspira su orientación fundamental. Además, incluso cuando un tipo de objeción ha sido ya disciplinado por la ley, el análisis individualizado de cada conflicto singular en sede judicial continúa siendo necesario, como lo demuestra la abundante litigación en materia, por ejemplo, de objeción al servicio militar, al aborto, al jurado, etc. [106]; también aquí resulta cierta esa afirmación, tan conoci-

---

[104] *Vid. supra,* nota 68 y texto correspondiente.

[105] Sobre la temática de la regulación legislativa de las objeciones de conciencia, *vid.,* pormenorizadamente, L. Míguez Macho, *Límites a la regulación por ley de las opciones de conciencia,* en «Opciones de conciencia...», cit. en nota 5 de este capítulo, pp. 125 ss.

[106] Aparte de la bibliografía mencionada en las páginas anteriores, resulta muy significativa la lectura de los capítulos dedicados a objeción de conciencia, en el *Manual de Derecho Eclesiástico del Estado* (on line), en www.iustel.com, *Base de conocimiento jurídico.* Los autores de esos trabajos

da y tan frecuentemente olvidada, de que la ley no puede prever todas las circunstancias particulares del caso.

En relación con este tema se encuentra la cuestión de hasta qué punto resulta necesario que la ley, cuando reconoce la legitimidad de una objeción de conciencia, establezca una prestación sustitutoria. De suyo, la prestación sustitutoria no es esencial al reconocimiento de cualquier clase de objeción de conciencia. Esto es algo que pertenece a la lógica misma de los derechos fundamentales, cuyo ejercicio, naturalmente, no grava a la persona con un plus de obligaciones legales. La prestación sustitutoria tiene sentido cuando resulta precisa para garantizar dos objetivos, que suelen ir unidos: la tutela del principio de igualdad y evitar —en lo posible— el fraude de ley. Es decir, cuando se impone al objetor un gravamen que tiende a igualar su posición con la del resto de los ciudadanos que se someten a la norma, o bien cuando se pretende disuadir a potenciales pseudo-objetores de alegar inexistentes motivos de conciencia para liberarse de un deber legal. Así, parece claro que la prestación sustitutoria actúa eficazmente en supuestos como la objeción al servicio militar o al pago de las tasas de seguridad social. En cambio, parece del todo extemporánea cuando el objetor no adquiere mejor posición jurídica que los no objetores, como en la objeción al aborto, o cuando se trata de deberes legales que se imponen de manera aleatoria, como la participación en el tribunal del jurado o en las mesas electorales. Pero esto nos lleva ya al análisis de los distintos tipos de objeción de conciencia, de los que pasamos a ocuparnos a continuación.

---

son (siguiendo el orden del temario): R. Navarro-Valls, J. Martínez-Torrón, M. Alenda, M. Cebriá, A. Vega, G. Moreno Botella, A. López-Sidro y L. Rojo Álvarez-Manzaneda.

# Capítulo 3
# La objeción de conciencia al servicio militar

SUMARIO: 1. Características y origen de la objeción al servicio militar.—2. Actuaciones internacionales: 2.1. *Naciones Unidas.* 2.2. *Derecho europeo.*—3. Derecho comparado.—4. Derecho español.

## 1. Características y origen de la objeción al servicio militar

A la hora de comenzar el análisis particularizado de las objeciones de conciencia, la doctrina suele enunciar y estudiar como primera la objeción de conciencia al servicio militar. La razón es que esta modalidad de objeción de conciencia suele conceptuarse como el arquetipo de las restantes. De modo que en la medida en que los perfiles básicos de una modalidad de objeción de conciencia no coincidan con los típicos de la objeción de conciencia al servicio militar la doctrina tiende a calificarla de *atípica* [1], tal vez porque, históricamente, ha sido la primera en regularse legislativamente, e incluso constitucionalmente. Repárese que se dice *legislativamente,* ya que la historia de las objeciones de conciencia es muy anterior a la del servicio militar. Piénsese que, ya en la obra de Sófocles, Antígona da sepultura a su hermano violando un mandato de Creonte y objetando que «no pienso en absoluto que los decretos de un mortal como tú tengan suficiente autoridad para prevalecer contra las leyes no escritas, que son obra inmortal de los dioses». Por lo demás, los ejemplos de los judíos en el Antiguo Testamento, o de los primeros cristianos negándose a sacrificar a los dioses paganos, o el de Tomás Moro negándose a prestar juramento a las disposiciones de Enrique VIII, manifiestan una realidad histórica muy anterior a la regulación legal de la objeción al servicio militar [2].

No vemos inconvenientes en este tratamiento preferencial de la objeción de conciencia al servicio militar, siempre que no se convierta en paradigmático, es decir, siempre que no intentemos introducir las restantes objeciones de con-

---

[1] Cfr. F. Onida, *Separatismo e libertà religiosa negli Stati Uniti,* Milano 1984, pp. 132 ss.; M. Gascón, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia,* Madrid 1996, p. 294.

[2] Para una visión histórica del problema, *vid*. J.P. Cattelain, *La objeción de conciencia,* Barcelona 1973; y también R. Venditti, *L'obiezione di coscienza al servizio militare,* Milano 1984 (2.ª ed.), pp. 35 ss.

ciencia en la misma camisa de fuerza legal que suele envolver aquélla. Y ello por dos razones.

La primera es que, si se toma como modelo de objeción de conciencia la objeción al servicio militar, tiende a gravarse a las restantes objeciones con peculiaridades que sólo pueden predicarse —y no siempre— de aquélla. Por ejemplo, y como veremos, la objeción de conciencia al servicio militar suele tener como característica —en su regulación positiva— la doble tendencia a controlar la buena fe del objetor y, correlativamente, a establecer una prestación social sustitutoria que haga difícil el mismo fraude. Sin embargo, esta peculiaridad —hoy en crisis, incluso para la objeción de conciencia al servicio militar— no puede trasladarse, sin más, a las restantes. Piénsese en la dificultad de imponer una prestación sustitutoria a los médicos o personal para-médico que objetan a la realización de prácticas abortivas; o, en el caso de las objeciones a tratamientos médicos, la dificultad y casi el absurdo de imponer una prestación sustitutoria a quien ya está decidido a rechazar el tratamiento médico salvador, a pesar de la amenaza de una sanción penal o del propio peligro que se sigue para la vida.

La segunda razón consiste en que, como se ha dicho, los problemas de las objeciones de conciencia son, en los inicios del siglo XXI, muy diferentes de los que llevaron, en los años 1950, al protagonismo de la objeción de conciencia al servicio militar. Ésta viene perdiendo —tras las reformas legales aceleradas en todos los países y las que se adivinan en el futuro— parte de su dramatismo. De modo que pensar en las objeciones de conciencia en términos de objeción de conciencia al servicio militar es empequeñecer el discurso en un tema de amplio respiro y de imprevisibles aplicaciones futuras [3].

La objeción de conciencia al servicio militar suele definirse como la negativa a cumplir la obligación legal que impone el servicio militar obligatorio o la participación de un sujeto individual en una guerra a través de su reclutamiento forzoso. Negativa que encuentra su base en la alegación de motivos de conciencia que impiden al sujeto cumplir la obligación impuesta por la norma estatal. La experiencia del derecho comparado, no obstante, permitiría apostar por una noción más amplia, que abarque no sólo la vertiente del reclutamiento forzoso, o una genérica integración en el ejército, sino además otros supuestos. Entre ellos, sobre todo, la objeción de conciencia que sobreviene a la persona después de su libre incorporación al ejército, en países donde el alistamiento en las fuerzas armadas tiene carácter voluntario; y la objeción de conciencia al servicio ar-

---

[3] Sobre este punto, *vid*. R. BOTTA, *Prefazione,* en «L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico», Milano 1991, p. VI; y especialmente las observaciones de G. CAPUTO, *L'obiezione di coscienza…,* en el mismo volumen, pp. 18-19.

mado pero no al servicio militar (frecuente, por ejemplo, entre los adventistas del séptimo día).

De manera que, desde esta perspectiva más amplia, la objeción de conciencia militar consistiría en el rechazo individual, por motivos de conciencia, a la prestación militar, en período de guerra o fuera de él, bien rechazando simplemente el uso de armas, bien rehusando toda integración en el ejército, y ya se trate de una prestación impuesta legalmente o de una prestación aceptada inicialmente de modo voluntario y ulteriormente rechazada tras la incorporación al ejército.

Esta definición puede acogerse como provisional, aunque advirtiendo, ya de entrada, que es insuficiente, al no abarcar dos tipos de supuestos derivados de la estricta objeción de conciencia militar, a los que en su momento habremos de aludir: aquéllos en que la disponibilidad para defender militarmente a la patria no es tanto consecuencia de una norma imperativa cuanto simple condición para obtener un beneficio o un cargo público; y aquellos otros en que la negativa se extiende, no sólo a la realización de un servicio armado, sino también a la realización del llamado servicio social sustitutorio, es decir, a la alternativa legal que la ley ofrece a los que se oponen a la realización de un servicio armado (la llamada «objeción total» o, más popularmente, en España, «insumisión»).

Una síntesis significativa de los motivos que pueden llevar a la legítima alegación de esta modalidad de objeción de conciencia se contiene en la Resolución 337 (1967) de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa [4], que adopta una perspectiva amplia al respecto e incluye los motivos religiosos, éticos, morales, humanitarios, filosóficos o similares. Se trata de un elenco que, por flexible, termina por ser tan ambiguo que viene a vaciar de algún modo la noción misma de conciencia, por lo menos en el sentido en que tradicionalmente ha sido entendida en el mundo occidental de raíces judeo-cristianas. En todo caso, la experiencia real muestra que éstas son las motivaciones que se han aducido, de hecho, para solicitar la exención del servicio armado. De manera que —según se ha indicado antes [5]— en realidad se puede señalar la existencia, en muchos países, de una *opción* más que de una verdadera *objeción* de conciencia.

Tal vez los primeros en el tiempo han sido los motivos religiosos. Los movimientos valdenses y husitas, primero, y una serie de confesiones de origen protestante, después (anabaptistas, mennonitas, amish, hermanos moravos, ducobors, testigos de Jehová, cuáqueros, etc.), serán quienes, desde una perspectiva

---

[4] Resolución 337 (1967), de 26 enero 1967, de la Asamblea Consultiva (hoy Asamblea Parlamentaria) del Consejo de Europa.

[5] Cfr. *supra,* epígrafe 2 del capítulo 1.

religiosa, redescubrirán y reivindicarán con mayor vigor esta modalidad de objeción de conciencia. Con uno u otro matiz, estas confesiones rechazan cualquier clase de participación en el ejército o en actividades que no respeten el carácter sagrado de la vida [6]. En el ámbito de la Iglesia Católica, prescindiendo de ejemplos aislados durante los cuatro primeros siglos, y aun defendiéndose siempre la licitud de combatir en una guerra justa [7], la constitución *Gaudium et spes* del Concilio Vaticano II acoge también la licitud de la objeción de conciencia al servicio militar en estos términos: «parece razonable que las leyes tengan en cuenta, con sentido humano, el caso de los que se niegan a tomar las armas por motivos de conciencia, siempre que acepten servir a la comunidad humana de otra forma» [8].

Junto a los motivos de orden religioso, no son infrecuentes la alegación de motivaciones de carácter ético o filosófico, típicas del pensamiento humanitario y pacifista, cuyos representantes van desde Gandhi hasta Martin Luther King o Lanza del Vasto, pasando por Danilo Dolci o Bertrand Russell. Al tiempo, también motivaciones de estricto orden político —más o menos conectadas con teorizaciones derivadas del anarquismo, neutralismo, internacionalismo u otros de carácter social contingente contrarios a una guerra determinada— han contribuido a la amplia y rápida difusión de esta objeción de conciencia [9].

Naturalmente, el presupuesto de la objeción de conciencia al servicio militar *común* —llamémosla así, para diferenciarla de la objeción sobrevenida— es la existencia de un sistema de servicio militar obligatorio. Y, en su forma menos radical, se diluye cuando las legislaciones prevén la opción de un servicio civil como alternativa, más o menos reglamentada, al servicio militar obligatorio. El

---

[6] Sobre la evolución histórica del instituto, *vid*. R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei,* Torino 1967, pp. 133 ss.; también G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia al servicio militar (Las dimensiones constitucionales del problema),* Madrid 1991, pp. 34 ss. Desde una óptica más amplia, no circunscrita a la objeción de conciencia al servicio militar, puede verse G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia en la Constitución española,* Madrid 1993, pp. 72 ss.

[7] Precisamente el singular concepto de guerra justa ínsito en la moral católica introduce un elemento de disfunción en las normativas protectoras de la objeción de conciencia al servicio militar. Se trata, como se verá más adelante, del concepto de objeción de conciencia *selectiva.*

[8] La doctrina del Concilio Vaticano II sobre la objeción de conciencia se enmarca en estas coordenadas: el Concilio ama la paz y alaba los métodos de no violencia; condena la guerra total y la carrera de armamentos. Sin embargo, mientras exista el riesgo de la guerra no puede negarse a los gobiernos el derecho de legítima defensa y, por tanto, los que sirven a la patria en el ejército «son instrumentos de seguridad y libertad de los pueblos», pues contribuyen a estabilizar la paz (*Gaudium et spes,* nn. 78-82).

[9] Nombres como Bakunin, Tolstoy, Thoreau o De la Boétie, entre otros, pueden ser significativos de estas motivaciones de orden político. Por lo demás, acontecimientos como la guerra de Vietnam o el conflicto del Golfo Pérsico también han supuesto un impulso a estos motivos.

problema en estos últimos sistemas se mantiene cuando la objeción es también planteada contra esta alternativa —pidiéndose, lisa y llanamente, la exención de toda forma de servicio, militar o civil— o cuando la oposición del individuo se adelanta cronológicamente, llegando incluso a rechazar cualquier contacto o relación con el sistema de reclutamiento. Esta variedad de casos explica que tenga especial interés un breve análisis de las actuaciones internacionales y de los sistemas acogidos por el derecho comparado.

## 2. Actuaciones internacionales

Aunque ha sido el derecho europeo quien ha producido las declaraciones más vigorosas en relación con esta clase de objeción de conciencia, conviene hacer una referencia previa a las Naciones Unidas.

### 2.1. *Naciones Unidas*

La objeción de conciencia no aparece como objeto de especial protección ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Es más, el PIDCP parece excluir implícitamente que pueda exigirse internacionalmente el reconocimiento estatal de un derecho a la objeción cuando aclara, en su art. 8, que no se considerará trabajo forzoso «el servicio de carácter militar», ni tampoco, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia [10]. Así lo confirmó, además, durante los primeros años, la actividad del Comité de Derechos Humanos (órgano cuya función, entre otras, consiste en examinar denuncias individuales contra los Estados por violación del Pacto) a propósito de dos comunicaciones resueltas en 1985 [11].

---

[10] Cfr, art. 8.3.c).ii) PIDCP.

[11] Cfr. observaciones relativas a la comunicación n. 89/1981, A/40/40 *(Paavo Muhonen c. Finlandia),* y decisión de inadmisibilidad relativa a la comunicación 185/1984, A/40/40 *(L.T.K. c. Finlandia)*. Paavo Muhonen y otra persona, citada con las iniciales L.T.K., se habían declarado objetores de conciencia, y habían tratado de acogerse a las disposiciones de la legislación finlandesa, que permite, bajo ciertas condiciones, la exención del servicio militar y su sustitución por un servicio de carácter civil. En ambos casos, el órgano competente para conceder la exención había denegado las solicitudes, considerando que los interesados no habían probado sus convicciones morales de manera suficientemente satisfactoria. Muhonen y L.T.K., al negarse a incorporarse a filas, habían sido objeto del correspondiente proceso penal, siendo condenados a prisión (once y nueve meses, respectivamente). Muhonen había cumplido la mayor parte de su condena, y había sido relevado de la misma, al final, por vía de gracia presidencial; reclamaba del Estado finlandés la correspondiente indemnización por los daños sufridos. L.T.K., en cambio, no había sido encarcelado de hecho, pero había cumplido los treinta años (edad máxima para incor-

El motivo era, probablemente, la convicción de que esa posición contrastaría con los principios y praxis de muchos Estados, y se haría así más difícil su aceptación del Pacto. Por ello, parece haberse preferido una actitud de progresiva concienciación sobre el tema, confiando en que la mentalidad internacional experimente un proceso de maduración en un futuro no lejano, y se muestre dispuesta a admitir la tutela específica de ese aspecto de la libertad de conciencia.

Una importante muestra de esa actitud fue el Comentario General del propio Comité al art. 18 PIDCP [12], en 1993. En ese Comentario, aun guardando silencio acerca de si los Estados tienen obligación de eximir del servicio militar a los objetores de conciencia, se ha afirmado que de ese artículo puede derivarse un derecho a la objeción al servicio militar, en la medida en que el uso de la fuerza letal puede provocar un serio conflicto con la libertad de creencias. Añadiendo que, cuando ese derecho es reconocido en los diversos Estados, no podrá diferenciarse entre los objetores según su tipo de creencias, ni podrán tampoco ser discriminados los objetores por rehusar el servicio de las armas. Y terminando con una invitación a que los Estados expliquen su normativa al respecto [13].

Bastantes años más tarde, en 2007, el Comité de Derechos Humanos daba un paso adelante, y reconocía directamente que los Estados están obligados, en virtud del art. 18 PIDCP, a justificar debidamente su negativa a proporcionar alternativas razonables al servicio militar armado en los casos probados de objeción de conciencia, sin que basten genéricas referencias a la seguridad nacional.

---

porarse al servicio) durante sus apelaciones contra la decisión en primera instancia, por lo que las autoridades se negaban a reconsiderar su solicitud de exención.

[12] General Comment No. 22: The right to freedom of thought, conscience and religion (Art. 18): 30/07/93; CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, General Comment No. 22.

[13] Así se expresa el § 11 del Comentario General: «Many individuals have claimed the right to refuse to perform military service (conscientious objection) on the basis that such right derives from their freedoms under article 18. In response to such claims, a growing number of States have in their laws exempted from compulsory military service citizens who genuinely hold religious or other beliefs that forbid the performance of military service and replaced it with alternative national service. The Covenant does not explicitly refer to a right to conscientious objection, but the Committee believes that such a right can be derived from article 18, inasmuch as the obligation to use lethal force may seriously conflict with the freedom of conscience and the right to manifest one's religion or belief. When this right is recognized by law or practice, there shall be no differentiation among conscientious objectors on the basis of the nature of their particular beliefs; likewise, there shall be no discrimination against conscientious objectors because they have failed to perform military service. The Committee invites States parties to report on the conditions under which persons can be exempted from military service on the basis of their rights under article 18 and on the nature and length of alternative national service». *Vid*. H. TAKEMURA, *International Human Right to Conscientious Objection to Military Service and Individual Duties to Disobey Manifestly Illegal Orders,* Berlin-Heidelberg 2009, p. 60.

Parte importante de la argumentación del Comité era que al art. 8 PIDCP (prohibición de trabajos forzosos) ni reconocía ni excluía la objeción al servicio militar obligatorio, y por tanto esas situaciones habían de resolverse a la luz exclusivamente del art. 18 PIDCP, que exige de los Estados una prueba concluyente de que las medidas limitativas de la libertad religiosa y de creencias son estrictamente «necesarias» para la garantía de alguno de los fines legítimos enumerados en el mismo artículo [14].

En la misma línea, aunque en un contexto de competencias muy diversas, la Comisión de Derechos Humanos [15] ha desplegado una notable actividad, centrada en la elaboración de informes y en la emisión de resoluciones dirigidas a los gobiernos (que no poseen fuerza vinculante para éstos). Por otro lado, si bien la preocupación por la objeción de conciencia al servicio militar armado está presente en los trabajos de la ONU desde antiguo, sólo a partir de la década de los 1980 comienza a abordarse de modo autónomo y se materializa en documentos concretos [16]. En 1987 llegaba la primera resolución de la Comisión en la que, de un modo claro, se realizaba un llamamiento universal a los Estados en orden a promover el reconocimiento internacional de esa clase de objeción de conciencia [17]. Resoluciones similares fueron adoptadas en 1989, 1991, 1993 y 1995, 1998, 2000, 2002 y 2004 [18].

Frente a los más precisos términos de las paralelas iniciativas europeas —como se verá enseguida—, las citadas resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas se caracterizan por su gran generalidad, tanto en las cuestiones sustantivas cuanto en las procedimentales. Lo cual se explica por la mucha mayor heterogeneidad de los Estados destinatarios, que no

---

[14] Observaciones relativas a las comunicaciones 1321/2004 y 1322/2004 (*Yeo-Bum Yoon c. Corea* y *Myung-Jin Choi c. Corea,* respectivamente), CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, 23 enero 2007. Los dos objetores eran testigos de Jehová.

[15] La Comisión fue sustituida en 2006 por el Consejo de Derechos Humanos: *vid*. la Resolución 60/251, de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 15 marzo 2006.

[16] Especialmente desde 1981. Cfr. la Resolución 40 (XXXVII) de la Comisión de Derechos Humanos, de 12 marzo 1981, así como el informe preparado por A. Eide y C. Mubanga-Chipoya a petición de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación (E/CN.4/Sub.2/1983/30), editado por el servicio de publicaciones de la ONU con el título *La objeción de conciencia al servicio militar,* New York 1985. No obstante, en 1978 la Asamblea general había reconocido ya el derecho de toda persona a negarse a prestar servicios en fuerzas militares o policiales empleadas para imponer el *apartheid:* cfr. Resolución 33/165, de 20 diciembre 1978. Y, en 1970, la Asamblea General había aludido a la necesidad de respetar «a los que se opusieran por motivos de conciencia a la guerra» (cfr. G. Escobar Roca, *La objeción de conciencia…,* cit. en nota 6, p. 153).

[17] Resolución 1987/46, 10 marzo 1987.

[18] Resoluciones 1989/59 (8 marzo 1989), 1991/65 (6 marzo 1991), 1993/84 (8 marzo 1993) y 1995/83 (8 marzo 1995), 1998/77 (22 abril 1998), 2000/34 (20 abril 2000), 2002/45 (23 abril 2002) y 2004/35 (19 abril 2004).

siempre admiten algún tipo de objeción de conciencia legítima, al contrario de lo que suele suceder en Europa (aunque con considerables variaciones en cuanto a su amplitud y condiciones). La Resolución de 1987 [19] consiste fundamentalmente en una invitación a los Estados, que comprende cuatro peticiones: el reconocimiento de la objeción de conciencia como ejercicio legítimo de las libertades de pensamiento, conciencia y religión [20]; la adopción de medidas concretas para eximir del servicio militar a los objetores; la creación de un servicio civil alternativo; y el establecimiento de un procedimiento imparcial para decidir sobre la autenticidad de las objeciones de conciencia en cada caso singular. El contenido de las resoluciones posteriores es muy parecido, aunque adoptan un tono levemente más imperativo, y matizan dos extremos de cierta importancia conceptual: se define la objeción de conciencia propiamente como un *derecho* derivado del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión enunciado en el art. 18 del Pacto de derechos civiles; y se insiste en que el servicio alternativo ha de ser civil, de interés público y de carácter no punitivo. Además, se subraya la importancia de proporcionar información adecuada, a quienes se encuentran afectados por la obligación del servicio militar, sobre su derecho a la objeción de conciencia y los medios de hacerlo valer en la práctica [21].

## 2.2. *Derecho europeo*

En el marco del derecho europeo, tanto el Consejo de Europa como el Parlamento Europeo se han pronunciado reiteradamente sobre esta modalidad de objeción de conciencia [22].

---

[19] El texto puede verse en J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La objeción de conciencia en el derecho internacional,* en QDPE (1989/2), p. 162.

[20] Conviene hacer notar que, aunque son esas tres libertades el principal fundamento que se aduce para la objeción de conciencia al servicio militar, no es el único: se alude también al ideal de la paz y cooperación universales, y a la necesidad de educar a la juventud en esos valores.

[21] Por lo demás, en todas esas resoluciones se encarga la elaboración de un informe sobre la situación existente en los diversos países, y se decide reexaminar el tema al cabo de dos años, en relación con el programa denominado «El papel de los jóvenes en el fomento y la protección de los derechos humanos, incluida la cuestión de la objeción de conciencia al servicio militar».

[22] *Vid*. sobre este tema J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La objeción de conciencia en el derecho internacional,* cit. en nota 19, especialmente pp. 152 ss. Ahí podrán encontrarse referencias textuales detalladas a algunos de los documentos que se mencionarán en las páginas siguientes. *Vid*. también J. CAMARASA, *Servicio militar y objeción de conciencia,* Madrid 1993, pp. 20 ss.; R. ERGEC, *L'objection de conscience en Droit européen,* en «European Consortium for Church-State Research. Conscientious Objection in the E.C. Countries», Milano 1992, pp. 5 ss.; G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia…,* cit. en nota 6, pp. 155 ss.; G. LANDROVE, *Objeción de conciencia, insumisión y derecho penal,* Barcelona 1992, pp. 31-35; y H. TAKEMURA, *International Human Right to Conscientious Objection…,* cit. en nota 13, pp. 83 ss.

a) *Consejo de Europa*

Por lo que respecta al Consejo de Europa, conviene hacer notar que, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 no imponía a los Estados la obligación de reconocer el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar. Al contrario, en su art. 4 se especifica que ni el servicio militar ni el eventual servicio civil sustitutorio podían considerarse como «trabajos forzosos» (que sí son prohibidos por ese artículo del Convenio) [23]. Aun así, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa desde antiguo ha impulsado el reconocimiento de esa clase de objeción, aunque sin que de momento haya conseguido el objetivo de incluirla como verdadero derecho en el Convenio [24].

Concretamente, el 26 de enero de 1967, la Asamblea adoptaba una recomendación al Comité de Ministros [25], con el fin de que tomara diversas medidas dirigidas a conseguir que todos los Estados miembros del Consejo de Europa reconocieran el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, y conformaran sus legislaciones respectivas a los principios señalados en la Resolución 337 (1967), acordada por la Asamblea en la misma fecha, y que ha tenido una clara influencia en varias legislaciones europeas (entre ellas, en concreto, la española de 1984, que veremos más adelante en este mismo capítulo).

Entre los principios mencionados por la Resolución 337 (1967), el punto central lo constituye la neta afirmación de que los objetores de conciencia poseen estrictamente un *derecho personal* a ser eximidos del servicio militar: derecho que se concibe como una derivación lógica de las libertades de pensamiento, conciencia y religión reconocidas en el art. 9 CEDH. En cuanto a los motivos que pueden dar lugar a una legítima objeción de conciencia, la enumeración —como se dijo [26]— es ciertamente amplia: «motivos religiosos, éticos, morales, humanitarios, filosóficos o similares». En lo relativo a cuestiones de procedimiento, se menciona la necesidad de que se informe de la posibilidad de

---

[23] Así se expresa el art. 4 CEDH *(Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado)*: «1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio. 3. No se considera como "trabajo forzado u obligatorio" en el sentido del presente artículo: [...] b) Todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio. [...]».

[24] Entre otras razones porque se trata de un órgano de deliberación y consulta, sin poderes decisorios (que corresponden al Comité de Ministros).

[25] Recomendación 478 (1967). El origen de esa iniciativa se encuentra en la moción que, en 1966, presentaron a la Asamblea diez parlamentarios, haciéndose eco de una propuesta formulada por Amnistía Internacional.

[26] *Vid. supra,* nota 4 y texto correspondiente.

ejercer ese derecho a las personas sujetas a llamamiento; y se insiste en la independencia e imparcialidad de los órganos competentes para decidir sobre las solicitudes de exención, que han de estar completamente separados de las autoridades militares. Además, se afirma que la denegación de la exención ha de poder ser objeto de recurso, y que las decisiones adoptadas por órganos de carácter administrativo deben estar sujetas a revisión por parte de órganos judiciales independientes. Por último, se indica el efecto suspensivo que la solicitud de exención ha de tener respecto a la incorporación a filas, así como el derecho de los solicitantes a ser oídos por los órganos decisorios y a ser asistidos por un abogado. El apartado final de la resolución, dedicado a la prestación alternativa, indica que debe tratarse de un servicio de carácter y utilidad social, que su duración ha de ser al menos tan larga como la del servicio militar normal, y que los objetores habrán de gozar de las mismas ventajas sociales y económicas que poseen las personas que cumplen el servicio militar.

Pese a sus limitaciones y a su ambigüedad en algunos extremos, la Resolución 337 (1967) continuaría siendo durante bastante tiempo la base de los trabajos del Consejo de Europa en este tema. Trabajos que, por otra parte, no producirían resultados tangibles durante los diez años siguientes [27]. En efecto, hasta 1977 no se realiza una propuesta más o menos concreta, por vía de una nueva recomendación específica de la Asamblea Parlamentaria [28]. En ella se aconsejaba al Comité de Ministros que impulsara la introducción del derecho de objeción de conciencia al servicio militar en el CEDH, y también que urgiera a los distintos gobiernos nacionales para que acomodaran sus legislaciones a los principios emanados de la Asamblea —principios detallados en un apéndice, que recogía literalmente el contenido de la Resolución 337 (1967).

De esas dos propuestas, naturalmente, la más interesante era la relativa a incluir la objeción de conciencia al servicio militar dentro de los derechos reconocidos por el Convenio. Conseguirlo, sin embargo, no era fácil mientras persistiera la oposición de aquellos Estados —cada vez menos— que no la admitían en sus legislaciones internas. Por ello, los efectos de esa recomendación de la Asamblea se limitaron a producir —diez años más tarde— la Recomendación R (87) 8, esta vez del Comité de Ministros a los gobiernos de los diversos

---

[27] Aparte de alguna escueta alusión aislada en la recomendación 683 (1972) de la Asamblea Parlamentaria, encargando «al Comité de Expertos en Derechos Humanos que estudie la posibilidad de completar el Convenio mediante la adición de uno o más protocolos, o de diseñar algún otro instrumento jurídico apropiado para proteger el derecho de asilo, así como el derecho a la objeción de conciencia». El origen de ese párrafo parece encontrarse en una sugerencia cursada por Amnistía Internacional a la Conferencia Parlamentaria de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1971.

[28] Recomendación 816 (1977).

Estados, en la cual simplemente se les insistía en que conformaran su derecho interno a los principios y reglas que se pretendía tuvieran vigencia en todo el ámbito europeo [29]. Aprobada por el Comité de Ministros el 9 de abril de 1987, esta nueva recomendación sigue la misma estructura sistemática de la Resolución 337 (1967) de la Asamblea Parlamentaria (principios básicos, procedimiento y servicio alternativo), pero introduce importantes innovaciones en cuanto al contenido, modificando así por primera vez en veinte años el proyecto que había servido de guía al Consejo de Europa en esta materia. Tales modificaciones suponían en algunos aspectos un perfeccionamiento y mayor precisión en la regulación de la objeción de conciencia, pero en otros significaban más bien una mitigación de las reclamaciones relativas a ese derecho, tal como se contenían en la Resolución 337 (1967) [30].

Comparando ambos textos, se observa en primer lugar que ahora en el apartado inicial se menciona un solo «principio básico». En él se continúa reconociendo inequívocamente un derecho a la exención del servicio militar por razón de la objeción de conciencia individual, pero desaparece la enumeración de motivos (religiosos, éticos, morales, etc.) que pueden sustentar una objeción de conciencia considerada como legítima [31]. Se introduce el calificativo *apremiantes* para definir las razones de conciencia que justifican una objeción: calificativo que ha de entenderse en el sentido de «imposibles de resistir», con toda la ambigüedad que esa expresión supone [32]. La «imposibilidad de resistir», en efecto, es un concepto de suficiente ambigüedad como para resultar inoperante en la práctica. Sobre todo porque la prueba de la imposibilidad sólo puede realizarse *a posteriori,* cuando el individuo es capaz de someterse al encarcelamiento antes que ceder en sus convicciones de conciencia: medio de prueba que, evidentemente, no responde a las aspiraciones del impulso realizado por el Conse-

---

[29] Recomendación R (87) 8. Una síntesis de las actas del Consejo de Europa en esta materia puede encontrarse en S. Biesemans, *L'obiezione di coscienza in Europa,* Molfetta 1994, pp. 16 ss., con documentación en el Apéndice, pp. 83-85.

[30] De ahí que el representante de Italia, al explicar su abstención en la votación del documento, hiciera constar que la recomendación era deficiente y no llegaba a reflejar las sugerencias formuladas por la Asamblea. Por el contrario, los representantes de otros países manifestaron reticencias en sentido contrario, por estimar que el texto adoptado reconocía la objeción de conciencia con demasiada amplitud en relación con sus respectivas legislaciones internas. El representante de Grecia reservó el derecho de su gobierno a acatar la recomendación, y el de Chipre se reservó idéntico derecho respecto al párrafo 9 del documento. Los representantes de Suiza y Turquía, por su parte, hicieron constar sus abstenciones, aclarando que sus gobiernos no podrían acatar el texto de la recomendación.

[31] Y ello con la intención —según indica el informe explicativo de la recomendación— de reforzar el propio concepto de objeción de conciencia y, sobre todo, su operatividad real en toda clase de circunstancias.

[32] Así lo hace notar el informe explicativo.

jo de Europa en favor de la objeción de conciencia. En nuestra opinión, el punto clave no radica en una supuesta imposibilidad de resistir, sino en la determinación de que las convicciones que se alegan para obtener el *status* de objetor son auténticas convicciones *de conciencia:* es decir, convicciones que poseen para la persona el rango de suprema instancia normativa, de manera que ir contra ellas supone ir contra el ámbito más íntimo de su personalidad.

Por otro lado, se pretende que queden excluidos de la recomendación los casos de las llamadas objeciones de conciencia *selectivas* o *parciales,* esto es, las limitadas al uso de las armas únicamente en determinados casos [33]. A este propósito, no se comprende fácilmente que, si se parte de una noción amplia de razones de conciencia, se rechace tajantemente la posibilidad de que existan razones apremiantes de conciencia contra el uso de las armas en un supuesto particular —por ejemplo, en una guerra determinada— que justifiquen el derecho a ser eximido del servicio militar [34]. Una tal actitud implica, en términos objetivos, una reducción irrazonable del concepto de conciencia. No se olvide que la conciencia hace siempre referencia a un deber ético que surge en el individuo ante la situación concreta, impulsándole a actuar —o bien a no actuar— en un sentido u otro. Por ello, nos parece indiferente, desde un punto de vista conceptual, que el deber ético de abstención surja en relación con el uso de las armas en general, o en relación con la participación en un determinado conflicto bélico.

Todavía se aprecia otra diferencia en ese primer párrafo dedicado al «principio básico» cuando se lo confronta con el texto de la Resolución 337 (1967), y es que se omite la referencia expresa al art. 9 CEDH (libertad de pensamiento, conciencia y religión). Esa omisión se debe —según señala el informe explicativo— a que dicha referencia «entrañaba un problema de interpretación» del Convenio Europeo. Más en concreto, como veremos enseguida, el hecho de que la Comisión Europea de Derechos Humanos ha declarado, en diversas ocasiones, que el CEDH no garantiza, de suyo, un derecho a ser eximido del servicio militar por razones de conciencia.

Por lo que se refiere al procedimiento, la Recomendación R (87) 8 introduce nuevos elementos dirigidos a conseguir una mayor operatividad del derecho a la objeción de conciencia. Así, se precisa lo referente a la información que de-

---

[33] Así, de nuevo, el informe explicativo.

[34] Un interesante caso histórico de objeción de conciencia contra una guerra particular es el contemplado en la sentencia *Gillette v. United States,* dictada en 1971 por el Tribunal Supremo norteamericano (401 U.S. 437). En ella se objetaba a la participación —por motivos de conciencia— en la guerra de Vietnam (*vid. infra* epígrafe 3 *in fine*). El Supremo adoptó la misma actitud restrictiva que ahora se observa en el documento emanado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, denegando el derecho a la exención.

ben recibir sobre el tema las personas sujetas a llamamiento, se contempla la posibilidad de que una simple declaración de la persona interesada sea suficiente para obtener la condición de objetor, y se admite expresamente la llamada objeción de conciencia sobrevenida (la que tiene lugar una vez que el individuo ha comenzado a prestar el servicio militar). En cambio, se mitigan las garantías procesales de imparcialidad e independencia que se contenían en la resolución de la Asamblea de 1967. Concretamente, sólo se requiere la separación de la administración militar respecto a los órganos decisorios de apelación, y no para los de primera instancia. Además, se elimina la exigencia de un control judicial de las decisiones adoptadas por órganos administrativos, y el derecho de los solicitantes a ser oídos y representados por un letrado. Y, en lugar del efecto suspensivo producido por la solicitud respecto a la incorporación a filas, se indica únicamente que el procedimiento habrá de quedar concluido —como regla general— antes de que se produzca el reclutamiento efectivo.

En el tercer apartado, sobre el servicio alternativo, es donde probablemente la recomendación del Comité de Ministros cobra un tono más progresivo respecto a su antecedente de 1967 elaborado por la Asamblea Parlamentaria. La prestación sustitutoria, pese a ser recogida con carácter hipotético y no necesario, se define en principio como un servicio de índole civil y de interés público, aunque también se contempla la posibilidad de un servicio militar no armado para los objetores que rechacen solamente el uso personal de armas. Se subraya que dicho servicio no puede imponerse con fines punitivos, lo cual conduce a que se fije, no un mínimo de duración —como hacía la resolución 337 (1967)—, sino un máximo, aunque sea de modo un tanto ambiguo: «su duración, en comparación con la del servicio militar, permanecerá dentro de límites razonables», sin descartar, por tanto, que pueda ser mayor [35]. Finalmente, se insiste en la igualdad entre quienes prestan servicio militar y servicio civil, como criterio que ha de presidir la regulación de los derechos sociales y económicos de unos y otros, particularmente en lo relativo a retribución y régimen de pensiones.

Desde 1987 tres han sido principalmente las actuaciones del Consejo de Europa en materia de objeción de conciencia al servicio militar. La primera, motivada por la gravedad de la situación de objetores y desertores de la guerra en la antigua Yugoslavia, es la Resolución 1042 (1994) de la Asamblea Parlamentaria [36]. Dicha resolución no sólo contiene una serie de recomendaciones a los Estados miembros receptores de objetores y desertores en cuanto al modo

---

[35] El informe explicativo de la recomendación justifica la posibilidad de una mayor duración del servicio civil, aludiendo especialmente al «tiempo que entrañan los llamamientos periódicos después de la temporada inicial del servicio militar» y al «carácter del servicio al que se asigna al objetor de conciencia».

[36] Resolución 1042 (1994), de 1 julio 1994.

de gestionar peticiones de asilo y deportaciones, sino que acuerda también tomar en consideración, al analizar la petición de Croacia de ingresar en el Consejo de Europa, la actitud de las autoridades croatas en cuanto al reconocimiento del *status* de objetor de conciencia, el establecimiento de una prestación civil sustitutoria y la declaración de una amnistía para desertores y objetores.

Posteriormente, en 2001, el Comité Permanente, actuando por cuenta de la Asamblea Parlamentaria, adoptó la Recomendación 1518 (2001) [37], por la que instaba al Consejo de Ministros a que invitase a los Estados miembros a acomodar sus legislaciones internas en materia de objeción de conciencia al servicio militar de acuerdo con una serie de criterios. Además, en una importante iniciativa, recomendaba incorporar el derecho de objeción de conciencia al servicio militar al Convenio Europeo de Derechos Humanos por medio de un protocolo adicional que modificase los arts. 4.3.b) y 9. Por el momento, no obstante, el Consejo de Ministros ha optado por centrar sus esfuerzos en la efectiva implementación de la Recomendación R (87) 8 [38].

Por lo que nos consta, el último paso dado por el Consejo de Europa proviene de la Dirección General de Derechos Humanos, que, en junio de 2002, publicó un folleto bajo el título *Objeción de conciencia al servicio militar obligatorio,* que tiene como objeto primordial acercar esta materia tanto al público en general como a las autoridades competentes. El folleto ha sido actualizado en varias ocasiones, la última en diciembre de 2007 [39].

b) *Parlamento Europeo*

Por su parte, también el Parlamento Europeo se ha unido desde hace muchos años a los esfuerzos en favor de la objeción de conciencia al servicio militar, comenzando con dos importantes resoluciones aprobadas, respectivamente, el 7 de febrero de 1983 y el 13 de octubre de 1989. Ambas se encuentran notablemente inspiradas en los documentos emanados del Consejo de Europa que han sido citados antes. En todo caso, la Resolución de 1989 es más asistemática en su estructura, a veces menos clara en el significado de su texto, y en apariencia más radicalmente favorable a los objetores en algunos aspectos de detalle.

Entre sus principales rasgos distintivos pueden señalarse los siguientes. La objeción de conciencia al servicio militar no sólo es concebida como derecho

---

[37] Recomendación 1518 (2001), de 23 mayo 2001.

[38] Cfr. Respuesta del Consejo de Ministros a la recomendación 1518 (2001), doc. 9379 (1 marzo 2002).

[39] Dirección General de Derechos Humanos del Consejo de Europa, *Conscientious objection to compulsory military service,* diciembre 2007.

que puede ejercerse en cualquier momento, sino que se solicita la incorporación del *derecho a la prestación sustitutoria civil* al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Desde el punto de vista procedimental, se pide drásticamente que la sola declaración individual justificada se estime suficiente para que una persona sea declarada objetor. En lo concerniente al servicio civil sustitutivo, se precisa que su duración no debe ser superior a una vez y media la del servicio militar [40], y se insiste en la igualdad de retribuciones para quienes prestan servicio militar y civil. Además, reclama que el servicio civil no haya de ser de carácter necesariamente nacional, sino que pueda realizarse también en otros Estados miembros de la Comunidad o en programas de ayuda al tercer mundo desarrollados por la Comisión.

Tal vez lo más destacable de la Resolución del Parlamento Europeo de 1989 sea el hecho de que no se intenta fundamentar el derecho a la objeción de conciencia primordialmente en las libertades de pensamiento, conciencia y religión [41]. Más bien se alude genéricamente a la libertad e igualdad de todos los ciudadanos y, junto a ello, a otros factores no estrictamente vinculados a la protección de derechos fundamentales que apuntalarían la idea de diseñar una *opción* más que una propia *objeción* de conciencia. Así, se alude al hecho de que «la negativa a la prestación del servicio militar no se puede entender como una excepción de la cooperación en la defensa de la colectividad, sino como otra manera de ejercerla». Además, se menciona el proceso de integración europea, en tanto que «las diferencias existentes y las medidas de sanción que se aplican en algunos Estados miembros contra los objetores de conciencia [...] son fuentes de desigualdades en las condiciones de los Estados miembros y, por lo tanto, perjudican el proceso de integración europea». Por último, se hace también referencia al pacifismo y a la solidaridad, en la medida en que los objetores pueden contribuir con su trabajo a diversos programas de ayuda a países menos favorecidos.

---

[40] La Resolución de 1983 iba más allá y propugnaba que la duración del servicio civil no excediera de la del servicio militar.

[41] Ésa era, en cambio, la posición de la resolución del propio Parlamento Europeo de 1983, en cuyo comienzo se recordaba que «el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión es un derecho fundamental», añadiéndose a continuación que «la libertad de conciencia implica el derecho a rehusar el servicio militar con armas y a separarse del mismo por razones de conciencia». Entre la literatura jurídica relativa a los actos de las organizaciones internacionales europeas, *vid*. S. Berlingò, *Stato democratico sociale e obiezione di coscienza,* en «Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti» (a cura di B. Perrone), Milano 1992, pp. 398-402; A. Guarino, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali,* Napoli 1992, pp. 25-30; S. Rodotà, *Problemi dell'obiezione di coscienza,* en QDPE (1993/1), pp. 55 ss.; P. Trichilo, *L'obiezione di coscienza nei Paesi del Consiglio d'Europa,* en «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo» 2 (1989), pp. 81 ss.; H. Takemura, *International Human Right to Conscientious Objection…,* cit. en nota 13, pp. 83 ss.

Mencionemos también otras dos resoluciones posteriores del Parlamento Europeo, de 1993 y 1994, respectivamente.

La primera, de 11 de marzo de 1993 [42], trata el problema más general de los derechos humanos en Europa, y constituye la primera resolución que dibuja la situación existente en los países miembros de las entonces Comunidades Europeas [43]. A la objeción de conciencia se dedica un párrafo específico, que comprende los arts. 43 a 53 (la resolución tiene 120 artículos). La objeción de conciencia viene calificada como «derecho fundamental», y en consecuencia se pide su reconocimiento en el ordenamiento jurídico de todos los Estados miembros. En tal sentido, por primera vez se estigmatiza y condena de modo explícito la praxis —seguida en Grecia— de «tratar a los objetores de conciencia como criminales, y someterlos a largas penas de detención en las cárceles militares». En cuanto a la duración del servicio militar sustitutorio, se abandona el criterio de una posible mayor duración, aunque sea dentro de límites razonables (tal como se hacía en la Resolución de 1989), y se retorna al criterio de la misma duración que se había adoptado en la Resolución de 1983. En fin, y en sintonía con la nueva perspectiva detectable en las relaciones internacionales desde el final de la «guerra fría» Este-Oeste, es significativa la previsión de alternativas al servicio militar en el ámbito de programas de asistencia y de cooperación con los países del Este, y no ya sólo en el marco de programas de ayuda a los países del tercer mundo.

La segunda resolución mencionada, aprobada por el Parlamento Europeo el 19 de marzo de 1994, se refiere íntegramente a la objeción de conciencia al servicio militar [44], y es el primer documento votado sobre el tema después de la entrada en vigor del tratado de Maastricht (1 de noviembre de 1993), que a su vez mencionaba desde una nueva perspectiva —respecto a los tratados de Roma de 1957— el tema de los derechos humanos en el ámbito de la Unión Europea [45], que terminaría por conducir a la actual Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. En dicha resolución se reitera la condena de los Estados en los que los objetores son sometidos a encarcelamiento, y se pide en particular al gobierno griego que adopte urgentemente las medidas necesarias para acomodarse a los principios que la misma resolución enuncia. Se propone la creación de un servicio civil europeo, abierto tanto a los objetores como a los voluntarios de los Estados miembros, y la elaboración de un programa de intercambios que permitan efectuar el servicio civil alternativo (nótese el empleo

---

[42] Cfr. *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee,* n. C 115, de 26 abril 1993, pp. 178 ss.
[43] Cfr. S. Biesemans, *L'obiezione di coscienza in Europa,* cit. en nota 29, p. 44.
[44] Cfr. *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee,* n. C 44, de 14 febrero 1994, pp. 103 ss.
[45] *Vid*. n. 5 de la resolución, en relación con el art. F.2 del tratado.

del término *alternativo,* en lugar de *sustitutivo*) en un Estado diverso del propio, incluso sin el deber de reciprocidad, así como en un país del tercer mundo en el marco de la cooperación internacional. Se renueva la petición de incorporar el derecho a la objeción de conciencia a un protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y se reclama que la objeción de conciencia sea reconocida como derecho fundamental también en los países miembros de la Unión Europea que no posean el servicio militar obligatorio.

c) *La jurisprudencia de Estrasburgo*

A pesar de las actuaciones anteriormente descritas del Consejo de Europa, y debido principalmente a la falta de reconocimiento explícito del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar en el CEDH, la posición de la jurisprudencia que ha aplicado el Convenio —principalmente de la Comisión Europea de Derechos Humanos— ha sido más bien restrictiva respecto a la protección de los objetores, si bien en fechas recientes el Tribunal ha mostrado indicios que podrían anticipar una evolución en su hasta ahora casi monolítica postura [46].

Hasta su desaparición en 1998, y a partir del caso *Grandrath* [47], en 1966, la Comisión rechazó todas las reclamaciones en esta materia, ya fueran de objeción contra el servicio militar o contra el servicio civil sustitutivo, desde la óptica de una interpretación formalista del art. 9 CEDH, a la luz del art. 4.3.b) CEDH. Fundándose en que este último artículo contempla específicamente la situación (no se considera trabajo forzoso el servicio militar obligatorio o el servicio militar sustitutivo [48]), la Comisión se limitaba a subrayar que el Convenio no reconoce derecho alguno a los objetores y que, por tanto, los Estados están legitimados para regular las consecuencias jurídicas de este tipo de objeción en la manera que entiendan oportuna, incluida la posibilidad de castigar a quienes rehúsen cumplir el servicio, militar o civil, legalmente impuesto. Las demandas presentadas en ese sentido fueron siempre declaradas inadmisibles [49].

---

[46] *Vid*. C. Evans, *Freedom of religion under the European Convention on Human Rights,* Nueva York 2001, pp. 170-179; H. Takemura, *International Human Right to Conscientious Objection…,* cit. en nota 13, pp. 96 ss. En España, M. Alenda Salinas, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la objeción de conciencia al servicio militar: ¿inmovilismo o falta de cobertura legal?,* en RGDCDEE 22 (2010), pp. 1-19.

[47] Cfr. Informe de la Comisión sobre la solicitud n. 2299/64, en «Yearbook of the European Convention on Human Rights» 10, pp. 626 ss.

[48] *Vid. supra,* nota 23 de este capítulo.

[49] Cfr., por ejemplo, las decisiones sobre la admisibilidad de los recursos 5591/72, 7548/76, 7565/76, 7705/76, 10410/83, 10600/83, 10640/83, 11595/85, 13872/88 y 14079/88, 17086/90, 17559/90, 16960/90, 16345/90, 18206/91, 17889/91, 22793/93 y 24630/94; así como la bibliografía reseñada en las notas 46 y 50.

Aclaremos que el caso *Grandrath* [50] contemplaba no una denegación directa del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, sino una cuestión relativa al principio de igualdad en materia de servicio civil sustitutorio. Es decir, se trataba de un caso relacionado con el art. 14 CEDH en conexión con el art. 9 CEDH. El demandante era un ciudadano alemán, ministro de los Testigos de Jehová, que pretendía se le reconociera el derecho a ser eximido del servicio civil sustitutivo del militar, en virtud de la incompatibilidad de ese servicio con sus convicciones religiosas: habiendo sido dispensado de la obligación del servicio militar y llamado a prestar el servicio civil previsto por la ley alemana, rehusó cumplir este último y fue condenado a seis meses de cárcel. La demanda fue declarada admisible, no tanto por considerar que el Convenio garantizara un derecho a la objeción de conciencia contra la realización de servicios obligatorios —militares o civiles—, cuanto por los problemas que se planteaban en torno a la igualdad de tratamiento jurídico a las distintas confesiones religiosas en el derecho alemán, que preveía la exoneración de toda clase de servicio sólo a los ministros de culto de ciertas iglesias. En concreto, la ley eximía expresamente a los ministros de culto evangélicos y católicos, y también a los ministros de otras confesiones que desempeñaran una función equivalente y cuya ocupación principal fuera su oficio religioso [51].

La Comisión anticiparía en este caso la doctrina sobre el principio de igualdad que muy poco después adoptaría el Tribunal y que ha permanecido virtualmente inalterada hasta hoy [52]. En su preceptivo informe, tras examinar la ley alemana, llegaba a la conclusión de que la distinción llevada a cabo por la legislación tenía una justificación objetiva y razonable (la diversa intensidad de dedicación al ministerio), y perseguía un fin legítimo con la debida proporcionalidad de medios (facilitar la atención religiosa de los ciudadanos, al tiempo que

---

[50] *Vid*. al respecto J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La objeción de conciencia en el derecho internacional,* cit. en nota 19, pp. 180 ss.; S. BERLINGÒ, *Stato democratico e sociale e obiezione di coscienza: profili di diritto comparato,* cit. en nota 41, pp. 398 ss.; y C. MORVIDUCCI, *La protezione della libertà religiosa nel sistema del Consiglio d'Europa,* en el volumen colectivo «La tutela della libertà religiosa nel diritto internazionale» (a cura di S. Ferrari & T. Scovazzi), Padova 1988, pp. 47 ss.

[51] La *Wehrpflichtgesetz* alemana, según la reforma experimentada en 1962, excluía de todo servicio a los ministros evangélicos, a los clérigos católicos desde el subdiaconado, y también a los ministros de otras confesiones cuya ocupación principal fuera su oficio religioso y cuya función religiosa fuera equiparable a la de los anteriores. En el caso de Albert Grandrath, las autoridades alemanas consideraron que no se daban esas condiciones. Cfr. Dec. Adm. 2299/64, en «Yearbook of the European Convention on Human Rights» 8, pp. 324 ss., y Rep. Com. 2299/64, en «Yearbook of the European Convention on Human Rights» 10, pp. 626 ss.

[52] La doctrina sobre el principio de igualdad formulada por la Comisión en su informe sobre el caso *Grandrath* sería año y medio más tarde enunciada por el Tribunal en el llamado *caso lingüístico belga* (23 julio 1968) y ha influido notablemente en los tribunales constitucionales europeos, incluido el español.

velaba por los intereses de la defensa nacional evitando un número excesivo de exenciones). Y comprobaba, además, que la denegación de dispensa en este caso respondía a una correcta aplicación de la norma: se trataba de un testigo de Jehová cuya ocupación principal, en el sentido de la ley, no era su ministerio —trabajaba como pintor a tiempo completo— y cuya función religiosa —director de estudios bíblicos— tampoco resultaba equiparable a la de los ministros expresamente eximidos por la legislación [53].

Pese a la persistencia de la Comisión en negar que el art. 9 CEDH reconozca derecho alguno a la objeción al servicio militar, interpretándolo a la luz del art. 4.3.b) CEDH, la jurisprudencia posterior del Tribunal Europeo ha logrado corregir sus efectos notoriamente injustos para los objetores sometidos a penas de prisión, sin modificar formalmente la doctrina *Grandrath* en materia de igualdad —aunque claramente abandonándola en la práctica, como lo corrobora su ausencia de citas en esos casos.

Así, en *Tsirlis y Kouloumpas* [54], en 1997, el TEDH reconocería la ilegitimidad del arresto que habían sufrido dos testigos de Jehová en Grecia por su oposición a incorporarse al ejército. Los demandantes alegaban que, siendo ministros de su religión, tenían derecho a quedar exentos del servicio militar, tal como disponía la ley griega respecto a los ministros de las «religiones conocidas». La argumentación, sin embargo, se centraba en el art. 5 CEDH (derecho a la libertad y seguridad) y no en el art. 9 CEDH, sobre el que el Tribunal evitaba pronunciarse. En concreto, la sentencia afirmaba que la detención de los demandantes había sido injusta, teniendo en cuenta que, no siendo cuestionada la condición de ministros de los Testigos de Jehová de los actores, la Suprema Corte Administrativa de Grecia había aceptado que esa confesión era una «religión conocida» a efectos legales, lo cual había sido ignorado abiertamente por las autoridades militares responsables de su proceso y ulterior encarcelamiento.

Casos análogos más recientes han sido resueltos por el Tribunal de igual manera, pero dando un paso adelante en la protección de la libertad de conciencia, al afirmar inequívocamente la conexión existente entre la tutela de los objetores al servicio militar y el art. 9 CEDH. Así, en tres casos recientes contra Austria —*Löffelmann, Gütl* y *Lang* [55]—, el TEDH declaró que los demandantes tenían derecho a ser eximidos de todo servicio militar, sobre la base de la inter-

---

[53] El caso, por lo demás, no sería deferido al Tribunal, sino decidido por el Comité de Ministros, desestimando la demanda de Grandrath, en conformidad con el dictamen de la Comisión.

[54] *Tsirlis y Kouloumpas c. Grecia,* 29 mayo 1997.

[55] *Löffelmann c. Austria,* 12 marzo 2009; *Gütl c. Austria,* 12 marzo 2009; y *Lang c. Austria,* 19 marzo 2009.

pretación de la ley austríaca sobre confesiones religiosas y sobre servicio militar en clave de no discriminación, y en aplicación, por tanto, del art. 9 CEDH en relación con el art. 14 CEDH (principio de igualdad). En los tres casos se trataba de testigos de Jehová que, como en *Tsirlis y Kouloumpas,* alegaban su derecho a ser eximidos del servicio militar —sin el deber de prestar servicio civil sustitutorio— en igualdad de condiciones con los ministros de las demás religiones que habían sido aceptadas en el derecho austríaco como «sociedades religiosas» *(Religionsgesellschaften)*; según ellos, su función era similar a la de esos ministros, y su confesión religiosa también era equiparable. La sentencia les dio la razón, habida cuenta de que, en 2008, el propio Tribunal Europeo había resuelto en favor de los Testigos de Jehová cuando reclamaban precisamente su derecho a acceder al estatuto jurídico de «sociedad religiosa», y no simplemente de «comunidad religiosa», en el derecho austríaco [56]. Si el estatus de la confesión de los demandantes ante la ley austríaca era comparable al de otras religiones tradicionales, concluía la sentencia, también habían de serlo sus consecuencias respecto a la exención del servicio militar prevista para sus ministros de culto.

Como se ve, el planteamiento del Tribunal en esas sentencias ha girado en torno a la no discriminación por razones religiosas; es decir, la argumentación de *Grandrath,* pero aplicada a la inversa. Presupuesto imprescindible es, por ello, que la situación de la religión de los reclamantes sea comparable a la de aquellas religiones cuyos ministros están exentos de obligaciones militares. De ahí que, cuando esa situación no puede probarse, la respuesta del TEDH sea negativa. Así sucedía en otro caso reciente, *Koppi* [57], también contra Austria, cuyo protagonista era miembro de una comunidad evangélica *(Bund Evangelikaler Gemeinden in Österreich)* que se dedicaba principalmente a tareas de formación de la juventud y predicación. Había sido aceptado como objetor, pero no se le había eximido de todo servicio sustitutorio, pues su iglesia sólo tenía reconocida personalidad jurídica como «comunidad religiosa» y ni siquiera había solicitado su reconocimiento como «sociedad religiosa». Esto confirma que el Tribunal no está dispuesto a revocar la doctrina precedente de la Comisión sobre la interpretación del art. 9 CEDH a la luz del art. 4.3.b) CEDH, sino solamente a paliar sus efectos cuando puede encontrar argumentos colaterales.

No obstante esa reticencia de la jurisdicción de Estrasburgo a aceptar que el Convenio Europeo implique para los Estados obligación alguna de garantizar el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, señalemos que el TEDH ya había admitido, antes de los casos decididos en 2009, la indudable conexión

---

[56] Se trata de la sentencia *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas y otros c. Austria,* 31 julio 2008.

[57] *Koppi c. Austria,* 10 diciembre 2009.

que existe entre ese tipo de objeción y los derechos garantizados por el art. 9 CEDH. Y lo ha hecho precisamente a propósito de otra interpretación del principio de igualdad: en este caso, para indicar que dicho principio puede resultar quebrantado, no sólo cuando el ordenamiento jurídico trata desigualmente situaciones esencialmente iguales, sino también cuando se tratan de manera igual situaciones desiguales.

Nos referimos al caso *Thlimmenos* [58], cuyo protagonista era un testigo de Jehová que había sido condenado por insubordinación, en 1983, por rehusar cumplir el servicio militar no armado, en un momento de movilización general, por causa de sus creencias religiosas. Sentenciado a cuatro años de prisión, fue puesto en libertad condicional tras cumplir dos años de condena. En 1988, se presentó a un concurso público para auditor contable, una profesión liberal que, en Grecia, hasta 1993, sólo podía ser ejercida por quienes reunían los requisitos necesarios para ser funcionario público y habían sido admitidos en la Cámara de Auditores Contables. El demandante superó el examen, ocupando el segundo lugar entre sesenta candidatos, pero el Comité Ejecutivo de la Cámara de Auditores Contables rehusó su nombramiento porque, según la ley, una condena penal por delito descalificaba para la función pública. El TEDH estimó que el Estado griego había infringido el art. 14 CEDH en conjunción con el art. 9 CEDH, no tanto por la actuación de las autoridades correspondientes, las cuales debían aplicar la ley vigente y denegar el nombramiento del solicitante, sino porque la propia legislación no había realizado ciertas distinciones que eran necesarias. A este propósito, el hecho de que la negativa al servicio militar estuviera motivada por creencias religiosas constituía un importante factor de diferenciación cuando la ley determinaba las consecuencias de una condena penal.

Se refería el Tribunal Europeo, naturalmente, a la legislación que regulaba el acceso a la función pública, y no a la legislación griega sobre servicio militar, sobre la que no se formulaba expresamente un juicio de valor contrario. A la vista de que la condena penal del demandante se debía al libre ejercicio de su religión, el ordenamiento griego carecía de una «justificación objetiva y razonable» para no aplicarle una regla distinta de la que era generalmente aplicable a quienes han sido condenados penalmente por un delito. Además, en ese contexto, su exclusión de la profesión de auditor contable no perseguía fin legítimo alguno. Según el Tribunal, el art. 14 CEDH no sólo resulta vulnerado cuando los Estados tratan a las personas de manera diferente en situaciones análogas sin proporcionar una justificación objetiva y razonable, sino también cuando se produce la situación inversa: es decir, cuando, sin justificación objetiva y razona-

---

[58] *Thlimmenos c. Grecia,* 6 abril 2000.

ble, se deja de tratar de manera diferente a personas cuyas situaciones son notablemente diversas [59].

Si el caso *Thlimmenos* introdujo una nueva interpretación del principio de igualdad, el caso *Ülke* [60] sirvió, unos años después, para limitar el margen de acción que el CEDH reconoce a los Estados para regular las consecuencias jurídicas de la objeción de conciencia, aunque por una vía que le permitía no contradecir la anterior jurisprudencia de la Comisión respecto a la conexión entre los arts. 4.3.b) y 9 CEDH. El actor era un ciudadano turco objetor de conciencia, de convicciones contrarias al uso de la violencia —era miembro activo de una organización pacifista—, que había sido sentenciado nueve veces a penas de prisión por diversos actos de objeción a la prestación del servicio militar; llegó a ser encarcelado en ocho ocasiones y pasó 701 días en una prisión militar. El Tribunal, pese a que en la decisión sobre la admisibilidad del caso incluyó la alegada vulneración del art. 9 CEDH, en la sentencia se limitó a examinar el caso a la luz del art. 3 CEDH (que prohíbe tanto la tortura como las penas y tratos inhumanos o degradantes). La Sala entendía que el trato infligido al actor, por su gravedad y reiteración, le había causado un sufrimiento y un severo dolor que van más allá del elemento normal de humillación inherente a cualquier condena penal o encarcelamiento, por lo que la actuación del Estado turco podía en rigor calificarse como de trato denigrante contrario al art. 3 CEDH [61].

Con posterioridad, el Tribunal Europeo ha vuelto sobre la objeción al servicio militar en el caso *Bayatyan* [62]. El reclamante era el ciudadano armenio V. Bayatyan, testigo de Jehová, quien, tras ser declarado hábil para el servicio militar, comunicó a las autoridades nacionales pertinentes su objeción de conciencia por motivos religiosos, a la vez que manifestó su disponibilidad para efectuar un servicio civil alternativo. Tras su arresto en septiembre de 2002 fue condenado a prisión y cumplió parte de su condena, a pesar de que, en mayo de 2000, Armenia, en pleno proceso de admisión al Consejo de Europa, había declarado unilateralmente su intención de promulgar —en el plazo de tres años desde su incorporación— una ley que regulase un servicio civil sustitutorio, así como de conceder mientras tanto una amnistía a los objetores condenados a penas de prisión, a la espera de que realizasen la prestación sustitutoria una vez la prometida ley entrara en vigor. El actor alegó que su condena vulneraba su libertad de pensamiento y conciencia y, por lo tanto, el art. 9 CEDH. Hasta

---

[59] «[T]he right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different» (*ibid*., § 44).

[60] *Ülke c. Turquía,* 24 enero 2006.

[61] *Ülke c. Turquía,* § 63.

[62] *Bayatyan c. Armenia,* 27 octubre 2009.

aquí nada nuevo. La novedad consistía en que el reclamante, a la vista de la Recomendación 1518 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa [63], del Tratado de Roma de 2004 por el que se establecía una Constitución para Europa, y de la constatación de que el derecho de objeción de conciencia había sido reconocido y desarrollado en Estados miembros del Consejo de Europa, solicitaba una revisión de la anterior jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal en la materia. Esta revisión la solicita invocando la doctrina de que el Convenio Europeo es un «instrumento vivo» cuyas disposiciones han de ser interpretadas a la luz de las normas y estándares legales vigentes. Es esta argumentación la que impulsaba al TEDH a admitir la demanda y entrar a conocer del fondo del asunto en lo que a la vulneración del art. 9 CEDH se refiere.

Las expectativas generadas por la admisión de la demanda del caso *Bayatyan* respecto a un cambio de tendencia en el Tribunal, no obstante, se vieron inicialmente frustradas por la sentencia de Sala, que reafirmó, por seis votos a uno, la línea jurisprudencial mantenida por la Comisión en su día. La sentencia recordaba que no pueden obviarse las disposiciones del art. 4.3.b) CEDH, que deja al arbitrio de los Estados la decisión de reconocer el derecho a la objeción de conciencia. Y añadía que el hecho de que la mayoría de los Estados miembros hayan desarrollado en sus legislaciones internas este derecho no puede servir como argumento para entender que los Estados que hayan obrado de otra manera estén violando las obligaciones del Convenio. Por ello, concluía el Tribunal, el art. 9 CEDH, a la luz del art. 4.3.b) CEDH, no garantiza un derecho a rechazar la realización del servicio militar por motivos de conciencia [64]. Al voto de la mayoría se opuso, sin embargo, una opinión discrepante [65], en la que, a la luz de la doctrina del «instrumento vivo», se alegaba que el art. 4.3.b) CEDH, en el que ni se reconoce ni se excluye la existencia de un derecho a la objeción de conciencia, no puede servir de «carta blanca» a los Estados para establecer cualesquiera medidas aplicables a los objetores de conciencia. Al contrario, en aplicación de la doctrina general sobre limitaciones a las libertades, cualquier injerencia en los derechos reconocidos por el art. 9 CEDH, incluido el derecho a manifestar las propias creencias, debe ser justificada y proporcionada, sin que Armenia haya sido capaz de argumentar satisfactoriamente la necesidad de las medidas adoptadas contra el demandante.

Veinte meses después, la *Grand Chamber* del Tribunal Europeo se ha pronunciado en apelación sobre el caso *Bayatyan* [66], acogiendo sustancialmente el análisis que la juez discrepante había realizado respecto a la decisión de sala. En esta nue-

---

[63] Cfr. *supra,* notas 37-38 de este capítulo y texto correspondiente.
[64] *Bayatyan c. Armenia,* § 63.
[65] De la Juez Ann Power, de Irlanda.
[66] *Bayatyan c. Armenia* (Grand Chamber), 7 julio 2011.

va sentencia, el TEDH, aplicando la doctrina del Convenio Europeo como «instrumento vivo», abandonaba explícitamente la precedente jurisprudencia en materia de objeción al servicio militar. Esa jurisprudencia, recuérdese, interpretaba la libertad de conciencia a la luz del art. 4.3.b) CEDH, y afirmaba que, al no considerarse «trabajo forzado u obligatorio» ni el servicio militar ni el servicio civil sustitutivo que se estableciera en su caso [67], el art. 9 CEDH no ofrecía protección alguna a quienes alegaran objeción de conciencia frente a esos deberes impuestos por la ley. En *Bayatyan*, la Gran Cámara se aparta por fin de ese poco persuasivo razonamiento, y afirma con rotundidad que el art. 4 CEDH no tiene por objeto ni restringir ni matizar el ámbito de los derechos protegidos por el art. 9 CEDH, y que eso resulta aún más patente cuando se observa cómo ha evolucionado de la tutela de la objeción de conciencia en el Consejo de Europa [68]. Por tanto, el Tribunal Europeo procedió a enjuiciar la situación desde la exclusiva perspectiva del art. 9 CEDH, y dictó sentencia a favor del demandante.

Dos de los argumentos utilizados por el Tribunal nos resultan de particular interés aquí, porque su influencia futura podría desbordar ampliamente las fronteras de la objeción militar. En primer lugar, a pesar de que el art. 9 CEDH no menciona específicamente la objeción de conciencia, la libertad de conciencia se encuentra protegida por dicho artículo cuanto se produce un «conflicto grave e ineludible» con obligaciones legalmente establecidas y está fundado en «una convicción o creencia de suficiente imperatividad, gravedad, coherencia e importancia». [69] En segundo lugar, las penas impuestas al demandante no pueden considerarse una medida «necesaria en una sociedad democrática», particularmente teniendo en cuenta que había otras alternativas para acomodar los respectivos intereses opuestos del Estado y del objetor [70]. El TEDH refería esos ar-

---

[67] «*Artículo 4 - Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado.*— 1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.— 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.— 3. No se considera como "trabajo forzado u obligatorio" en el sentido del presente artículo: [...] b) todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio».

[68] Cfr. especialmente *Bayatyan* (Grand Chamber), §§ 100-103.

[69] «[...] the Court notes that Article 9 does not explicitly refer to a right to conscientious objection. However, it considers that opposition to military service, where it is motivated by a serious and insurmountable conflict between the obligation to serve in the army and a person's conscience or his deeply and genuinely held religious or other beliefs, constitutes a conviction or belief of sufficient cogency, seriousness, cohesion and importance to attract the guarantees of Article 9» (*ibid.,* § 110).

[70] «Thus, the system existing at the material time imposed on citizens an obligation which had potentially serious implications for conscientious objectors while failing to allow any conscience-based exceptions and penalising those who, like the applicant, refused to perform military service. In the Court's opinion, such a system failed to strike a fair balance between the interests of society as a whole and those of the applicant. It therefore considers that the imposition

gumentos a la concreta situación de un objetor al servicio militar, pero no cabe duda de que son aplicables a los demás tipos de conflicto entre conciencia individual y obligaciones impuestas por una ley «neutral», siempre que se trate de deberes morales que tengan su raíz en una convicción lo suficientemente «imperativa, grave, coherente e importante». Sería desde luego insostenible afirmar que el razonamiento del Tribunal Europeo sólo resulta válido para la objeción al servicio militar o para aquellas convicciones que el Tribunal pueda designar en el futuro como «merecedoras» de la protección cualificada que ofrece el art. 9 CEDH. Entre otras razones, porque el propio Tribunal ha declarado reiteradas veces que los Estados carecen de competencia para pronunciarse sobre la legitimidad de las creencias y de los medios que los ciudadanos eligen para manifestarlas [71]: si los Estados no pueden realizar esa clase de juicios de valor, mucho menos puede el Tribunal Europeo. El factor clave no es la simpatía o aquiescencia de la Corte, sino la comprobación de que se trata, en efecto, de un serio conflicto de conciencia basado en genuinas creencias —religiosas o no— que se traducen en obligaciones morales imperativas para el objetor.

## 3. Derecho comparado

Las legislaciones y la jurisprudencia extranjera muestran un auténtico mosaico de soluciones ante esta objeción de conciencia. No hay que olvidar que, como vimos, los documentos internacionales, aun siendo claramente favorables, no llegan a calificar de modo definitivo a la misma como un derecho fundamental alegable y tutelable en todos los supuestos. Así las cosas, sinteticemos las principales regulaciones normativas [72].

---

of a penalty on the applicant, in circumstances where no allowances were made for the exigencies of his conscience and beliefs, could not be considered a measure necessary in a democratic society. Still less can it be seen as necessary taking into account that there existed viable and effective alternatives capable of accommodating the competing interests, as demonstrated by the experience of the overwhelming majority of the European States.» (*ibid.,* § 125).

[71] «... the right to freedom of religion as guaranteed under the Convention excludes any discretion on the part of the State to determine whether religious beliefs or the means used to express such beliefs are legitimate» (*Manoussakis c. Grecia,* 26 septiembre 1996, § 47; *Hasan and Chaush c. Bulgaria,* 26 octubre 2000, § 78).

[72] Un panorama más completo puede cotejarse en: R. Bertolino, *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei,* Torino 1967; F. Amérigo, *La objeción de conciencia al servicio militar,* en «Anuario de Derechos Humanos» (1985), pp. 30 ss.; G. Landrove, *Objeción de conciencia, insumisión…,* cit. en nota 22, pp. 37-42; A. Millán Garrido, *La objeción de conciencia,* Madrid, 1990; J. Camarasa, *Servicio militar…,* cit. en nota 22, pp. 19 ss.; G. Bognetti, *Obiezione di coscienza. Profili comparatistici,* en *Enciclopedia giuridica,* XXI, Roma 1990; S. Berlingò, *Stato democratico sociale e obiezione di coscienza…,* cit. en nota 41; S. Biesemans, *L'obiezione di coscienza in Europa,* cit. en nota 29; G. Escobar Roca, *La objeción de conciencia…,* cit. en nota 6, pp. 93 ss. En Internet, una fuente fiable de información es la *World Survey of Conscription and Conscientious Objection to Mili-*

Aunque con matices distintos en cada país, a nivel constitucional esta clase de objeción de conciencia es reconocida dentro del marco europeo en países como Alemania, Austria, Bielorrusia, Croacia, Chipre, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Holanda, Hungría, Lituania, Malta, Polonia, Portugal, Rusia y Suiza, además de España [73]. Los restantes ordenamientos que la admiten lo hacen a través de legislación ordinaria, aunque con formulaciones muy diferentes [74].

Circunscribiéndonos a Europa, la mayoría de legislaciones admiten, con diversos términos, motivaciones muy amplias. Así, la legislación de Alemania habla de «motivos de conciencia»; Suecia: «profundas convicciones personales»; Rusia: «convicciones o creencias religiosas»; o Austria: «razones graves y fidedignas de conciencia». Con otra terminología se expresan Estonia («motivos religiosos o morales»); Finlandia («motivos éticos o religiosos»), Portugal («motivos religiosos, morales, humanitarios o filosóficos»), y, algo más restrictivamente, Grecia («creencias religiosas o ideológicas»).

En algunos países el reconocimiento de la objeción es calificado de *absoluto:* es decir, siempre se prevé para el objetor la posibilidad de cumplir un servicio sustitutorio civil, independiente de las estructuras militares (Noruega, Alemania, Austria o Dinamarca). En otros, el reconocimiento es *relativo,* al no especificarse, como en Bielorrusia y Estonia, si el servicio sustitutorio debe tener carácter civil o no. En algunos sistemas, como Finlandia, sólo se reconoce la posibilidad de objetar en tiempo de paz, mientras que en otros, como Austria, también en tiempo de guerra.

Respecto al plazo hábil para presentar la solicitud de reconocimiento de la condición de objetor, normalmente la demanda de objeción únicamente se declara admisible antes de la incorporación a filas (Grecia) y, en algunos supuestos,

---

*tary Service,* de la organización *War Resisters' International:* http://www.wri-irg.org/es/programmes/world_survey (visitado 30 septiembre 2010).

[73] En los ordenamientos de América del Sur, ha sido reconocida por las constituciones de Brasil (art. 143, Constitución de 1988) y Paraguay (art. 129, Constitución de 1992). Cfr. J. Camarasa, *Servicio militar…,* cit. en la nota anterior, p. 24; también J.G. Navarro Floria, *El derecho a la objeción de conciencia,* Buenos Aires 2004, pp. 56 ss.

[74] En los últimos años, varios países europeos, además de España, han suspendido la obligación del servicio militar, de manera que la objeción de conciencia ha adoptado un perfil muy diferente, como veremos al final de este capítulo. Entre esos países están Bélgica, Francia, Holanda, Italia y Portugal. La suspensión del servicio militar obligatorio en Italia ha terminado con la anómala situación de una ley, de 1972, que había sido profundamente modificada por varias sentencias de la Corte Constitucional. *Vid*. al respecto A. Albisetti, *La Corte costituzionale e l'obiezione di coscienza,* en «L'obiezione di coscienza tra tutela...», cit. en nota 3, pp. 143 ss.; G. Pastori, *L'obiezione di coscienza nell'ordinamento italiano,* en «Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza», cit. en nota 41, pp. 146 ss.; y V. Turchi, *L'obiezione di coscienza al servizio militare. Diritto italiano,* dentro de R. Navarro-Valls & J. Martínez-Torrón, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato,* Torino 1995, pp. 71 ss.

también durante la llamada situación de reserva (Austria, Dinamarca). Sin embargo, algunos países (Suiza, Noruega, Alemania) admiten la llamada objeción de conciencia sobrevenida, es decir, la planteada una vez que la persona se ha incorporado a filas y está prestando el servicio militar.

En lo que concierne al órgano competente para resolver las solicitudes planteadas, y sin perjuicio del régimen de recursos que en cada caso proceda, a veces es de naturaleza militar (Austria, Suiza). En la mayoría de los sistemas, sin embargo, la competencia se atribuye a una comisión que actúa como órgano de la administración civil, presidida por un magistrado, autoridad o funcionario público, y cuyas decisiones vienen precedidas de informe de las instituciones interesadas (Ministerio de Defensa, iglesias, etc.). Tal es el caso de Noruega.

En fin, también la duración del servicio social o civil sustitutorio que debe realizar el objetor es variable. Algunos países (Dinamarca, Alemania) prevén un tiempo idéntico al de duración del servicio militar normal. Otros, sin embargo, establecen una duración superior que oscila desde los diecisiete meses de la legislación griega o los trece de la noruega o finlandesa, a los seis del ordenamiento sueco. La cuestión de la duración tiene interés desde la perspectiva del principio de igualdad: para algunos supone un trato discriminatorio de los objetores, mientras que para otros constituye una medida para evitar el fraude de ley —la pseudo-objeción— que no lesiona el principio de igualdad jurídica en la medida en que el servicio militar suele ser más gravoso, como prestación personal, que el servicio civil [75].

Para concluir, conviene hacer referencia a dos singulares manifestaciones de la objeción de conciencia: la denominada objeción de conciencia *total* (o «insumisión», en España), y la llamada objeción de conciencia por lesión *relativa* de las propias convicciones.

---

[75] Este último planteamiento está presente en la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano *Johnson v. Robison,* 415 U.S. 361 (1974); *vid*. sobre el tema J. Martínez-Torrón, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano,* en ADEE 1 (1985), pp. 427-428. El primer planteamiento, en cambio, inspiraba una sentencia de la Corte Constitucional italiana, de 19 julio 1989, que declaraba inconstitucional la duración del servicio civil, superior en ocho meses, establecida por la antigua legislación italiana; consideraba la Corte que esa «penalización» implicaba una injustificable discriminación para los objetores. Un análisis de esta sentencia puede verse en M. López Alarcón, *La duración del servicio civil que debe cumplir el objetor de conciencia,* en «La objeción de conciencia en el derecho español e italiano», Murcia 1990, pp. 149 y ss.; N. Montesinos, *Italia 1972-1991: dos leyes, un debate parlamentario y varias decisiones jurisprudenciales,* en «La objeción de conciencia. Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado» (coord. por V. Guitarte y J. Escrivá), Valencia 1993, pp. 466 ss. *Vid*. también algunas de las notas a esa sentencia que se encuentran en la bibliografía italiana: por ejemplo, R. Messina, *Ancora giustizia per gli obiettori di coscienza,* en «Foro italiano» 115 (1990), I, col. 36 ss.; M. D'Amico, *Una decisione sull'obiezione di coscienza fra tematiche processuali e scelte di merito,* en «Giurisprudenza costituzionale» 34 (1989), I, pp. 2173 ss.

La primera es la forma más radical de objeción de conciencia: el objetor total, o «insumiso», no sólo se niega a realizar el servicio militar, sino también su alternativa que es el servicio social sustitutorio. Las legislaciones extranjeras muestran que tales comportamientos suelen ser sancionados, incluso en los supuestos en que la objeción de conciencia está garantizada constitucionalmente. Así, Finlandia sanciona con pena de prisión, que no puede exceder de los seis meses, al objetor que intencionadamente no se presente a la realización del servicio sustitutorio. Por su parte, la ley noruega dispone que la negativa a cumplir el servicio civil puede ser castigada con pena de multa o de prisión de hasta tres meses; además, el objetor puede ser confinado en un campo o institución dependiente de la administración penitenciaria para cumplir la parte de servicio civil que le reste. No obstante lo anterior, algún país reconoce indirectamente una cierta protección a los insumisos. El caso más claro es el de la legislación sueca, que exime de todo servicio —militar y civil— a los miembros de aquellas confesiones religiosas que presumiblemente rehusarán cumplir cualquier clase de servicio obligatorio (así dice literalmente la ley; en la práctica se aplica solamente a los testigos de Jehová) [76].

Y en lo que respecta a la objeción de conciencia relativa, ha sido la jurisprudencia norteamericana la que fundamentalmente ha contemplado estos supuestos, en los que la disponibilidad para tomar las armas no es propiamente impuesta, sino erigida en condición para obtener un beneficio o cargo público. El caso típico es el de aquéllos que veían rechazada su solicitud de nacionalización en los Estados Unidos a causa de sus convicciones pacifistas: no estaban en situación de suscribir el juramento de defender el país contra todo enemigo interior o exterior, lo cual resultaba condición necesaria —de acuerdo con la *Naturalization Act* de 1906— para obtener la ciudadanía estadounidense. Durante años, el Tribunal Supremo había interpretado el texto del juramento como inclusivo de la disponibilidad para intervenir activamente, con las armas, en un hipotético conflicto bélico. Sin embargo, en 1946 (caso *Girouard*), la jurisprudencia cambió completamente de rumbo con ocasión del recurso de un adventista del séptimo día que admitía la posibilidad de servir en el ejército pero rehusaba absolutamente el manejo de armas [77].

---

[76] Tal disposición ha provocado algún recurso —resuelto negativamente— ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, alegando que se violaba el principio de igualdad: se trataba de un periodista involucrado activamente en iniciativas pacifistas [*vid*. Dec. Adm. n. 10410/83, en D & R 40, pp. 203 ss., y un comentario a la misma en J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea,* en ADEE 9 (1993), p. 73].

[77] Sentencia *Girouard v. United States,* 328 U.S. 61 (1946). Hasta el año 1946 los pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo norteamericano ante la objeción relativa fueron todos negativos, tanto en la vertiente de nacionalizaciones —*United States v. Schwimmer,* 279 U.S. 644 (1929); *United States v. Bland,* 283 U.S. 636 (1931); *United States v. Macintosh,* 283 U.S. 605

Lo que no nos consta que haya sido admitido por ningún ordenamiento es el supuesto de objeción de conciencia *selectiva,* es decir, contra una guerra particular. Es más, hay casos de expreso rechazo. Así, la propia jurisprudencia norteamericana, en el caso *Gillette,* en 1971, entendió que la protección constitucional de la libertad religiosa no llegaba hasta el extremo de entender legítima la objeción a participar en la guerra del Vietnam [78]. Los demandantes eran personas con sinceras convicciones de conciencia contra esa guerra [79], y pretendían acogerse a la exención de los objetores de conciencia prevista en la *Military Selective Service Act* de 1967, alegando que interpretar esa exención como aplicable solamente a quienes objetaban contra toda clase de guerra iba contra las dos «cláusulas religiosas» de la primera enmienda constitucional: la garantía de la libertad religiosa y la separación entre religión y Estado. El Tribunal Supremo rechazó su petición, indicando que admitir la operatividad de la oposición a una guerra concreta tropezaba con dos obstáculos de relieve. Por un lado, se dificultaría notablemente la tarea de definir qué clase de convicciones revisten la necesaria profundidad —por fundarse en graves imperativos de conciencia— como para conceder la exención del servicio armado. Además, esta clase de objeciones implica un juicio personal de valor en el que las motivaciones de conciencia se entremezclan fácilmente con otras consideraciones, sobre todo las de carácter político, sociológico o económico, que el propio gobierno ha evaluado antes de tomar la decisión de involucrarse en un conflicto armado. Dar vía libre a tal posibilidad podría conducir a que los tribunales realizaran una compleja indagación de los motivos reales de la objeción, con el riesgo de acabar en una valoración subjetiva de las creencias personales, y de crear una apariencia de arbitrariedad en la selección de reclutas, lo cual minaría el espíritu de público servicio que debe impregnar las prestaciones militares de los ciudadanos. El interés del Estado en garantizar un adecuado sistema de selección de reclutas, por tanto,

---

(1931)— como en otros ámbito, en concreto la enseñanza universitaria —*Hamilton v. Board of Regents,* 293 U.S. 245 (1934)— y el ejercicio de la abogacía —*In re Summers,* 325 U.S. 561 (1945)—. Estos supuestos han sido analizados por J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano,* cit. en nota 75, pp. 418-428; y R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano,* Madrid 1994, pp. 116-122.

[78] *Gillette v. United States,* 401 U.S. 437 (1971). La sentencia decidía también, simultáneamente, la controversia *Negre v. Larsen*. *Vid*. un análisis crítico de dicha sentencia en J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia…,* cit. en la nota 75, pp. 415 ss.; y R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia…,* cit. en la nota anterior, pp. 72 ss. También; G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia…,* cit. en nota 6, pp. 95 ss.; y, entre la doctrina norteamericana, W.S. GRIGGS, Jr., *The selective conscientious objector: a Vietnam legacy,* en JCS 21 (1979), pp. 91 ss.

[79] Gillette mantenía una difusa religiosidad propia (que él mismo definía como «una aproximación humanista a la religión»), mientras que Negre era católico practicante, y consideraba que su deber era distinguir entre guerras justas e injustas, evitando tomar parte en estas últimas.

constituía, a los ojos de la mayoría del Tribunal, una razón suficientemente sólida como para justificar la restricción de la libertad de conciencia y para afirmar que la legislación impugnada no violaba el separatismo constitucional.

## 4. Derecho español

Prescindiendo de los antecedentes históricos más lejanos [80], el sistema español de objeción de conciencia al servicio militar encuentra su base constitucional en el art. 30 CE, que, al referirse al derecho-deber de defender a España y establecer que «la ley fijará las obligaciones militares de los españoles», añade que también «regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención al servicio militar obligatorio, pudiendo imponer en su caso, una prestación social sustitutoria». A su vez, el art. 53.2 CE establece que el recurso de amparo «será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30».

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha referido a la naturaleza del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, aunque no siempre con idéntica doctrina [81]. En todo caso, la sentencia 160/1987 [82] le niega el carácter de derecho fundamental y la conceptúa como un «derecho constitu-

---

[80] La primera regulación se contiene en el real decreto de 30 de diciembre de 1976, que la admitía solamente por motivos religiosos. Anteriormente, la ley de 19 de diciembre de 1973 suprimió el penoso sistema —posible a la luz del art. 328 del antiguo Código de Justicia Militar— de las llamadas *condenas en cadena* (es decir, el objetor no quedaba desligado de la obligación del servicio militar por el hecho de cumplir condena en prisión, de manera que, al quedar libre era llamado de nuevo a filas y, por seguir con las mismas convicciones de conciencia, volvía a ser condenado hasta el límite de edad de la reserva; una situación similar se daba en Italia —*spirale delle condanne*— hasta la ley de 15 de diciembre de 1972, n. 772. Un análisis de los precedentes históricos puede verse en G. Cámara Villar, *La objeción de conciencia al servicio militar. Las dimensiones constitucionales del problema,* Madrid 1991, pp. 101 ss.; J. Camarasa, *Servicio militar…,* cit. en nota 22, pp. 51 ss.; D. Llamazares, *Derecho Eclesiástico del Estado,* Madrid 1989, pp. 617 ss.; y P. Aguilar, *Notas histórico-jurídicas sobre la objeción de conciencia al servicio militar,* en «La objeción de conciencia. Actas...», cit. en nota 75, pp. 301 ss.

[81] Sobre el debate doctrinal en relación con esta cuestión, *vid*. M.J. Ciáurriz, *La objeción de conciencia,* en ADEE 3 (1987), pp. 269 ss.; L. Martín-Retortillo, *El derecho a la objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* en «Sistema 62» (1984), pp. 10 ss.; J. Peláez Albendea, *La objeción de conciencia al servicio militar en el derecho político español,* Madrid 1988, pp. 19 ss.; J. de Lucas y otros, *La objeción de conciencia según el Tribunal Constitucional: algunas dudas razonables,* en «Revista General de Derecho» (1988), pp. 85 ss.; D. Llamazares, *Derecho eclesiástico del Estado,* cit. en la nota anterior, pp. 623 ss.; G. Suárez Pertierra, *La objeción de conciencia al servicio militar en España,* «Anuario de Derechos Humanos» (1990), pp. 251 ss.; A.C. Álvarez Cortina, *El derecho eclesiástico español en la jurisprudencia postconstitucional (1978-1990),* Madrid 1991, pp. 53-63; J. Camarasa, *Servicio militar…,* cit. en nota 22, pp. 249 ss.

[82] STC 160/1987, 27 octubre 1987.

cional autónomo», que legitima al legislador para regularlo por ley ordinaria. En la misma línea, y en aparente contradicción con el planteamiento adoptado por diversas instancias internacionales [83], la sentencia 321/1994 marca las distancias entre objeción de conciencia y libertad religiosa, afirmando contundentemente que «el derecho a ser declarado exento del servicio militar no deviene directamente del ejercicio de la libertad ideológica, por más que se encuentre conectado con el mismo, sino tan sólo de que la Constitución en su art. 30.2 expresamente ha reconocido el derecho a la objeción de conciencia» [84].

El desarrollo legislativo abarcaba, hasta 1998, un variado conjunto de normas, cuyo contenido esencial puede resumirse en los términos que siguen [85].

En primer lugar, las *motivaciones* que podían aducirse para legitimar la objeción al servicio militar se enunciaban en la ley española tomando como base la ya aludida Resolución 337 (1967) de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa: convicciones de «orden religioso, ético, moral, humanitario o filosófico u otros de la misma naturaleza». La no expresa mención de los motivos de orden político hizo surgir la duda de si podrían ser eficazmente tutelados por el derecho español, sobre todo porque esa ausencia parecía intencionada [86]. En todo caso, la progresiva laxitud que caracterizó la praxis administrati-

---

[83] *Vid. supra,* epígrafe 2 de este capítulo.

[84] STC 321/1994, 28 noviembre 1994, FJ 4.°. Además —continúa el Tribunal Constitucional—, ese derecho a la objeción de conciencia se encuentra «referido únicamente al servicio militar», y su «ejercicio supone el nacimiento del deber de cumplir la prestación social sustitutoria, sistema que permite al objetor cumplir los objetivos de la norma de servir a la comunidad salvaguardando sus íntimas convicciones».

[85] Por lo obsoleto de esa normativa, no vale la pena detenerse aquí en una enumeración minuciosa de las diferentes normas, ni tampoco en el funcionamiento pormenorizado del régimen jurídico previsto para los objetores de conciencia. Para una descripción detallada de ambas cosas, con las oportunas referencias, nos remitimos a nuestro libro R. Navarro Valls & J. Martínez-Torrón, *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado,* Madrid 1997, pp. 65-79. Las principales de esas normas eran las siguientes. En primer lugar, la Ley 48/1984, de 26 diciembre 1984, completada por la Ley Orgánica 8/1984, de la misma fecha, sobre régimen de recursos y régimen penal. A su vez, la Ley 48/1984 es desarrollada por el Reglamento de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria (RD 266/1995, de 24 febrero 1995), que viene a sustituir a una fragmentaria regulación administrativa anterior), así como por Orden Ministerial, de 29 diciembre 1989, sobre asistencia sanitaria a objetores de conciencia. La Ley Orgánica 13/1991, de 20 diciembre 1991, sobre servicio militar, incluía también algunas disposiciones que afectaban al régimen de objeción de conciencia al servicio militar, y el RD 525/1992, de 22 mayo 1992, fijaba la duración de la prestación social sustitutoria.

[86] Aun reconociendo la cautela que suele manifestar el derecho comparado hacia unas motivaciones que pueden tomar direcciones no estrictamente acordes con la noción de orden público, la realidad es que tanto la doctrina como alguna jurisprudencia extranjera han acabado por admitir esa clase de motivos. Cfr. A. Martínez Blanco, *La objeción de conciencia en la legislación y en la jurisprudencia españolas,* en «La objeción de conciencia en el derecho...», cit. en nota 75, pp. 137 ss.; J. Camarasa, *Servicio militar…,* cit. en nota 22, pp. 95 ss.

va en esta materia hacía que, en rigor, no fuera necesario hacer referencia explícita a los motivos que sustentan la solicitud para ser declarado objetor de conciencia. Aun así, parecía claro que la mente del legislador español no contemplaba la posibilidad de extender la exención del servicio militar a aquellos casos de objeción de conciencia selectiva, es decir, contra un particular conflicto bélico.

La objeción podía plantearse con *anterioridad* a la incorporación a filas y con *posterioridad* al cumplimiento del servicio militar activo, es decir, en la situación de reserva. En principio, no resultaba factible la llamada objeción de conciencia *sobrevenida,* es decir, la planteada una vez incorporado a filas. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 161/1987, entendió que esa limitación temporal prevista por la ley resultaba justificable en atención a la organización interna del servicio militar obligatorio, y a la prestación de un deber constitucional cuya dimensión colectiva podría resultar perturbada por el ejercicio individual del derecho durante la permanencia en filas: perjudicaría la seguridad interna de las Fuerzas Armadas, que deben estar en todo momento en condiciones de cumplir sus cometidos militares [87].

La alternativa al servicio militar para el caso de objeción la constituía la llamada *prestación social sustitutoria,* consistente en la realización de «actividades de utilidad pública que no requieran el empleo de armas, ni supongan dependencia orgánica de instituciones militares» [88]. Su duración debía comprender un período de tiempo no inferior a trece meses ni superior a dieciocho [89]. Las actividades propias de la prestación social habían de desarrollarse en una serie de sectores que, en tiempo de paz, se centraban prioritariamente en la protección civil, conservación del medio ambiente, servicios sociales y sanitarios, y programas de carácter internacional. En tiempo de guerra, habían de consistir necesariamente en el desarrollo de actividades de protección y defensa civil. Al Ministerio de Justicia se le asignaba la competencia para firmar acuerdos con las

---

[87] Sin embargo —como se hacía notar en un voto particular— este peligro «podría ser solventado, como demuestran otras experiencias comparadas, mediante la introducción de garantías adicionales más estrictas para el reconocimiento de la objeción sobrevenida». Por ejemplo, como ha hecho el Tribunal Constitucional federal de Alemania, exigiendo que el soldado objetor haya de continuar prestando servicio mientras se tramite su reconocimiento como objetor (cfr. voto particular del magistrado Rodríguez-Piñero). *Vid*. también, al respecto, G. Escobar Roca, *La objeción de conciencia…,* cit. en nota 6, p. 313.

[88] Art. 6.1 de la Ley 48/1984.

[89] Según la nueva redacción dada al art. 8.3 de la Ley 48/1984 por la Ley 13/1991 del Servicio Militar, la duración habría de ser fijada por el gobierno por real decreto, no pudiendo ser inferior a trece meses ni superior a dieciocho. El RD 525/1992, de 22 mayo 1992, determinó su duración en trece meses, es decir, cuatro más que el servicio militar (y así lo confirmó posteriormente el RD 266/1995, de 24 febrero 1995, por el que se aprueba el reglamento de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria).

Administraciones públicas y entidades privadas, de manera que se permitiera a los objetores cumplir en ellas, y bajo su dependencia, el servicio civil sustitutorio. Tales entidades debían reunir tres condiciones: no tener carácter lucrativo, servir al interés general de la sociedad y no favorecer ninguna opción ideológica o religiosa concreta [90]. Una innovación interesante en materia de cumplimiento del servicio civil fue introducida en 1996 por la Ley del Voluntariado [91], cuyo art. 15.2 establecía que «el tiempo prestado como voluntario, debidamente acreditado, podrá ser convalidado total o parcialmente por el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, por el tiempo de la prestación social sustitutoria que corresponda proporcionalmente» [92].

En cuanto al *procedimiento* para ser declarado objetor, que habilitaba para la realización del servicio civil alternativo, se iniciaba siempre a instancia y solicitud del interesado, y correspondía la competencia para su reconocimiento a un órgano administrativo llamado Consejo Nacional de Objeción de Conciencia [93]. Al Consejo le estaba vedado entrar a valorar las doctrinas alegadas por el

---

[90] Pese a esta última provisión, el Ministerio de Justicia y la Conferencia Episcopal Española firmaron, el 17 enero 1994, un acuerdo de cooperación en materia de prestación social de los objetores de conciencia, en el que se contemplaba la posibilidad de que dicha prestación fuera realizada en asociaciones, fundaciones, instituciones y otras entidades de la Iglesia Católica en España. En realidad, dicho acuerdo, más que introducir una real novedad, venía a formalizar una efectiva colaboración de entidades religiosas católicas con el gobierno, que había comenzado bastantes años antes. En efecto, cuando comenzó la avalancha masiva de solicitudes de objeción —poco después de la Ley 48/1984—, una de las principales preocupaciones del Ministerio de Justicia fue, durante años, encontrar suficientes puestos para que los objetores pudieran efectuar la prestación social. Naturalmente, en España, una gran parte de las entidades que respondían a las características prescritas por la ley eran de inspiración católica. Esa contradicción —al menos aparente— con la prohibición legal de que las entidades colaboradoras favorecieran alguna concreta opción religiosa o ideológica [art. 7.c) de la Ley 48/1984, reiterado en el art. 56.2.a) del RD 266/1995] trató de ser paliada por el citado acuerdo de 1994 de la siguiente manera. Primero, indicando que la prestación se llevaría a cabo en entidades «que desarrollen actividades de carácter benéfico o asistencial, preferentemente en sectores de servicios civiles y sanitarios, cooperación internacional y otras de carácter análogo que sean de interés general». Segundo, disponiendo que, si bien habría de respetarse «el carácter propio de las entidades colaboradoras», idéntico respeto debería tenerse por «la libertad religiosa de los objetores» y «la neutralidad ideológica de la prestación social». En realidad, los problemas derivaban de que la expresión legal dirigida a salvaguardar la neutralidad del Estado en este campo («que no favorezcan ninguna opción ideológica o religiosa concreta») no era la más afortunada. Sobre el acuerdo de 1994, *vid*. M.J. Roca, *La prestación social de los objetores de conciencia en entidades de la Iglesia católica,* en IC 35 (1995), pp. 267-286.

[91] Ley 6/1996, de 15 enero 1996, del Voluntariado.

[92] El art. 15.1 de la misma ley, a su vez, contemplaba la posibilidad de que el tiempo prestado como voluntario surta los efectos del servicio militar.

[93] Dicho Consejo estaba presidido por un magistrado designado por el gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia; por dos vocales nombrados, respectivamente, por los Ministerios de Defensa y Justicia (los cuales habían de ser juristas o, al menos, titulados superiores con

solicitante, pero podía indagar sobre los motivos alegados en orden a apreciar su conformidad con las previsiones legales y su congruencia con otras posibles pruebas practicadas [94]. En todo caso, por la antes citada laxitud en la praxis administrativa, la facultad de exigir informaciones complementarias cayó rápidamente en desuso, y el control de las razones de conciencia alegadas no pasaba de una mera rutina formal sin apenas trascendencia [95]. Contra las posibles resoluciones negativas del Consejo —que casi nunca se daban— cabía recurrir judicialmente, incluida la posibilidad de presentar recurso de amparo ante el Constitucional.

En fin, el *estatuto* de objetor implicaba una serie de derechos y deberes definidos en la legislación, con tendencia a igualar su situación, en lo posible, con la de quienes prestaban el servicio militar [96]. De especial interés era su régimen penal, tal como era regulado por el art. 527 CP, con tres modalidades delictivas: la falta de incorporación, la ausencia y la negativa a cumplir la prestación social. Por su parte, el art. 604 CP castigaba, con mayor severidad, la negativa al cumplimiento del servicio militar [97].

---

experiencia profesional adecuada); el Ministerio de Justicia designaba también un vocal entre los objetores de conciencia, así como el vocal que ejercería las funciones de secretario. La competencia fundamental de este Consejo era conocer y resolver las solicitudes de reconocimiento de la condición de objetor (cfr. arts. 13-14 de la Ley 48/1984, y arts. 2-3 del RD 266/1995).

[94] El art. 3.2 de la Ley 48/1984 disponía que, para el cumplimiento de sus funciones, el Consejo «podrá recabar de los interesados que, por escrito u oralmente, amplíen los razonamientos expuestos en la solicitud. Podrá, igualmente, requerir de los solicitantes o de otras personas u organismos la aportación de la documentación complementaria o testimonios que se estimen pertinentes». A este respecto, se planteó si la indagación de las motivaciones del objetor por el Consejo podría ser inconstitucional en virtud de lo dispuesto en el art. 16.2 CE («Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias»). El Tribunal Constitucional rechazó en 1987 esa pretendida inconstitucionalidad, haciendo notar que «la posible colisión con los derechos reconocidos en los arts. 16.2 y 18.1 desaparece por el mismo ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, que en sí lleva la renuncia del objetor a mantener en el ámbito secreto de su conciencia sus reservas ideológicas a la violencia y/o a la prestación del servicio militar, bien entendido que sin esa voluntad del objetor dirigida a extraer consecuencias jurídicas —y por tanto exteriores a la conciencia— de su objeción, nadie podrá entrar en su intimidad ni obligarle a declarar sobre su ideología, religión o creencias» (STC 160/1987, FJ 5.º).

[95] Sobre la actividad del Consejo, *vid*. T. Ortega Torres, *La objeción de conciencia al servicio militar obligatorio,* en «La objeción de conciencia. Actas...», cit. en nota 75, pp. 93 ss.

[96] Entre los primeros destacaban: disfrutar de unas prestaciones equivalentes a las que correspondan a los soldados en filas de acuerdo con la legislación militar (vestuario, transporte, sanidad, haber en mano y seguridad social); reserva del puesto de trabajo que se hubiera desempeñado hasta el momento de la incorporación; reserva de cuantas facilidades y derechos se reconozcan a efectos educativos a quienes se encuentren prestando el servicio militar, etc. Entre los deberes se mencionaban el de respeto y obediencia a las autoridades de quienes se depende durante la prestación, así como a los responsables de los servicios y centros donde ésta se realice.

[97] Dicha conducta estaba sancionada con la pena de seis meses a dos años de prisión e inha-

Ese marco normativo construido gradualmente —y no siempre con la debida coherencia, ni en su diseño ni en su aplicación práctica— fue modificado posteriormente por otras disposiciones: en particular, la Ley 22/1998, de 6 julio 1998, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria y su Reglamento, aprobado por RD 700/1999, de 30 abril 1999, que derogaron las anteriores normas de 1984 y 1995, respectivamente. Su objetivo declarado era «garantizar el ejercicio del derecho constitucional de objeción de conciencia y mejorar, al mismo tiempo, las condiciones de cumplimiento de la prestación social sustitutoria» [98]. De todos modos, estas normas surgieron marcadas por la provisionalidad, al haberse anunciado el tránsito a un ejército exclusivamente profesional. De hecho, expresamente se afirmaba que «la presente Ley extenderá sus efectos en tanto subsista el servicio militar obligatorio» [99], que fue suspendido el 31 de diciembre de 2001 [100].

Como se ha hecho notar, «en el actual ordenamiento normativo español la objeción de conciencia al servicio militar constituye un instituto jurídico latente»: se trata de un derecho vigente y plenamente reconocido, pero «la posibilidad de su ejercicio —y, por tanto, de su manifestación— carece de eficacia, por lo menos en cuanto al servicio militar obligatorio se refiere, al haberse dejado en suspenso esta obligación militar» [101]. El mismo autor observa que cabría señalar dos excepciones: una, en el ámbito del servicio militar obligatorio, por lo que respecta a los reservistas que quieran ejercitar su derecho de objeción de conciencia; y otra, en el seno del ejército profesional, por quien ya forma parte de él, supuesto que ha sido calificado como genuino supuesto de objeción.

Así, pues, el problema se traslada al ejército profesional, donde pueden producirse situaciones de objeción sobrevenida, ya sean espurias y respondan a la nueva estrategia «insumisa» de la «deserción en los cuarteles» [102]; o se

---

bilitación absoluta por tiempo de diez a catorce años en tiempo de paz, y de dos a cuatro años de prisión y diez a catorce años de inhabilitación absoluta en tiempo de guerra. *Vid*. un análisis de estas disposiciones en M. ALENDA, *El régimen penal de la prestación social de los objetores de conciencia,* Valencia 1996, pp. 147 ss.; J.A. SÁINZ, *Objeción e insumisión al servicio militar. Régimen legal y jurisprudencia,* Pamplona 1996, pp. 91 ss.

[98] Preámbulo de la Ley 22/1998. Entre otros aspectos cabe destacar que la Ley equiparaba la duración del período de actividad de la prestación social sustitutoria y el servicio militar (art. 8.2); establecía en tres años el tiempo límite de espera entre el reconocimiento de la condición de objetor y el inicio del período de actividad (art. 8.1); y reducía a tres meses el tiempo para resolver las solicitudes de reconocimiento de la condición de objetor (art. 4.2).

[99] Disposición adicional 4.ª

[100] En virtud del RD 247/2001, de 9 marzo 2001.

[101] M. ALENDA SALINAS, *Objeción de conciencia al servicio militar,* en «Materiales para el estudio del Derecho» (manual online en el portal jurídico Iustel: www.iustel.com).

[102] El propio Alenda *(ibid.)* menciona a este respecto la STS de 7 julio 1998 (Sala 5.ª, de lo Militar, Ref. Iustel: §310143), que conocía del recurso de casación interpuesto contra sentencia

trate de manifestaciones genuinas de la objeción, en el período de formación o, una vez superado éste, con la consiguiente integración plena en el ejército [103].

condenatoria a pena de dos años y cuatro meses de prisión por delito consumado de deserción previsto y penado en el art. 120 del Código Penal Militar. El recurrente —tal y como recoge la sentencia— se incorporó al ejército para dejar de concurrir al mismo a los dos días de su ingreso, lo cual se enmarcaba en una «campaña de insumisión en los cuarteles», según reconoció el penado junto con otras personas en idéntica situación, con la finalidad de «buscar una publicidad para sus fines antimilitaristas».

[103] Eventualidades de este tipo son abordadas por la Orden 91/2001, de 3 mayo 2001, por la que se establecen los requisitos para la renuncia a la condición de militar por los militares de carrera y militares profesionales de tropa y marinería, que mantienen una relación de servicios de carácter permanente. Esta disposición tiene su origen en el art. 147 de la Ley 17/1999, de 18 mayo 1999, y exige que se cumpla un determinado número de años de servicio, o en caso contrario que se resarza económicamente al Estado y se efectúe un preaviso de seis meses. Cfr. M. Alenda Salinas, *ibid*.

# Capítulo 4
# Libertad de conciencia y obligaciones fiscales

SUMARIO: 1. Objeción de conciencia fiscal y objeción al servicio militar.—2. Derecho comparado.—3. Derecho español.

## 1. Objeción de conciencia fiscal y objeción al servicio militar

En estrecha conexión con la objeción de conciencia al servicio militar se encuentra el rechazo de ciertas obligaciones tributarias por razones morales. Es lo que se ha llamado objeción de conciencia fiscal, consistente en la pretensión del impago de aquella parte de las tasas o tributos debidos al Estado o a otras organizaciones de derecho público que, según cálculos financieros, corresponden a la financiación de actividades contrarias a la conciencia de determinados contribuyentes. La forma más conocida —aunque no la única— es la que intenta reducir la cuota personal del impuesto sobre la renta de las personas físicas en la medida correspondiente al porcentaje que el Estado destina a los gastos militares o de defensa. También han sido relativamente frecuentes las alegaciones de objeción de conciencia fiscal por razón de las subvenciones públicas a los abortos voluntarios permitidos por la legislación estatal [1].

La servidumbre que sobre esta modalidad impone un concepto inferido de la objeción de conciencia al servicio militar, junto con la tradicional coincidencia en los móviles de la objeción de conciencia fiscal y la militar (el pacifismo), ha llevado a la doctrina jurídica a una postura dubitativa acerca de la conceptualización de esta modalidad como verdadera objeción de conciencia.

En efecto, se ha advertido que la relación entre el juicio de conciencia del sujeto y la norma jurídica que se incumple es remota, por cuanto viene mediatizada por un propósito antibelicista que justifica la conducta contraria al pago del impuesto. Es decir, el enfrentamiento no lo es entre la norma jurídica estatal, la ley, y la conciencia, sino entre ésta y el destino que se da al impuesto (gastos

---

[1] Esta última modalidad de objeción fiscal hemos preferido estudiarla en la objeción de conciencia al aborto y como una de sus manifestaciones expansivas. Hay también modalidades de objeción fiscal que no consisten en la reducción de la cuota líquida del impuesto sobre la renta, sino en otros modos de resistencia fiscal frente al Estado. *Vid*. al respecto J.C. Dalmau Lliso, *La objeción fiscal a los gastos militares,* Madrid 1996, pp. 45 ss.

de defensa armada) [2]. Además, el fenómeno del rechazo de los impuestos —en los países donde el servicio militar se ha profesionalizado, o en los que el sistema de reclutamiento forzoso queda derogado en ausencia de un conflicto bélico actual— sería simplemente el relevo de la contestación política de los que antaño empeñaban sus esfuerzos pacifistas contra el ejército; de hecho, la presencia de numerosos grupos o colectivos pacifistas en esta clase de actitudes parece denotar externamente una mayor proximidad a la desobediencia civil [3].

Y todavía dos datos más juegan en contra de la conceptualización como objeción de conciencia. Primero, que no estamos ante una prestación de carácter personal, como lo sería el servicio militar [4]. Segundo, su dudosa eficacia para alcanzar los objetivos que se enuncian como pretendidos por la objeción [5]. Y es que, en todo caso, y al margen de la personal posición respecto al mencionado debate doctrinal, hoy es difícilmente imaginable un reconocimiento jurídico de esta forma de objeción de conciencia que no pase por una expresa intervención del legislador que aborde, entre otras cosas, su compatibilidad con los principios constitucionales involucrados —por ejemplo, los relativos al deber ciudadano de sostenimiento de los gastos públicos (art. 31 CE)— y los modos posibles de realizar la prestación sustitutoria, con la muy razonable finalidad de evitar la pseudo-objeción y el fraude a la ley.

Por otra parte, resulta claro que la aludida escisión entre objeción de conciencia y rechazo por motivos de conciencia de los impuestos no es solamente un argumento doctrinal. El Estado, naturalmente, también contempla con temor el fenómeno, e intenta separar categóricamente el concepto de objeción de conciencia de estos comportamientos, a los que califica de desobediencia civil, o de «protesta o contestación fiscal». De esta manera pretende evitar que el emparentamiento entre objeción militar y fiscal genere un trasvase de soluciones legislativas de una a otra [6].

---

[2] Cfr. D. Llamazares, *Derecho eclesiástico del Estado,* Madrid 1989, pp. 607-608.

[3] Cfr. E. Martinelli, *Aspetti penalistici dell'obiezione fiscale alle spese militari nell'interpretazione della recente giurisprudenza,* en «L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico», Milano 1991, p. 356; I.C. Ibán, L. Prieto Sanchís & A. Motilla, *Curso de Derecho eclesiástico del Estado,* Madrid 1991, pp. 178-179.

[4] Cfr. I.C. Ibán & L. Prieto Sanchís, *Lecciones de Derecho eclesiástico,* Madrid 1989, pp. 160 ss.

[5] Cfr. R. Venditti, *Le ragioni dell'obiezione di coscienza,* Torino 1986, pp. 42 ss.

[6] Un ejemplo concreto de este forzado distanciamiento conceptual es la decisión de la Corte Tributaria Federal de los EE.UU. *(U.S. Tax Court), Di Carlo v. Commissioner of Internal Revenue,* 63 T.C.M. (CCH) 3015 (T.C. 1992). El actor, Stephen di Carlo, católico, se declaró «objetor religioso» contra los impuestos federales, a causa de la inmoralidad de los fines para los que eran empleados por el Estado (belicismo, aborto, restricción de la natalidad, pornografía, arte sacrílego, etc.). La *Tax Court* trató de ignorar la motivación religiosa o ética, afirmando la absoluta equiparación entre los objetores fiscales y las demás personas que protestan contra los impuestos por razones políticas o de simple conveniencia.

Sin embargo, esta visión —anclada en la perspectiva unidireccional de las normas jurídicas— es claramente incompleta, ya que en el tema de la objeción de conciencia no puede prescindirse del juicio de conciencia del objetor. En la gran mayoría de los casos, el juicio de conciencia establece un paralelismo entre la cooperación directa y la cooperación indirecta a la lucha armada, que lleva a identificar también esta última como auténtico mal moral [7].

Como antes se indicaba, la objeción de conciencia fiscal no suele ir dirigida tanto contra el acto exigido por la ley —el abono de los impuestos o tasas— cuanto contra el destino que se hace de una parte de ellos. De ahí que, normalmente, los llamados objetores fiscales planteen como alternativa destinar a otros fines compatibles con su conciencia la cuota que inicialmente se niegan a pagar. Y de ahí también que esta actuación sea claramente diferenciable de la evasión fiscal, ya que su finalidad no es depauperar al erario público sino evitar contribuir a determinados gastos que se entienden inmorales en conciencia [8].

Por lo demás, conviene advertir que, junto a actuaciones individuales o colectivas de objeción basadas en movimientos pacifistas sin clara significación religiosa, son sobre todo los adeptos a ciertas confesiones religiosas quienes suelen plantear con mayor virulencia esta pretensión omisiva o sustitutiva. Destacan entre ellas los cuáqueros, mennonitas y anabaptistas alemanes [9].

## 2. Derecho comparado

Los países donde esta forma de objeción ha alcanzado mayor aceptación social son probablemente Estados Unidos e Italia —aunque jurídicamente haya

---

[7] Éstos eran, por ejemplo, los razonamientos morales de un objetor fiscal en 1961, recogidos en una de las primeras sentencias estadounidenses sobre objeción fiscal: «No puedo reconocer ni a este ni a cualquier otro gobierno el derecho de imposición tributaria para financiar armas atómicas o de cualquier otro género. [...] Los dos poderes decisivos del Estado respecto a la guerra son el poder de reclutar hombres y el poder tributario. [...] El mismo razonamiento que le prohíbe [...] disparar un arma contra un enemigo, o que le hace pensar que no está exonerado de culpa si sostiene el arma y la munición de un soldado que dispara contra un hombre, le impide pagar el dinero con el que se compra ese arma y esa munición». Cfr. *Muste v. Commissioner,* 35.102 P-H TC 1961, 35-666.

[8] Cfr. E. DE MITA, *L'obiezione fiscale e disobbedienza a leggi di ordine pubblico,* en «Bolletino Tributario» (1986), pp. 869 ss. También, recientemente, A. TURCHI, *Coscienti evasori. Problemi e prospettive dell'obiezione fiscale,* Milano 2011.

[9] Una relación más completa de las iglesias que mantienen esa tesis, y una exposición de la historia de la objeción fiscal en relación con los gastos militares, puede verse en J.C. DALMAU LLISO, *La objeción fiscal…,* cit. en nota 1, pp. 19 ss. Cfr. también R. PALOMINO, *El tratamiento jurídico de la objeción fiscal en Estados Unidos,* en «Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública» 42 (1992), pp. 1271 ss.; F. LÓPEZ ZARZUELO, *Reflexiones en torno a la objeción fiscal,* en «Comunicaciones al IV Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico», Valladolid 1989.

terminado por ser irrelevante—. En ambos, la presión de los objetores fiscales en materia de gastos de defensa ha propiciado la presentación de proyectos de ley que dan razón del cambio de la conciencia social en una materia —la tributaria— que tradicionalmente el Estado ha considerado de orden público.

En 1977 se presentó al Comité de Finanzas del Congreso norteamericano un proyecto de ley *(The World Peace Tax Fund Act),* apoyado por 3 senadores y 47 miembros de la Cámara de Representantes, que pretendía la creación de un fondo federal receptor de los pagos sustitutorios de los objetores de conciencia a gastos de defensa. A esta objeción de conciencia institucionalizada podrían acogerse tanto los clasificados como objetores al servicio militar como todos aquellos que fehacientemente demostraran su oposición a cualquier guerra. El proyecto fue rechazado, y no ha tenido mejor fortuna de momento en las legislaturas sucesivas [10].

En Italia, por su parte, y con igual suerte, se presentó en 1989 ante el Parlamento un proyecto de ley, firmado por 80 disputados. En síntesis, el proyecto preveía el mecanismo de la «opción fiscal»: es decir, la posibilidad de que en la declaración fiscal los contribuyentes pudieran optar entre contribuir a los gastos de defensa armada o destinar parte de su débito fiscal a la defensa civil no violenta [11].

En otros países también se han presentado —con distinta perfección técnica, y con diverso apoyo parlamentario— propuestas de ley para el reconocimiento de la objeción fiscal a los gastos de defensa: en concreto, por lo que nos consta, Alemania, Australia, Bélgica, Canadá, Holanda y Reino Unido. En muchos otros países, aun sin haberse llevado a cabo iniciativas de reconocimiento legislativo, existen grupos de presión de diversa entidad [12].

---

[10] Cfr. C.A. Gray, *The World Peace Tax Fund Act: Conscientious Objection for Taxpayers,* en «Northwestern University Law Review» 74 (1979), pp. 76 ss.; D. Cook, *War Tax Refusal Under the Free Exercise Clause,* en «Wisconsin Law Review» (1980), pp. 753 ss.; C. di Salvo, *Saying «No» to the War in the Technological Age. Conscientious Objection and the World Peace Tax Fund Act,* en «DePaul Law Review» 31 (1982), pp. 497 y ss.

[11] El texto del proyecto fue presentado el 11 de mayo de 1989, con el n. 3935, y bajo el título *Norme per l'esercizio dell'opzione fiscale in materia di spese per la difesa militare, contenimento della spesa per armamenti e istituzione del dipartimento per la difesa civile nor armata*. Su texto puede verse en «L'obiezione di coscienza tra tutela...», cit. en nota 3, *Appendice,* pp. 399 ss. Sobre los problemas de la objeción fiscal en Italia, *vid.,* entre otros, los trabajos de F. Onida, *L'obiezione fiscale,* entrevista en «Il Ponte» 13 (1986), pp. 41 ss.; L. Migliori, *L'obiezione fiscale,* en «Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti» (a cura di B. Perrone), Milano 1992, pp. 355 ss.; M. Trovato, *Istigazione all'obiezione fiscale alle spese militari tra norme penali e tributarie,* en DE (1991), II, pp. 399 ss.; M.G. Belgiorno de Stefano, *Obiezione di coscienza selettiva e obiezione fiscale,* en DE (1987), pp. 25-43; V. Turchi, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea,* Napoli-Roma 2009, pp. 161-163.

[12] Singular es el caso de Luxemburgo, donde, durante años, se conoció la existencia de un solo objetor fiscal. *Vid.*, para los datos que aquí se mencionan, J.C. Dalmau Lliso, *La objeción fis-*

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, tanto en Estados Unidos como en Italia la judicatura parece haberse sentido incuestionablemente vinculada por las disposiciones del legislador en esta materia, o más bien por su ausencia, y ha rechazado por ahora las pretensiones de objeción de conciencia fiscal.

Así, en el campo de objeción de conciencia a aquellos impuestos destinados proporcionalmente a gastos militares, los tribunales estadounidenses han desestimado demandas directas de objeción fiscal a tales gastos, reclamaciones del derecho a un «pago social sustitutorio», objeción de conciencia al «método recaudatorio», etc. [13]. Igual actitud ha presidido la reacción judicial frente a modalidades de objeción fiscal conectadas con el aborto [14]. Vale la pena reseñar aquí sucintamente algunas sentencias sobre esta cuestión. En los casos *Erzinger* [15] y *Goehring* [16], varios estudiantes de la Universidad de California solicitaron ser eximidos de pagar una parte de las tasas académicas de ingreso aduciendo que tales fondos se destinaban a sufragar los servicios de sanidad de esa Universidad, que incluían los gastos de aborto de sus compañeras. Los tribunales fallaron en su contra, afirmando que los objetores no habían probado la conexión entre el pago de tasas y su libertad religiosa, y alegando que la Universidad tenía un interés legítimo en la salud de los estudiantes, por lo que estaba legitimada para exigir el abono de esas tasas [17]. En *McKee* [18], se denegaba la pretensión análoga de una familia de contribuyentes que alegaban que el Estado infringía su derecho de libertad religiosa al obligarles a pagar la totalidad del impuesto sobre

---

*cal…,* cit. en nota 1, pp. 58 ss.; en anexos a esa obra (pp. 181 ss.) pueden encontrarse versiones españolas de las propuestas de ley norteamericana, italiana (la de 1992), belga y holandesa.

[13] Así, por ejemplo, *Autenrieth v. Cullen,* 418 F.2d 586 (1969), decidido por la Corte de Apelación federal del 9.º Circuito. *Vid*. sobre el tema R.P. PALOMINO, *El tratamiento jurídico de la objeción fiscal en Estados Unidos,* cit. en nota 9, pp. 1284-1293.

[14] *Vid*. R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia: conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano,* Madrid 1994, pp. 150 ss.; también S. SIEIRA, *La objeción de conciencia sanitaria,* Madrid 2000, p. 238.

[15] *Erzinger v. Regents of University of California,* 137 Cal.App.3d 389 (1982), de la Corte de Apelación de California. *Vid*. al respecto R. NAVARRO-VALLS, *Objeción de conciencia al aborto: derecho comparado y español,* en ADEE 2 (1986), pp. 283 ss.

[16] *Goehring v. Brophy,* 94 F.3d 1294 (1996), de la Corte de Apelación federal del 9.º Circuito.

[17] Un caso similar se ha planteado muy recientemente en la Universidad de Carolina del Norte. La asociación *Students for Life of America* (SFLA) puso de manifiesto que la citada universidad exigiría a todos sus alumnos un seguro de salud a partir del curso 2010-2011. Aquellos estudiantes que no tuviesen seguro privado tendrían que contratar una póliza seleccionada por el estado que incluía coberturas para abortos selectivos. Ante la denuncia realizada por la SFLA, la Junta de Gobierno de la Universidad ha anunciado que aquellos estudiantes contrarios al aborto podrán optar por no pagar las coberturas para abortos, sin que esto implique sin embargo una reducción de sus primas. *Vid*. http://www.lifenews.com/state5352.html (visitado 4 octubre 2010).

[18] *McKee v. Ramsey County,* 316 N.W. 2d 555 (1982), de la Corte Suprema de Minnesota.

bienes inmuebles, cuando parte de esa recaudación se dedicaría a actividades contrarias a su conciencia (esterilización, contraconcepción y aborto). Y en el caso *Di Carlo* [19], se denegaba también la demanda de un católico que había sido acusado de fraude fiscal por omitir una parte de su impuesto sobre la renta, alegando que sus creencias religiosas le excusaban del pago de esos impuestos, que estaban siendo dedicados por el estado para actividades inmorales contrarias a su conciencia (aborto, entre otras). La *US Tax Court* afirmaba que «sólo la restricción directa de la libertad religiosa plantea un problema de constitucionalidad de la norma jurídica», y que, si se permitiera que cada confesión religiosa rechazara algún aspecto del sistema fiscal, «tal sistema no podría subsistir». Más recientemente, en *Jenkins v. Commissioner of Internal Revenue,* un tribunal federal de apelación ha negado que la primera o la novena enmienda amparen la pretensión del actor, objetor de conciencia religioso contra los gastos militares, de retener la parte de su débito fiscal dirigido a los gastos de defensa [20].

Análogamente, la jurisprudencia italiana ha rechazado la demanda de contribuyentes que omitieron el pago de una parte del IRPF —la parte que en sus cálculos correspondía al destinado a gastos de financiación pública de abortos— para destinarla a una asociación pro-vida [21]. Lo que no ha hecho la jurisprudencia es calificar esos casos como evasión fiscal, en tanto que el objetor no oculta los propios ingresos, ni efectúa declaraciones falsas a la administración tributaria —al contrario, suelen ser personas de notable integridad moral en ese campo—. Ni tampoco se ha inclinado por lo que algún sector doctrinal entendía posible [22]: exigir responsabilidad penal por causa de «instigación a desobedecer a las leyes» (art. 415 del Código penal italiano) [23]. La Corte Constitucional, por su parte, ha declarado manifiestamente inadmisibles —sin entrar expresamente en el fondo— los recursos en que se le pedía pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de diversas normas de derecho tributario en tanto que no contemplan la objeción fiscal a la cuota de gasto público destinada a la defensa armada [24].

---

[19] Cit. en la nota 6 de este capítulo.

[20] *Jenkins v. Commissioner of Internal Revenue,* 483 F.3d 90 (2nd Cir. 2007). *Vid*. R. Palomino, *Nuevos supuestos y formas de objeción de conciencia,* en RGDCDEE 15 (2007), p. 7.

[21] Cfr. E. de Mita, *L'obiezione fiscale…,* cit. en nota 8, p. 871; V. Turchi, *I nuovi volti di Antigona,* cit. en nota 11, p. 163.

[22] Cfr. E. Martinelli, *Aspetti penalistici dell'obiezione fiscale alle spese militari nell'interpretazione della recente giurisprudenza,* cit. en nota 3, pp. 343 ss.

[23] Cfr., entre otras sentencias, Trib. Sondrio, 11 febrero 1983, Cerfoglia ed altri, en «Foro italiano» 108 (1983), II, c. 133; App. Milano, 16 diciembre 1983, en «Corriere tributario» 7 (1984), p. 237; App. Milano, 8 noviembre 1984, Angelini ed altri, en «Giurisprudenza di merito» 18 (1986), II, pp. 126 ss.; App. Milano, 8 noviembre 1988, C.A. ed altri, en «Rassegna tributaria» 33 (1990), II, pp. 429 ss.

[24] Cfr. ord. 31 julio 1990, n. 389, en «Giurisprudenza costituzionale» 35 (1990), p. 2362;

A nivel de recurso puramente administrativo —no contencioso-administrativo— mejor fortuna han tenido en Francia algunos contribuyentes que, en ocasiones aisladas, han visto aceptadas por organismos fiscales su petición de deducciones impositivas de las cantidades destinadas a financiar abortos. Así, la Jefatura de Servicios Fiscales de Aix-en-Provence concedía, en mayo de 1990, una desgravación simbólica de 23 francos a una contribuyente que objetaba fiscalmente a los gastos de aborto, argumentando que «el primero de los derechos humanos es el derecho a la vida, y en virtud de mi libertad de conciencia yo no puedo participar ni siquiera de manera simbólica en los impuestos obligatorios que garantizan el reembolso de un acto que mi conciencia reprueba». La notificación de la Dirección General del impuesto comunicaba a la objetora que, «a título gracioso», se le concedía la desgravación indicada, acogiendo sus argumentaciones. Ha de precisarse, sin embargo, que, cuando tales objeciones se han planteado en la vía contencioso-administrativa, han sido rechazadas por las cortes francesas [25].

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha resuelto negativamente la única reclamación de objeción fiscal de la que tenemos noticia, por parte de una ciudadana canadiense de religión cuáquera que buscaba una exención de la parte de impuestos correspondientes a gastos militares [26]. La Comisión Europea de Derechos Humanos —como ya vimos— ha adoptado una similar actitud restrictiva en los pocos casos de objeción fiscal que ha debido examinar, subrayando en su argumentación la finalidad neutral de la norma tributaria, e ignorando el conflicto real que su aplicación producía en algunas personas. Así ha actuado en relación con la demanda de un cuáquero que rehusaba pagar el 40 por 100 de su impuesto sobre la renta sobre la base de que ése era —alegaba— el porcentaje aproximado empleado por el gobierno británico en gastos de defensa; y también en la demanda de un ciudadano fran-

---

ord. 9 diciembre 1991, n. 447, en *ibid*., 36 (1991), p. 3710; ord. 18 diciembre 1993, n. 65, en *ibid.,* 38 (1993), p. 466.

[25] Sobre este punto, *vid*. M.A. Jusdado, *La objeción de conciencia en el Derecho francés,* inédito, que por cortesía del autor hemos podido consultar. Este autor aduce, entre otras, la sentencia de 13 de diciembre de 1990, de la Sala de lo Social de la Corte de Casación francesa, en el caso *Collet v. Urssaf du Bas-Rhin,* en la que se lee: «el apelante cuya demanda ha sido justamente denegada, reclamaba el reembolso de sus cotizaciones a la Seguridad Social, toda vez que ésta financia con sus gastos el aborto, lo cual atropella las convicciones más profundas del recurrente [...], pero esto no es atendible, porque los asegurados deben cumplir con el pago de sus cotizaciones, cualquiera que sea su afectación, no pudiendo atentar la recaudación contra las convicciones personales, la libertad de pensamiento o la libertad de conciencia».

[26] Decisión de inadmisibilidad correspondiente a la comunicación n. 446/1991, CCPR/C43/D 446/1991 *(J.P. v. Canada)*. El Comité se limitaba a señalar que, si bien el art. 18 PIDCP tutela el derecho a expresar la propia religión o creencias, incluida la objeción de conciencia al servicio militar, «el rechazo al pago de impuestos por razones de conciencia claramente se encuentra fuera del ámbito de protección de este artículo».

cés que reclamaba una reducción de su cuota tributaria en la proporción de los gastos estatales dirigidos a subvencionar la realización de abortos considerados legales [27]. La Comisión entiende que el art. 9 CEDH no confiere a la persona el derecho de invocar sus convicciones para oponerse a la afectación, cualquiera que sea, de los impuestos conformes a la legislación vigente. El deber de pagar impuestos «es obligación de orden general que no tiene ninguna incidencia precisa en el plano de la conciencia». Lo cual, nos parece, es inexacto. Una cosa es que se entienda que no cabe que los ciudadanos decidan directamente sobre la afectación impositiva por razones de orden público, y otra que se decida qué es lo que tiene o no «incidencia precisa en la conciencia». Esto último sólo puede decidirlo el propio interesado, sin que el poder —judicial o legislativo— esté legitimado para calificarlo unilateralmente. Cuando, como es el caso, intenta hacerlo se produce una lamentable confusión de planos.

Por ahora, la jurisprudencia ha fallado favorablemente sólo en supuestos no del todo equiparables, pero sí conectados de alguna forma con manifestaciones de objeción de conciencia fiscal. Nos referimos a la acogida favorable que ha tenido en el derecho norteamericano y canadiense quienes rehusaban abonar, por razones de conciencia, las cuotas debidas a los sindicatos, ofreciéndose a destinar su importe a instituciones de beneficencia o *charities.* A semejanza de lo que ocurre con el servicio civil sustitutorio, se ha llegado en estos supuestos a establecer —primero en la jurisprudencia, y luego legislativamente— un pago a instituciones de utilidad social sin fin de lucro como solución estándar, como una particular aplicación de la llamada doctrina de la *reasonable accommodation* (es decir, la necesaria búsqueda del «acomodo razonable» a las creencias religiosas o morales de la persona) [28]. En el Reino Unido se ha adoptado una solución similar. La peculiar estructura sindical inglesa permite los *closed shop agreements* (sindicación obligatoria como condición de empleo). No obstante, la *Industrial Relations Act* de 1971 establece el derecho a no sindicarse, cumpliendo de forma alternativa con el deber de contribuir al sindicato mediante un pago a instituciones de beneficencia. En 1974 se operó una restricción de esta exención en favor —sola y exclusivamente— de la objeción de conciencia de carácter religioso. Esta restricción traslada el problema a definir el concepto de religión que debía emplearse en la aplicación de la ley [29].

---

[27] Se trata de las Dec. Adm. n. 10358/83 y n. 14049/88, comentadas por J. Martínez-Torrón, *La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea,* en ADEE 9 (1993), pp. 69-70.

[28] Sobre esta temática, a la que nos referimos más pormenorizadamente en el capítulo 10, *vid*. R. Palomino, *Objeción de conciencia y relaciones laborales en el derecho de los Estados Unidos,* en «Revista Española de Derecho del Trabajo» 50 (1991), pp. 916-925.

[29] En tal sentido, la sentencia *Saggers v. British Railroads Board (no. 2)* [1978] I.C.R. 1111, estableció un concepto institucional, que a la vez no prescinde del modo como el sujeto objetor

En otro ámbito, también relacionado con la objeción de conciencia fiscal, en Holanda se acepta la objeción moral de los adeptos a la iglesias reformadas de origen menonita a contribuir al sistema público de seguridad social. Sin embargo, para desincentivar el fraude de ley, quienes resulten exonerados de pagar los gastos de la seguridad social quedan obligados a ingresar la misma cantidad en concepto de impuesto sobre la renta [30].

## 3. Derecho español

En España, los primeros casos de objeción fiscal surgen en 1983, y han ido en aumento desde entonces, en el marco de asociaciones pacifistas, muchas de ellas de ámbito autonómico. De hecho, han surgido «centros coordinadores de objeción fiscal» en las comunidades de Andalucía, Cantabria, Cataluña, Galicia, Madrid, Navarra y País Vasco [31].

La legislación española no recoge cláusula de conciencia alguna en materia tributaria. Las deducciones en la cuota del IRPF no mencionan razones de conciencia que permitan deducciones correspondientes a gastos destinados a la defensa nacional o a otros gastos que puedan chocar contra la conciencia individual. De ahí que las cuestiones de objeción de conciencia fiscal en el ámbito del derecho español se hayan planteado litigiosamente en el entorno judicial, tanto de los tribunales ordinarios como del Tribunal Constitucional [32].

Las pretensiones conocidas por nuestra jurisprudencia han tenido un común denominador: se trata de contribuyentes que, en la autoliquidación del IRPF y con expresa reserva de objeción de conciencia, deducían de la cuota líquida una determinada cantidad, disconformes con su contribución al sostenimiento de los gastos militares. Normalmente, el cauce normativo alegado son

---

sostiene tal código axiológico del que se deriva el juicio de conciencia. Cfr. St J.A. Robilliard, *Religion and the Law,* Manchester 1984, pp. 174-178.

[30] Cfr. J. Martínez-Torrón, *Las objeciones de conciencia de los católicos,* en «Cuestiones vivas de Derecho matrimonial, Procesal y Penal Canónico. Instituciones canónicas en el marco de la libertad religiosa», Salamanca 2005, pp. 363-364. Así lo refleja la página oficial del sistema de seguridad social holandés: http://www.svb.nl/int/en/aow/wat_is_de_aow/Gemoedsbezwaren (visitada 4 octubre 2010).

[31] *Vid*. J.C. Dalmau Lliso, *La objeción fiscal…,* cit. en nota 1, pp. 68 ss.; A. Oliveres, *Objeción fiscal: opción personal y expresión social por la paz,* en «Anuario del Centro de Investigación para la Paz» (1989-1990), pp. 145 ss.

[32] *Vid*. M.E. Olmos & M. Puchades, *La objeción de conciencia fiscal: los términos de la controversia en las economías modernas,* en «La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional» (ed. por J. Martínez-Torrón), Granada 1998, pp. 722 ss.; M. Cebriá, *Objeciones de conciencia a intervenciones médicas. Doctrina y jurisprudencia,* Pamplona 2005, en especial pp. 139 ss.; J. Navarro Floria, *El derecho a la objeción de conciencia,* Buenos Aires 1998, p. 189.

los arts. 16.1 y 30.2 CE. La jurisprudencia, para rechazar estas pretensiones [33], ha utilizado los siguientes argumentos: 1) el problema de la objeción fiscal es cuestión política, cuya resolución corresponde a las Cortes Generales; 2) sin el oportuno reconocimiento legal, tal objeción no puede ejercerse «ni siquiera al amparo del derecho de libertad ideológica o de conciencia (art. 16 CE), que por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o subconstitucionales por motivos de conciencia» [34]; y 3) que no cabe tampoco la adopción por los contribuyentes de fórmulas alternativas a su deber impositivo —es decir, indicar el destino de una parte de la cuota líquida—, ya que esto supondría «la quiebra del principio de no afectación proclamado en diferentes preceptos de nuestro vigente ordenamiento jurídico».

Sin desconocer lo delicado del problema, y la dificultad de que los tribunales puedan otorgar una decidida protección a la objeción fiscal sin una clara base legislativa, conviene hacer alguna observación a estas argumentaciones. La primera de ellas es que la afirmación relativa a la *interpositio legislatoris* parece contradecirse, como se vio [35], con lo manifestado en la STC 53/1985 sobre el aborto, en la cual se habla de la objeción de conciencia en general como un aspecto de la libertad religiosa e ideológica tutelable al amparo del art. 16 CE, lo cual permitió salvaguardar la objeción a prácticas abortivas que pudieran invocar los facultativos, aunque no estuviera expresamente reconocida por la legislación positiva española. La segunda, que el principio de no afectación fiscal efectivamente está proclamado en diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico; pero, como se ha observado, «precisamente en sede de derecho eclesiástico del Estado conoce una excepción en relación con el tratamiento que se hace de la asignación tributaria en favor de la Iglesia Católica» [36].

---

[33] *Vid*. ATC 71/1993, de 1 marzo [y un comentario al mismo en J. Arrieta Martínez de Pisón, *La objeción de conciencia fiscal: a propósito del auto del Tribunal Constitucional de 1 de marzo de 1993,* en «Crónica Tributaria» 68 (1993), pp. 97 ss.]; sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza, de 9 enero 1988, en «Gaceta Fiscal» (abril 1988), pp. 62-64; STS de 11 mayo 1988 (rec. n.º 30/1998); sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 29 mayo 1989, en «Gaceta Fiscal», n. 69, pp. 101 ss.; y una providencia del TC de 28 junio 1990 (inédita), citada por R. Rodríguez Chacón, *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional,* Madrid 1992, pp. 140-141. También la sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 29 septiembre 1987, en «Carta Tributaria» 661 (1988), pp. 101-102, citada por G. Escobar Roca, *La objeción de conciencia en la Constitución española,* Madrid 1993, p. 443. Comentarios a esta jurisprudencia pueden verse en el muy reciente y brillante trabajo de J.L. Pérez de Ayala, *Objeciones de conciencia y derecho tributario,* Comunicación al Pleno de Numerarios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, mayo 2010, que por cortesía del autor hemos podido consultar (en prensa en los «Anales» de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación).

[34] En este punto, la influencia de la STC 160/187, sobre objeción de conciencia al servicio militar (*vid*. capítulo 2), es muy marcada.

[35] Cfr. *supra,* capítulo 2.

[36] R. Rodríguez Chacón, *El factor religioso…,* cit. en nota 33, p. 116.

Por lo demás, vale la pena hacer notar que, dentro y fuera de España, la aplicación inflexible del principio de no afectación del impuesto está siendo contestada por la doctrina tributaria, cada vez más proclive a introducir excepciones que tiendan a aproximarse a concepciones impositivas basadas parcialmente en el principio del beneficio en lugar del principio de la capacidad de pago (el ciudadano paga en función del beneficio que recibe de la actuación pública, y no sólo en razón de su capacidad económica). Precisamente sobre ese tipo de consideraciones técnico-fiscales, que toman en cuenta las opciones de conciencia más como un dato sociológico que como opciones de libertad a respetar necesariamente en virtud del art. 16 CE, se ha defendido recientemente la conveniencia de reconocer legalmente una afectación parcial del IRPF en materia de gastos de defensa [37].

En el marco legislativo, en las Cortes españolas se debatió una Proposición de Ley de 24 de junio de 2005, relativa a la objeción de conciencia a gastos militares, presentada por el grupo parlamentario de Esquerra Republicana (ERC). En ella se pretendía, en síntesis, reconocer una opción fiscal consistente en permitir que, en la declaración sobre el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, los ciudadanos pudieran elegir sobre el destino de la cuota íntegra que deben satisfacer al Estado equivalente a la participación porcentual que el Presupuesto General del Estado de cada año destina al Ministerio de Defensa. La opción propuesta consistía en manifestar si dicha parte porcentual se quiere seguir destinando a defensa y gastos militares, o bien a aquellas organizaciones que tengan por objeto el fomento de la paz y la solidaridad. La proposición de ley no llegó a prosperar [38].

Mencionemos, en fin, que en la sociedad civil la objeción fiscal ha sido a veces entendida, recientemente, como un modo de resistencia civil ante situaciones que se consideran objetivamente injustas y entran en conflicto con princi-

---

[37] *Vid*. J.C. Dalmau Lliso, *La objeción fiscal…,* cit. en nota 1, pp. 160 ss.; J.L. Pérez de Ayala, *Objeciones de conciencia y derecho tributario,* cit. en nota 33. Antes de la experiencia española relativa a la destinación individual voluntaria de una parte del IRPF a la Iglesia católica (en Italia, también a otras confesiones con acuerdo de cooperación con el Estado), parece que es en Estados Unidos donde comienzan a surgir las excepciones a la no afectación impositiva: en 1972 se introdujo la posibilidad de que el contribuyente destinase voluntariamente un dólar de su *income tax* a la financiación de las campañas presidenciales; posteriormente, esa posibilidad se ha ampliado —por la determinación de porcentajes, no de cantidades fijas— a la ayuda a terceros países.

[38] El texto de la proposición de ley puede verse en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», VIII Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, Núm. 192-124, junio 2005. El debate parlamentario puede verse en Cortes Generales, «Diario de Sesiones del Congreso» (Pleno y Diputación Permanente), 2006, VIII Legislatura, Núm. 164 (Sesión Plenaria 153, 28 marzo 2006), pp. 8168-8177. La proposición fue rechazada por abrumadora mayoría: 293 votos en contra, 14 a favor y 2 abstenciones (cfr. *ibid*., p. 8185).

pios morales hondamente sentidos. Una muestra de ello es la iniciativa ciudadana que se planteó hace pocos años para promover una «objeción fiscal contra la financiación de ETA», tras los datos electorales cosechados en las elecciones municipales de 27 de mayo de 2007 por Acción Nacionalista Vasca, ANV-EAE, la formación de la izquierda abertzale tutelada por miembros de Batasuna. Esa fuerza política fue la más votada en 40 municipios del País Vasco y Navarra, obteniendo 95.000 votos y 437 concejales. Según estas cifras, a la formación política le correspondían 253,78 euros por cada concejal electo y 51 céntimos por cada voto obtenido en cada candidatura, siempre que la lista lograse al menos un escaño. La iniciativa de «objeción fiscal» propugnaba la aplicación de una fórmula matemática, a través de la que se calculaba la retención impositiva que debería dedicarse a la financiación de esos concejales y votos. Esta cifra se proponía no ingresarla en Hacienda y derivarla a diversas asociaciones de víctimas del terrorismo [39].

[39] *Vid.* información al respecto en «El Confidencial Digital», 30 mayo 2007: http://www.elconfidencialdigital.com/Articulo.aspx?IdObjeto=11987 (visitado 14 septiembre 2010).

# Capítulo 5
# Objeción de conciencia al aborto

SUMARIO: 1. Noción y fundamentación.—2. La tendencia expansiva en el derecho comparado: 2.1. *Panorama legislativo y jurisprudencial*. 2.2. *La colaboración indirecta en el aborto.*—3. Derecho español: 3.1. *Antecedentes de la actual regulación: especial referencia a la STC 53/1985*. 3.2. *Una jurisprudencia contradictoria*. 3.3. *La regulación en la Ley Orgánica 2/2010.*

## 1. Noción y fundamentación

La objeción de conciencia al aborto consiste en la negativa a ejecutar prácticas abortivas o a cooperar, directa o indirectamente, en su realización; es decir, participar, como ejecutor o colaborador, en la práctica de abortos legales. No es infrecuente, sin embargo y como veremos, que sea planteada también por otros ciudadanos respecto a actividades tan sólo indirectamente conexas con la realización de abortos.

Esta ampliación de contenido viene propiciada porque esa inicial noción se considera demasiado restrictiva, ya que sufre hoy los embates de un proceso de partenogénesis, que está produciendo —con el nacimiento de nuevas ramas en el antiguo tronco— una ampliación de sus contenidos. Ocurre algo parecido a lo que sucedió, en su momento, en el ámbito de la objeción de conciencia al servicio militar. De la inicial negativa a un servicio militar armado se pasó al rechazo de la llamada prestación social sustitutoria. Posteriormente se postuló un servicio militar profesional. Conseguido este objetivo en algunos países, se reclamó la objeción de conciencia al pago de la cuota impositiva dedicada a gastos de defensa. Así, también de la objeción de conciencia del personal facultativo a la realización de abortos se ha derivado, como veremos más detenidamente, la negativa de algunos farmacéuticos a dispensar medicamentos abortivos o para-abortivos, la reticencia de la clase judicial italiana a completar con su voluntad la de la menor que desea abortar contra el consentimiento de sus padres, o la negativa de algunos contribuyentes —en áreas jurídicas diversas— al abono de la parte proporcional de sus impuestos destinada a la financiación de abortos con cargo al erario público.

Como se ve, también en el marco de la objeción de conciencia al aborto comienza a dibujarse un panorama conflictual de notable diversidad, dada la

imprevisible dirección que la plasticidad de la conciencia humana puede ir tomando.

Antes de referirnos a los datos que perfilan la tendencia expansiva de esta modalidad de objeción de conciencia, mencionemos brevemente algunos aspectos que clarifiquen el análisis posterior de este tema, sobre todo los relativos a su fundamentación, que es notablemente plural.

Así, desde una perspectiva deontológica, los facultativos conocen mejor que nadie la singularidad del patrimonio genético del embrión, la continuidad de su crecimiento somático, los mecanismos de lo que se ha llamado el «coloquio bioquímico con la madre» y, en definitiva, el grado de independencia ontológica de ella. De ahí que numerosos códigos deontológicos reconozcan el derecho del personal sanitario a objetar a la cooperación o realización de abortos. Desde el punto de vista de la ética o moral natural, no ha dejado de observarse que en el problema del aborto la *cronología* no modifica la *ontología,* es decir, que el derecho a la existencia de todo ser humano, abstracción hecha del momento en que se plantea, es un derecho fundamental, precisamente porque funda todos los otros derechos en cuanto a su misma posibilidad de ejercicio [1]. Y desde la perspectiva de la moral religiosa, la gran mayoría de iglesias y confesiones han visto en el aborto, o al menos en alguna de sus formas, un acto de supresión de la vida humana inocente, un grave ilícito moral [2].

---

[1] Cfr. D. Tetamanzi, *Aborto e obiezione di conscienza: considerazioni di etica umana e cristiana,* en «Obiezione di coscienza e aborto», Milano 1978, p. 77; G. Herranz, *La objeción de conciencia de las profesiones sanitarias,* en «Scripta Theologica» (1995), pp. 545 ss. Desde la perspectiva jurídica, el criterio cronológico ha sido seriamente cuestionado en dos sentencias de la Corte Suprema norteamericana: *Webster v. Reproductive Health Services,* 109 S.Ct. 3040 (1989), y *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey,* 505 U.S. 833 (1992). El ponente de la primera, Rehnquist, advierte que la estructura temporal —a base de trimestres y del concepto de viabilidad— es incongruente con el texto constitucional, construido éste en términos generales; la estructura de trimestres ha conducido a que la Corte Suprema se convierta en una especie de autorizado panel médico investido de poder para aprobar o rechazar criterios y prácticas forenses en Estados Unidos. En la segunda, O'Connor, Kennedy y Souter rechazan de nuevo, aunque sin anularla, dicha estructura, tanto por considerarla incongruente con la naturaleza del interés de la embarazada como por infravalorar el interés del Estado en la vida potencial.

[2] La posición de la Iglesia Católica en el tema es bien conocida. Basten estos ejemplos: la Conferencia Episcopal de Escandinavia (julio de 1971) observaba: «declaramos firmemente que nadie, ninguna autoridad legislativa de ningún país, tiene el derecho de obligar a un médico a obrar contra las propias convicciones en materia de aborto»; y la Conferencia Episcopal española (mayo de 1985): «en nombre de las personas afectadas gravemente en su conciencia, sean o no católicas, pedimos el derecho a obrar en conciencia para los parlamentarios, los funcionarios y los profesionales de la medicina». Cfr. A. Molina Melia, *Estudio jurídico canónico de la reciente ley de aborto española,* en REDC (1985), en especial pp. 471-474; G. Caprile, *Non uccidere. Il magisterio della Chiesa nel'aborto,* Roma 1973. Más recientemente, con motivo de la nueva ley española

Por su parte, desde el punto de vista filosófico conviene hacer notar —como se ha dicho incisivamente— que en una sociedad secularizada la vida humana adquiere una terrible seriedad, precisamente porque es la única vida de la cual muchas personas creen disponer, al haberse oscurecido el recuerdo de otra vida ultraterrena. De ahí la paradoja del avance de las legislaciones permisivas del aborto inducido, que no sólo contradice la secular concepción cristiana de respeto a la vida del no nacido, sino que niega también en profundidad la imagen de sí mismo que el hombre moderno ha construido durante estos dos últimos siglos [3].

Esto sentado, cabe concluir que la objeción de conciencia al aborto es una especie de caleidoscopio donde se reflejan los matices que la peculiar dinámica ínsita en los dictámenes prácticos de conciencia puede adoptar, tanto en su vertiente estrictamente religiosa como ideológica o deontológica. De ahí también que comience a desplazar en su protagonismo al modelo hasta ahora paradigmático de objeción de conciencia, es decir, la militar. Lo que a su vez explica el panorama especialmente conflictivo que viene adquiriendo en el derecho comparado y, en menor medida, en el derecho español.

---

de aborto (de 3 marzo 2010, que comentaremos más adelante en este capítulo), la Conferencia Episcopal española recordaba, en su declaración de 5 julio 2010, que la nueva ley «es objetivamente incompatible con la recta conciencia moral —en particular, la católica». Una exposición más detallada de la posición de la Conferencia Episcopal sobre esa reforma legislativa puede verse en una declaración de su Comisión Permanente de 17 junio 2009 en relación con el anteproyecto de ley: http://www.conferenciaepiscopal.es/documentos/Conferencia/AnteproyectoLeyAborto.html (visitado 21 septiembre 2010). Por su parte, el Islam adopta una posición similar, lo que llevó, por ejemplo, a la Asociación Musulmana de España a adherirse expresamente al Manifiesto de la Unión de movimientos en favor del prenacido, firmado también por la Iglesia Anglicana de España y por la Iglesia Ortodoxa Griega, al igual que por la Conferencia Episcopal española. Sobre las posiciones —también restrictivas frente al aborto— del judaísmo y del protestantismo, *vid*. D. Bleich, *Abortion in Jewish Law,* en «New Perspectives on Human Abortion», Frederick, MD, 1981; J.C. Wilke, *Abortion and Slavery,* Ohio 1984, pp. 55-59. Sobre la objeción de conciencia de trasfondo religioso, *vid*. J.M. Torrón, *Las objeciones de conciencia de los católicos,* en «Cuestiones vivas de Derecho matrimonial, procesal y penal canónico. Instituciones canónicas en el marco de la libertad religiosa» (ed. por R. Rodríguez Chacón), Salamanca 2005, pp. 335-381; y M. González, *El comienzo y el final de la vida: fundamentos religiosos para la objeción de conciencia,* en «Libertad de conciencia y Derecho sanitario en España y Latinoamérica» (coord. por I. Martín Sánchez), Granada 2010, pp. 14-22.

[3] Cfr. F. D'Agostino, *Accoglienza alla vita in una epoca di secolarizzazione,* en «Diritto e secolarizzazione», Milano 1982, pp. 305-310. Sobre la tendencia jurisprudencial en ordenamientos jurídicos muy distintos, ver. R. Navarro-Valls, *Derecho y vida humana,* en http://www.zenit.org/article-40797?l=spanish (visitado 8 diciembre 2011).

## 2. La tendencia expansiva en el derecho comparado

### 2.1. *Panorama legislativo y jurisprudencial*

La objeción de conciencia al aborto viene reconocida, de un modo u otro, en la práctica totalidad de las legislaciones que han despenalizado la llamada interrupción del embarazo.

Así, en Estados Unidos, después de la decisión *Roe v. Wade* del Tribunal Supremo norteamericano, en 1973, que liberalizó el aborto prácticamente en los seis primeros meses del embarazo [4], la gran mayoría de los estados de la Unión han establecido cláusulas de conciencia en sus legislaciones sobre el aborto. Ya en 1978, apenas cinco años después de *Roe v. Wade,* virtualmente todos los estados disponían de legislación que garantizaba la cláusula de conciencia [5]. En esas leyes se prohíbe con sanciones civiles, e incluso penales, discriminar a cualquier facultativo que se niegue por motivos de conciencia a participar en procedimientos abortivos. La mayoría de las leyes están redactadas de modo bastante amplio desde el punto de vista del derecho de un empleado o facultativo de un hospital o de otra persona que se niega a colaborar en prácticas abortivas, proporcionando también protección contra maniobras discriminatorias contra el objetor, y en general la judicatura estadounidense ha sido bastante protectora de la libertad de conciencia en esta materia. [6].

---

[4] *Roe v. Wade,* 410 U.S. 113 (1973). Su texto puede también verse (italiano-inglés) en *L'aborto nelle sentenze delle Corti Costituzionali,* Milano 1976, pp. 115-143. En castellano, en M. Beltrán de Felipe & J.V. González García, *Las sentencias básicas del TS de los Estados Unidos de América,* Madrid 2005, pp. 408-425.

[5] *Vid*. J. Feder, *The History and Effect of Abortion Conscience Clause Laws,* CRS Report for Congress, 2005, p. 2; R. Benson Gold, *Conscience Makes a Comeback In the Age of Managed Care,* The Guttmacher Report on Public Policy (Feb. 1998).

[6] Así, por ejemplo, la legislación del estado de Kansas dispone: «Ninguna persona será requerida para ejecutar o participar en procedimientos médicos que tengan por objeto la finalización de la vida intrauterina, y el rechazo de cualquier persona a ejecutarlos o participar en ellos no dará lugar a responsabilidad civil de éstas. Ningún hospital, administrador del mismo, o junta administrativa de ellos cesará en su empleo, impedirá o perjudicará la práctica o trabajo o impondrá ninguna otra sanción a persona alguna por el hecho de que ésta se niegue a ejecutar o participar en la interrupción de un embarazo». *Vid.,* sobre esas leyes estatales, R. Navarro-Valls, *La objeción de conciencia al aborto en la legislación y jurisprudencia norteamericanas,* cit., pp. 423-440; y W.C. Durham, M.A. Wood & S.J. Condie, *Accomodation of Conscientious Objection to Abortion,* en BYULR (1982), pp. 306 ss. Como ejemplo reciente de la actitud de la jurisprudencia estadounidense podemos mencionar la orden temporal emitida por un juez federal, en noviembre de 2011, en la que prohibía a un hospital de New Jersey que obligara a doce enfermeras a asistir en abortos, en contra de sus convicciones personales. La orden de la Corte se emitió ante la demanda presentada por las enfermeras contra el centro de salud, que amenazó con despedirlas si no participaban en los abortos que allí se practican (fuente: http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=35202, visitado 8 diciembre 2011).

A nivel federal, en 1973 el Congreso norteamericano aprobó la llamada «Church amendment» a la *Public Health Services Act* [7]. Según dicha norma, las instituciones que reciben financiación federal no podrán discriminar a médicos, enfermeras y demás profesionales de la salud que se nieguen a participar en abortos o esterilizaciones por razón de sus «creencias religiosas o convicciones morales». Idéntica prohibición de discriminación se aplica a quienes rehúsan, por reparos religiosos o morales, intervenir en servicios o programas de investigación financiados por el Departamento de Sanidad. Además, ninguna autoridad pública puede exigir a personas o instituciones beneficiarios de ciertos fondos federales que lleven a cabo abortos voluntarios o esterilizaciones, o que permitan utilizar sus instalaciones o personal para el mismo fin, si esas intervenciones son contrarias a las «creencias religiosas o convicciones morales» de la institución o de la persona en cuestión [8].

Es admitida, por tanto, la objeción de conciencia institucional en los hospitales privados, si establecen la prohibición estatutaria de realización de abortos dentro de sus instalaciones. También los hospitales públicos pueden establecerlas de algún modo, pues el Tribunal Supremo, en la sentencia *Poelker v. Doe* (1977), concluyó que los hospitales municipales no vienen obligados a destinar fondos públicos para contratar médicos que acepten practicar abortos [9].

Respecto a la participación indirecta en el aborto, la jurisprudencia estadounidense se muestra también ampliamente tuitiva [10]. Por ejemplo, en el caso

---

[7] 42 U.S.C. § 300a-7(b), (c), (d) y (e). La *Public Health Services Act* fue promulgada en 1944 y ha experimentado desde entonces abundantes reformas. Esa norma, y otras normas federales relacionadas con la protección de la conciencia en el ámbito sanitario, puede consultarse en: http://www.usccb.org/prolife/issues/abortion/crmay08.pdf (visitado 21 septiembre 2010). En relación tanto con la regulación federal como la estatal, *vid*. en España, R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano,* Madrid 1994, pp. 372 ss.

[8] La aplicación de esa normativa federal ha ofrecido en el pasado numerosos puntos débiles, que incluyen, por ejemplo, dudas acerca de si puede obligarse al personal sanitario objetor de conciencia a que proporcionen a quien busca un aborto información de referencia respecto a otras personas o instituciones dispuestas a realizarlo. Debido a ello, en diciembre de 2008, el Presidente George W. Bush dictó una «orden ejecutiva» (equivalente aproximado a nuestro real decreto) adoptando medidas para hacer efectiva la legislación federal en vigor. El Presidente Barack Obama firmó el 24 de marzo de 2010 otra orden ejecutiva que reitera la prohibición del uso de fondos federales para la práctica del aborto. Sobre la objeción de conciencia en la nueva Administración, *vid*. M. GRECO, *L'amministrazione Obama e l'obiezioni di conscienza in materia sanitaria tra spinte innovative, «conscience clauses» e tensioni conservatrici. Un caso di difficile «accommodation»,* en QDPE 2 (2009), pp. 431 ss.

[9] *Poelker v. Doe,* 432 U.S. 519 (1977). El mismo día el Supremo decidió otros dos casos sobre aborto: *Beal v. Doe,* 432 U.S. 438, y *Maher v. Roe,* 432 U.S. 464.

[10] *Vid*. al respecto la bibliografía citada en la nota 6, y también R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia…,* cit. en nota 7, pp. 380 ss.

*Haring* (1979), una corte federal sentaba la doctrina de que la negativa de un inspector de Hacienda a calificar peticiones de exención de impuestos presentadas por organizaciones abortistas, no puede justificar represalias laborales sobre el objetor [11]. Y en el caso *Swanson,* la Corte Suprema de Montana admitió la objeción de conciencia sobrevenida al fallar que, dada la propensión de la conciencia humana a definir sus propios límites, parece lógico que el concepto que una persona tenga sobre la conveniencia o la moralidad de una acción pueda cambiar: el derecho de objeción de conciencia protegido por la ley es incondicional, independientemente de lo acontecido anteriormente [12]. En *Tramm*, una corte de distrito de Indiana entendió contrario a derecho el despido de la enfermera Elaine Tramm por parte del Porter Memorial Hospital, al negarse aquélla a la preparación del instrumental para realizar abortos y a manejar contenedores con restos fetales tras la realización de prácticas abortivas. Frente a la argumentación del hospital de que la enfermera Tramm no había sido obligada a «asistir» o «participar en el procedimiento de aborto» —criterio de cooperación directa protegido por la cláusula de conciencia del estado de Indiana— la corte acepta la demanda de Tramm que defiende que la realización de las tareas asignadas son acciones necesarias «antes o después del procedimiento abortivo». Por otro lado, el hospital argumentaba que el despido no era discriminatorio, ya que la actuación de la enfermera era «fraudulenta», en tanto que su intención era utilizar su caso para apoyar el movimiento pro-vida americano del que forma parte. El tribunal, sin embargo, rechazaba tal alegación y subrayaba que la existencia de unas creencias religiosas sinceras bastan para convertir en discriminatorio el despido, añadiendo que el apoyo de la objetora al movimiento pro-vida «más que restar fuerza a esas convicciones, la reafirma» [13].

En Latinoamérica [14], vale la pena citar el caso de México, donde el debate público sobre la liberalización del aborto fue de notable intensidad. La Ley de

---

[11] *Haring v. Blumenthal,* 471 F.Supp. 1172 (1979).

[12] *Swanson v. St. John's Lutheran Hospital,* 597 P.2d 702 (1979).

[13] *Tramm v. Porter Memorial Hospital,* No. H 87-355, 1989 U.S. Dist. LEXIS 16391 (N.D. Ind. Dec. 21, 1989). *Vid*. R. Palomino, *Las objeciones de conciencia…,* cit. en nota 7, pp. 387-390. Un caso reciente e interesante, de septiembre de 2011, se refiere a una estudiante de enfermería que presentó una demanda federal al Departamento de Salud y Servicios Humanos, alegando que la Universidad Vanderbilt (Nashville, Tennessee) incurría en «discriminación ilegal» por obligar a los estudiantes que presentaban su solicitud de estudios en la residencia de enfermería a comprometerse a realizar abortos. Muy poco después de presentada la demanda, la Universidad sustituyó la cláusula que obligaba a realizar abortos por esta otra: «ningún profesional de la salud está obligado a participar en un procedimiento de interrupción del embarazo si esa participación es contraria a las creencias religiosas de una persona o a sus convicciones morales» (fuente: http://notifam.net/index.php/archives/7472/, visitado 8 diciembre 2011).

[14] Para una pormenorizada visión de la situación de la objeción de conciencia al aborto en Latinoamérica, *vid*. J.G. Navarro Floria & O. lo Prete, *Libertad de conciencia y Derecho Sanitario*

Salud para el Distrito Federal —el único estado en el que, hasta la fecha, se permite legalmente la interrupción voluntaria del embarazo— terminó por establecer, en su art. 16 bis 7, una cláusula de conciencia en términos bastante parecidos a los que, como veremos enseguida, encontramos en algunas legislaciones europeas: se admite la objeción, pero hasta cierto punto condicionada a la posibilidad real de que la mujer pueda obtener el aborto que pretende. Así, se acepta la objeción de conciencia de todo el personal sanitario, sin mayores especificaciones, ya sea por razones religiosas o por otro tipo de convicciones personales. No obstante, se impone al médico objetor la obligación de remitir a la gestante a otro facultativo no objetor, y no se permite la objeción en casos urgentes en los que exista riesgo para la vida o salud de la mujer (es de esperar que esto último se interprete en sentido estricto, y no con la laxitud con que frecuentemente se interpreta la legalidad de aquellos abortos en los que se detecta que un embarazo pone en peligro la salud «física o psíquica» de la mujer). Además, se subraya la obligación que tienen los servicios públicos de salud de garantizar la prestación de abortos en sus instalaciones [15].

Por su parte, la Corte Suprema de México, en septiembre 2011, no ha alcanzado la mayoría legal de votos para declarar inconstitucionales las reformas de aquellas constituciones estatales que entienden que la vida ha de ser defendida desde la concepción. De esta manera, sigue vigente el artículo 7 de la Constitución del estado de Baja California, objeto del análisis de la Corte Suprema, que establece que el ser humano está protegido desde el momento mismo de la concepción. En total son dieciocho los estados que han reformado sus constitu-

---

*en la República Argentina;* F. Horta, *Legislación brasileña en derecho de la salud y de bioética;* A.M. Celis B., *Libertad de conciencia y Derecho Sanitario en Chile;* M.A. de la Luz Casas, *La objeción de conciencia en México;* C. Valderrama, *La libertad de conciencia y el Derecho Sanitario en el Perú;* C. Asiaín Pereira, *Derecho Sanitario y libertad de conciencia en Uruguay,* todos ellos en «Libertad de conciencia...», cit. en la nota 2, pp. 29-310. *Vid*. también, en la sección monográfica dedicada a la objeción de conciencia al aborto en la RGDCDEE 23 (2010), C. Asiaín Pereira, *Objeción de conciencia al aborto en el Uruguay,* y J.G. Navarro Floria, *Objeción de conciencia a la práctica del aborto en la República Argentina*.

[15] «Los prestadores de los servicios de salud a quienes corresponda practicar la interrupción del embarazo en los casos permitidos por el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, y cuyas creencias religiosas o convicciones personales sean contrarias a tal interrupción, podrán ser objetores de conciencia y por tal razón excusarse de intervenir en la interrupción del embarazo, debiendo referir a la mujer con un médico no objetor. Cuando sea urgente la interrupción del embarazo para salvaguardar la salud o la vida de la mujer, no podrá invocarse la objeción de conciencia. Será obligación de las instituciones públicas de salud garantizar la oportuna prestación de los servicios y la permanente disponibilidad de personal no objetor de conciencia en la materia» (Adición publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 27 enero 2004, disponible en: http://www.gire.org.mx/publica2/Reforma_leysalud_DF_enero%202004.pdf (visitado 14 octubre 2010).

ciones o establecido leyes para blindar el derecho a la vida desde la concepción hasta la muerte natural [16].

Especial atención merece la situación de Colombia, donde la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones en materia de objeción de conciencia al aborto. Hay una importante sentencia de 2009 [17], que reitera y desarrolla los principios sentados por otra sentencia de 2008 [18], sobre la base, a su vez, de una crucial sentencia de 2006 [19]. En su sentencia de 2009, la Corte comienza afirmando con claridad que la objeción de conciencia es un derecho fundamental que constituye un «corolario obligado» de la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Pero, paradójicamente, y a nuestro entender de manera poco razonable, la Corte dedica su mayor esfuerzo a delimitar en clave claramente restrictiva el ámbito de ejercicio de la objeción de conciencia al aplicarla al concreto caso del aborto, partiendo de la base de que este último es un derecho de la mujer gestante, encuadrado dentro de la prestación de un servicio público de salud. Así, para la Corte sólo tiene derecho a la objeción el personal médico que directamente participe en la intervención conducente al aborto, pero no el personal administrativo, y ni siquiera el personal médico que haya de tomar parte en actividades preparatorias de la intervención [20]. Incluso se permite el juez ponente sustituir el juicio de conciencia del personal no directamente ejecutor de la intervención, aduciendo que en su oposición a colaborar con un aborto «difícilmente podrá encontrarse conexión real con motivos morales, filosóficos o religiosos» [21]. Confunde así la Corte ejecución con participación o implicación moral, privando de hecho al personal hospitalario

---

[16] Además de Baja California y San Luis Potosí, los estados que han hecho estas modificaciones son Chiapas, Veracruz, Querétaro, Chihuahua, Campeche, Colima, Puebla, Durango, Jalisco, Nayarit, Quintana Roo, Guanajuato, Yucatán, Sonora, Morelos y Oaxaca. Sobre la decisión de la Corte Suprema, *vid.* J.L. Soberanes, *A la Corte: ampliar y no restringir los derechos,* en el diario «Milenio», 15 septiembre 2011.

[17] Sentencia T-388/09, 28 mayo 2009.

[18] Sentencia T-209/08, 28 febrero 2008.

[19] Sentencia C-355/06, 10 mayo 2006: la primera de las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia que no sólo legitimaba la despenalización del aborto voluntario, sino que lo elevaba a la categoría de derecho fundamental. Hay otras sentencias en que la Corte ha mantenido y subrayado la misma línea jurisprudencial adoptada en 2006: T-988/07, 20 noviembre 2007; T-946/08, 2 octubre 2008; T-732/09, 15 octubre 2009; y T-585/10, 22 julio 2010. Agradecemos al Prof. Dr. Vicente Prieto su ayuda y precisiones para la correcta elaboración de estos párrafos.

[20] «Sólo el personal médico cuya función implique la participación directa en la intervención conducente a interrumpir el embarazo puede manifestar objeción de conciencia; *contrario sensu,* ésta es una posibilidad inexistente para el personal administrativo, el personal médico que realice únicamente labores preparatorias y el personal médico que participe en la fase de recuperación de la paciente» (sentencia T-388/09, n. 5.4).

[21] *Ibid.,* n. 5.1.

del derecho más elemental en esta materia: el que le asiste para tomar de manera autónoma sus propias decisiones morales.

Además, y en la misma línea de condicionar el ejercicio de la objeción al aborto, exige que el personal médico manifieste por escrito su objeción, con mención pormenorizada de sus íntimas razones, indicando, curiosamente, que para ello «no servirán formatos generales de tipo colectivo, ni aquellos que realice persona distinta a quien ejerce la objeción de conciencia» [22]. Es decir, que en teoría no bastaría con referirse, por ejemplo, a la personal adhesión a la doctrina católica o a los principios de la religión islámica. También insiste la Corte colombiana en que la objeción de conciencia de los médicos no puede traducirse en una «carga desproporcionada» para las mujeres que solicitan voluntariamente un aborto, y por ello les impone el deber de remitir a la gestante a otro profesional del que le conste su pericia y su disponibilidad para efectuar el aborto [23].

Por lo demás, la sentencia de 2009 niega que puedan alegar objeción de conciencia las autoridades judiciales cuya tutela pueda ser reclamada en un procedimiento de aborto. Y, en un alarde de falta de conocimiento respecto a las consecuencias de la autonomía de las confesiones religiosas, rechaza que pueda darse objeción de conciencia institucional, incluso por parte de hospitales o clínicas privados, sea cual fuere su orientación religiosa o moral [24]. Como bien se hacía notar en el voto particular de un magistrado a la sentencia, obligar a las instituciones privadas con ideario religioso a contar con personal cualificado para realizar abortos voluntarios legalizados es invasivo de la libertad religiosa, y además se trata de una invasión carente de sentido cuando existe de hecho la posibilidad de recurrir alternativamente a otros centros para esas intervenciones. Hagamos notar que la Corte Constitucional no ha tenido en cuenta lo dispuesto por la Ley Estatutaria de Libertad Religiosa [25], cuyo art. 7.g) reconoce el derecho «de las iglesias y confesiones religiosas [...] de cumplir actividades de educación, de beneficencia, de asistencia que permitan poner en práctica los preceptos de orden moral desde el punto de vista social de la respectiva confesión». Y el art. 13 de la misma Ley añade que las normas «que regulen las instituciones creadas por aquellas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguardia de su identidad religiosa y de su carácter propio, así como el debido respeto de sus creencias, sin perjuicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución y en especial los de la libertad, igualdad y no discriminación».

---

[22] *Ibid*.

[23] Este extremo ya se contenía en la sentencia C-355/06.

[24] También este aspecto se encontraba ya, brevemente, en la sentencia C-355/06.

[25] Ley 133 de 1994.

Analizando las citadas sentencias de la Corte Constitucional colombiana, y especialmente la de 2009, es difícil sustraerse a la impresión de que la Corte ha decidido erigirse en legislador en esta materia, excediéndose en las funciones judiciales que legítimamente le corresponden. Y resulta igualmente visible que la Corte, al analizar los intereses jurídicos que se enfrentan en un supuesto de objeción al aborto, se ha decantado inequívocamente por limitar la libertad de conciencia con el fin de evitar que pueda representar condicionante alguno para lo que —creemos que erróneamente— se califica como un derecho fundamental de la mujer gestante a exigir ayuda de profesionales de la medicina para poner fin a su embarazo [26]. Cuando se produce un conflicto de intereses jurídicos —y ésta es la posición desde el principio defendida en este libro— es sin duda necesario buscar soluciones que permitan encontrar el equilibrio más justo entre ambos. El problema, en Colombia, es que el análisis de ese conflicto nace viciado por la categorización del aborto como derecho fundamental de la mujer, en igualdad —o incluso superioridad— de situación con la libertad de conciencia de los profesionales llamados a practicarlo. Está por ver, en todo caso, el impacto que podría tener en esta jurisprudencia, en caso de ser aprobado, el proyecto de ley protectora de la libertad de conciencia al que nos hemos referido en otro lugar [27].

En Europa, un porcentaje notable de legislaciones tienen una normativa definida sobre esta modalidad de objeción de conciencia. En Dinamarca, la exención del deber de participar en la realización de abortos es muy clara y se aplica, de manera amplia, a un gran sector del personal sanitario que se oponga a esa intervención por razones religiosas o éticas: médicos, enfermeras, matronas, auxiliares de clínica, asistentes sociales, y personas que están en período de formación para ejercer esas profesiones [28]. La legislación alemana de reforma del Código Penal de 18 mayo 1976 dispone taxativamente que «nadie puede ser

---

[26] Significativamente, el tratamiento que la misma Corte ha hecho de otro supuesto de objeción de conciencia —el servicio militar— ha sido muy distinto. Mientras que en materia de aborto parecen más importantes las restricciones que la misma objeción, con el servicio militar se ha pasado abruptamente de una jurisprudencia restrictiva a la apertura general, con pocas especificaciones (cfr. sentencia C-728/09, 14 octubre 2009). Sobre la objeción de conciencia en Colombia pueden verse los siguientes trabajos: V. Prieto, *Estado laico y libertad religiosa. Antecedentes y desarrollos de la Constitución colombiana de 1991,* Bogotá, 2011, pp. 303-344; Bogotá, 2011, pp. 303-344; I.M. Hoyos Castañeda, *Los desafíos jurídicos frente a la objeción de conciencia,* en «Vida y Ética» 8-2 (2007), pp. 135-162, y también *Problemática jurídica de la objeción de conciencia. De nuevo sobre el fallo del aborto,* en «Persona y Bioética» 10 (2006), pp. 69-84; C. Pardo Schlesinger, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana,* en «Persona y Bioética» 10 (2006), pp. 52-68; M. Madrid-Malo, *El derecho a la objeción de conciencia,* Bogotá, 2003.

[27] *Vid. supra,* capítulo 2, epígrafe 2.2.

[28] *Lovbekendtgørelse 2004-06-16 nr. 541 om svangerskabsafbrydelse og fosterreduktion,* S § 10, skt. 2.

obligado a cooperar en una interrupción de embarazo». Y la ley holandesa de 1 mayo 1981, tras su reforma en 1984, establece que nadie está obligado a participar en la práctica de abortos, si bien obliga al médico que se niegue a practicarlo a remitir a la mujer a otro profesional [29]. Por su parte, la ley italiana de 22 mayo 1978 hace notar que «el personal sanitario y el que ejerce actividades auxiliares no vendrá obligado a las intervenciones para la interrupción del embarazo cuando planteen objeción de conciencia con declaración preventiva» [30]. En Eslovaquia, el derecho a la objeción de conciencia al aborto está regulado en un Anexo a la ley de 2004 [31], que establece que «no se puede exigir al trabajador sanitario una acción, o la colaboración en una acción, que contravenga su conciencia, fuera de los casos de protección de la vida o la salud, o de los derechos del paciente» [32].

En Bélgica, la Ley de 3 abril 1990, al tiempo que —modificando el Código Penal— legalizaba diversos supuestos de aborto, eximía a todo médico, enfermero o auxiliar de clínica de colaborar en la práctica de abortos voluntarios, añadiendo que el médico ha de informar a quien solicita un aborto, desde la primera consulta, de su rechazo a ese tipo de prácticas [33]. En Francia, el Código de Salud Pública establece con total nitidez que ningún médico está obligado a ejecutar un aborto, aunque, como en Bélgica, debe informar de su rechazo, sin dilación, a la interesada y comunicarle inmediatamente el nombre de otros médicos dispuestos a realizarlo. Igualmente, ninguna enfermera o auxiliar médico está obligado a cooperar a una interrupción del embarazo. También las clínicas privadas tienen el derecho de oponerse institucionalmente a la realización de abortos voluntarios en sus instalaciones [34]. El deber de informar al paciente

---

[29] *Wet van 1 mei 1981, houdende regelen met betrekking tot het afbreken van zwangerschap,* artículo 20 (en redacción dada por la Ley de 1 noviembre 1984).

[30] Cfr. S. Sieira Mucientes, *La objeción de conciencia sanitaria,* Madrid 2000, pp. 138 ss.; F. Lyall, *Conscience and the Law: UK National Report,* en «L'obiezione di coscienza nei paesi della Comunità europea», Milano 1992, pp. 175 ss.; V. Turchi, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea,* pp. 101 ss., y, del mismo autor, *Nuevas formas de objeción de conciencia. La experiencia italiana,* en RGDCDEE 15 (2007); A. Bettetini, *Libertad de conciencia y objeción al aborto en el ordenamiento italiano,* en RGDCDEE 23 (2010), pp. 1 ss.; I. Martín Sánchez, *La objeción de conciencia del personal sanitario,* en «Libertad religiosa y Derecho sanitario» (coord. por I. Martín), Madrid 2007, p. 72.

[31] Ley n. 578/2004 Z.z.

[32] *Vid.* M. Moravčíková & A. Riobó, *Regulación legal de la objeción de conciencia al aborto en la República Eslovaca,* en RGDCDEE 23 (2010).

[33] *Vid.* al respecto L.L. Christians & S. Minette, *Avortement et objection de conscience en Belgique,* en RGDCDEE 23 (2010), pp. 4 ss.

[34] *Code de la santé publique,* art. L.2212-8 (según la versión dada por la Ordonnance n.º 2010/177 du 23 février 2010, art. 1). *Vid.* E. Tawil, *Conscientious objection in French Law,* en en «Výhrada vo Svedomí - Conscientious objection» (ed. por Michaela Moravčíková), Bratislava 2007, pp. 281-282.

existe asimismo en las cláusulas de conciencia incorporadas a la legislación de Polonia que regula, desde 1996, las profesiones de médico, enfermera y matrona, y que se refieren a la incompatibilidad entre el servicio sanitario solicitado y la conciencia del profesional. No obstante, se ha apuntado con rigor que la ley se refiere a «servicios relativos al cuidado de la salud» *(swiadczenia zdrowotne)* y que, por tanto, ese deber de información no existiría respecto a los abortos despenalizados, puesto que el aborto voluntario ni es un derecho ni es tampoco un servicio dirigido a preservar la salud de la persona (salvo, naturalmente, los casos de verdadero riesgo para la vida o salud de la gestante) [35].

En la Europa no continental, en el Reino Unido, cuando se despenalizaron determinados casos de aborto voluntario mediante la *Abortion Act 1967,* se contenía una cláusula de conciencia de significado inicialmente muy amplio [36]. En efecto, se afirmaba que a «ninguna persona» con objeción de conciencia podía imponerse deber alguno, ni legal ni contractualmente, de participar en abortos autorizados por la ley. No obstante, inmediatamente se introducían dos matices restrictivos. Por una parte, el derecho de objeción de conciencia no podría alegarse para tratamientos que fueran «necesarios para salvar la vida o para impedir un daño permanente y grave a la salud física o mental de una mujer embarazada». Por otra, la carga de la prueba de la objeción de conciencia recae sobre la persona que la alega, aunque, en relación concretamente con procedimientos judiciales en Escocia, se acepta una declaración jurada como prueba suficiente [37]. En cuanto a la interpretación jurisprudencial británica de esa cláusula de conciencia, señalemos que ha sido más restrictiva que la norteamericana respecto a la aceptación de la objeción de quienes sólo indirectamente participan en un proceso de aborto [38]. En Irlanda, el aborto voluntario está fuertemente restringido, pero la posibilidad de viajar al extranjero para procurar un aborto voluntario —ordinariamente, en la práctica, Gran Bretaña— está garan-

---

[35] *Vid*. K. Wojtyczek, *The conscience clause in Polish law,* en RGDCDEE 23 (2010), pp. 10 ss.

[36] Cfr. *Abortion Act 1967,* section 4.

[37] *Vid*. al respecto J. García Oliva & F. Cranmer, *Objeción de conciencia al aborto en el Reino Unido,* en RGDCDEE 23 (2010), especialmente pp. 8 ss., donde también se analiza la principal jurisprudencia al respecto. También, desde la perspectiva del conflicto de valores en el ámbito sanitario inglés, S. McGuinness & M. Brazier, *Consciente and good medical practice: is there a conflict of values?,* en «Laicidad y libertades» 8 (2008), pp. 195 ss.

[38] Así, por ejemplo, en *R. v Salford HA Ex p. Janaway,* [1989] AC 537, la Cámara de los Lores rechazó que pudiera acogerse a la cláusula de conciencia una secretaria que rehusó escribir una carta a una paciente para remitirle a un especialista que pudiera practicarle un aborto, en un caso en que no existía peligro para la vida o salud de la madre. *Vid*. una crítica al respecto en J. García Oliva & F. Cranmer, *Objeción de conciencia al aborto…,* cit. en la nota anterior, pp. 11-12; L. Hammer, *Abortion objection in the United Kingdom within the framework of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms,* en «European Human Rights Law Review» (1999), pp. 564-575.

tizada por la Constitución (art. 40.3.3.º), por influjo de la jurisprudencia. En todo caso, al no existir en principio deber alguno, para el médico u otro personal sanitario, de realizar un aborto, la protección de la libre conciencia se encuentra suficientemente garantizada; ni siquiera existe obligación alguna de proporcionar información sobre abortos en el extranjero [39].

En ese contexto, resultaba verdaderamente sorprendente que el proyecto de resolución y de recomendación presentado, en julio de 2010, por la Comisión de Cuestiones Sociales, Sanidad y Familia de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa [40], manifestase «preocupación por la falta de reglamentación en Europa de la objeción de conciencia en el marco de la salud reproductiva (aborto)» [41]. Ese presunto vacío denunciado por la ponente del texto, o bien revelaba un clamoroso desconocimiento del panorama legal europeo en la materia, o bien, simplemente, decía de manera velada lo que parecía ser la intención principal del proyecto: que no le gustaba la regulación de la objeción de conciencia al aborto —que sin duda existe— en los diversos Estados miembros del Consejo de Europa. Nos inclinamos por lo segundo, dado que el propio texto del proyecto citaba numerosos ejemplos de prescripciones legales de distintos países.

Por otra parte, vista la razonable tendencia expansiva de la objeción de conciencia al aborto en el derecho comparado, el proyecto de recomendación suponía algo así como recorrer un camino hacia atrás, en su empeño de recortarla. En efecto, suscitaba también perplejidad que el entero texto del proyecto estuviera fundamentalmente orientado a limitar la libertad de conciencia de los médicos y otro personal sanitario, en aras de un pretendido, y por lo demás inexistente, derecho fundamental de la mujer al aborto. Conviene reparar en que este último es continuamente mencionado, en el texto propuesto y en su informe explicativo sin matiz alguno, como «servicio médico legal», es decir, como una prestación sanitaria más, ignorando palmaria y deliberadamente que, cuando se realiza en el ámbito de una ley de plazos sin clara manifestación de causa médica que la justifique, no se trata de una intervención orientada a prevenir

---

[39] *Vid*. C. Garcimartín, *Perspectivas sobre la objeción de conciencia al aborto en Irlanda,* en RGDCDEE 23 (2010), especialmente pp. 9 ss.

[40] Cfr. Doc. 12347, 20 juillet 2010, *Rapport* presentado por la *Commission des questions sociales, de la santé et de la famille:* «Accès des femmes à des soins médicaux légaux: problème du recours non réglementé à l'objection de conscience». Ponente: Christine McCafferty, Reino Unido, Grupo Socialista. Para el texto completo: http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc10/FDOC12347.pdf (visitado 21 septiembre 2010).

[41] El Proyecto de recomendación, en su apartado 2, dice: «L'Assemblée se préoccupe vivement de la montée de l'objection de conscience qui, en grande partie, n'est pas réglementée, surtout dans le domaine de la santé reproductive, qui pose problème pour l'accès des femmes à des soins médicaux légaux dans de nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe».

enfermedades o a preservar la salud del paciente —en eso consisten los servicios médicos— sino a todo lo contrario: a interrumpir un proceso vital humano en su natural desarrollo [42]. Se intentaba así imponer un conjunto de principios éticos de muy dudoso valor sobre los principios de conciencia del personal sanitario: una profesión cuyas nociones morales tienen particular valor en este campo, al estar específicamente dedicada al cuidado de la vida y salud de las personas. Además, para los redactores de este proyecto, el poder exclusivo de decisión en estos supuestos recaería en quien reclama voluntariamente la interrupción de su embarazo, sin plantear siquiera la necesidad de un *balancing process* entre la voluntad de la mujer gestante y los derechos del médico objetor [43].

En suma, resultaba decepcionante que, en un proyecto de documento elaborado por una comisión de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en materia de derechos fundamentales, se adoptase no una perspectiva de tutela jurídica de derechos consagrados desde hace décadas en el ámbito internacional y constitucional —la libertad de conciencia— sino más bien una perspectiva de activismo político vinculado a ciertas posiciones ideológicas que suelen arrogarse el monopolio del feminismo. Resulta explicable, por ello, que el texto haya suscitado prontas y notables reacciones críticas por parte de quienes han visto en él, probablemente con razón, un intento de coaccionar la libertad de conciencia del personal sanitario para imponer la «normalidad» de una acción, como el aborto voluntario, que no es, en rigor, sino una excepción no penalizada por el derecho a las agresiones contra la vida humana [44].

---

[42] Abundamos sobre este punto más adelante, en el epígrafe 3.3 de este capítulo, al hablar de la Ley de aborto española de 2010.

[43] Para una crítica más detallada de esos planteamientos, nos remitimos a un trabajo anterior, en el que analizamos un informe de 2005 de la *European Union Network of Independent Experts on Fundamental Rights,* que adopta planteamientos muy parecidos a los de este proyecto de la Asamblea Parlamentaria: J. Martínez-Torrón & R. Navarro-Valls, *Protecting conscientious objection as a fundamental right. Considerations on the draft agreements of the Slovak Republic with the Catholic church and other registered churches,* en «Výhrada vo Svedomí», cit. en la nota 34, pp. 573-596; disponible también en RGDCDEE 12 (2006), pp. 1-29.

[44] De particular interés es el informe preparado por el *European Centre for Law and Justice,* con fecha 17 septiembre 2010, disponible en http://www.eclj.org/ (visitado 29 septiembre 2010). Asimismo, la Federación Mundial de Asociaciones de Médicos Católicos, la Federación Internacional de Farmacéuticos Católicos y el Comité Católico de Enfermeros enviaron una carta abierta a la Presidencia y países miembros del Consejo de Europa, en la que señalaban, refiriéndose a ese proyecto de resolución, que la violación del derecho a la objeción de conciencia del personal de sanidad ante el aborto sólo puede generar consecuencias negativas como la deshumanización de la medicina. Entre otras cosas, el texto propuesto, explicaba la carta, «es una gravísima violación de la deontología profesional y de la libertad de los ciudadanos europeos». Lo que busca es obligar a que «no tengamos en cuenta los aspectos morales de la actividad profesional sino que seamos simples ejecutores de las directivas políticas». *Vid*. información al respecto en http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=31175 (visitado 29 septiembre 2010).

No es de extrañar, a la vista de lo anterior, que el texto de resolución finalmente aprobado por la Asamblea Parlamentaria diste mucho del proyecto presentado, y opte —afortunadamente— por una orientación centrada en la tutela del derecho de objeción de conciencia de quienes están decididos a mantener la posición de protección de la vida humana, a la que se han comprometido, por su ética profesional. Así, la Resolución 1763 (2010) comienza con una clara prohibición de coaccionar o discriminar a personas, y también a instituciones, que rehúsen —por cualquier razón— participar o colaborar en un aborto voluntario, eutanasia, o, en general, en cualquier acto que cause la muerte de un feto o embrión humano [45]. Por otro lado, tras afirmar —contradiciendo el proyecto inicial— que la objeción de conciencia en esta materia está «adecuadamente regulada» en la «vasta mayoría» de los Estados miembros del Consejo de Europa [46], la Asamblea invita a los Estados a que desarrollen una normativa «completa y clara» que, en aras de la tutela de la libertad religiosa y de creencia, garantice el derecho de objeción de conciencia del personal sanitario, al tiempo que posibilita que los pacientes sean remitidos a otro facultativo y que reciban tratamiento médico apropiado en casos de urgencia [47].

### 2.2. *La colaboración indirecta en el aborto*

Las cuestiones relativas a la tutela de la libertad de conciencia del personal sanitario también se han manifestado, tanto en el derecho continental europeo como en el norteamericano, en relación con lo que podría llamarse colabora-

---

[45] Resolución 1763 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 7 octubre 2010: *The right to conscientious objection in lawful medical care*. El § 1 de la resolución afirma: «No person, hospital or institution shall be coerced, held liable or discriminated against in any manner because of a refusal to perform, accommodate, assist or submit to an abortion, the performance of a human miscarriage, or euthanasia or any act which could cause the death of a human foetus or embryo, for any reason» (texto provisional, el único disponible cuando se envían a imprenta estas páginas).

[46] «In the vast majority of Council of Europe member states, the practice of conscientious objection is adequately regulated. There is a comprehensive and clear legal and policy framework governing the practice of conscientious objection by healthcare providers ensuring that the interests and rights of individuals seeking legal medical services are respected, protected and fulfilled» (*ibid.*, § 3).

[47] «In view of member states' obligation to ensure access to lawful medical care and to protect the right to health, as well as the obligation to ensure respect for the right of freedom of thought, conscience and religion of healthcare providers, the Assembly invites Council of Europe member states to develop comprehensive and clear regulations that define and regulate conscientious objection with regard to health and medical services, which:— 4.1. guarantee the right to conscientious objection in relation to participation in the procedure in question;— 4.2. ensure that patients are informed of any objection in a timely manner and referred to another healthcare provider;— 4.3. ensure that patients receive appropriate treatment, in particular in cases of emergency» (*ibid.*, § 4).

ción indirecta en el aborto. Con esto nos referimos a casos de conductas personales que no constituyen estrictamente participación de personal clínico o administrativo en procesos concretos de aborto. Tres supuestos vale la pena mencionar aquí (advirtiendo que estas cuestiones no han quedado confinadas en los países aludidos, sino que también han repercutido en otras áreas geográficas, como veremos al analizar la situación española).

El primero se refiere al problema judicial suscitado en Italia por algunos miembros de su magistratura en relación con la posible inconstitucionalidad de la ley de aborto italiana, al no prever la posibilidad de que los jueces se abstengan de decidir, por motivos de conciencia, en los casos en que vienen llamados por la ley a suplir con su consentimiento la petición de interrupción del embarazo solicitada por las menores de edad. Esta objeción judicial fue abordada por la Corte Constitucional italiana, en la sentencia 196/1987, concluyendo que la cuestión de inconstitucionalidad no estaba suficientemente fundamentada, ya que la autorización que el juez tutelar de menores puede emitir «no es decisoria sino solamente atributiva de la facultad de decidir de la menor», y como tal «entra únicamente en el ámbito de los esquemas autorizadores *adversus volentem*» [48]. Tal decisión causó cierta perplejidad en los medios jurídicos italianos, ya que la Corte Constitucional centró su fallo no tanto en el problema de objeción de conciencia planteado cuanto en la obligación de los jueces de juzgar de oficio en todo caso [49].

---

[48] Sentencia 196/1987, de 25 mayo 1987; texto disponible en «Foro italiano» 113 (1988), I, cc. 758 ss. Cfr. también Ordinanza 445/1987, de 3 diciembre 1987; texto en «Giurisprudenza costituzionale» 32 (1987), p. 2987.

[49] Cfr., antes de la mencionada sentencia, G. LOLITO, *Aborto di minorenne. Obiezione di coscienza del giudice?,* en «Nuovo Diritto» (1985), p. 406; y después, E. ROSSI, *L'obiezione di coscienza del giudice,* en «Foro Italiano» (1988), I, cc. 759 ss.; S. MANGIAMELLI, *La «libertà di coscienza» di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche (a proposito dell'autorizzazione del giudice tutelare all'interruzione della gravidanza della minore),* en «Giurisprudenza costituzionale» 33 (1988), II, pp. 523 ss.; V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone…,* cit. en nota 30 de este capítulo, pp. 111-113; R. NAVARRO-VALLS & J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato,* Torino 1995, p. 104. Como se ha hecho notar (cfr. A. GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali,* Napoli 1992, p. 90), aunque la Corte Constitucional no ha reconocido al juez tutelar la titularidad formal del derecho a la objeción, una interpretación extensiva de la ley procesal italiana —en concreto, el art. 51 del Código de procedimiento civil— permitiría al juez abstenerse, aduciendo «graves razones de conveniencia», haciendo posible así trasladar a otro juez la concesión de la autorización prevista en el art. 12 de la ley de aborto italiana. Cfr. también las observaciones de A. BETTETINI, *Libertad de conciencia y objeción al aborto en el ordenamiento italiano,* cit. en nota 30, pp. 15-16. En España ha planteado el problema S. SIEIRA, *La objeción de conciencia sanitaria,* cit. en nota 30, pp. 224 ss.; y también, más recientemente, de la misma autora, *La objeción de conciencia sanitaria,* en «Objeción de conciencia y función pública» (ed. por el Consejo General del Poder Judicial), Madrid 2006, pp. 92 ss.

El segundo supuesto planteó complejos problemas de orden constitucional al negarse el rey Balduino de Bélgica a sancionar con su firma la ley del aborto aprobada por el Parlamento belga en 1990, aduciendo razones de conciencia [50]. Ante esa actitud, el gobierno belga, acogiéndose al art. 82 de la Constitución, anunció que el monarca se encontraba en incapacidad temporal para gobernar. Una vez promulgada la ley con la sola autoridad del gobierno, el Parlamento, en sesión conjunta de las dos cámaras, devolvió a Balduino sus atribuciones constitucionales. Ciertamente, la fórmula adoptada —que permitió a los partidarios del aborto salvar su ley y a Balduino su corona— fue una ficción jurídica. Pero se entendió que, si una madre puede interrumpir su función genuina y natural, no resultaba tan artificial que un rey se sintiera imposibilitado por razones de conciencia para reinar durante dos días. A pesar de lo apasionado del debate, en el que se replanteó la función y deberes del rey en la monarquía belga, ningún miembro de la Cámara de representantes ni del Senado se opuso a que Balduino recuperara la Corona. Sólo se produjo la abstención de algunos diputados [51].

Más recientemente se ha producido una situación análoga, pero con un final diverso, en el Principado de Liechtenstein [52]. En agosto de 2011, el príncipe heredero Alois von Liechtenstein, de 43 años y católico, anunció públicamente su oposición a la despenalización del aborto, independientemente del resultado del referéndum anunciado sobre el tema. Los antecedentes son los siguientes. En junio del mismo año, se presentó en el Parlamento del pequeño país centroeuropeo una propuesta para legalizar el aborto. El *Landtag* (Parlamento) rechazó el proyecto de ley. Sólo 7 de los 42 parlamentarios votaron a favor. Planteada la cuestión en referéndum (septiembre de 2011) una mayoría del 53% ratificó la decisión parlamentaria. Si la iniciativa hubiera sido aprobada, Hans Adam II —padre de Alois y que compartía su punto de vista— no hubiera sancionado la ley, entre otras razones porque había delegado dicha facultad en su hijo el príncipe heredero.

---

[50] El 5 abril 1990 el rey Balduino remitía una carta al Parlamento en la que se negaba a sancionar la ley del aborto aprobada el día anterior: «No puedo asociarme a esta ley, pues firmándola asumiría una cierta corresponsabilidad [...]. Sé que corro el peligro de no ser comprendido por una parte de mi pueblo, pero éste es el único camino que puedo seguir según mi conciencia. ¿Sería lógico que yo fuera el único ciudadano belga que se ve obligado a actuar contra su conciencia en una materia esencial?».

[51] *Vid*. sobre el tema R. Torfs, *L'objection de conscience en Belgique,* en «European Consortium for Church-State Research. Conscientious Objection in the E.C. countries», Milano 1992, p. 248; J.M. Sánchez García, *Monarquía parlamentaria y objeción de conciencia,* en ADEE 9 (1993), pp. 289 ss.

[52] *Vid*. información al respecto en www.zenit.org/article-40433?l=spanish (visitado 15 diciembre 2011).

El tercer supuesto pone en conexión la objeción de conciencia al aborto con la fiscal. Efectivamente, en el marco del derecho europeo se han dado diversas situaciones de negativa de algunos contribuyentes al abono de la cuota impositiva que, según sus cálculos, correspondería a los gastos públicos destinados a la financiación de abortos. No reiteraremos ahora lo que ya mencionamos en otro lugar de este libro [53], y bastará recordar brevemente que la jurisprudencia italiana ha rechazado la posibilidad de omitir el pago de una parte del IRPF, por razones de conciencia, en proporción al destino a gastos de financiación pública de abortos, afectándola a una asociación pro-vida; mientras que la administración francesa ha aceptado un planteamiento análogo, aunque haciendo constar que era «a título gracioso». La Comisión Europea de Derechos Humanos, por su parte, también ha adoptado una actitud impermeable a las reclamaciones de conciencia en este ámbito, con un razonamiento que, a nuestro entender, invade la autonomía de la conciencia individual para decidir qué conductas le son o no moralmente permitidas. Tampoco el derecho estadounidense ha sido más receptivo hacia la libertad de conciencia en esta materia, pese a su flexible actitud en relación con las objeciones al aborto.

## 3. Derecho español

### 3.1. *Antecedentes de la actual regulación: especial referencia a la STC 53/1985*

La primera ley de aborto aprobada en España se circunscribió a los límites territoriales de la Generalitat de Cataluña. Lleva fecha de 26 de diciembre de 1936, y no incluía cláusula de conciencia que protegiera a los médicos o personal paramédico objetores a prácticas abortivas [54].

Tampoco la Ley de 1985 [55] contenía cláusula de conciencia, aunque antes y durante el proceso parlamentario de su aprobación fueron presentados dos proyectos de ley orientados a tutelar la objeción de conciencia en este ámbito [56]. Antes de entrar en la vigente regulación de 2010 [57], conviene detenernos en las

---

[53] *Vid*. capítulo 4.

[54] Cfr. «Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya», 9 enero 1937, pp. 114-115.

[55] Ley Orgánica 5/1985, de 5 julio 1985.

[56] Fueron presentados, respectivamente, por el Grupo Parlamentario Comunista y por el Grupo Popular. *Vid*. R. Navarro-Valls, *La objeción de conciencia al aborto: derecho comparado y derecho español,* en ADEE 2 (1986), pp. 301-302.

[57] Ley Orgánica 2/2010, de 3 marzo 2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, art. 19.2. Para un análisis de la ley en su fase de proyecto, *vid*. R. Navarro-Valls, *Análisis jurídico del Proyecto de ley de aborto,* Madrid 2010.

vicisitudes constitucionales de la de 1985, por las repercusiones actuales que tiene en materia de objeción de conciencia.

La primera redacción de esa ley fue aprobada el 30 de noviembre de 1983. Contra aquel texto se presentó recurso previo de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que fue acogido en parte en la sentencia 53/1985 [58]. Prescindiendo de otras cuestiones que obligaron al gobierno a modificar el texto inicial, el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 14 de esta sentencia, hizo notar:

> «Finalmente los recurrentes alegan que el proyecto no contiene previsión alguna sobre las consecuencias que la norma penal origina en otros ámbitos jurídicos, aludiendo en concreto a la objeción de conciencia. Al Tribunal no se le oculta la especial relevancia de estas cuestiones [...], pero las mismas son ajenas a la inconstitucionalidad del proyecto [...]. No obstante, cabe señalar, por lo que se refiere a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercida con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocida por el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales».

Del pronunciamiento del Tribunal Constitucional se deducen algunas características de la modalidad de objeción de conciencia que ahora estudiamos. La primera es su doble soporte constitucional. Es decir, por un lado la sentencia de 1985 claramente alude a este tipo de objeción como derecho fundamental; por otro, el mismo objeto que crea los escrúpulos de conciencia, es decir, la finalización de la vida intrauterina, es también protegida por el ordenamiento constitucional español. Por decirlo con palabras del propio Tribunal Constitucional: «la vida del *nasciturus* es un bien, no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional» [59]. Este doble engarce constitucional —en sí misma y en el objeto que regula— ya apunta a que su grado de protección alcanza la máxima intensidad en el derecho español. Si así no fuera, el espacio de autonomía reconocida a la gestante que solicita abortar se traduciría en una recusable restricción de autonomía del personal sanitario, es decir, de sujetos cuya libertad de conciencia aparece reconocida por una doble vía en el derecho constitucional español. Por lo demás, la objeción de conciencia al aborto supone, en definitiva, «ir a favor de la Constitución», en la medida en que la tutela de la vida humana es un derecho constitucionalmente protegido. O, como también se ha dicho, el aborto representa un «disvalor»

---

[58] STC 53/1985, de 11 abril 1985.
[59] *Ibid*., FJ 9.º

respecto al dictado constitucional, mientras que la negativa a practicarlo revela una posición de conformidad con los valores constitucionales [60].

No debe olvidarse que, en principio, una ley despenalizadora del aborto implica una excepción al principio general que califica como delictuosa una acción abortiva: es decir, lo que hace, en rigor, es despenalizar el aborto en unos determinados supuestos, mientras que en otros continúa penalizado. Por eso mismo, el médico o personal sanitario que objeta a la realización de abortos no es contemplado como un ser asocial que pretende privilegiarse en un contexto social impositivo. Al contrario, en el fondo de las declaraciones legislativas protectoras de los objetores al aborto se detecta una conceptuación de tales actuaciones como testimoniales de valores que están en la base de la propia Constitución. De ahí que, en estos supuestos, suela hablarse de objeción de *legalidad* más que de estricta objeción de conciencia, en la medida en que el médico que se niega a practicar abortos opta por la regla general prohibitiva del aborto; no quiere rozar el ámbito de lo delictivo, es decir, no quiere verse implicado en actuaciones que puedan ser constitutivas de delito [61]. De lo que se deduce que el médico o personal sanitario —tanto de hospitales privados como públicos— puede negarse a ejecutar un aborto sin técnicamente proclamarse objetor y aunque no se le reconociera expresamente ese derecho: le basta hacer notar que la muerte directa de una vida humana (que es lo que la ley le solicita en algunos supuestos) no entra dentro de la praxis específicamente médica —es decir, terapéutica— de su profesión. Algo así como las negativas que se han producido en algún estado americano por médicos titulares de prisiones en relación con la ejecución de la pena de muerte a través de inyección letal: su argumentación ha sido que ellos son médicos, no verdugos [62].

---

[60] *Vid*. G. Dalla Torre, *Diritti dell'uomo e ordinamenti sanitari contemporanei: obiezione di coscienza o opzione di coscienza?,* en «Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti» (a cura di B. Perrone), Milano 1992, p. 290; P. Moneta, *Obiezione di coscienza e riconoscimento delle esigenze religiose del cittadino,* en «Scritti in memoria di Domenico Barillaro», Milano 1982, pp. 318-319.

[61] Cfr. J. M. González del Valle, *Derecho eclesiástico español* (2.ª ed.), Madrid 1991, p. 330; M.J. Ciáurriz, *El aborto en el derecho español. Consideraciones doctrinales y legislativas,* en ADEE 8 (1992), pp. 126 ss.

[62] Cfr. F. D'Agostino, *Obiezione di coscienza e veritá del diritto tra moderno e postmoderno,* en QDPE (1989/2), p. 11. En esa línea es sintomático lo que referimos a continuación. Michael Morales debía morir con una inyección letal a las 00.01 de la madrugada del martes 21 febrero 2006 en la prisión estatal de San Quintín, en la Bahía de San Francisco (California), pero su ejecución se aplazó cuando los anestesistas que debían asistirle, para minimizar el sufrimiento que provoca la dosis letal de medicamentos, se negaron a supervisarla por motivos éticos. «Aunque contemplábamos un papel positivo que podría permitirnos verificar un protocolo humano de ejecución para el señor Morales, lo que se nos pide es éticamente inaceptable para nosotros», dijeron los médicos anestesistas. «El juicio de un médico para otro fin que no sea mejorar la salud

Por lo demás, las propias características de la objeción de conciencia al aborto hacen razonable que no se exija prestación sustitutoria alguna. Nótese que la obligación de organizar los servicios médicos abortivos recae sobre los entes hospitalarios y no sobre los objetores considerados como personas singulares. Lo cual no quiere decir que la lógica interna de la objeción de conciencia al aborto choque siempre con la posibilidad de una especial prestación social sustitutoria, pero siempre que ésta se inserte en la misma línea de los intereses del objetor que, en este punto, coinciden con los de la propia sociedad en su conjunto. Efectivamente, no es infrecuente que las propias leyes de aborto hagan notar en su articulado o en sus exposiciones de motivos que una de las finalidades de la ley es la propia prevención del aborto (así sucede, por ejemplo, con la ley italiana de 1978). Cabría, pues, la colaboración de los médicos objetores —voluntaria y gratuita— en consultorios familiares para ayudar a la prevención del aborto, e incluso su intervención en el concreto procedimiento administrativo previo al aborto, con la finalidad de disuadir del aborto proyectado planteando alternativas al mismo [63].

Por otro lado, en caso de colisión entre el derecho de la madre gestante a la utilización de los mecanismos que le confiere la ley y el derecho del objetor a no ser discriminado o gravado por el hecho de su objeción, prevalece este último, precisamente porque —como acaba de indicarse— goza de una protección constitucional con especial cobertura, y en principio diversa de la tutela que la Constitución garantiza al objetor de conciencia al servicio militar. Razones análogas mueven a aceptar la posibilidad de que la objeción de conciencia al aborto se plantee como sobrevenida, es decir, incluso en el supuesto en que el médico firmase su contrato o aceptase la relación funcionarial asumiendo la obligación específica de practicar abortos legales [64].

---

o el bienestar individual mina el fundamento ético básico de la medicina: no herir», concluía el comunicado (cfr. diario *El País,* 26 febrero 2006).

[63] Paradójicamente, la propia ley italiana de 1978 impide esa clase de intervención del objetor: *vid*. al respecto R. Venditti, *Le ragioni dell'obiezione di coscienza,* Torino 1986, pp. 50-51; G. Dalla Torre, *Diritti dell'uomo e ordinamenti sanitari…,* cit. en nota 60, pp. 293-294; V. Turchi, *I nuovi volti di Antigone…,* cit. en nota 30 de este capítulo, p. 108.

[64] Así se ha reconocido —como vimos— en el área de otros ordenamientos jurídicos. Respecto a España, Ruiz Miguel observa que es «cierto que en el caso de objeción de conciencia al servicio militar el TC consideró que la objeción sobrevenida durante el período de incorporación a filas puede ser excluida por el legislador sin detrimento de constitucionalidad en atención a la seguridad de la estructura interna de las Fuerzas Armadas [...]. Sin embargo, [...] sería extravagante aplicar por analogía a los centros sanitarios los criterios de seguridad y disciplina propios de los ejércitos, cuando bastaría atribuir el cometido de practicar abortos a otros médicos u otros centros y, en el límite, contratar nuevo personal. En conclusión, [...] la objeción de conciencia de los médicos y demás personal sanitario está constitucionalmente garantizada sin distinciones sobre el momento en el que se puede presentar y tanto en el ámbito de la sanidad

Lo anterior lleva a concluir que, si a pesar de la protección constitucionalmente otorgada a esta modalidad de objeción de conciencia se viera necesaria su protección también por ley ordinaria, como acaba de ocurrir en España, ésta vendría obligada a proporcionar la más amplia cobertura posible a las pretensiones en ese sentido tanto del personal sanitario de hospitales privados como públicos [65]. Volveremos más adelante sobre este extremo.

### 3.2. *Una jurisprudencia contradictoria*

Si la amplitud de tutela que otorga la jurisprudencia constitucional a la objeción de conciencia es evidente, no siempre la jurisprudencia de rango inferior parece haber seguido un criterio unánime [66].

Con la misma orientación de la sentencia del Tribunal Constitucional de 1985, pocos años después, encontramos una sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo, reconociendo el derecho de los médicos objetores a rehusar su participación en un aborto voluntario, fuera de peligro para la vida de la madre, aunque estuvieran de guardia y fueran requeridos para actuar en una intervención de aborto ya comenzada [67]. Se trataba de un recurso interpuesto, por el Colegio Oficial de Médicos de Asturias, frente a una orden interna de un hospital del INSALUD que establecía: «Una vez la IVE en curso y durante el tiempo de guardia, cualquier facultativo que sea requerido para una actuación puntual, tiene la obligación ineludible de prestar la asistencia que proceda, independientemente de que sea objetor o no». La Audiencia estimó parcialmente el recurso, afirmando que los facultativos de guardia que fuesen objetores no podían ser obligados a realizar actos médicos de ninguna clase que, directa o indirectamente, tuvieran por finalidad el aborto, ya fuera antes de la realización del mismo o una vez iniciada la intervención; sólo estarían obligados a prestar asistencia médica a las pacientes en cualquier otra incidencia o estado patológico que pudiera producirse, aunque tuvieran su origen en las prácticas abortivas llevadas a cabo previamente. Igual planteamiento adoptaba, diez años más tarde, el

---

pública como en el de la privada» (A. Ruiz Miguel, *El aborto: problemas constitucionales,* Madrid 1991, pp. 115-116).

[65] De la misma opinión es C. Moreno Rangel, *La objeción de conciencia y su aplicación al supuesto del aborto,* Madrid, 2010, p. 61, al entender que «la protección jurídica de la objeción debe prestarse a todas aquellas personas que directa o indirectamente vean gravemente comprometida su conciencia por participar en un aborto».

[66] *Vid*. M. Cebriá, *Objeciones de conciencia a intervenciones médicas,* Pamplona 2005, pp. 124 ss.

[67] Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo, de 29 junio 1988, comentada por S. Sieira, *La objeción de conciencia sanitaria,* en «Objeción de conciencia y función pública» (ed. por el Consejo General del Poder Judicial), Madrid 2006, pp. 87 ss. El texto de la sentencia puede verse en «Actualidad Penal» II (diciembre 1988), Doctr. N. 896, con nota de J.M. Mejica García, 2357 ss.

Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, a propósito de un recurso de varias matronas contra una orden de la dirección general de un hospital público de Mallorca, en la que se establecía la obligatoriedad, también para los objetores, de intervenir en lo relativo a la anestesia, administración de oxitocina y control de constantes vitales durante una intervención de aborto voluntario. El Tribunal reconoció el derecho de los objetores, teniendo en cuenta que esas actividades asistenciales son contribución necesaria a una interrupción voluntaria del embarazo, y que el responsable de facilitar la operación es el centro sanitario y no los objetores de conciencia en tanto que personas individuales [68].

En línea parecida, en sus sentencias de 16 y 23 de enero de 1998, el Tribunal Supremo español responde al reproche de los demandantes sobre la ausencia, en el real decreto impugnado, de regulación legal de la objeción de conciencia respecto de los abortos no punibles [69]. Así, la sentencia de 23 de enero niega la ilegalidad omisiva del precepto por cuanto éste no impone una obligación legal de practicar determinados abortos no punibles al personal sanitario, respecto de la cual pudiera plantearse la posibilidad de objetar en conciencia. En todo caso, el Supremo sostiene que esta objeción es un indudable derecho de los profesionales, una facultad que forma parte del contenido del derecho fundamental de libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 CE, cuyo ejercicio no resulta condicionado por ninguna regulación legal, debido a la aplicación directa del artículo constitucional. Afirma, además, que la regulación del derecho de objeción de conciencia no es encuadrable en el ámbito de una norma reglamentaria por su naturaleza de derecho fundamental [70].

En cambio, este criterio no parece haber sido seguido por el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de enero de 1987 [71]. Los antecedentes de hecho son los siguientes. Se realizaron en un hospital de la Seguridad Social dos abortos legales. Antes de su realización, ocho enfermeras pertenecientes al servicio de toco-ginecología manifestaron a la dirección del centro su deseo de no intervenir en tales actuaciones, amparándose en razones de conciencia. Fueron amenazadas con el traslado de planta, a lo que arguyeron que con su negativa a realizar actividades abortivas no sufría especial disminución la intensidad y de-

---

[68] STSJ de las Islas Baleares n.º 58/1998, 13 febrero 1998. *Vid*. un comentario a esa sentencia en L.G. Martínez Rocamora, *La objeción de conciencia en materia de aborto (STSJ Baleares 13 febrero 1998),* en «Aranzadi Social» I (1998), pp. 2512 ss.; y C. Pons-Estel Tugores, *Derecho autonómico y religión. El caso balear,* Pamplona 2010, pp. 103 ss.

[69] SSTS de 16 enero 1998 (Ref. Iustel: §318229) y 23 enero 1998 (Ref. Iustel: §260079).

[70] Cfr. M. Domingo, *La objeción de conciencia al aborto: evolución jurisprudencial,* en RGDCDEE 23 (2010), p. 12; y M. Cebriá, *Objeciones de conciencia a intervenciones médicas,* Pamplona 2005, pp. 122-123.

[71] STS de 20 enero 1987. *Vid*. al respecto S. Sieira, *La objeción de conciencia sanitaria,* cit. en nota 30, pp. 292 ss.

dicación a su trabajo en el servicio mencionado, ya que efectuarían todas las restantes actividades correspondientes al servicio de ginecología, que constituían un porcentaje abrumadoramente superior al que podían suponer algunos supuestos de interrupción legal del embarazo. No obstante estas alegaciones, la dirección del centro comunicó a las ATS objetoras lo que denominó un «cambio de servicio», es decir, un cambio a planta distinta a la que habitualmente atendían. Ante el traslado, cuatro de las enfermeras afectadas plantearon recurso contencioso-administrativo contra los mencionados actos de la administración pública, invocando los arts. 14 y 16 CE. El recurso llegó hasta el Supremo, que en la sentencia mencionada, después de reconocer la legitimidad de la actuación de las enfermeras objetoras, concluía que «tal actitud negativa implica la imposibilidad de colaborar en las tareas normales del departamento en el cual se hallaban adscritas, con perturbación previsible del servicio cuando se presentaren tales casos. No cabe hablar, pues, de "represalia" si el cambio de destino se hace sin afectar al lugar de residencia, al Hospital, a las categorías profesionales y a los salarios o sueldos, que en ningún momento han sido degradados o disminuidos». Concluyendo que el traslado, en estos términos, no menoscaba el derecho proclamado en el art. 16 CE.

Contrasta esta doctrina con la sentada en una situación similar por la jurisprudencia americana en el caso *Kenny,* decidido en 1981 por la Corte de Apelación de Florida [72]. Se trataba de una enfermera que había sido trasladada a otro servicio del ambulatorio donde trabajaba como auxiliar de quirófano, por negarse a realizar abortos. La Corte concluyó que «un jefe (médico) debe razonablemente adaptarse a las creencias religiosas de sus empleados, a menos que esto cause graves perjuicios». De los hechos se deduce que la enfermera era apta para colaborar aproximadamente en el 84% de las operaciones realizadas en el servicio de quirófano, mientras que solamente el 16% eran operaciones dedicadas a abortos, por lo que no cabía hablar de grave perjuicio para el ambulatorio.

Un planteamiento análogo al de esa sentencia norteamericana inspira un pronunciamiento de 1998 de la Audiencia Nacional que estimaba un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un médico ginecólogo contra el Ministerio de Sanidad y Consumo y el INSALUD, por vulneración del art. 16 CE [73]. Los hechos hacen referencia a una resolución dictada por el INSALUD por la que se imponía al recurrente una suspensión de empleo y sueldo por

---

[72] *Kenny v. Ambulatory Centre of Miami,* 400 So.2d 1262 (Fla.App. 1981). Sobre este caso, cfr. R. NAVARRO-VALLS, *La objeción de conciencia al aborto…,* cit. en nota 56, pp. 286-287; y R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia…,* cit. en nota 7, pp. 385-387.

[73] SAN de 9 febrero 1998 (rec. 1359/1997). Seguimos la exposición que del supuesto hace M. DOMINGO, *La objeción de conciencia al aborto…,* cit. en nota 70, pp. 12-13.

tiempo de seis meses. El motivo alegado para esa sanción era la comisión de una falta grave según el art. 66.3.h) del Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social. En concreto, el recurrente se habría negado a cumplir con las instrucciones remitidas al servicio de ginecología de un hospital de Ibiza, en 1991, por el director médico del hospital, indicando que se procediera a la interrupción terapéutica del embarazo de dos pacientes. La Audiencia estimaba la pretensión del actor y anulaba las resoluciones impugnadas por declararlas contrarias a derecho, afirmando que de la prueba practicada se deducía una animadversión personal del director médico hacia el actor, que había influido en la incoación del expediente disciplinario que terminó con la sanción impugnada —el director sabía que el recurrente y gran parte de los médicos del servicio de ginecología se habían declarado objetores de conciencia para la realización de abortos, y que, precisamente por ello, la práctica de los abortos venía siendo atendida por otros médicos del servicio que no se habían declarado objetores—. Subrayaba la Audiencia Nacional que el derecho a la objeción de conciencia goza del amparo constitucional y es además reconocido por el art. 27 del Código de Ética y Deontología Médica aprobado por la Organización Médica Colegial [74]; por consiguiente, garantiza la dispensa, no sólo de practicar materialmente abortos, sino también de cualquier acto de cooperación necesario para que los abortos voluntarios se lleven a cabo.

A su vez, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón había revocado, en 1991 [75], una resolución de un Juzgado de lo Social de Zaragoza que entendió conforme a derecho el traslado de un anestesista del servicio de medicina maternal al de traumatología por haber planteado objeción de conciencia a los abortos que en el primero se realizaban. El Tribunal Superior entendía que dicho traslado de servicio suponía «la existencia de una vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razones ideológicas o religiosas del objetor», a pesar de que no implicase cambio de categoría profesional ni disminución de sueldo. La sentencia hacía notar que el traslado «respondió a una encubierta represalia llevada a cabo con patente vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razones ideológicas o religiosas que reconocen los artículos 14 y 16 de la Constitución». Y concluía en los siguientes términos: «por hallarnos ante una materia que constituye una verdadera piedra de toque para contrastar y columbrar la efectividad de un estado de derecho basado en el auténtico respeto al pluralismo ideológico que ampara la Constitución, las conductas sospechosas de encubrir un comportamiento antijurídico deben ser analizadas con especial rigor y cuidado para evitar, por todos los medios, que al so-

---

[74] En la versión actual del Código, la objeción al aborto se aborda en el art. 26, en los términos que se verán enseguida.

[75] STSJ de Aragón 778/1991, de 18 diciembre 1991, inédita.

caire de actuaciones formalmente ajustadas al ordenamiento jurídico puedan filtrarse modos de proceder que reduzcan a papel mojado aquellas garantías destinadas a la protección de los derechos fundamentales» [76].

### 3.3. *La regulación en la Ley Orgánica 2/2010*

Como se sabe, la regulación legal del aborto ha sido recientemente modificada en España por la Ley Orgánica 2/2010 [77], que incluye una referencia expresa a la objeción de conciencia. Concretamente, su art. 19.2 establece:

> «La prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo se realizará en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma.
>
> Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo.
>
> Si excepcionalmente el servicio público de salud no pudiera facilitar en tiempo la prestación, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación».

Varios problemas de interpretación suscita la cláusula que habilita para objetar solamente al personal sanitario «directamente implicado en la interrupción voluntaria del embarazo». Dos de ellos requieren particular atención. Por una parte, la definición del sujeto activo del aborto, que no es clara en la ley, y que es esencial para determinar el ámbito de la objeción tutelable, teniendo en cuenta que en la realización de un aborto interviene una amplia gama de per-

---

[76] No obstante, el mismo órgano jurisdiccional, unos meses más tarde, se pronunciaría en dirección opuesta en un caso relativamente análogo: STSJ de Aragón 521/1992, de 23 septiembre 1992, inédita. Ambas sentencias son analizadas cuidadosamente por S. Sieira, *La objeción de conciencia sanitaria,* cit. en nota 30, pp. 292 ss.

[77] Ley Orgánica 2/2010, de 3 marzo 2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Realiza un interesante repaso del proceso de reforma del actual régimen jurídico del aborto I. Martín Sánchez, *El aborto en el sistema jurídico español,* en «Libertad de conciencia...», cit. en la nota 2, pp. 316 ss.

sonal paramédico (enfermeros, celadores, personal administrativo, etc.), así como diverso personal médico (cirujanos, anestesistas, redactores del informe previo en los abortos eugenésicos, etc.). Por otro lado —y es incluso más importante que lo anterior, por su incidencia en la justificación de la objeción de conciencia al aborto—, está el hecho de que el aborto haya sido incluido entre las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud (art. 18). Detengámonos en este segundo aspecto por unos momentos.

Desde nuestro punto de vista, y habida cuenta de la vigente conformación legal de las prestaciones sanitarias, no juzgamos correcto, desde un plano estrictamente jurídico, considerar *prestación sanitaria* al aborto solicitado por la embarazada dentro de las primeras catorce semanas de gestación al margen de la concurrencia de motivos clínicos —lo cual, como veremos, conlleva inevitables consecuencias en la normación que la Ley ofrece en materia de objeción de conciencia.

Interesa a este propósito, en primer lugar, observar el significado y alcance que, para nuestro derecho vigente, tiene el concepto de *prestación sanitaria,* que se encuentra directa y estrechamente vinculado con la consecución de uno de estos dos objetivos: la prevención de enfermedades o la promoción de la salud. Así, el art. 3.1 de la Ley General de Sanidad [78] dispone que «los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades». En la misma dirección se expresa el art. 6.1 de dicha Ley [79], así como diversos preceptos de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, de 2003 [80]. La propia ley del

---

[78] Ley 14/1986, de 25 abril 1986, General de Sanidad.

[79] Así reza el art. 6.1: «1. Las actuaciones de las Administraciones públicas sanitarias estarán orientadas: 1.º A la promoción de la salud.— 2.º A promover el interés individual, familiar y social por la salud mediante la adecuada educación sanitaria de la población.— 3.º A garantizar que cuantas acciones sanitarias se desarrollen estén dirigidas a la prevención de las enfermedades y no sólo a la curación de las mismas.— 4.º A garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud.— 5.º A promover las acciones necesarias para la rehabilitación funcional y reinserción social del paciente.— 2. En la ejecución de lo previsto en el apartado anterior, las Administraciones públicas sanitarias asegurarán la integración del principio de igualdad entre mujeres y hombres, garantizando su igual derecho a la salud».

[80] Ley 16/2003, de 28 mayo 2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, cuyo art. 7.1, inciso final, indica: «Se consideran prestaciones de atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos». Añadiendo el párrafo segundo del mismo precepto: «El catálogo (de prestaciones del Sistema Nacional de Salud) comprenderá las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario». Tales prestaciones aparecen identificadas, con notoria concreción, en los artículos 11 y siguientes del texto legal.

aborto de 2010 diferencia entre la IVE (interrupción voluntaria del embarazo) a petición de la mujer —que equivale al aborto libre dentro de las primeras catorce semanas de gestación— y la IVE por causas médicas. Esta dicotomía ya evidencia, *per se,* la dificultad de catalogar como «prestación sanitaria» el primer supuesto, al no concurrir en el mismo, siguiendo la dicción y sistemática de la propia ley, causa médica alguna.

Descendiendo a un plano más concreto, y aplicando las nociones anteriores, advertimos que, con el aborto a petición de la embarazada, ni se previene enfermedad alguna ni se promociona la salud de aquélla. Es más, la práctica del aborto en el supuesto que se analiza no encuentra natural encaje en ninguna de las prestaciones descritas en los arts. 11 y siguientes de la Ley 16/2003. Resulta imposible identificarla con la prestación de salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, o bien con la prestación farmacéutica, ortoprotésica, de productos dietéticos o de transporte sanitario. Por si los razonamientos precedentes no fuesen suficientes, el art. 3 de la Ley de la autonomía del paciente, de 2002 [81], define la intervención en el ámbito de la sanidad como «toda actuación realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación». No cabe duda de que estos fines no están presentes en el aborto a petición libre de la embarazada.

Sin embargo, y pese a que la Ley de 2010 diferencia claramente entre IVE a petición de la mujer e IVE por causas médicas, no parece tener claros los efectos de esa dicotomía en realidad. De entrada, no es difícil detectar en el texto la confusión que subyace entre *embarazada* y *paciente.* «Paciente», de acuerdo con el art. 3 de la Ley de autonomía del paciente de 2002, es «la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud». Así las cosas, en la IVE por causas médicas sí es posible hablar de paciente. No, en cambio, cuando nos hallamos ante una IVE por simple demanda de la embarazada, pues entonces la salud de la mujer no se halla comprometida, por lo que no es posible, en buena lógica, reclamar su mantenimiento o recuperación.

Si esto es así, la objeción del personal sanitario hacia los abortos realizados sin causa médica durante las 14 primeras semanas, y solamente por voluntad de la embarazada, se justificaría al no constituir de suyo un acto médico, aunque la Ley de 2010 así parezca configurarlo. Nos encontraríamos ante una objeción de conciencia que, más allá de la libertad de conciencia del objetor, está además fundada en una verdadera *objeción de legalidad* relacionada con la *lex artis ad hoc.*

---

[81] Ley 41/2002, de 14 noviembre 2002, Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Por otra parte, no olvidemos la generosa interpretación que de la objeción de conciencia al aborto hace el Tribunal Constitucional español, así como su tendencia expansiva en el marco del derecho comparado y en el de la intervención indirecta en prácticas abortivas. Estos datos aconsejan una interpretación amplia del dato legal, sin perjuicio de que este extremo pueda aclararse en el reglamento de desarrollo de esta disposición.

En efecto, tres tipos de personal suelen intervenir en las distintas fases de la realización de un aborto provocado: personal administrativo, personal médico y personal paramédico. Desde luego, es natural que el personal directamente afectado constituya el núcleo primario de la objeción de conciencia: ecógrafos, cirujanos, ginecólogos, anestesistas, personal paramédico que interviene en la acción abortiva, etc. Pero es también razonable extender el radio de acción de la objeción de conciencia a todos aquellos que intervienen de uno u otro modo en el proceso y que, efectivamente, sientan de hecho su conciencia afectada: médicos de atención primaria que estén obligados a entregar a la mujer la información previa al aborto, enfermeros encargados de la preparación próxima del quirófano y limpieza de material, etc. [82]. Y alguna doctrina ha entendido que deben incluirse también los dictámenes preceptivos que sean necesarios para la realización del aborto [83].

Cuando una prestación contrasta con las convicciones éticas, deontológicas o morales de un médico o de otro profesional de la salud, sea cual sea su participación concreta en el proceso sanitario, el Estado no puede imponerla con medidas coactivas. La obligación de organizar un servicio recae sobre los entes hospitalarios, no sobre los objetores. Si hay discrepancia entre el derecho de la

---

[82] Cfr. ANDOC, *Guía de objeción sanitaria al aborto,* Madrid 2010. La Orden de 30 junio 2010 de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha interpreta la disposición sobre objeción de conciencia de la Ley de 2010 en estos términos: «se considera que son profesionales directamente implicados en una interrupción voluntaria del embarazo los facultativos especialistas en ginecología y obstetricia, los facultativos especialistas en anestesiología y reanimación, los diplomados en enfermería y las matronas». Sin embargo, un reciente auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha ha suspendido cautelarmente esta Orden en cuanto a la interpretación que hace del concepto de «profesionales directamente implicados», al entender que el derecho a la objeción no puede reconocerse sólo de los facultativos de las especialidades enunciadas, sino que pueden ejercer este derecho todos los médicos de la sanidad pública. *Vid*. http://www.abc.es/20101001/toledo/amplia-todos-medicos-derecho-20101001.html (visitado el 4 octubre 2010). La reacción del Gobierno de Castilla-La Mancha fue inmediata, al permitir que también puedan declararse objetores los médicos de familia, encargados de dar la primera información y de derivar a las embarazadas al especialista. *Vid*. http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Castilla-La/Mancha/acepta/medico/familia/objete/aborto/elpepisoc/20101005elpepisoc_4/Tes (visitado 5 octubre 2010).

[83] Cfr. J.M. Mejica & R. Fernández, *Sobre la objeción de conciencia médica en materia de aborto,* en *La Ley,* 13 abril 1999, p. 3.

madre y el del objetor, prevalece el último al ser derecho fundamental. Por eso, acertadamente se ha hecho notar la evidente —y lamentable— desconfianza con la que la Ley del aborto de 2010 contempla la objeción de conciencia. Por un lado, no se incluía en el texto original, sino que apareció en la fase de enmiendas. Por otro, «se observa que la objeción de conciencia se incluye dentro de un artículo —el 19— titulado "medidas para garantizar la prestación [del aborto] por los servicios de salud". De hecho, su párrafo segundo, inmediatamente después de reconocer el derecho a objetar, aclara que será sin perjuicio en el acceso y en la calidad asistencial de la prestación sanitaria. Por tanto, más que positivizar un derecho a la objeción que en realidad ya existía, parece que está otorgando a los profesionales de la sanidad la posibilidad de actuar de un modo excepcional y, en cualquier caso, dificultando el ejercicio del derecho de la mujer a abortar» [84].

Desde luego, no puede dejar de advertirse que la perspectiva de la Ley de 2010 en materia de objeción de conciencia contrasta con declaraciones y códigos de deontología médica. Téngase en cuenta que las normas aprobadas por los colegios profesionales gozan de eficacia jurídica. El propio Tribunal Constitucional ha declarado que tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados, y responden a las potestades públicas que la Ley delega a favor de los colegios, para ordenar la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y la dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares [85].

Así, por ejemplo, la Declaración de la Comisión Central de Deontología y Derecho Médico sobre la objeción de conciencia, de 26 octubre 2009, señala que «el médico puede y debe negarse a realizar prácticas médicas que vayan contra los dictados de su conciencia. Es un deber moral y una práctica lícita desde el punto de vista social» [86]. Por su parte, el Código Deontológico de la

---

[84] A. González-Varas, *Aspectos ético-jurídicos de la regulación del aborto en españa. Estudio realizado a partir de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo,* en RGDCDEE 23 (2010), p. 22. *Vid*. también: J.M. Martínez Otero, *La objeción de conciencia del personal sanitario en la nueva Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo,* en «Cuadernos de Bioética», vol. XXI (2010/3), pp. 299 ss.

[85] Cfr. STC 89/1989, 11 mayo 1989, a la que se refiere A. González-Varas, *Derecho y conciencia en las profesiones sanitarias,* Madrid 2009, p. 172. Sobre esta cuestión, *vid*. también S. Tarodo, *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios,* Bilbao 2005, pp. 208 ss. Por su parte, J.L. Villar Palasí, *Deontología en la sociedad actual,* en «Bioética y Justicia», Madrid 2000, p. 290, afirma: «Lo peculiar de los códigos deontológicos es que su carácter jurídico vinculante (fuera de toda duda) se enraíza en la doctrina de las relaciones especiales de sujeción en donde encuentran justificación dogmática».

[86] Declaración de la Comisión Central de Deontología y Derecho Médico sobre la objeción de conciencia, de 26 octubre 2009, «Consideraciones prácticas», n.º 1.

Enfermería Española dispone, en su art. 22: «La enfermera/o tiene, en el ejercicio de su profesión, el derecho a la objeción de conciencia, que deberá ser debidamente explicitado ante cada caso concreto. Los Colegios velarán para que ninguna/o enfermera/o pueda sufrir discriminación o perjuicio a causa del uso de ese derecho». En fin, el art. 17 de la Guía de Ética Médica Europea, según texto aprobado por unanimidad en la Conferencia Internacional de Órdenes Médicas de 6 de enero de 1987, dice que «es conforme a la ética que el médico, en razón de sus convicciones personales, se niegue a intervenir en procesos de reproducción o en casos de interrupción de la gestación o abortos». Y, sobre el Proyecto de ley de la salud sexual y reproductiva (aborto), la Organización Médica Colegial declaró (11 diciembre 2009): «La objeción de conciencia es un derecho fundamental e irrenunciable» [87].

En el mismo sentido, el Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de 1999 contenía una breve pero inequívoca prescripción en tutela de la libertad de conciencia del médico [88]. No obstante, el reciente Código Deontológico, que sustituye al de 1999, ha introducido algunas modificaciones importantes en relación con la libertad de conciencia del médico, no exentas de una cierta ambivalencia [89]. En efecto, por un lado se refuerza el derecho de objeción de conciencia individual pero, por otro lado, y sin claras razones, se rechaza la objeción de conciencia institucional, sin advertir las implicaciones que ello comporta respecto a la tutela de la dimensión colectiva de la libertad religiosa, que ya hicimos notar a propósito de la jurisprudencia colombiana [90]. Además, el nuevo código siembra algunas dudas en la cuestión de la información que el facultativo está obligado a proporcionar a la mujer gestante que desea abortar voluntariamente.

---

[87] Consideración Segunda. *Vid*. textos en «Cuadernos de Bioética», n.º 71, vol. XXI (2010), pp. 113-123.

[88] El art. 26 de ese Código disponía lo siguiente: «1. El médico tiene el derecho a negarse por razones de conciencia a aconsejar alguno de los métodos de regulación y de asistencia a la reproducción, a practicar la esterilización o a interrumpir un embarazo. Informará sin demora de su abstención y ofrecerá, en su caso, el tratamiento oportuno al problema por el que se le consultó. Respetará siempre la libertad de las personas interesadas de buscar la opinión de otros médicos. Y debe considerar que el personal que con él colabora tiene sus propios derechos y deberes.— 2. El médico podrá comunicar al Colegio de Médicos su condición de objetor de conciencia a los efectos que considere procedentes, especialmente si dicha condición le produce conflictos de tipo administrativo o en su ejercicio profesional. El Colegio le prestará el asesoramiento y la ayuda necesaria».

[89] El Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial fue aprobado el 9 de julio de 2011. El documento íntegro puede consultarse en: http://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica_1.pdf (visitado 15 diciembre 2011).

[90] *Vid. supra,* notas 25-26 de este capítulo y texto correspondiente.

La primera disposición importante se encuentra en el capítulo III, dedicado a las relaciones del médico con sus pacientes. De manera contundente, el art. 12.3 establece: «Si el paciente exigiera del médico un procedimiento que éste, por razones científicas o éticas, juzgase inadecuado o inaceptable, el médico, tras informarle debidamente, quedará dispensado de actuar». El capítulo VI, con sus cuatro artículos (32 a 35), se dedica íntegra y específicamente a la objeción de conciencia. Si exceptuamos la ya mencionada negativa a aceptar la objeción institucional —que, por lo demás, da la impresión de un elemento postizo añadido al final del art. 32— esos artículos adoptan una posición claramente protectora del derecho de objeción del médico. Así, se indica que «el reconocimiento de la objeción de conciencia del médico es un presupuesto imprescindible para garantizar la libertad e independencia de su ejercicio profesional» (art. 32.2), y rotundamente se afirma que «de la objeción de conciencia no se puede derivar ningún tipo de perjuicios o ventajas para el médico que la invoca» (art. 35). El nuevo Código pone cuidado en evitar que se confunda la objeción de conciencia con la objeción de ciencia, que goza de una tutela específica y adicional; o bien con actitudes basadas en la «conveniencia u oportunismo», o con la discriminación de personas por razón de sus características individuales, como «edad, raza, sexo, hábitos de vida, ideología o religión». El derecho de objeción sólo estará limitado por la obligación de atender a pacientes en situaciones de urgencia [91].

---

[91] Interesa reproducir aquí el texto de esos cuatro artículos:

«*Artículo 32.*— 1. Se entiende por objeción de conciencia la negativa del médico a someterse, por convicciones éticas, morales o religiosas, a una conducta que se le exige, ya sea jurídicamente, por mandato de la autoridad o por una resolución administrativa, de tal forma que realizarla violenta seriamente su conciencia.— 2. El reconocimiento de la objeción de conciencia del médico es un presupuesto imprescindible para garantizar la libertad e independencia de su ejercicio profesional. No es admisible una objeción de conciencia colectiva o institucional.

*Artículo 33.*— 1. La objeción de conciencia ha de operar siempre con un sentido moral por lo que se deben rechazar, como actos de verdadera objeción, aquellos que obedezcan a criterios de conveniencia u oportunismo.— 2. La objeción de ciencia tiene una protección deontológica al amparo del derecho a la libertad de método y prescripción, siendo diferente de la objeción de conciencia.— 3. El médico debe comunicar al responsable de garantizar la prestación y, potestativamente, al Colegio de Médicos su condición de objetor de conciencia. El Colegio de Médicos le prestará el asesoramiento y la ayuda necesaria.

*Artículo 34.*— 1. La objeción de conciencia, se refiere al rechazo a ciertas acciones, pero nunca puede significar un rechazo a las personas que demandan esa acción en función de sus características individuales: edad, raza, sexo, hábitos de vida, ideología o religión.— 2. En el caso de una objeción sobrevenida, el médico objetor deberá comunicar al paciente de forma comprensible y razonada su objeción a la prestación que le solicita.— 3. Aunque se abstenga de practicar el acto objetado, el médico objetor está obligado, en caso de urgencia, a atender a esa persona, aunque dicha atención estuviera relacionada con la acción objetada.

*Artículo 35.*— De la objeción de conciencia no se puede derivar ningún tipo de perjuicios o ventajas para el médico que la invoca».

Por eso ha suscitado notable perplejidad, y no pocas críticas, la disonante prescripción del art. 55.2 (situado en capítulo distinto, el XII, dedicado a la reproducción humana), que carga al médico objetor con el deber de proporcionar a la embarazada que desea un aborto voluntario información sobre los derechos que el Estado le concede en esta materia, y a resolver los problemas médicos que el aborto procurado pueda causar. Aunque sin llegar al extremo de la legislación francesa, que obliga al objetor a remitir a la gestante a otro profesional que no lo sea [92], sorprende que el Código Deontológico imponga una obligación que la propia ley española no establece, cuando se supone que debería centrar su atención en proteger la libertad de conciencia del médico siempre que no produzca con su actuación un perjuicio directo a quien solicita su ayuda. Es llamativo también el paralelismo que el Código Deontológico aparentemente intenta establecer con el deber mencionado en el párrafo 1.º del mismo artículo, según el cual el médico ha de informar, a la gestante que desea abortar, acerca de los riesgos que dicha intervención implica para su salud y acerca de las prestaciones sociales a las que tendría derecho si decidiera continuar su embarazo [93]. Ambas obligaciones, en efecto, no son equiparables. Mientras que la contenida en el párrafo 1.º se ajusta al deber que tienen los profesionales de la medicina de trabajar a favor de la vida humana, la obligación mencionada en el párrafo 2.º apunta en la dirección opuesta, es decir, hacia la eliminación de un ser vivo. De ahí que sea precisamente esta última la que genera problemas de conciencia en los médicos, y no el deber establecido en el art. 55.1, cuyo cumplimiento no produce en la práctica situaciones de objeción de conciencia (a lo más, sólo actitudes contrarias al mismo basadas en la «conveniencia u oportunismo» a que se refiere el código en su art. 33.1). Resulta explicable, por ello, la inmediata reacción adversa de alguna corporación médica provincial [94], y tam-

---

[92] *Vid. supra,* nota 35 de este capítulo y texto correspondiente.

[93] Este es el texto del art. 55: «1. El médico está al servicio de preservar la vida a él confiada, en cualquiera de sus estadios. El que una mujer decida interrumpir voluntariamente su embarazo, no exime al médico del deber de informarle sobre las prestaciones sociales a las que tendría derecho, caso de proseguir el embarazo, y sobre los riesgos somáticos y psíquicos que razonablemente se puedan derivar de su decisión.— 2. El médico, que legítimamente opte por la objeción de conciencia, a la que tiene derecho, no queda eximido de informar a la mujer sobre los derechos que el Estado le otorga en esta materia ni de resolver, por sí mismo o mediante la ayuda de otro médico, los problemas médicos que el aborto o sus consecuencias pudiesen plantear.— 3. El médico debe proporcionar a la mujer gestante información adecuada, fidedigna y completa sobre la evolución del embarazo y el desarrollo fetal. No es conforme a la ética médica negar, ocultar o manipular información para influir en la decisión de la madre sobre la continuidad de su embarazo».

[94] Este artículo ha sido recurrido por el Colegio de Médicos de Toledo ante el TSJ de Madrid en septiembre de 2011, por entender que entraba en contradicción con el auto dictado por el TSJ de Castilla-La Mancha de septiembre de 2010 que reconocía la objeción a la información al aborto de los médicos de atención primaria. A juicio del Colegio toledano «no se permitió

bién el hecho de que la primera doctrina que, desde la perspectiva bioética, ha comentado las disposiciones del nuevo Código, se haya mostrado crítica con el art. 55.2 del actual Código Deontológico [95]. Estas deficiencias del nuevo Código harán especialmente necesarias las orientaciones de las comisiones deontológicas en su tarea de cohonestar las disposiciones del Código y la conciencia de los médicos.

Retornando a la Ley de 2010, es sintomático que, el 22 de junio de 2011, la Asociación para la defensa del Derecho de Objeción de Conciencia (ANDOC), en colaboración con el Centro Europeo para la Ley y la Justicia (*European Center for Law and Justice,* ECLJ), presentara en una audiencia pública ante la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en Estrasburgo, un informe sobre las presiones existentes en España para dificultar el ejercicio del derecho de libertad de conciencia del personal médico [96]. Para los autores del informe, esta nueva situación se debe a que, a partir de la Ley de julio 2010, el aborto ya no es considerado en España como una excepción a la penalización de los atentados contra el derecho a la vida, sino como un derecho autónomo y exigible al personal de salud y a la sociedad en general. De este modo, la legislación española parte del principio —erróneo— de que las profesiones médicas tienen la obligación profesional y moral de practicar el aborto, ya sea que se tra-

---

una discusión libre en un tema tan importante como éste y no se tuvieron en cuenta algunas de las alegaciones presentadas», por lo que se acordó presentar ante la Organización Médica Colegial un recurso administrativo, *ad cautelam,* frente al artículo 55, párrafos 1.º y 2.º, del Código Deontológico, y pedir la suspensión de la ejecutividad de dichos preceptos. Según explicaba el propio Colegio en una nota, esta actitud era consecuencia de la línea que mantiene sobre la objeción de conciencia del médico ante el aborto, y se produce en concordancia con el citado auto de suspensión cautelar dictado por el TSJ de Castilla-La Mancha en septiembre de 2010. Dicha resolución judicial trae causa en el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Colegio toledano en contra de la normativa autonómica restrictiva de la objeción de conciencia del médico ante el aborto, actuando así en defensa de un derecho fundamental recogido en el artículo 16.1 de la Constitución Española. *Vid*. información al respecto en: http://www.profesionalesetica.org/2011/07/24/el-colegio-de-medicos-de-toledo-impugna-el-nuevo-codigo-deontologico-de-la-omc/ (visitado 15 diciembre 2011). En diciembre de 2011, el TSJ de Madrid denegaba la suspensión cautelar de los párrafos 1.º y 2.º del art. 55 del Código Deontológico que había solicitado el Colegio de Médicos de Toledo.

[95] *Vid*. cfr. J.A. Díez Fernández, *El nuevo Código de Ética Médica: el difícil equilibrio entre la legalidad y la deontología,* en «Cuadernos de Bioética» 75 (2011), pp. 363-365, quien, entre otras cosas, hace notar la dificultad de compaginar la declaración de que son éticamente inaceptables las pruebas con fines eugenésicos (art. 54.2) con lo señalado en el art. 55.2, que está dando origen a la práctica desaparición de nacimientos de niños con síndrome de Down.

[96] El informe da cuenta de la situación de varios profesionales de la sanidad, que están siendo discriminados por haber querido ejercer este derecho fundamental, reconocido por normas legales europeas e internacionales. Su texto está disponible en: http://www.andoc.es/admin/archivo/INFORME%20PARA%20EL%20CONSEJO%20DE%20EUROPA220611.pdf (visitado 15 diciembre 2011).

te de un aborto «a solicitud» (hasta la 14.ª semana), o «eugenésico». La consecuencia es que únicamente de manera excepcional y restrictiva los profesionales de la sanidad pueden pedir que se haga valer su objeción de conciencia.

Parte del problema estriba en que, contrariamente a la regla general según la cual todo derecho fundamental se ejerce «de pleno derecho», la ley española somete el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia a un procedimiento administrativo estricto. Este procedimiento, presentado formalmente como declarativo, implica una autorización previa, con lo que la Administración se reserva en realidad la posibilidad de rehusar la comunicación del objetor de conciencia por diversos motivos. Además, la obligación legalmente impuesta de declararse como objetor ante la Administración ha tenido como consecuencia que algunas comunidades autónomas la hayan interpretado en el sentido de que resulta obligada la creación de un registro nominativo de objetores de conciencia [97]. Esto no sólo puede propiciar fácilmente, en la práctica, presiones sobre el personal médico, sino que sucede frecuentemente que la autoridad administrativa encargada de mantener el registro de objetores rehúsa las declaraciones alegando que el objetor de conciencia no está «directamente implicado» en el procedimiento del aborto, o bien por razones formales relacionadas con los plazos en que tales declaraciones serían admisibles. También ocurre a menudo que a los médicos de atención primaria, a pesar de ser los primeros que se enfrentan con las peticiones de aborto,

---

[97] Así, por ejemplo, ha sucedido en la Comunidad Foral de Navarra, donde los partidos de oposición consiguieron aprobar en 2010 una ley de registro de médicos objetores frente a un gobierno en minoría: Ley foral 16/2010, de 8 noviembre 2010, por la que se crea el registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo; desarrollada por la Orden Foral 116/2011, de 3 octubre 2011, de la Consejera de Salud, por la que se crea un fichero informatizado bajo la denominación de «Registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia en relación con la interrupción voluntaria del embarazo». La norma recibió el rechazo del Colegio de Médicos de Navarra, que dejó claro su respeto por la libertad individual de cada facultativo para decidir en conciencia su postura ante el aborto. Recordaba el Colegio que la ley nacional establece que la objeción de conciencia al aborto voluntario debe manifestarse anticipadamente y por escrito, pero que eso «no conlleva la necesidad de crear ningún registro oficial», sino que habría de bastar una mera notificación administrativa personal a la dirección del servicio correspondiente. En opinión del Colegio de Médicos, sólo de esa forma «personal, voluntaria y confidencial» se pueden garantizar los derechos de los profesionales implicados. *Vid*. información al respecto en: http://www.diariodenavarra.es/noticias/navarra/mas_navarra/el_gobierno_upn_psn_crea_registro_objetores_del_aborto_47468_2061.html (visitado 15 diciembre 2011). En Castilla-La Mancha también se ha creado un registro de médicos objetores por la Consejería de Sanidad a la luz de la Orden de 21/06/2010 de la Consejería de Salud y Bienestar Social por la que se establece el procedimiento de objeción de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo. En otras comunidades, en cambio, el control de las declaraciones de lo objetores lo lleva el colegio de médicos correspondiente o incluso los propios hospitales. Sobre la situación de ese control de objetores en España, *vid*. el informe realizado por E. Pita, *El difícil registro de los médicos que no practican abortos,* para «Revista Médica», n.º 116 (septiembre 2010), pp. 6-12.

pues a ellos corresponde remitir la mujer que desea abortar a un especialista, y firmar la «derivación» requerida para poder abortar, se les niega la legitimidad para ejercer su derecho a la objeción de conciencia.

Mencionemos finalmente que un problema adicional y complejo en relación con el sujeto objetante ha sido generado por otras disposiciones de la Ley de 2010, en concreto por aquéllas que se refieren a la inserción de la política sobre abortos legales en el diseño de programas educativos, a diversos niveles. Especialmente el art. 8, sobre la «formación de profesionales de la salud», y el art. 9, sobre la «incorporación de la formación en salud sexual y reproductiva al sistema educativo». En esos artículos se indican una serie de medidas que incluyen, por ejemplo, «la formación de profesionales en salud sexual y salud reproductiva, incluida la práctica de la interrupción del embarazo» [art. 8.b)] [98].

La prevista inserción de las técnicas abortivas en los planes curriculares de ciertas carreras ha producido reacciones contrarias en varias facultades universitarias españolas. Así, los decanos de las Facultades de Medicina, Enfermería, Ciencias y Farmacia, y el director general de la Clínica de la Universidad de Navarra, emitieron un comunicado que, en realidad, suponía una objeción de conciencia institucional, al negarse «a solucionar la tragedia de un embarazo indeseado con la tragedia superior del aborto. Nos negamos a incorporar las técnicas abortivas a los contenidos de la educación. Nos comprometemos a formar profesionales para curar, investigar y ayudar» [99].

---

[98] Vale la pena transcribir aquí el texto completo de ambos artículos:

*«Artículo 8. Formación de profesionales de la salud*.—La formación de profesionales de la salud se abordará con perspectiva de género e incluirá: a) La incorporación de la salud sexual y reproductiva en los programas curriculares de las carreras relacionadas con la medicina y las ciencias de la salud, incluyendo la investigación y formación en la práctica clínica de la interrupción voluntaria del embarazo.— b) La formación de profesionales en salud sexual y salud reproductiva, incluida la práctica de la interrupción del embarazo.— c) La salud sexual y reproductiva en los programas de formación continuada a lo largo del desempeño de la carrera profesional.— d) En los aspectos formativos de profesionales de la salud se tendrán en cuenta la realidad y las necesidades de los grupos o sectores sociales más vulnerables, como el de las personas con discapacidad.

*Artículo 9. Incorporación de la formación en salud sexual y reproductiva al sistema educativo.*—El sistema educativo contemplará la formación en salud sexual y reproductiva, como parte del desarrollo integral de la personalidad y de la formación en valores, incluyendo un enfoque integral que contribuya a: a) La promoción de una visión de la sexualidad en términos de igualdad y corresponsabilidad entre hombres y mujeres con especial atención a la prevención de la violencia de género, agresiones y abusos sexuales.— b) El reconocimiento y aceptación de la diversidad sexual.— c) El desarrollo armónico de la sexualidad acorde con las características de las personas jóvenes.— d) La prevención de enfermedades e infecciones de transmisión sexual y especialmente la prevención del VIH.— e) La prevención de embarazos no deseados, en el marco de una sexualidad responsable».

[99] Texto completo en el boletín de Noticias Universidad de Navarra, 15.12.2009. También

En un frente diverso, a la entrada en vigor de la Ley de 2010, en diversos medios educativos se ha manifestado inquietud ante una enseñanza que atenta contra los derechos de los padres y de los centros educativos. Así, por ejemplo, la Confederación Española de Centros de Enseñanza (CECE) ha destacado que son las familias las que han de decidir el tipo de educación que quieren para sus hijos, apelando a su libertad ideológica y religiosa, y afirmando que «la sexualidad se incluye dentro de la esfera íntima y personal y que es la familia quien determina qué contenidos ofrece a sus hijos, cuándo y cómo hacerlo». Y añade que la «imposición» en los centros de la figura de los «agentes sanitarios» deja «sin opción» a la dirección del colegio y a las organizaciones afines para que intervengan dando una visión desde su ideario o carácter propio [100]. Estas iniciales declaraciones manifiestan una clara intención de plantear objeciones de conciencia masivas que podrían sustanciarse dentro del margen de acción que dejan las sentencias interpretativas del Tribunal Supremo en materia de Educación para la Ciudadanía [101].

---

la Fundación Universitaria San Pablo CEU, declaró su negativa a la práctica de esas enseñanzas, texto en «Forum Libertas», 23.12.2009.

[100] *Vid*. al respecto, por ejemplo, http://www.hazteoir.org/node/31466 (visitado 26 septiembre 2010).

[101] Recuérdese que las sentencias del Tribunal Supremo de 11 febrero 2009 dejaron un portillo abierto para posteriores recursos de los padres. Efectivamente, que los contenidos fijados en los decretos de implantación de esa asignatura respeten efectivamente el art. 27.3 CE depende de cómo se concrete su enseñanza según el proyecto educativo del centro, los libros de texto que se usen y la manera de exponerlos. Que la regulación general de la materia sea ajustada a derecho «no autoriza a la Administración educativa —ni tampoco a los centros docentes, ni a los concretos profesores— a imponer o inculcar, ni siquiera de manera indirecta, puntos de vista determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas». La Educación para la Ciudadanía debe impartirse, entonces, sin vulnerar la «neutralidad ideológica» a que está obligado el Estado en materia educativa. Otro tanto puede decirse sobre la Educación sexual con «perspectiva de género» prevista en la Ley de 2010. La cuestión de la Educación para la Ciudadanía, y la jurisprudencia del TS, es objeto de un análisis pormenorizado más adelante, en el capítulo 8, epígrafe 3.6.

# Capítulo 6
# Libertad de conciencia y bioética

SUMARIO: 1. Antecedentes.—2. Algunas modalidades en derecho comparado.—3. La objeción de conciencia a técnicas de reproduccion asistida y su situación en derecho español.—4. La objeción de conciencia a la eutanasia: 4.1. *El contexto deontológico.* 4.2. *Personal médico y paramédico.* 4.3. *Objeción de conciencia política.* 4.4. *Eutanasia y objeción de conciencia farmacéutica.* 4.5. *La situación en España.*—5. La objeción de conciencia farmacéutica: 5.1. *La situación en el derecho español.* 5.2. *Estados Unidos.* 5.3. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

## 1. Antecedentes

El 7 de septiembre de 2000, el Parlamento Europeo aprobó una resolución en la que, además de reprobar la decisión del Reino Unido de autorizar la clonación de embriones humanos con finalidad terapéutica, solicitó a la ONU que prohibiera universalmente clonar seres humanos en cualquier fase de su formación y desarrollo. Concretamente, la resolución señalaba: «El Parlamento Europeo considera que la clonación terapéutica que implique la creación de embriones humanos con fines de investigación plantea un problema profundo y franquea una frontera sin retorno en el campo de la investigación». Considerando que «existen otros métodos para curar enfermedades graves, distintas a la clonación de embriones humanos», solicitaba «una prohibición universal y específica, a nivel de Naciones Unidas, de la clonación de seres humanos en todas las etapas de su desarrollo» [1].

Coincidiendo con las fechas de la aprobación de esa resolución, la Asociación Estadounidense para el Avance de la Ciencia (AAAS) —la mayor federación de científicos del mundo y editora de la prestigiosa revista *Science*— recomendaba, por razones bioéticas y científicas, una mayor reflexión sobre las investigaciones que impliquen una modificación hereditaria de los genes del ser humano [2].

---

[1] Resolución del Parlamento Europeo B-5 0710, 0751, 0753 y 0764/2000, de 7 septiembre 2000. El texto original inglés puede consultarse en http://www.europarl.europa.eu/omk/omnsapir.bso/pv2?PRG=CALDOC&TPV=PROV&FILE=000907&TXTLST=1&POS=1&SDOCTA=8&Type_Doc=FIRST&LANGUE=EN (visitado 6 octubre 2010).

[2] El texto del informe puede encontrarse en: http://www.aaas.org/spp/sfrl/projects/germline/report.pdf (visitado 29 septiembre 2010).

La explicación de estas cautelas científicas trae su causa en la proliferación e intensificación de los conflictos entre conciencia y ley en materias biogenéticas y ecológicas. Veamos algunos antecedentes de particular relevancia.

En 1970 Paul Berg, un bioquímico de la Universidad de Stanford, inició un complejo proyecto para llevar a cabo en una probeta un injerto de virus de humor animal SV 40 (virus de simio) en una versión de laboratorio de una bacteria, *E. coli,* que se encuentra en el tracto digestivo de los mamíferos, incluido el hombre [3]. Este híbrido podría resultar útil en sondas genéticas, pero también podría salirse de la probeta e infiltrase en un ser humano, seguramente dando lugar a una enfermedad. Cuando el experimento trascendió, la comunidad científica se alarmó, hasta el extremo de que cinco años más tarde, y después de que se advirtiera del peligro de algunas experiencias sobre ADN recombinante, en el centro de congresos de Asilomar (cercano a Monterrey, California) se convocó una reunión internacional sobre el tema, que los periodistas llamaron «el congreso de la Caja de Pandora». Los debates que siguieron y precedieron al Congreso de Asilomar representan el primer ejemplo de la historia en que un importante grupo de científicos investigadores adoptaba restricciones voluntarias sobre su propia actividad [4]. Probablemente en ello influyeron las observaciones —realizadas en la tarde anterior a la votación de recomendaciones— de tres abogados invitados a exponer la perspectiva jurídica del problema. Entre las proposiciones que presentaron destacan dos. En primer lugar, las decisiones sobre experimentos de laboratorio que implicaran riesgos debían adoptarse con la participación de los trabajadores del laboratorio, la comunidad del entorno y las agencias gubernamentales pertinentes —lo cual se basaba en que los científicos no están preparados para asumir toda la responsabilidad, pues la libertad de investigación científica no incluye la libertad para perjudicar a otros seres humanos—. En segundo lugar, si un demandante convenciera a un jurado profano de que la investigación en cuestión había producido, bajo las leyes vigentes, daños comprobables, los científicos podrían ser personalmente responsables de daños y perjuicios sobre la base de negligencia profesional.

Desde que, a mediados de los 1980, fue presentado el Proyecto «Genoma Humano» (PGH) no dejó de acompañarle el entusiasmo y la polémica. Identificar el mapa de los 30.000 genes de nuestros 23 pares de cromosomas, y secuenciar los 3 billones de bases nucleótidas que forman el ADN del genoma humano, contribuirá a unas técnicas ya utilizadas para predecir el inicio de cier-

---

[3] Seguimos las observaciones de R. SHATTUCK, *Conocimiento prohibido* (trad. esp.), Madrid 1998, pp. 227 ss.

[4] Sobre el Congreso de Asilomar, *vid*. N. LÓPEZ MORATALLA & E. SANTIAGO, *Manipulación genética por transferencia de genes,* en «Deontología Biológica», Pamplona 1987, pp. 319 ss.

tas enfermedades hereditarias y mejorará los sistemas para examinar óvulos, embriones, fetos prenatales, etc. [5]. Pero, junto a estas ventajas, no han dejado de menudear las críticas, entre otras razones por el gran número de implicaciones éticas, legales y sociales. Por ejemplo, las pruebas prenatales podrían desembocar en una suerte de «meritocracia hereditaria», con la consiguiente «discriminación genética». Hay, pues, un sentimiento de ambivalencia hacia la investigación genética [6].

En el marco de la clonación, el debate ético adopta tonos aún más agudos. Casi todos los esfuerzos de clonación en animales han llevado consigo una elevada tasa de mortalidad fetal y neonatal. Sólo en la clonación de la oveja Dolly hubo que realizar 277 intentos hasta que se logró la clonación exitosa. En estos experimentos puede salir mal todo tipo de cosas: un tamaño excesivo, que impide a los clones moverse en el útero y provoca que nazcan con taras físicas o deformidades en las extremidades; riñones que se han ensamblado indebidamente; pulmones situados al revés; un deficiente sistema inmunológico, etc. Lo mismo puede suceder con los humanos. Estamos hablando de una tasa de malformación que ronda el 30%. En bebés humanos la tasa normal de defectos congénitos es de aproximadamente un 2%. Nadie toleraría un salto de malformaciones de ese calibre. Sin embargo, se observa una especie de frenesí clonador [7].

En el ámbito europeo hay un importante y reciente punto de referencia jurisprudencial a favor de la dignidad del embrión humano desde la concepción. En octubre de 2011, la Grand Chamber del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictaba sentencia en el caso *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV* [8], iniciado a instancia de la organización ecologista *Greenpeace,* en un conflicto relativo a pa-

---

[5] Analiza las distintas técnicas de manipulación genética y su relación con la libertad de conciencia, S. Pérez Álvarez, *Incidencia de la libertad ideológica en el Derecho a la manipulación genética,* en «Laicidad y libertades» 6 (2006), pp. 439-447.

[6] Cfr. A. Pardo, *La ambigüedad de los principios de la Bioética,* en «Cuadernos de Bioética» 71 (2010), pp. 39 ss., donde la ambivalencia que insinúo en el texto se hace descansar sobre una doble ambigüedad en los principios bioéticos: una interna y otra externa, que no es infrecuente incida en un deslizamiento de la ética médica hacia un relativismo más o menos abierto.

[7] Veamos algunos ejemplos. La australiana Tanya Tomusyak perdió a su hija Olga cuando la pequeña tenía siete años; incineraron el cadáver de la pequeña, pero conservaron algunos de sus dientes para clonarla. Una pareja lesbiana de Florida deseaba tener un hijo sin recurrir a un donante de semen y prefería obtener uno por clonación. Randolfe Wicker es portavoz de la Fundación para la Clonación Humana y desea ser clonado, hasta el punto de dejarlo por escrito en su testamento si es que no lo consigue en vida. Cfr. R. Navarro-Valls, *Del poder y de la gloria,* Madrid 2004, en especial los trabajos «Frenesí clonador» (pp. 256-258) y «Fivet: un rompecabezas jurídico» (pp. 252-256). Cfr. también A.M. Ponce, *La deshumanización del hombre. Reflexiones de Leon R. Kass sobre la clonación humana,* en «Cuadernos de Bioética» 60 (2006), pp. 193 ss.

[8] *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV,* caso C-34/10, 18 octubre 2011.

tentes biotecnológicas. Para lo que aquí interesa, la sentencia declara que una invención biotecnológica no debe ser protegida jurídicamente cuando para su proceso haya requerido la previa destrucción de embriones humanos o el uso de los mismos como materiales de base. En definitiva, no podrá ser patentado un proceso que implique la extracción de una célula madre de un embrión humano, ni siquiera en la etapa de blastocito (célula embrionaria no diferenciada), ya que este proceso implica la destrucción del embrión.

Por su parte, las confesiones religiosas han ido tomando posiciones. La Iglesia Católica entiende que se lesiona la dignidad humana con selecciones discriminatorias y eugenésicas de sexo, salud y otras condiciones por los productores que se arrogan un poder que no les corresponde sobre los niños producidos [9]. Renunciar a producir seres humanos no es oponerse a la ciencia y al progreso. Significa más bien negarse a admitir que el ser humano pueda ser reducido a simple objeto. Para algunas confesiones, la inmoralidad de estas formas artificiales de procreación no radica en su artificialidad sino en su carácter lesivo para la naturaleza humana [10].

## 2. Algunas modalidades en derecho comparado

Así las cosas, no ha dejado de llamarse la atención acerca del notable interés del campo bioético —junto con el sanitario— como lugar propicio para la proliferación de las objeciones de conciencia. Las razones principales son el rápido desarrollo del conocimiento científico en materia biomédica y genética, el conjunto de importantes valores que en él confluyen, así como la pluralidad de perspectivas éticas desde las que es susceptible [11].

Partiendo de estos datos, se han planteado objeciones de conciencia en distintos países, que genéricamente vienen denominándose objeciones de con-

---

[9] *Vid*. F. Pérez-Madrid, *La tutela penal del bien jurídico «vida» a los 20 años del CIC,* en «Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico» (ed. por D. Cito), Milano 2005, pp. 607-629.

[10] La Instrucción *Donum Vitae* (Congregación para la Doctrina de la Fe, 2 febrero 1987) enseña la objeción de conciencia frente a leyes civiles moralmente inaceptables (cap. III: moral y ley civil). La Encíclica *Evangelium Vitae* (25 marzo 1995) impone la obligación grave y precisa de oponerse, mediante la objeción de conciencia, a las leyes humanas que autorizan y favorecen el aborto y la eutanasia (§§ 72-73). Sobre este tema, *vid*. V. Turchi, *L'obiezione di coscienza nell'Evangelium vitae,* en «Iustitia» 49 (1996), pp. 334 ss.

[11] Cfr. V. Turchi, *L'obiezione di coscienza nell'ambito della bioetica,* en «Il diritto di famiglia e delle persone», fac. 3 (2008), p. 1438; J. Sánchez Caro, *La objeción de conciencia,* en «Bioética y Justicia. Actas del Seminario conjunto celebrado en Madrid, octubre 1999», Madrid 2000, p. 290; G. Mémetau, *Bioética y objeción de conciencia,* en «Actas del Congreso Internacional de Bioética», Pamplona 1999, en: http://www.unav.es/cdb/uncib0.html (visitado 29 septiembre 2010).

ciencia bioéticas [12]. Las modalidades más conocidas son la negativa a intervenir en diversas actividades científico-médicas que oscilan desde la fecundación artificial a la experimentación con embriones, sin olvidar las prácticas eutanásicas [13], que estudiaremos en otro apartado.

Esto ha llevado a las primeras manifestaciones de objeción de conciencia en este campo. Así, Italia regula minuciosamente la objeción de conciencia del personal sanitario y paramédico en la Ley de 19 de febrero de 2004 sobre normas en materia de procreación médicamente asistida [14]. En su art. 16 permite al personal antes mencionado declinar su participación en las actividades reguladas en la Ley, con el único condicionante de comunicar su objeción de conciencia mediante declaración preventiva.

Austria, en su Ley de Medicina Reproductiva de 1992 *(Fortpflanzungsmedizingesetz)* [15] expresamente dispone que ningún médico, enfermera o personal auxiliar, estará obligado a participar en fertilizaciones médicamente asistidas; tampoco podrán ser discriminados por participar o negarse a participar en ellas.

---

[12] Cfr. M. Albart, *Libertad de conciencia. Conflictos biojurídicos en las sociedades multiculturales,* en «Cuadernos de Bioética» 71 (2010), pp. 51 ss.; J. Martínez-Torrón, *Las objeciones de conciencia de los católicos,* en «Cuestiones vivas de Derecho matrimonial, procesal y penal canónico. Instituciones canónicas en el marco de la libertad religiosa» (coord. por R. Rodríguez Chacon), Salamanca 2005, pp. 358 ss.

[13] V. Turchi, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea,* Napoli-Roma 2009, pp. 120-138, incluye una amplia gama que va de la esterilización voluntaria a la fecundación *in vitro,* en sus diversas formas; de la realización del mapa genético a la eutanasia; de la manipulación —o «recombinación»— genética a la clonación, experimentación y tratamiento de embriones, con los consiguientes problemas de su estatuto jurídico. Como el propio Turchi advierte, la bibliografía al respecto es amplísima (*vid*. una aproximación a la misma en las notas 96-97, pp. 121-122 de ese trabajo).

[14] *Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* (publicada en «Gazzetta Ufficiale» n. 45, 24 febrero 2004). Éste es el texto del art. 16, relativo a la objeción de conciencia: «1. Il personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure per l'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita disciplinate dalla presente legge quando sollevi obiezione di coscienza con preventiva dichiarazione. La dichiarazione dell'obiettore deve essere comunicata entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge al direttore dell'azienda unità sanitaria locale o dell'azienda ospedaliera, nel caso di personale dipendente, al direttore sanitario, nel caso di personale dipendente da strutture private autorizzate o accreditate.— 2. L'obiezione può essere sempre revocata o venire proposta anche al di fuori dei termini di cui al comma 1, ma in tale caso la dichiarazione produce effetto dopo un mese dalla sua presentazione agli organismi di cui al comma 1.— 3. L'obiezione di coscienza esonera il personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie dal compimento delle procedure e delle attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'intervento di procreazione medicalmente assistita e non dall'assistenza antecedente e conseguente l'intervento».

[15] *Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)* BGBl 1992/275 idF BGBl I 2001/98.

Como se ha hecho notar [16], esta cláusula de objeción de conciencia se aplica presumiblemente también a los supuestos de diagnóstico pre-implantatorio, es decir, el utilizado antes de la implantación del feto con el fin de detectar eventuales enfermedades.

Reino Unido protege la libertad de conciencia del personal científico en el campo de la biogenética, con una amplísima cláusula que protege a cualquier persona que no desee participar en las actividades previstas en la ley. Al igual que en relación al aborto voluntario [17], la carga de la prueba de la objeción de conciencia recae sobre la persona que la alega, aunque, cuando se trate de procedimientos judiciales en Escocia, se acepta una declaración jurada como prueba suficiente [18]. También comienza a reconocerse legalmente el derecho de objeción de conciencia en materia de experimentación animal [19].

## 3. La objeción de conciencia a técnicas de reproducción asistida y su situación en derecho español

La legislación española sobre técnicas de reproducción asistida ha corrido una compleja escala de grados con una serie de leyes sucesivas: la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida [20]; su complementaria Ley 42/1988 sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos [21]; las modificaciones de ambas normativas por la Ley 45/2003 [22]; hasta llegar a la vigente Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida [23].

---

[16] A. TORRES, *El derecho de libertad de conciencia en Austria,* Madrid 2006, p. 290.

[17] Cfr. capítulo 5, epígrafe 2.1.

[18] *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* (1 noviembre 1990). Así se expresa su art. 38, específicamente dedicado a la objeción de conciencia: «*Section 38. Conscientious objection:* (1) No person who has a conscientious objection to participating in any activity governed by this Act shall be under any duty, however arising, to do so.— (2) In any legal proceedings the burden of proof of conscientious objection shall rest on the person claiming to rely on it.— (3) In any proceedings before a court in Scotland, a statement on oath by any person to the effect that he has a conscientious objection to participating in a particular activity governed by this Act shall be sufficient evidence of that fact for the purpose of discharging the burden of proof imposed by subsection (2) above».

[19] Cfr. V. TURCHI, *Ragioni di coscienza e questioni di bioetica,* dentro del libro R. NAVARRO-VALLS & J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Le obiezioni di coscienza, Profili di diritto comparato,* Torino 1995, pp. 199 ss.; A. PARDO, *Ética de la experimentación animal. Directrices legales y éticas contemporáneas,* en «Cuadernos de Bioética» 58 (2005), pp. 393 ss.

[20] Ley 35/1988, de 22 noviembre 1988, sobre técnicas de reproducción asistida.

[21] Ley 42/1988, de 28 diciembre 1988, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

[22] Ley 45/2003, de 21 noviembre 2003, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

[23] Ley 14/2006, de 26 mayo 2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Un aná-

En ellas no se regula específicamente la objeción de conciencia, probablemente porque tal legislación adoleció, en su génesis, de falta de un debate ético profundo, lo cual fue precisamente una de las críticas más importantes que se le ha dirigido desde el plano deontológico [24]. Tanto doctrinalmente como en el ámbito legislativo se ha propuesto su regulación, sin olvidar —como veremos enseguida— que también en el marco judicial ha tenido alguna manifestación.

La doctrina jurídica [25] entiende que las conductas impuestas en la legislación española, y susceptibles de entrar en conflicto con principios éticos, religiosos o de conciencia, pueden darse a distintos niveles: autoridades sanitarias, investigadores, personal sanitario, y los propios usuarios de las técnicas de fecundación asistida. De ahí que se haya propuesto una ley que regule las diversas manifestaciones posibles de la objeción de conciencia, en la convicción de que esta materia afecta radicalmente a la identidad moral de las personas. Lo cual, además, impulsaría un debate ético especialmente necesario en una materia que requiere dilucidar interrogantes y dilemas sobre los límites morales de las biotecnologías [26].

Estos planteamientos de la doctrina jurídica han encontrado ecos en el plano legislativo y en el ámbito judicial.

En el primero, destaca un borrador de Proposición de Ley de Objeción de Conciencia en Materia Científica, elaborado por el Departamento Confederal

---

lisis de las dos primeras leyes puede verse en P. LANZAROTE, *La investigación y experimentación con embriones humanos: aspectos éticos y jurídicos,* en «Cuadernos de Bioética» 60 (2006), pp. 151 ss. Sobre la vigente, y en lo que respecta a los aspectos aquí estudiados, *vid*. B. GONZÁLEZ MORENO, *El personal sanitario ante las nuevas técnicas de reproducción humana asistida y la investigación biomédica,* en «Opciones de conciencia. Propuestas para una ley» (coord. por M.J. Roca), Valencia 2008, pp. 223 ss.; también M. DOMINGO, *Derecho, conciencia y bioética,* en RGDCDEE 12 (2006), especialmente pp. 1-2.

[24] Cfr. P. LANZAROTE, *La investigación y experimentación…,* cit. en la nota anterior, p. 154. Es sintomático que en el voto particular de Manuel Jiménez de Parga y Fernando Garrido Falla a la STC 116/1999, de 17 junio 1999, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 35/1988, se hacía notar la conexión de esas cuestiones con derechos fundamentales «que afectan directa y esencialmente a la dignidad de la persona» y que «generan divisiones profundas [...] morales y culturales». Mencionándose en concreto: la inseminación artificial, la fecundación *in vitro,* con transferencia de embriones, y las transferencias intratubáricas de gametos.

[25] Nos remitimos al fundado análisis que realiza B. GONZÁLEZ MORENO, *El personal sanitario…,* cit. en nota 23, en especial pp. 264 ss., de los motivos diversos que pueden llevar a la manifestación de escrúpulos de conciencia en cada uno de los distintos grupos afectados. *Vid*. también A. BEUCHER, *La clause de conscience: une évidence?,* en Blog Bioéthique, 18 junio 2009: http://bioethique.catholique.fr/index.php?post/2009/06/18/La-clause-de-conscience (visitado 29 septiembre 2010).

[26] Cfr. B. GONZÁLEZ MORENO, *El personal sanitario…,* cit. en nota 23, p. 281.

de Medio Ambiente del sindicato CC.OO. [27]. En él se atribuye el derecho de objeción de conciencia a toda persona integrada en un centro de trabajo, investigación o estudio en actividades «cuya consecuencia suponga daño para el medio ambiente, los seres vivos o la dignidad y los derechos fundamentales de la persona». Entre esas actividades se mencionan las manipulaciones genéticas de microorganismos, plantas, animales y seres humanos, tanto en su utilización como en su comercialización; la liberación en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente; las intervenciones sobre seres vivos que les causen trastornos o menoscabos orgánicos, funcionales, psicológicos o de conducta. El borrador extiende el ámbito de la objeción de conciencia a «cualquier persona ligada por vínculo laboral, estatutario o funcionarial, así como becarios y estudiantes, siempre y cuando realicen dichas actividades».

En el ámbito judicial, la primera manifestación de la objeción de conciencia en esta materia ha tenido lugar en España en relación con la técnica del diagnóstico prenatal.

Para entender el planteamiento ético, conviene recordar que esta técnica médica suele utilizarse para detectar malformaciones genéticas. De ahí que el examen prenatal habitual afecte a valores relacionados con la vida humana, tanto individual como general. Es decir, afecta a las personas «discapacitadas», como individuos y como grupo, y al respeto de los derechos de autonomía y autodeterminación de las mujeres embarazadas. La propia Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) recomienda en sus protocolos que la amniocentesis se haga antes de la semana 22.ª, para que dé tiempo a abortar legalmente si ésa es la intención [28]. Otro protocolo, del Departamento de Salud de la Generalidad de Cataluña, indica que, en caso de detectar alguna alteración congénita fetal, el profesional sanitario debe informar adecuadamente a la mujer/pareja del pronóstico de esta alteración, así como sobre las posibilidades que les ofrece el servicio sanitario en relación con la continuidad del embarazo, o bien con la interrupción del mismo de acuerdo con los supuestos legalmente previstos. Si la mujer se decide por el aborto, debe facilitársele toda la información necesaria para el correcto consentimiento informado, el cual deberá formalizarse por escrito [29].

---

[27] Fue elaborado hace ya tiempo (julio 1997), sin que llegara a debatirse formalmente en el Congreso. Tiene, sin embargo, el interés de exponer adecuadamente a nivel legislativo y de modo pionero las inquietudes aducidas en estas páginas (cfr. R. Navarro-Valls, *Del poder y de la gloria,* Madrid 2004, pp. 334-335; y B. González Moreno, *El personal sanitario…,* cit. en nota 23, pp. 268-270). El texto completo de la proposición de ley puede verse en www.istas.ccoo.es/descargas/seg19.pdf (visitado 29 septiembre 2010).

[28] Documento de Consenso SEGO, 2000.

[29] Cfr. *Protocolo de diagnóstico prenatal de anomalías congénitas fetales,* § 6.7-8, p. 27; texto dispo-

En ese contexto, en Andalucía, un ginecólogo del Hospital Punta Europa (Algeciras) planteó formalmente objeción de conciencia al diagnóstico prenatal. En su opinión, «no hay nada objetable en hacer controles obstétricos destinados a buscar situaciones que puedan tener tratamiento o que puedan ser prevenidas, incluso a buscar enfermedades fetales para ser tratadas intraútero o tras el nacimiento». Pero en bastantes ocasiones, favorecidas por los protocolos vigentes, el diagnóstico prenatal supone un riesgo desproporcionado para el hijo en gestación o carece por completo de utilidad terapéutica. En tales casos, para el médico objetor, no es más que un instrumento de eugenesia. «Los hijos resultan abortados la mayoría de las veces, incluso cuando se hacen diagnósticos leves, como labio leporino o pie zambo, o de patologías potencialmente curables o paliables, como cardiopatías o espina bífida». Es ante esas situaciones cuando planteó objeción de conciencia [30]. El hospital, inicialmente, excluyó al facultativo de la realización de dichas pruebas, pero posteriormente fue compelido por el Servicio Andaluz de Salud para hacerlas, por lo que alegó objeción de conciencia ante la entidad gestora y el Colegio de Médicos de Cádiz.

Posteriormente, el interesado planteó recurso contencioso-administrativo de protección de los derechos fundamentales contra la resolución dictada, el 12 de marzo de 2008, por el Director Gerente del Área de Gestión Sanitaria Campo de Gibraltar, del Servicio Andaluz de Salud. En esa resolución, confirmando el criterio hospitalario, se negaba la concesión de exoneración por objeción de conciencia de la consulta de diagnóstico prenatal efectuada por el recurrente. Según el facultativo, el conflicto de conciencia se refería al diagnóstico prenatal entre la semana 20 y 22, con la intención de la interrupción voluntaria del embarazo si se encontraban taras en el feto.

En junio del mismo año, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Algeciras respaldaba la posición del médico. El juzgado admitía provisionalmente que el médico quede «exento de la prestación del servicio de diagnósti-

---

nible en: http://www.gencat.cat/salut/depsalut/html/es/dir125/diagprenfetcasbreu.pdf (visitado 29 septiembre 2010). Es interesante el análisis que, desde la perspectiva ética, realiza al respecto M. SOMERVILLE, *The dilemmas of pre-natal testing,* en «Mercartornet», 28 November 2008.

[30] Según declaraba el ginecólogo objetor, en las mujeres que optan por el aborto o se lo ofrecen suele faltar el consentimiento informado. «Hay que explicarles: qué dice la ley, en qué consiste un aborto, cómo se hace, qué secuelas le acarreará, a qué complicaciones se expondrá, cómo influirá en su salud sexual y su futuro reproductor, y cómo afectará a su dinámica familiar, tanto con sus padres como su cónyuge, como con el resto de su hijos. Hay que hacer una ecografía para mostrarle la realidad corporal y personal de su hijo vivo. En mi experiencia, 8 de cada 10 mujeres que quieren abortar ante un embarazo inesperado deciden permitir nacer a sus hijos cuando son ayudadas para ello». En http://tonibandin.wordpress.com/2010/01/11/el-medico-tiene-derecho-a-objetar-al-aborto-y-al-diagnostico-prenatal-eugenesico/ (visitado 29 septiembre 2010).

co prenatal», ya que «los perjuicios que finalmente se le pueden causar serían de difícil reparación o indemnización, no sólo por afectar a un derecho fundamental, sino también porque pueden repercutir en su salud mental y estabilidad emocional» [31]. Pocos meses después, en septiembre de 2008, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictaba sentencia desestimatoria del recurso de apelación interpuesto por el Servicio Andaluz de la Salud contra el auto de primera instancia. Para el Tribunal Superior, «deben ser objeto de consideración la consistencia de los argumentos que, desde el punto de vista del actor, se sostienen a fin de fundamentar su derecho a la objeción de conciencia en este ámbito [...]» [32]. Tras una ponderación de los intereses en juego, el Tribunal concluía ratificando los argumentos del auto apelado que sostienen las medidas cautelares adoptadas.

Sin perjuicio del resultado final de este concreto caso de objeción, parece razonable entender que, en los supuestos en que el diagnóstico prenatal va directamente orientado a la realización de un aborto, el ginecólogo que realiza tal prueba puede considerarse a sí mismo como cooperante necesario en una actuación inmoral, lo cual justifica la objeción. Y, de todas formas, la objeción sería a nuestro juicio legítima, al tratarse de una manifestación del derecho fundamental de libertad de conciencia que colisiona contra una práctica médica que puede ser realizada por otro médico cuya conciencia no esté afectada.

En este sentido, vale la pena citar un reciente informe de una asociación que reúne a más de doscientos ginecólogos sobre la adhesión a la deontología médica en esta clase de supuestos [33]. Dicho informe, después de enumerar los artículos del Código de Ética y Deontología Médica en vigor relacionados con el tema en cuestión [34], concluye lo siguiente:

---

[31] Un resumen del auto (inédito) puede consultarse en «Diario Médico»: www.diariomedico.com/2008/06/05/area-profesional/normativa/un-auto-judicial-exime-a-un-objetor-del-diagnostico-prenatal (visitado 3 octubre 2010).

[32] STSJ Andalucía 1177/2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona), 30 septiembre 2008, FJ 3.º

[33] Comisión Deontológica de Ginecólogos DAV, *Informe sobre la declaración de la SEGO (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia) ante la ley de aborto,* septiembre 2010. Cfr. http://medicablogs.diariomedico.com/httpoctubloges/2010/09/18/a-la-socidad-espanola-de-ginecologia-y-obstetricia-tambien-llamada-sego/ (visitado 29 septiembre 2010). La declaración de la SEGO sobre la ley del aborto española puede verse en: http://www.sego.es/Content/pdf/Documento_Final_Bioetica_Aborto_2.pdf (visitado 29 septiembre 2010).

[34] Entre otros, los siguientes: «La profesión médica está al servicio del hombre y de la sociedad. En consecuencia, respetar la vida humana, la dignidad de la persona y el cuidado de la salud del individuo y de la comunidad, son los deberes primordiales del médico» (art. 4.1); «El médico tiene el deber de intentar la curación o mejoría del paciente siempre que sea posible. Y cuando ya no lo sea, permanece su obligación de aplicar las medidas adecuadas para conseguir el bienes-

«Esta Comisión Deontológica no puede dejar de ser consciente y de percibir que no se ajusta a los principios deontológicos citados, diseñar, promover o participar en programas de diagnóstico vinculados al aborto como solución.

Las estrategias de diagnósticos prenatales poblacionales que consideran la muerte intencionada mediante un aborto como opción posible ante la petición expresa, aun informada y consentida de los progenitores, con independencia de que tenga o no sanción penal o disciplinaria, no respetan la vida y la dignidad humana del paciente embriofetal, que debe ser tratado bajo las mismas directrices éticas que cualquier otro sin encarnizamientos terapéuticos ni diagnósticos y al que, por supuesto, tampoco se puede matar ni aunque fuese el interesado quién lo pidiese expresamente».

Añadiendo:

«Desde estas consideraciones podremos llegar a entender que la ley de aborto, pero también los programas oficiales de cribado prenatal, por ser contrarios a la deontología médica, no solo generan un conflicto de conciencia profesional por motivos éticos y científicos sino nos están dejando en una gravísima inseguridad jurídica, más aun cuando no se respeta el derecho a objetar, ya que se plantea el dilema de si cumplir con la deontología y la ley que obliga ello o cumplir con leyes y programas institucionales que la violan.

Como consideración final merece recordar el artículo 23.1 del Código Deontológico vigente: "El médico es un servidor de la vida humana. No obstante, cuando la conducta del médico respecto al aborto se lleve a cabo en los supuestos legalmente despenalizados, no será sancionada estatutariamente". De este artículo se desprende que si bien resultó una eliminación de la sanción estatutaria en adaptación a la ley despenalización, no significó que el aborto fuese reconocido como acto médico ajustado a la deontología sino que remarca el carácter de servidor de la vida humana que tiene el médico.

Por lo que, invocando las razones éticas y científicas expuestas, también nos adherimos al artículo 9.3 de nuestro código deontológico que reconoce el derecho a la objeción ética y científica de TODO médico: "Si el paciente exigiera del médico un procedimiento que éste, por razones científicas o éti-

---

tar del enfermo, aún cuando de ello pudiera derivarse, a pesar de su correcto uso, un acortamiento de la vida. En tal caso el médico debe informar a la persona más allegada al paciente y, si lo estima apropiado, a éste mismo» (art. 27.1); «El médico no deberá emprender o continuar acciones diagnósticas o terapéuticas sin esperanza, inútiles u obstinadas [...]» (art. 27.2); «El médico nunca provocará intencionadamente la muerte de ningún paciente, ni siquiera en caso de petición expresa de este» (art. 27.3); «Al ser humano embriofetal enfermo se le debe tratar de acuerdo con las mismas directrices éticas, incluido el consentimiento informado de los progenitores, que se aplican a los demás pacientes» (art. 24.1).

cas, juzga inadecuado o inaceptable, el médico, tras informarle debidamente, queda dispensado de actuar"».

## 4. La objeción de conciencia a la eutanasia

### 4.1. *El contexto deontológico*

Para entender desde el punto de vista deontológico la objeción de conciencia a la eutanasia, conviene recordar que tal práctica es rechazada por la Asociación Médica Mundial [35] en estos términos: «La eutanasia, es decir, el acto deliberado de poner fin a la vida de un paciente, aunque sea por voluntad propia o a petición de sus familiares, es contraria a la ética. Ello no impide al médico respetar el deseo del paciente de dejar que el proceso natural de la muerte siga su curso en la fase terminal de su enfermedad». La misma institución estipula lo siguiente ante el suicidio asistido: «El suicidio con ayuda médica, como la eutanasia, es contrario a la ética y debe ser condenado por la profesión médica. Cuando el médico ayuda intencional y deliberadamente a la persona a poner fin a su vida, entonces el médico actúa contra la ética. Sin embargo, el derecho de rechazar tratamiento médico es un derecho básico del paciente y el médico actúa éticamente, incluso si al respetar ese deseo el paciente muere» [36].

Tras subrayar esos principios, y ante el hecho de que algunos países —como veremos enseguida— regulen la eutanasia, la propia Asociación Médica Mundial emitía la siguiente Resolución: «1. La Asociación Médica Mundial reafirma su firme convicción de que la eutanasia entra en conflicto con los principios éticos básicos de la práctica médica, y 2. La Asociación Médica Mundial insta resueltamente a todas las asociaciones médicas nacionales y a los médicos a abstenerse de participar en la eutanasia, incluso si está permitida o despenalizada por la legislación nacional, bajo ciertas condiciones» [37].

Vale la pena citar también la posición de la *European Association for Palliative Care* (EAPC), expresada poco después de la aprobación de las leyes holandesa y belga a las que aludiremos enseguida. Después de señalar la complejidad de esta temática y la insistencia en adoptar nuevos planteamientos jurídicos en materia de eutanasia en diversos países occidentales, se hacían notar los innegables riesgos que acompañarían una legalización de la eutanasia. En concreto, y entre

---

[35] Resolución adoptada por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, Washington, 6 octubre 2002, § 1. *Vid*. texto en: http://www.wma.net/es/30publications/10policies/e13b/index.html (visitado 29 septiembre 2010).

[36] *Ibid*., § 2. La Resolución de Washington reafirmaba los principios ya establecidos por dos asambleas previas en sendas declaraciones, en 1987 y 1992, respectivamente.

[37] *Ibid*., § 4.

otros, la «presión sobre personas vulnerables», los «conflictos entre los requisitos legales y los valores personales y profesionales de los médicos y otros profesionales de la salud», y el hecho de que «matar terminará por ser aceptado en la sociedad». Por ello, aun admitiendo y respetando la diversidad de posiciones individuales en esta difícil temática, la EAPC subrayaba la importancia de «redirigir la atención hacia la responsabilidad de toda sociedad de cuidar de sus ciudadanos de mayor edad, moribundos y vulnerables», sugiriendo, como un factor relevante a este propósito, el establecimiento de un adecuado sistema de cuidados paliativos [38].

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Pretty,* en 2002 [39], al rechazar el recurso presentado por una mujer aquejada de una enfermedad neurodegenerativa que pretendía que se permitiera a su esposo darle muerte, afirmó que del derecho a la vida reconocido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos no se puede deducir un «derecho a morir», ya sea por la mano de un tercero o por la asistencia de una autoridad pública, poniendo el acento en la primaria obligación de proteger la vida humana que recae sobre los Estados.

Nos encontramos aquí, por tanto, como en el caso de la oposición al aborto, ante un tipo «cualificado» de objeción de conciencia. Es decir, no estamos ante un simple caso de contraste entre un deber moral y un deber jurídico. Primero, porque tal deber jurídico no existe. Segundo, porque el profesional de la salud que se opone a la eutanasia por razones morales sólo pretende, en realidad, que se le permita cumplir lo que su ética profesional —además de su propia ética personal— le impone: contribuir a preservar la vida y salud de las personas [40]. En ese contexto se entiende que la objeción de conciencia o la objeción de legalidad del personal médico o paramédico hayan sido incorporadas al texto de las leyes de los tres países europeos que la admiten: Holanda, Bélgica y Luxemburgo. En todo caso, el marco de expansión de la objeción de conciencia ha sido mayor. Nos referimos a los llamados casos de «objeción de conciencia

---

[38] L.J. Materstvedt (y otros siete autores), *Euthanasia and physician-assisted suicide: a view from an EAPC Ethics Task Force,* en «Palliative Medicine» 17 (2003), pp. 97-101.

[39] *Pretty c. Reino Unido,* 29 abril 2002. *Vid.,* entre otros comentarios a esa sentencia, M. Pulido Quecedo, *Eutanasia y ayuda al suicidio (Caso Pretty c. Reino Unido),* en «Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional» 1 (2002), pp. 1928-1931; también A. Vivanco Martínez, *La autonomía de la persona frente al derecho a la vida no incluye el derecho a ser muerto por un tercero: la solicitud de asistencia al suicidio y el caso de Diane Pretty,* en «Acta Bioethica VIII-2 (2002), pp. 299-313 (disponible en: http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v8n2/art10.pdf) (visitado 3 octubre 2010).

[40] Quizá esta consideración no es suficientemente ponderada por M. Moreno Antón, *Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir,* en «Il diritto ecclesiastico» 114, 4 (2003), pp. 1334 ss., en su decidida apología del reconocimiento de un derecho a la propia muerte, incluido el derecho al auxilio médico necesario para ello.

política» y de objeciones de conciencia farmacéuticas, a los que también aludiremos.

### 4.2. *Personal médico y paramédico*

Holanda ha sido el primer país de Europa en legalizar la eutanasia de manera formal [41]. Aunque la despenalización legislativa se opera por una ley aprobada en abril de 2001, que entró en vigor el 1 de abril de 2002, la historia de la legalización de la eutanasia comienza muchos años antes, a través de la práctica judicial aceptada de no perseguir criminalmente dicha conducta cuando se cumplían determinadas condiciones, como la voluntariedad del paciente, la existencia de sufrimiento insoportable en un proceso de enfermedad terminal, la consulta con un segundo médico, la inexistencia de alternativas y la realización de la eutanasia de un modo médicamente apropiado [42]. Se había ido produciendo así, de hecho, una discutible «despenalización jurisprudencial», confirmada por el Tribunal Supremo holandés en los casos *Alkmaar* y *Shonheim,* cuando entendió que era aplicable el «estado de necesidad» al médico que, confrontado entre la ley y la conciencia deontológica de poner fin al sufrimiento del paciente, optaba por desobedecer a la ley, aplicando la eutanasia activa [43]. En todo caso, la ley actual expresamente reconoce la posible negativa de los médicos a practicar la eutanasia, así como la de los enfermeros para realizar los preparativos previos para que pueda realizarse tal actividad, sobre la base de que ni los pacientes tienen un derecho absoluto a la eutanasia ni los médicos el deber absoluto de practicarla [44].

---

[41] No, en cambio, en el mundo. El primer precedente legislativo que nos consta es la *Rights of the Terminally Ill Amendment Act 1996,* en el Northern Territory, Australia; aunque su vigencia sería interrumpida un año más tarde.

[42] *Vid*. la información publicada por el propio Ministerio de Justicia holandés acerca de la situación anterior a 2002, en: http://english.justitie.nl/currenttopics/pressreleases/archives2002/-euthanasia-and-assisted-suicide-control-act-takes-effect-on--april-.aspx. *Vid*. también S.C. VAN BIJSTERVELD, *New Liberties and Church and State Relationships in the Netherlands,* en «New Liberties and Church and State Relationships in Europe», Milano 1998, p. 294.

[43] *Vid*. J.M. SERRANO, *Eutanasia y objeción de conciencia,* ADH-NE 9 (2008), en especial pp. 513-516. Para este autor, «en la historia de la ética médica lo que ha estado claro [...] es la prohibición de matar [...]. Nada más útil para subvertir la realidad jurídica que obviar esta obligación deontológica, hasta entonces tan clara, sustituyéndola por una genérica obligación de poner fin a todo sufrimiento [...]. El paso es muy grave y tuvo pleno éxito hasta el extremo de convertir a la "clase médica holandesa" en promotora de la eutanasia» (*ibid.,* p. 514).

[44] Un resumen, en inglés, de los aspectos más importantes de la ley, incluido el derecho de objeción de conciencia, puede encontrarse en las páginas de Internet del Ministerio de Asuntos Exteriores holandés: http://www.minbuza.nl/dsresource?objectid=buzabeheer:213342&type=org (visitado 29 septiembre 2010). *Vid*. sobre la cuestión, en España, Y. GARCÍA RUIZ, *Reflexiones entorno a la eutanasia tras su despenalización en los Países Bajos,* en «Laicidad y libertades» 1 (2001), pp. 543-558.

Poco después, en Bélgica, la Ley de 28 de mayo de 2002 [45] despenalizaba también la eutanasia en determinadas circunstancias, estableciendo que ningún médico está obligado a practicar una eutanasia, ni tampoco persona alguna está obligada a participar en ella. Las únicas obligaciones del médico consisten, por un lado, en informar de su negativa, y de sus motivos, al paciente —o a su persona de confianza—, trasmitiendo en su caso el expediente médico al facultativo que ellos designen; y, por otro, en el supuesto de que su negativa obedezca a razones médicas, en hacerlas constar en el expediente médico del paciente.

El 17 de marzo de 2009 entró en vigor en el Gran Ducado de Luxemburgo la tercera ley de eutanasia aprobada en Europa. Prescindiendo de las vicisitudes de la ley luxemburguesa de eutanasia, a las que enseguida aludiremos, digamos por ahora que en su art. 15 reconoce la exoneración de cualquier médico de practicar una eutanasia o un suicidio asistido, así como a cualquier otra persona que se niegue a participar o colaborar en ella. Claramente inspirada por la ley belga, el médico está obligado a comunicar al paciente las razones de su objeción, así como a transmitir el dossier médico al médico que le indique [46].

Como puede comprobarse, en los tres casos examinados, y aunque las exenciones legales reconocidas tienen sin duda los escrúpulos morales del personal sanitario como referencia, más que de una verdadera objeción de conciencia se trata, jurídicamente hablando, de una objeción de legalidad. Es decir, la propia ley no exige recurso a la conciencia, deontológica o médica, para exonerarse de la realización de prácticas eutanásicas: basta con la simple negativa, sean cuales fueren sus razones, que en todo caso es amparada por la propia ley.

---

[45] Publicada en *Moniteur Belge,* 22 junio 2002. Entró en vigor el 22 de septiembre del mismo año. El texto francés del art. 14 establece: «[...] Aucun médecin n'est tenu de pratiquer une euthanasie.— Aucune autre personne n'est tenue de participer à une euthanasie.— Si le médecin consulté refuse de pratiquer une euthanasie, il est tenu d'en informer en temps utile le patient ou la personne de confiance éventuelle, en en précisant les raisons. Dans le cas où son refus est justifié par une raison médicale, celle-ci est consignée dans le dossier médical du patient.— Le médecin qui refuse de donner suite à une requête d'euthanasie est tenu, à la demande du patient ou de la personne de confiance, de communiquer le dossier médical du patient au médecin désigné par ce dernier ou par la personne de confiance».

[46] *Loi du 16 mars 2009 sur l'euthanasie et l'assistance au suicide.* Testo en *Journal Officiel du Grand-Duché Luxembourg,* Recueil de Legislation, A - N.º 46, 16 mars 2009. El texto francés del art. 15 establece: «Aucun médecin n'est tenu de pratiquer une euthanasie ou une assistance au suicide.— Aucune autre personne ne peut être tenue de participer à une euthanasie ou une assistance au suicide.— Si le médecin consulté refuse de pratiquer une euthanasie ou une assistance au suicide, il est tenu d'en informer le patient et/ou la personne de confiance, s'il en existe une, dans les 24 heures en précisant les raisons de son refus.— Le médecin qui refuse de donner suite à une demande d'euthanasie ou d'assistance au suicide est tenu, à la demande du patient ou de la personne de confiance, de communiquer le dossier médical du patient au médecin désigné par ce dernier ou par la personne de confiance».

### 4.3. *Objeción de conciencia política*

La ley luxemburguesa no tuvo un *iter* pacífico. En efecto, el 19 de febrero de 2008 los diputados luxemburgueses votaron, en primera lectura y por corta mayoría (30 votos contra 26), la ley Err/Huss de despenalización de la eutanasia. Cercana la votación para la segunda lectura de la ley, el Gran Duque de Luxemburgo manifestó, el 2 de diciembre de 2008, que se encontraba ante la imposibilidad personal, por «razones de conciencia», dadas sus convicciones católicas, de sancionar la ley si ésta llegaba a aprobarse definitivamente. Teniendo la ley de nuevo un voto positivo en segunda lectura ese mismo mes, el Jefe de Estado luxemburgués mantuvo su posición de objeción de conciencia. Para resolver el conflicto constitucional se acudió a la reforma del art. 34 de la Constitución, limitando las prerrogativas del soberano. Ahora, el Gran Duque en vez de «sancionar y promulgar» las leyes, simplemente las promulga.

Así las cosas, el 16 de marzo de 2009, la ley despenalizadora de la eutanasia fue «promulgada» por Enrique de Luxemburgo, entrando el texto en vigor al día siguiente. El Primer Ministro, Jean-Claude Juncker, justificó la reforma de la Constitución: «Porque deseamos evitar una crisis constitucional y, al tiempo, queremos respetar la conciencia del Gran Duque» [47].

Permítasenos alguna observación en apoyo tanto de la postura del Gran Duque como de la de su Primer Ministro. Conviene partir del dato experimentable de que en política, como en la vida, abundan las voluntades débiles que no encuentran la energía necesaria para ponerse de parte de su conciencia. Al igual que Hamlet, no son capaces de soportar el peso de sus convicciones. Junto a ellas, existen otras que resuelven el drama interior que implica el choque entre norma y conciencia individual apostando por la segunda. Queremos decir que hay veces en que la «conciencia común de la sociedad», aquélla que cristaliza en leyes, golpea la conciencia de individuos singulares creando un conflicto moral y jurídico. Con dolor y sin soberbia, el desenlace del drama es una sencilla afirmación: «No puedo hacerlo contra mi conciencia». Es la confir-

---

[47] Cfr. *Le Figaro,* 3 diciembre 2008. Es evidente el paralelismo entre la posición del Gran Duque de Luxemburgo con la de su tío el Rey Balduino de Bélgica, al negarse a firmar la ley de aborto, como hemos visto en otro lugar (cfr. capítulo 5, epígrafe 2.2). No son éstos los únicos casos de firme posicionamiento de un Jefe de Estado frente a leyes que considera de contenido claramente inmoral. Cuatro años después de la postura de Balduino (julio de 1994), el entonces presidente de Polonia, Lech Walesa, comunicó al Parlamento que no firmaría la ley que extendía la despenalización del aborto a las llamadas «causas sociales». Advirtió, además, que dimitiría de su cargo si la ley entraba en vigor. No fue necesaria la dimisión, ya que en el Parlamento polaco los votos favorables a la ley no obtuvieron el quórum necesario para levantar el veto presidencial. Sobre éstos y otros supuestos de objeciones de conciencia políticas, cfr. R. Navarro-Valls, *Entre el Vaticano y la Casa Blanca,* Madrid 2009, pp. 230 ss.

mación de que «la historia se escribe no sólo con los acontecimientos que se suceden "desde fuera", sino que está escrita antes que nada "desde dentro"; es la historia de la conciencia humana y de las victorias o de las derrotas morales» [48]. Desde luego, hay supuestos de complejas y delicadas situaciones constitucionales en las que la conciencia puede decir más bien poco. Sin embargo, los casos descritos, por encima de legítimas polémicas, refuerzan la valoración de las objeciones de conciencia como uno de los nuevos derechos de libertad emanados de la evolución de la conciencia social.

### 4.4. *Eutanasia y objeción de conciencia farmacéutica*

El origen de una conexión entre eutanasia y actividades farmacéuticas la encontramos en Bélgica y Holanda que, al despenalizar la eutanasia, creó automáticamente un proceso de oferta-demanda, facilitando el lanzamiento al mercado de una serie de productos para propiciar una muerte indolora [49]. Así, los laboratorios Multipharma respondieron a la demanda comercializando en Bélgica un kit con los productos necesarios para aplicar la eutanasia a un paciente [50].

Como algunos médicos habían manifestado encontrar dificultades para obtener los productos necesarios para efectuar la eutanasia, el Partido Liberal Flamenco (VLD) presentó, en septiembre de 2004, una propuesta ante el Senado para ampliar la ley de eutanasia. En ella se pedía, entre otras cosas, que los productos necesarios se pudieran adquirir fácilmente en farmacias. De momento, no es obligatorio disponer del kit en la farmacia. Pero la fuerte presión puede hacerlo obligatorio, lo que ha motivado que se opongan a ello los farmacéuticos, haciendo referencia al art. 14 de la ley belga, anteriormente transcrito [51]. Esto confirma el temor expresado por la EAPC, que antes mencionamos, de que, una vez introducida la autorización legal para la práctica de la eutanasia, aunque sea en casos restringidos y con cautelas cuidadosamente previstas, «matar terminará por ser aceptado en la sociedad» [52].

---

[48] Juan Pablo II, *Carta Apostólica a los jóvenes y a las jóvenes del mundo con ocasión del Año Internacional de la Juventud,* 31 marzo 1985.

[49] Seguimos en este punto a P. Agulles Simó, *La objeción de conciencia farmacéutica en España,* Roma 2006, pp. 237 ss.

[50] Ese kit —que inicialmente contenía dos dosis y posteriormente diez— contiene una decena de medicinas y medios auxiliares, como suero de disolución, jeringuillas, agujas normales y otra adaptada para la perfusión. Los dos medicamentos más importantes de la caja son el pentotal, un anestésico general para que el enfermo no sienta dolor, y norcuron, un relajante muscular curarizante, que provoca la muerte por paro pulmonar.

[51] *Vid. supra,* nota 45.

[52] Cfr. *supra,* nota 38 y texto correspondiente.

### 4.5. *La situación en España*

En España la eutanasia es un delito tipificado en el art. 143.4 del Código Penal, por lo que la objeción de conciencia no se ha planteado de hecho entre los profesionales sanitarios [53].

Sin embargo, en el plano doctrinal, y también en el legislativo, de algún modo, la cuestión se ha planteado polémicamente con motivo de la Ley andaluza 2/2010, sobre derechos de las personas en el proceso de muerte [54]. En ella se regula el ejercicio de los derechos del paciente durante la última etapa de su vida, incluido el testamento vital. Entre esos derechos figura la posibilidad de recibir o no, según el deseo del paciente, información sobre el curso de su enfermedad; así como el derecho a recibir tratamiento contra el dolor, con inclusión de la sedación paliativa y la posibilidad de rechazar o paralizar cualquier tratamiento o intervención médica, aunque ello pueda poner en peligro la vida del paciente.

En el curso del debate parlamentario, y precisamente por la ambigüedad de alguna de las disposiciones, se pidió, sin éxito, la inclusión de la objeción de conciencia del personal sanitario, petición que fue apoyada por el Consejo Médico Andaluz [55]. A su vez, alguna doctrina [56] ha advertido de la posible inseguridad que esa falta de referencia legal a la objeción de conciencia podría

---

[53] Este es el texto del art. 143 CP: «1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. — 2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona. — 3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte. — 4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo». Como afirma J.M. SERRANO, *Eutanasia y objeción de conciencia…,* cit. en nota 43, p. 511: «la idea de que razones de conciencia podrían llevar a un médico a participar en la práctica ilegal no se puede relacionar con la objeción de conciencia, en cuanto se trataría, no de que la legislación imponga una actividad inasumible, sino de que alguien podría sentirse en conciencia obligado a realizar una práctica directamente delictiva». Analiza especialmente la naturaleza jurídica de la eutanasia M.J. PAREJO, *Consideraciones acerca de la eutanasia: la disponibilidad de la propia vida,* en DE 116 (2005), principalmente en pp. 675-688. Por su parte, se detiene especialmente en la relación entre eutanasia y libertad individual C. VENTRELLA, *L'eutanasia tra il diritto alla vita e alla libertà di autodeterminazione in Italia e in Spagna,* en REDC 54 (1997), pp. 187 ss.

[54] Ley (Andalucía) 2/2010, de 8 abril 2010, de derechos y garantías de la dignidad de las personas en el proceso de muerte.

[55] Cfr. *La ley andaluza de muerte digna no recoge la objeción,* en «Cinco Días.com», 24 agosto 2010.

[56] Cfr. J.A. DÍEZ FERNÁNDEZ, *Autonomía del paciente y deberes del médico en el proyecto de ley andaluza de «muerte digna»,* en «Cuadernos de Bioética» 71 (2010), pp. 58-59.

generar entre los médicos, con la consiguiente previsible multiplicación de litigios.

En otras comunidades autónomas sí se ha regulado la objeción de conciencia en materia de «documentos de instrucciones previas» [57]. Antes de referirnos a ellas, conviene precisar el alcance y contenido de esos instrumentos de voluntad del paciente, cuyo contenido puede dar razón de las motivaciones de algunas objeciones. Consecuencia del Convenio de Oviedo de 1997 sobre derechos humanos y biomedicina [58], en el que se hizo perceptible una nueva visión de la relación médico-paciente, fue la Ley 41/2002, de autonomía del paciente [59]. El art. 11 de esa ley se refiere en estos términos al documento mencionado:

> «*Artículo 11. Instrucciones previas.*
>
> 1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.
>
> 2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.
>
> 3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis,* ni las que no se correspondan con el supuesto de he-

---

[57] Sobre este extremo, *vid*. M.C. Quijada González, *El Documento de Instrucciones Previas en el Ordenamiento Jurídico Español,* Murcia 2010 (tesis doctoral inédita que, por cortesía de la autora, hemos podido manejar). *Vid*. también A. González-Varas, *Derecho y conciencia en las profesiones sanitarias,* Madrid 2009, pp. 130-131; J. Sánchez Caro & F. Abellán (coords.), *Instrucciones previas en España Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos,* Granada 2008.

[58] Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, firmado en Oviedo el 4 abril 1997. Entró en vigor en España el 1 enero 2000. Su texto puede verse en el BOE de 20 octubre 1999. Entre los autores que se han ocupado de ese convenio desde la perspectiva de la relación entre biomedicina y libertad de conciencia, *vid*. S. Tarodo, *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios,* Bilbao 2005, especialmente pp. 148 ss.

[59] Ley 41/2002, de 14 noviembre 2002, básica reguladora de autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. A su vez, el RD 124/2007, de 2 febrero 2007, reguló el Registro Nacional de Instrucciones Previas. *Vid*. al respecto S. Tarodo, *Libertad de conciencia y derechos del usuario…,* cit. en la nota anterior, pp. 183 ss. y pp. 330 ss.

cho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.

5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud».

Como se ha hecho notar [60], no existe una opinión unánime respecto a la finalidad y eficacia del documento de instrucciones previas, también llamado «documento de voluntades anticipadas» —terminología frecuente en la legislación autonómica— o «testamento vital». Frente a quienes lo consideran una garantía para que la voluntad del paciente prevalezca sobre la de familiares y facultativos, cuando no puede expresarla, no faltan los que ven en él un remedio para evitar condenas judiciales por responsabilidad sanitaria, y también quienes tienen la esperanza —o el temor, en su caso— de que sea un instrumento a través del cual se introduzcan prácticas eutanásicas.

Esta cierta ambigüedad ha llevado a que varias comunidades autónomas [61] reconozcan expresamente a los facultativos, y a veces también al personal sanitario, el derecho de abstenerse de intervenir, a través de la objeción de conciencia, cuando el paciente solicita en ese documento algo que, aun siendo legal, sea contrario al concepto que el facultativo tiene de la buena práctica médica. En este caso, el médico deberá poner esta circunstancia en conocimiento del personal del centro hospitalario donde trabaje a los efectos de ser sustituido por otro profesional.

La primera comunidad autónoma en incluir una referencia legislativa expresa a la objeción de conciencia fue Valencia, en 2003. Antes, y siguiendo la pauta marcada por la legislación catalana, de 2000, las leyes sólo indicaban que las voluntades anticipadas no podrían contener disposiciones contrarias al or-

---

[60] Cfr. M.C. Quijada González, *El Documento de Instrucciones Previas…,* cit. en nota 57, p. 16. *Vid*. también M. González Sánchez, *La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios,* en «Aspectos jurídicos en Ginecología y Obstetricia» (coord. por F. Izquierdo Gonzáles y J.J. Zamarriego Moreno), Madrid 2008, pp. 156 ss.

[61] En concreto, Extremadura, Cantabria, Islas Baleares, La Rioja, Murcia, Madrid y Valencia.

den jurídico o a la ética profesional del médico —lo cual descartaba, en principio, la práctica de la eutanasia— [62]. Desde 2003, la Ley de la Comunidad Valenciana de derechos e información al paciente [63], en su art. 17.2, tutelaba el derecho de objeción de conciencia del siguiente modo: «El documento de voluntades anticipadas deberá ser respetado por los servicios sanitarios y por cuantas personas tengan relación con el autor del mismo. Caso de que en el cumplimiento del documento de voluntades anticipadas surgiera la objeción de conciencia de algún facultativo, la administración pondrá los recursos suficientes en los supuestos recogidos en el actual ordenamiento». Como se observa, en esta comunidad el derecho a la objeción de conciencia se reconoce tan sólo al médico [64].

También en la legislación de las Islas Baleares, de 2006, se reconoce el derecho de objeción de conciencia [65], concretamente a los médicos, sin más limitación que comunicarlo a los interesados y a la consejería competente, que es, en definitiva, la responsable de garantizar el cumplimiento de la voluntad anticipada (siempre que no sea contraria al orden jurídico o a la *lex artis* del médico) [66]. Más ampliamente reconoce ese derecho la Comunidad de Madrid, ya que en su Ley 3/2005, sobre el derecho a formular instrucciones previas [67], el derecho a la objeción de conciencia se extiende al personal sanitario, sin mayores especificaciones y sin limitación alguna [68].

---

[62] *Vid*. al respecto M.L. Rojo Álvarez-Manzaneda, *El testamento vital en la legislación autonómica,* en RGDCDEE 2 (2003). En ese trabajo se examinan las distintas leyes autonómicas sobre voluntades anticipadas, aunque, por su fecha, no incluye las disposiciones de las leyes balear y madrileña que se mencionarán enseguida.

[63] Ley de la Comunidad Valenciana 1/2003, de 28 enero 2003, de derechos e información al paciente.

[64] *Vid*. M.L. Rojo Álvarez-Manzaneda, *El testamento vital…,* cit. en nota 62, pp. 13-14.

[65] Ley (Islas Baleares) 1/2006, de 3 marzo 2006, de voluntades anticipadas.

[66] Cfr. art. 6.1 de la Ley. *Vid*. C. Pons-Estel Tugores, *Derecho autonómico y religión. El caso balear,* Pamplona 2010, pp. 114-115.

[67] Ley 3/2005, de 23 mayo 2005, por la que se regula el derecho a formular instrucciones previas y se crea el registro correspondiente.

[68] Así dice la Ley en su art. 3 (Respeto a las instrucciones previas): «1. El Médico, el equipo sanitario y cuantas personas atiendan al paciente respetarán las mencionadas instrucciones previas dentro de los límites establecidos en esta Ley.— 2. La Administración sanitaria adoptará las medidas necesarias para garantizar que se cumpla la voluntad del paciente expresada en el documento de instrucciones previas.— 3. Sin perjuicio de lo establecido en el número anterior, *los profesionales sanitarios podrán ejercer la objeción de conciencia con ocasión del cumplimiento de las instrucciones previas*» (la cursiva es nuestra).

## 5. La objeción de conciencia farmacéutica

### 5.1. *La situación en el derecho español*

Veamos finalmente, dentro del ámbito de las objeciones bioéticas, el supuesto de la negativa de farmacéuticos a expender determinados fármacos, que pugnan con el dictamen de su conciencia (y a la cual ya hemos hecho antes alguna referencia en relación con la eutanasia) [69]. La incluimos en el ámbito de las objeciones bioéticas porque, en la inmensa mayoría de los casos, tiene su origen en conflictos morales que se plantean ante la venta de productos que tienen por finalidad interferir en procesos vitales naturales, impidiendo la concepción o impedir el desarrollo del óvulo recién fecundado.

Por lo que se refiere a España, conviene comenzar una vez más por el contexto deontológico, haciendo notar que los profesionales farmacéuticos cuentan con un *Código de Ética farmacéutica y deontología de la profesión farmacéutica,* aprobado el 14 de diciembre de 2001 por la Asamblea General de Colegios Oficiales de los Farmacéuticos de España [70]. Recordemos algunas de sus disposiciones directa o indirectamente conexas con la objeción de conciencia. Su art. 10 establece que «El farmacéutico se abstendrá de participar en todo tipo de actuaciones, estén o no relacionadas con su profesión, en que sus conocimientos y habilidades sean puestos al servicio de actos que atenten contra la vida, la dignidad humana o contra los derechos del hombre». Deberán asimismo actuar con convicción de conciencia y evitar las prácticas, comportamientos o condiciones de trabajo que puedan perjudicar el ejercicio profesional [71]. Además, «el farmacéutico respetará las actuaciones de sus colegas y de otros profesionales sanitarios, aceptando la abstención de actuar cuando alguno de los profesionales de su equipo de trabajo muestre una objeción razonada de ciencia o de conciencia» [72]. A ello se añade que «la responsabilidad y libertad personal del farmacéutico le faculta para ejercer su derecho a la objeción de conciencia respetando la libertad y el derecho a la vida y la salud del paciente» [73]. En caso de que decida objetar, «podrá comunicar al Colegio de Farmacéuticos su condición de objetor de conciencia a los efectos que se considere procedentes. El Colegio le prestará el asesoramiento y la ayuda necesaria» [74].

---

[69] *Vid*. al respecto M. González Sánchez, *La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios…,* cit. en nota 60, pp. 152 ss.

[70] El texto de este código puede consultarse en *Cuadernos de Bioética* 63 (2007), pp. 249-253, y en http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=87506307 (visitado 15 octubre 2010).

[71] Cfr. *ibid*., art. 22.

[72] *Ibid*., art. 23.

[73] *Ibid*., art. 28.

[74] *Ibid*., art. 33.

Estas manifestaciones de la objeción de conciencia han tenido especial incidencia en los supuestos de venta de ciertas píldoras que suelen calificarse de anticonceptivas, como la llamada «del día siguiente» (levonorgestrel), pero que pueden producir efectos que son en rigor abortivos, aunque sea en momentos muy tempranos tras la fecundación del óvulo [75]. Lo cual implica un importante problema moral para quienes consideran que la vida humana individual comienza propiamente tras la fecundación. Y también para quienes, allí donde se ha autorizado la venta de ese medicamento sin necesidad de receta médica, incluso a menores de edad, estiman que es contrario a su ética profesional acceder a proporcionar, sin la debida información, un fármaco cuyo consumo no está exento de riesgos de cierto peso y puede producir importantes efectos secundarios [76].

En España dos sentencias han reconocido la objeción de conciencia en estos supuestos: una del Tribunal Supremo de 23 abril 2005, y otra del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 8 enero 2007 [77]. En ambas, incidentalmente, viene a tutelarse la objeción de conciencia de quien, por su negativa a expender dicha píldora, quede sujeto a ciertas sanciones o perjuicios. La sentencia del Tribunal Superior andaluz se refiere explícitamente al art. 28 del Código de Ética Farmacéutica, antes citado. Igualmente, menciona el art. 33 del mismo código ético cuando compromete a la organización colegial a la defensa de quienes hayan decidido declararse objetores, en ejercicio del derecho que corresponde a la persona de rehusar el cumplimiento de una obligación impuesta por normas contrarias a su conciencia, tanto personal como profesional [78].

---

[75] *Vid.*, J.L. López Guzmán & A. Aparisi Miralles, *La píldora del día siguiente. Aspectos farmacológicos, éticos y jurídicos,* Madrid 2002, en especial pp. 151 ss.; y M.L. Rojo Álvarez-Manzaneda, *Otros supuestos de objeción de conciencia,* en «Materiales para el estudio del Derecho» - www.iustel.com.

[76] Se han mencionado, entre los efectos secundarios de los fármacos que combinan estrógenos y prosgestágenos para uso postcoital: riesgo de teratogénesis y carcinogénesis; cierta probabilidad de tromboembolismo venoso, hipertensión y accidente vascular; aunque menos frecuentes, también se han descrito náuseas, vómitos, cefaleas y retención de líquidos. En relación con los prostágenos solos a dosis altas (es decir, el levonorgestrel, cuyas denominaciones más frecuentes son Norvelov, Postfemin y Postinor), los efectos secundarios parecen ser menores, pero no están del todo claros, ni parece haber un interés decidido en clarificarlos. *Vid*. P. Agulles, *El farmacéutico y la «píldora del día siguiente» (I),* en «Cuadernos de Bioética» 63 (2007), pp. 209-211, y bibliografía allí citada.

[77] STS de 23 abril 2005 (Ref. Iustel: §239919); y STSJ Andalucía 1/2007, 8 enero 2007 (rec. n.º 3381/2001). *Vid*. al respecto A. del Moral García, *Objeción de conciencia y vida humana dependiente,* en «Anuario Jurídico Villanueva» (2010), en prensa, cuyo manuscrito hemos podido consultar por cortesía del autor.

[78] Los textos de esas sentencias pueden verse, respectivamente, en RGDCDEE 9 (2005) y en RGDCDEE 13 (2007). En esa misma revista pueden encontrarse comentarios sobre ellas: M. Alenda Salinas, *La píldora del día después: su conflictividad jurídica como manifestación de la objeción de conciencia farmacéutica,* y M.L. Rojo Álvarez-Manzaneda, *La objeción de conciencia farmacéu-*

Por su parte, en el plano legislativo, algunas normas autonómicas reguladoras de la profesión y servicios farmacéuticos han recogido expresamente el derecho a la objeción de conciencia [79]. Así, la ley gallega de ordenación farmacéutica [80] dispone que «la administración sanitaria garantizará que el derecho a la objeción de conciencia del profesional farmacéutico no limite o condicione el derecho a la salud de los ciudadanos. Cuando se produzca tal circunstancia, la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales podrá adoptar medidas excepcionales que, preservando el derecho a la objeción de conciencia, garanticen el derecho a la salud del ciudadano». La ley análoga de La Rioja [81] declara que «en su actividad profesional queda reconocido el derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico, siempre que no se ponga en peligro la salud del paciente o usuario». Y la más reciente ley de Castilla-La Mancha sobre la misma materia [82] prescribe que «la administración sanitaria garantizará el derecho a la objeción de conciencia del profesional farmacéutico. No obstante, la Consejería de Sanidad adoptará las medidas que sean necesarias para que el ejercicio de este derecho no limite ni condicione el derecho a la salud de los ciudadanos».

Naturalmente, a nuestro juicio, y tratándose de un derecho fundamental como la libertad de conciencia, el límite de la «salud del ciudadano» o «salud del paciente» aludido en estas normas —que en realidad se corresponde con la «salud pública» indicada en el art. 9.2 CEDH— habrá de interpretarse en su sentido propio, sin comprender cualquier deseo expresado por el usuario, por legítimo que sea desde el punto de vista legal. Así, por ejemplo, no nos parece que los fármacos contraceptivos queden incluidos en ese concepto, salvo la hipótesis, no frecuente, en que sean utilizados estrictamente como medicina y no para su finalidad específica.

Por otra parte, no se olvide que hemos de aplicar aquí la misma regla que, en nuestra opinión, resulta la más apropiada en los casos de conflictos entre ley y conciencia: la que obliga a utilizar los medios menos restrictivos para la conciencia del objetor. De manera que, si quien necesita o desea recurrir a uno de estos fármacos puede obtenerlos razonablemente de otra manera —por ejemplo, en otro establecimiento farmacéutico no distante— carecería de sentido plantearse incluso la mera posibilidad de forzar al farmacéutico a obrar contra

---

*tica y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 8 de enero de 2007,* ambos en RGDCDEE 16 (2008).

[79] Seguimos en este punto la exposición de A. González-Varas, *La objeción de conciencia del farmacéutico en la jurisprudencia y su regulación legal en España,* en RGDCDEE 15 (2007). *Vid*. también, del mismo autor, *Derecho y conciencia…,* cit. en nota 57, en especial, pp. 198 ss.

[80] Art. 6 de la Ley (Galicia) 5/1999, de 21 mayo 1999, de ordenación farmacéutica.

[81] Art. 5.10 de la Ley (La Rioja) 8/1998, de 16 junio 1998, de ordenación farmacéutica.

[82] Art. 17 de la Ley (Castilla-La Mancha) 5/2005, de 27 junio 2005, de ordenación del servicio farmacéutico.

sus dictados morales con el simple objeto de que facilite un compuesto químico que, en realidad, no tiene finalidad curativa alguna [83].

### 5.2. *Estados Unidos*

Existe en Estados Unidos un movimiento continuo de las distintas cámaras legislativas con el fin de determinar el estatuto de la objeción de conciencia farmacéutica. El proceso se encuentra en plena efervescencia, lo cual dificulta un análisis pormenorizado de la situación [84]. Dificultad que, además, viene agravada por la impugnación ante los tribunales de justicia de que han sido objeto las regulaciones restrictivas o limitadoras de la libertad de conciencia.

A nivel federal, no existen en la actualidad leyes federales que establezcan de forma específica si los farmacéuticos tienen o no derecho a negarse a expender determinadas recetas. De manera que la protección operaría, en general, a partir de la primera enmienda a la Constitución federal (concretamente la llamada *free exercise clause,* o cláusula que garantiza el libre ejercicio de la religión). Ciertamente, en 2005 se pusieron en marcha tres iniciativas legislativas federales para garantizar que las prescripciones de anticonceptivos que los farmacéuticos objetores se negasen a despachar fueran atendidas por otros farmacéuticos sin esas dificultades éticas [85], consagrando entonces la regla conocida como *refusal and referral duty:* el rechazo debía ir acompañado de la remisión a otro farmacéutico. Sin embargo, ninguna de esas iniciativas de 2005 llegó a término.

La ausencia de una legislación federal específica en la materia no es algo extraño, teniendo en cuenta que la práctica farmacéutica es competencia estatal, y a ese nivel las situaciones son divergentes. Varios estados han establecido leyes que permiten al farmacéutico no expender fármacos del tipo EC *(emergency contraception)*: como Arkansas, Georgia, Mississippi y Dakota del Sur. La de este

---

[83] De la misma opinión es al respecto A. DEL MORAL GARCÍA, *Objeción de conciencia…,* cit. en nota 77.

[84] R. PALOMINO, *Nuevos supuestos y formas de objeción de conciencia en los Estados Unidos de Norteamérica,* en RGDCDEE 15 (2007), pp. 16 ss. Un seguimiento de la situación puede hacerse a través de la *National Conference of States Legislatures, Pharmacist Conscience Clauses: Law and Legislation,* disponible en: http://www.ncsl.org/programs/health/conscienceclauses.htm (visitado 12 octubre 2010). Para un estudio comparado de las distintas normas estatales, a favor y en contra de la cláusula de conciencia farmacéutica, C. GREALIS, *Religion in the Pharmacy: A Balanced Approach to Pharmacists' Right to Refuse to Provide Plan B',* en «Georgetown Law Journal» 97 (2009), pp. 1723 ss.

[85] Cfr. H.R. 1539, 109th Cong. (2005); Access to Legal Pharmaceuticals Act, H.R. 1652, 109th Cong. (2005) (ensuring that prescriptions refused to be filled by a pharmacist on religious or moral grounds be filled without delay); Access to Legal Pharmaceuticals Act, S. 809, 109th Cong. (2005).

último estado parece ser la de más generosa protección, y prohíbe cualquier clase de medida coercitiva, disciplinaria o discriminatoria contra farmacéuticos que rehúsen dispensar productos respecto de los cuales sea razonable pensar que se utilizarán para producir abortos o eutanasia [86]. Colorado, Maine, Florida y Tennessee tienen cláusulas amplias, no especialmente detalladas, de protección de los farmacéuticos objetores. En la Asamblea Legislativa de Illinois se encuentra pendiente un proyecto dirigido a permitir a los farmacéuticos ejercer la cláusula de conciencia contra la dispensación de anticonceptivos [87].

En sentido opuesto, Illinois ha establecido una «norma de emergencia» *(emergency rule)* que impide al farmacéutico negarse a facilitar fármacos contraceptivos aprobados por la FDA (Administración Federal de Alimentos y Fármacos). California, por su parte, prohíbe al farmacéutico obstruir el acceso del paciente al fármaco prescrito, y redirige la cláusula de conciencia a la aprobación del empleador y a que la mujer pueda acceder a los fármacos contraceptivos de forma puntual [88]. Y, desde el año 2007, el estado de New Jersey prohíbe al farmacéutico negarse a dispensar fármacos por razones filosóficas, morales o religiosas [89].

---

[86] Cfr. S.D. Codified Laws § 36-11-70 (2008): «[N]o pharmacist may be required to dispense medication if there is reason to believe that the medication would be used to:— (1) Cause an abortion; or— (2) Destroy an unborn child [...]; or— (3) Cause the death of any person by means of an assisted suicide, euthanasia, or mercy killing.— No such refusal to dispense medication pursuant to this section may be the basis for any claim for damages against the pharmacist or the pharmacy of the pharmacist or the basis for any disciplinary, recriminatory, or discriminatory action against the pharmacist».

[87] Puede consultarse el texto en *Illinois General Assembly,* HB4246, disponible en: http://www.ilga.gov/legislation/fulltext.asp?DocName=&SessionId=50&GA=94&DocTypeId=HB&DocNum=4246&GAID=8&LegID=22349&SpecSess=&Session (visitado 12 octubre 2010).

[88] West's Ann.Cal.Bus. & Prof.Code § 733. «[...] (b) Notwithstanding any other provision of law, a licentiate shall dispense drugs and devices, as described in subdivision (a) of Section 4024, pursuant to a lawful order or prescription unless one of the following circumstances exists: [...] (3) The licentiate refuses on ethical, moral, or religious grounds to dispense a drug or device pursuant to an order or prescription. A licentiate may decline to dispense a prescription drug or device on this basis only if the licentiate has previously notified his or her employer, in writing, of the drug or class of drugs to which he or she objects, and the licentiate's employer can, without creating undue hardship, provide a reasonable accommodation of the licentiate's objection. The licentiate's employer shall establish protocols that ensure that the patient has timely access to the prescribed drug or device despite the licentiate's refusal to dispense the prescription or order. For purposes of this section, "reasonable accommodation" and "undue hardship" shall have the same meaning as applied to those terms pursuant to subdivision (l) of Section 12940 of the Government Code».

[89] N.J.S.A. 45:14-67.1: «*Pharmacy practice sites; duties; violations.*— a. A pharmacy practice site has a duty to properly fill lawful prescriptions for prescription drugs or devices that it carries for customers, without undue delay, despite any conflicts of employees to filling a prescription and dispensing a particular prescription drug or device due to sincerely held moral, philosophical or religious beliefs.— [...] c. If a pharmacy practice site does not carry a prescription drug or devi-

Los dos polos de atención más recientes sobre el tema se sitúan en el estado de Washington y en el de Illinois, por la conflictividad judicial a que han dado lugar algunas normas restrictivas de la libre conciencia de los farmacéuticos.

En 2007, el Comité de Farmacia del estado de Washington adoptó una reglamentación que exigía de los farmacéuticos la expedición de todas las recetas, incluidos los anticonceptivos de emergencia, aún en los casos en los que tal conducta fuera contraria a la conciencia. Tras una batalla judicial que dio comienzo el mismo año de aprobación de dicha reglamentación [90], se llegó finalmente a un acuerdo judicial el 7 de julio de 2010, conforme al cual el estado se comprometía a modificar la normativa, de forma que se permita a los farmacéuticos objetores no dispensar la receta y remitir la expedición del anticonceptivo a otros establecimientos de farmacia [91].

Por su parte, en el estado de Illinois una reglamentación del año 2005 obliga a los farmacéuticos a dispensar, sin excepción, los anticonceptivos solicitados por los pacientes [92]. Esa normativa ha dado lugar a conflictos judiciales de cierto relieve. Así, dos farmacéuticos impugnaron la regulación ante la jurisdicción estatal, al entender que la misma infringe la *Health Care Right of Conscience Act* y la *Religious Freedom Restoration Act* de Illinois, y también la primera enmienda de la Constitución federal. El pleito no ha sido todavía definitivamente resuelto, pero el juez de instancia determinó en agosto de 2009 la suspensión cautelar de la aplicación de la normativa impugnada [93], y posteriormente, en abril de 2011, el juez declaró que la estricta obligación impuesta por ley recurrida, sin posibilidad alguna de exención por razones de conciencia, vulnera la cláusula de libertad religiosa de la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos y las dos leyes antes mencionadas de Illinois. Entre otros argumentos, la sentencia sostiene que las autoridades de Illinois no han logrado probar en este caso que la negativa de los farmacéuticos objetores a dispensar los anticonceptivos

---

ce, and a patient presents a prescription for that drug or device, the pharmacy practice site shall offer to locate a pharmacy that is reasonably accessible to the patient and has the drug or device in stock.— d. A person who believes that a violation of this section has occurred may report the violation to the New Jersey State Board of Pharmacy».

[90] Cfr. *Stormans, Inc. v. Selecky,* 524 F.Supp.2d 1245 (W.D.Wash., 2007).

[91] En el momento de redactar estas páginas, la decisión judicial todavía no se encuentra en repertorios oficiales. Puede consultarse *Stormans, Inc. v. Selecky,* Case 3:07-cv-05374-RBL, disponible en: http://www.becketfund.org/files/request%20for%20stay.pdf (visitado 12 octubre 2010).

[92] Cfr. 68 Ill. Adm.Code § 1330.91(j) (2005).

[93] Cfr. H.M. Friedman, *Court Preliminarily Enjoins Enforcement of Illinois Pharmacy Board Rule,* en «Religion Clause», 27 de agosto de 2009, disponible en: http://religionclause.blogspot.com/2009/08/court-preliminarily-enjoins-enforcement.html (visitado 12 octubre 2010). Por su parte, el Tribunal Supremo de Illinois, en su sentencia de 18 diciembre 2008, estableció que la demanda no podía ser rechazada por el tribunal de instancia en *Morr-Fitz, Inc. v. Blagojevich,* 231 Ill.2d 474, 901 N.E.2d 373 Ill. (2008).

haya supuesto una amenaza para la salud de nadie. El tribunal no ha aplicado su decisión a todas las farmacias del estado, sino solamente a algunas, mientras se decide la apelación presentada por el *attorney general* de Illinois [94].

A su vez, el caso *Vandersand* [95] abordaba una situación más concreta. El recurrente, Ethan Vandersand, había sido suspendido de empleo y sueldo por negarse a despachar la píldora del día después en una farmacia de Wal-Mart —una gran empresa comercial norteamericana— para la que trabajaba. Vardersand entendía que su empresa le había discriminado por motivos religiosos, en violación del Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 [96], y que Wal-Mart había infringido igualmente la *Health Care Rights of Consciente Act* de Illinois. Wal-Mart, por su parte, pedía al Tribunal que rechazara la demanda por infundada, pues, en definitiva, se había limitado a cumplir con la nueva *emergency rule* en vigor. El tribunal consideró, sin embargo, que la reclamación de Vanderstand tenía fundamento, interpretando que la obligación impuesta por la *emergency rule* recae sobre la empresa, no directamente sobre el empleado, y que aquélla podría cumplir con la nueva norma, y al mismo tiempo adaptarse a las creencias del trabajador sin incurrir en un gravamen o dificultad excesiva. Igualmente, sostenía el tribunal que la ley sobre los derechos de la conciencia de Illinois prohíbe a Wal-Mart discriminar a los empleados que se nieguen a dispensar fármacos contraceptivos de emergencia por razón de sus creencias: aunque la empresa alegaba que las previsiones legislativas se limitan al personal estrictamente sanitario (médicos o enfermeras, por ejemplo), el tenor literal de la norma legal *(any person)* ampara también al farmacéutico. Pese a todo, el tribunal sólo indicaba que la alegación de Vanderstand no era infundada, sin que por el momento conste la decisión de fondo en el caso.

Como puede comprobarse, ninguno de los casos judiciales anteriores decide sobre el fondo de asunto, es decir, sobre la admisión de la objeción de conciencia de los farmacéuticos frente a normas restrictivas. Pero todos ellos descartan de manera clara las posiciones de corte rigurosamente legalista en la materia, aceptando que la existencia de una normativa estatal farmacéutica que obliga a dispensar todo tipo de medicamentos —con exclusión explícita de los motivos de conciencia o sin ella— no constituye, por sí misma, causa suficiente para rechazar las alegaciones de los farmacéuticos, cuando éstos entienden que tal normativa limita injustamente su conciencia.

---

[94] *Vid*. información reciente al respecto en: http://www.dailyregister.com/newsnow/x669903103/State-dispute-over-morning-after-pill-still-unresolved (visitado 15 diciembre 2011).

[95] *Vandersand v. Wal-Mart Stores,* 525 F.Supp.2d 1052, C.D.Ill. (2007), ante el Tribunal federal de distrito de Illinois.

[96] Nos referimos a esta legislación, en el más amplio contexto de las objeciones de conciencia en el ámbito laboral en Estados Unidos, en el epígrafe 2 del capítulo 10.

### 5.3. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

El Tribunal de Estrasburgo ha denegado que la objeción de conciencia farmacéutica pueda ser jurídicamente operativa, más allá de lo dispuesto en la legislación nacional, en una decisión de admisibilidad, en el caso *Pichon y Sajous* (2001) [97].

Los reclamantes eran dos farmacéuticos franceses de una pequeña población próxima a Burdeos (Salleboeuf, de unos dos mil habitantes), que se negaron a suministrar productos contraceptivos a tres mujeres que así se lo habían solicitado previa presentación de receta médica. Denunciados por las clientes, fueron condenados por la jurisdicción francesa a 5.000 francos de multa y 1.000 francos de indemnización a las denunciantes. Los tribunales subrayaban, entre otras cosas, que la farmacia de los denunciados era la única del pueblo. La Corte de Casación confirmó la condena, afirmando que las convicciones personales no constituían motivo legítimo para que un farmacéutico se negara a vender un medicamento.

Los condenados recurrieron esta resolución ante el Tribunal Europeo, invocando el art. 9 CEDH (libertad religiosa). Este tribunal declaró inadmisible, por «manifiestamente infundado», el recurso de los farmacéuticos, argumentando que la libertad que reconoce el mencionado artículo no garantiza la posibilidad de comportarse en cualquier situación, dentro del ámbito público, como dictan las convicciones personales.

En esta decisión la Corte de Estrasburgo parece adoptar un concepto restringido de libertad religiosa y de conciencia [98]. Por una parte, afirma que el ejercicio de la libertad religiosa abarca los actos que se encuentran «íntimamente ligados» a la religión o convicciones. Tales actos los componen la práctica de una religión o de una convicción bajo una forma generalmente reconocida, además de los actos expresamente enumerados en el art. 9 CEDH, como son el culto, la enseñanza, o los ritos [99]. A su vez, considera que las manifestaciones de

---

[97] *Pichon y Sajous c. Francia,* Dec. Adm. n. 49853/99, 2 octubre 2001. Sobre el tema puede verse N. GIMELLI, *L'obiezione di coscienza dei farmacisti: cosa pensa la Corte Europea dei Diritti dell'uomo? Il caso Pichon e altri c Francia. Il dibattito dottrinale italiano sulla s.d. «pillola del giorno dopo»,* en DE (2004/3), pp. 740-751; A. GONZÁLEZ-VARAS, *Derecho y conciencia…,* cit. en nota 79, pp. 200-202.

[98] *Vid*. nuestras observaciones *supra,* en el epígrafe 2 del capítulo 2. *Vid*. también J. MARTÍNEZ-TORRÓN & R. NAVARRO-VALLS, *The Protection of Religious Freedom in the System of the Council of Europe,* en «Facilitating Freedom of Religion and Belief: A Deskbook» (ed. por T. Lindholm, C. Durham y B. Tahzib-Lie), Leiden 2004, pp. 228 ss.

[99] Se inspira aquí el Tribunal en su propia sentencia previa *Kalaç c. Turquía,* 1 julio 1997, relativa a las purgas de militares turcos por razones ideológicas, con el objeto de garantizar el purismo laicista de la jerarquía militar en Turquía. Esta sentencia ha sido frecuentemente criticada

la libertad religiosa parecen limitarse a conductas activas, pero no a omisiones de actos que la conciencia o las creencias reprueban. Todo lo cual no deja de ser una invasión en el ámbito de la conciencia, al determinar qué conductas son realmente importantes en este ámbito: algo que contradice la propia doctrina del Tribunal sobre la absoluta libertad para determinar el objeto de las propias creencias religiosas o morales. La consecuencia de ello, entre otras, es la pérdida de operatividad jurídica de una parte esencial del derecho garantizado por el art. 9 CEDH: el derecho a comportarse de acuerdo con las propias convicciones.

Asimismo, sorprende que el Tribunal califique la conducta de los farmacéuticos de «imposición» a otros de sus convicciones religiosas, ya que eran ellos, y no las mujeres denunciantes, quienes eran requeridos para comportarse de una determinada manera, que les resultaba incompatible con su conciencia (máxime teniendo en cuenta que no se trataba, en rigor, de vender un «medicamento», pese a las expresiones utilizadas por la judicatura francesa, que el TEDH parece aceptar acríticamente). Desde nuestro punto de vista, resulta discutible que la negativa a acatar una petición de otra persona, por serios motivos de conciencia, pueda calificarse como una imposición de las propias creencias sobre los demás. Esta interpretación es claramente desenfocada ya que, llevada a sus últimas consecuencias, implicaría entender que cualquier comportamiento fruto de una convicción —que siempre afectará, de un modo u otro, a las personas circundantes— deriva en una imposición. Es decir, se confunde la «firmeza» en las propias convicciones con su carácter «impositivo», lo cual contiene implícitamente una afirmación de las posiciones relativistas, cuando realmente el objetor lo único que pretende es que no se le obligue a actuar contra su conciencia. Una cosa es, en efecto, respetar el derecho de los demás a creer y comportarse de manera distinta a la propia, y otra muy diferente aceptar convertirse en colaborador de conductas que se considera inmorales.

En fin, esta decisión de inadmisibilidad —cuyo valor como precedente es inferior al de una sentencia sobre el fondo— causa la impresión no tanto de estar ante una argumentación jurídica cuidadosa, sino de que, una vez más, el TEDH se ha limitado a aceptar la situación existente en el derecho de cada país respecto a la regulación de las cuestiones que afectan al derecho a la vida, amparándose en el «margen de apreciación discrecional» del Estado [100].

---

por su débil argumentación y su excesiva deferencia hacia la posición del gobierno turco, y no constituye un precedente particularmente positivo. *Vid.* al respecto J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Islam in Strasbourg: Can Politics Substitute for Law?,* en RFDUG 11 (2008), pp. 326-328.

[100] *Vid.* A. GONZÁLEZ-VARAS, *Derecho y conciencia…,* cit. en nota 79, pp. 201-202.

# Capítulo 7

# La objeción de conciencia a tratamientos médicos

SUMARIO: 1. Una objeción de origen fundamentalmente religioso.—2. Derecho comparado: 2.1. *La objeción de personas adultas.* 2.2. *Los tratamientos médicos a menores.*— 3. Derecho español: 3.1. *La cuestión del poder del juez para autorizar una transfusión forzosa.* 3.2. *Objeción de conciencia a hemotransfusiones y custodia de los hijos.* 3.3. *Objeción de conciencia y responsabilidad criminal de padres o coadyuvantes.* 3.4. *La responsabilidad económica por los gastos derivados de tratamientos alternativos a las hemotransfusiones.* 3.5. *La Ley de 2002 sobre la autonomía del paciente.*

## 1. Una objeción de origen fundamentalmente religioso

Sin ser las únicas, dos son las principales confesiones religiosas que en el mundo occidental han dado origen a conflictos derivados de objeción de conciencia a someterse a tratamientos médicos. Por un lado, los Testigos de Jehová, que tienen sus raíces en la Norteamérica de fines del siglo XIX, y que se encuentran actualmente extendidos por amplias zonas de Europa y otros países de matriz cultural anglosajona. Los miembros de esta confesión religiosa consideran la ingestión de sangre vetada por una prohibición divina, a través de una peculiar interpretación de ciertos pasajes de la Biblia [1]. La segunda es el grupo

[1] «Si un israelita o un extranjero que habita entre vosotros come cualquier clase de sangre, yo me volveré contra él y lo extirparé de su pueblo» (Levítico 17, 10). Para más detalles, *vid*. la publicación cuasi oficial de la confesión *Jehovah's Witnesses and the Question of Blood,* Watch Tower Bible and Tract Society, USA 1977. Desde una perspectiva ajena a la confesión, una síntesis de la historia y doctrina de los Testigos de Jehová puede encontrarse en A.G. Chizzoniti, *I testimoni di Geova: da Chiesa congregazionalista a organizzazione teocratica,* en AA.VV., *Normativa ed organizzazione delle minoranze confessionali in Italia* (a cura di V. Parlato e G.B. Varnier), Torino 1992, pp. 249 ss.; en relación con la concreta cuestión de las transfusiones, *vid*. M.L. Moore, *Their Life is in the Blood: Jehova's Witnesses, Blood Transfusions and the Courts,* en «North Kentucky Law Review» (1983), pp. 281 ss. Los Testigos de Jehová han promovido, como consecuencia de sus convicciones en esta materia, y con notable inversión económica, programas de investigación dirigidos a obtener sustitutos de la sangre humana en intervenciones médicas. *Vid*. información al respecto en: http://www.noblood.org/ También puede verse: M.S. Asuero & M. Rubial, *Métodos de ahorro de sangre en el paciente quirúrgico,* en «Revista Española de Anestesiología» 42/7 (1995), pp. 290-295; C. Martín Vega, *Otras estrategias para reducir el uso de sangre y hemoderivados,* en «Sangre. Trabajos de Hematología y Hemoterapia» 43/4 (1998), pp. 339-341; J.L. Gil, *Transfusión*

religioso conocido con el nombre de *Christian Science.* Fue fundada en Boston, en 1879, por Mary Baker Eddy, y hoy tiene adeptos en más de cincuenta países, sobre todo de América y Europa Occidental. El alcance de su objeción es más extenso: creen que cualquier dolencia puede sanar exclusivamente mediante la oración, y consideran ilícito el recurso a los tratamientos médicos de manera generalizada. Únicamente algunos aceptan recibir analgésicos para mitigar el dolor [2]. Junto a esos dos grupos religiosos cabría citar también adeptos a determinadas confesiones que se niegan a recibir productos biológicos derivados de animales proscritos por las convicciones religiosas (por ejemplo, administración de insulina o implantación de válvulas cardíacas de origen porcino), o aquellas mujeres que se niegan, por pudor, a cualquier tipo de exploración física por parte de médicos varones no pertenecientes a la propia religión.

A diferencia de la objeción de conciencia al aborto, en la que los escrúpulos de conciencia requieren de los médicos o personal sanitario la abstención de comportamientos para eliminar una vida humana, en la objeción a tratamientos médicos el problema se torna más complejo: plantea a los mismos facultativos la renuncia al comportamiento activo exigido por su profesión en aquellos supuestos en que determinados pacientes, por convicciones religiosas, se oponen a la recepción de un tratamiento médico necesario o conveniente para el mantenimiento de su vida o de su salud corporal. Se produce, por tanto, el choque entre dos conciencias: la deontológica, que fuerza al facultativo a intervenir para preservar la vida o la salud del paciente, y la religiosa, que lleva al propio paciente a rechazar un tratamiento que en muchos casos resulta imprescindible para mantenerlo en vida. De ahí que estos conflictos hayan sido gráficamente denominados como «deontología del desacuerdo».

Esta concurrencia de aspectos jurídicos y deontológicos ya apunta a una peculiaridad de esta objeción de conciencia: la de que su análisis no puede ceñirse a la sola perspectiva de la libertad religiosa y de conciencia. Entran en juego otros derechos de la persona como el derecho sobre el propio cuerpo, el derecho a la intimidad personal y familiar, y el derecho-deber que corresponde a los padres en relación con la vida, salud y educación de sus hijos. Derechos que, al producirse una objeción de conciencia en ese ámbito, entran en colisión con dos intereses públicos de primer orden: el interés del Estado en preservar la vida y la salud de sus ciudadanos [3], y el interés en mantener la integridad ética de la

---

*de sangre y Testigos de Jehová,* en «Sangre. Trabajos de Hematología y Hemoterapia» 44/5 (1999), pp. 305-308; M. García-Caballero, J.J. García Vallejo & M. Muñoz, *Medidas no farmacológicas de ahorro de sangre en cirugía,* en «Cirugía Española» 66 (1999), pp. 250 ss.

[2] Cfr. *Questions and Answers on Christian Science,* The Christian Science Publishing Company, Boston 1974. En Internet: http://christianscience.com/

[3] No sólo la vida y salud de los directamente afectados, sino la de toda la comunidad; esto es

profesión médica, cuyo objeto es procurar la salud de quienes se confían a su cuidado [4].

Por lo demás, esta modalidad de objeción de conciencia ha sido a veces calificada como objeción «impropia», en la medida en que es excepcional en los distintos ordenamientos la existencia de un mandato de la ley que imponga como obligatorios los tratamientos médicos aludidos. Consecuentemente, no cabría hablar propiamente de un conflicto entre un mandato que proviene de la propia religión y otro que emana de la ley estatal [5]. Sin embargo, no puede olvidarse que la jurisprudencia ha configurado supuestos en que el conflicto efectivamente se produce, precisamente porque el deber de solidaridad *in abstracto* se traduce en un deber *in concreto* de imponer el tratamiento médico en determinados casos.

## 2. Derecho comparado

El análisis del derecho comparado en torno a la objeción de conciencia a tratamientos médicos muestra una casuística muy variada y, consecuentemente, la dificultad de una identidad de trato a supuestos tan distintos [6]. No obstante, se advierten algunas líneas de actuación comunes, fundamentalmente jurisprudenciales.

### 2.1. *La objeción de personas adultas*

a) *Los límites a la libre voluntad del objetor adulto*

La primera de esas pautas comunes es el respeto a la objeción de conciencia del adulto capaz basada en motivaciones religiosas, aunque se tenga la certeza

---

especialmente patente en los casos de objeción de conciencia a las vacunaciones o tratamiento médico de enfermedades infecciosas. La inactividad estatal en algún caso ha llevado a alarmantes situaciones, como fue la muerte de seis menores de edad que cursaban sus estudios en una escuela dirigida por la *Faith Tabernacle Church,* contraria a las vacunaciones (cfr. JCS 33 (1991), pp. 404-405). Problemas análogos se han planteado, indirectamente, en los casos de objeción de conciencia a las autopsias. *Vid*. sobre estos temas, con abundantes referencias jurisprudenciales y bibliográficas, R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano,* Madrid 1994, pp. 345-355.

[4] *Vid*. R. NAVARRO-VALLS, J. MARTÍNEZ-TORRÓN & M.A. JUSDADO, *La objeción de conciencia a los tratamientos médicos: derecho comparado y derecho español,* en «Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Profesor Pedro Lombardía», Madrid 1989, pp. 893 ss.

[5] Cfr. A. VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico* (6.ª ed.), Milano 1992, p. 149; J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho eclesiástico español* (2.ª ed.), Madrid 1991, p. 333.

[6] *Vid*. M.J. PAREJO, *Eutanasia y derecho a la objeción de conciencia: tratamiento jurisprudencial europeo,* en «Laicidad y libertades» 5 (2005), pp. 224 ss.

de que su negativa a la medicación pudiera ocasionarle la muerte. Un caso emblemático, a este propósito, es *Matter of Melideo,* decidido por la Corte Suprema de Nueva York en 1976. Kathleen Melideo, casada, de 23 años, sufría una hemorragia uterina a consecuencia de una operación. El descenso del nivel de hemoglobina hacía previsible que fuera necesario, en un futuro próximo, realizar una transfusión de sangre. Esta posibilidad había sido rechazada, por escrito, tanto por la paciente como por su marido, ambos testigos de Jehová. Por esta razón, el centro hospitalario recurrió a los tribunales solicitando autorización para efectuar la transfusión, si ésta se estimaba indispensable para salvar la vida de la paciente. La corte correspondiente denegó la solicitud, afirmando que no podía ordenarse judicialmente transfusiones de sangre contra la voluntad de un adulto que las rechaza por creencias religiosas, a no ser que se probara la existencia de un *compelling state interest* que justificase la intromisión. Ese «interés predominante del Estado» —proseguía la sentencia— puede encontrarse cuando el tribunal asume la responsabilidad de la tutela de un paciente que no es *compos mentis;* o bien cuando se halla en peligro el interés de los hijos. En el presente caso —concluía el tribunal— la enferma es plenamente capaz, no está encinta, y no tiene hijos. Por tanto, su decisión de no someterse a una transfusión por razones de conciencia debe ser respetada, incluso en la certeza de que sin ella morirá [7].

Aclaremos, en todo caso, que este principio genérico, en el derecho estadounidense, atiende más al respeto de la intimidad *(privacy)*, y al derecho sobre el propio cuerpo, que a la fuerza jurídica del derecho de libertad religiosa y de conciencia. Idéntica posición adopta el derecho canadiense, donde encontramos algún caso, *Malette,* en 1990 [8], en que se decreta la responsabilidad civil del médico responsable de una transfusión sanguínea contra la voluntad del paciente. En el caso en cuestión se trataba de una mujer atendida en un hospital tras sufrir un grave accidente automovilístico. Aunque ingresó inconsciente, una enfermera encontró en su bolso una declaración escrita indicando que era testigo de Jehová y que en ningún caso deseaba recibir una transfusión, fueran cuales fueran las circunstancias. El médico fue informado, pero decidió realizar la transfusión para evitar que la mujer muriese. Tras su recuperación, ésta denun-

---

[7] *Vid*. R. NAVARRO-VALLS, J. MARTÍNEZ-TORRÓN & M.A. JUSDADO, *La objeción de conciencia a los tratamientos médicos…,* cit. en nota 4 de este capítulo, pp. 902-904; R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia,* cit. en nota 3 de este capítulo, pp. 255 ss.; H.L. HIRSH & H. PHIFER, *The Interface of Medicine, Religion and the Law: Religious Objections to Medical Treatment,* en «Medicine and Law» (1985), pp. 121 ss.

[8] *Malette v. Shulman,* [1991] 2 Med. L.R. 162, 1991 WL 837607 (sentencia de la Corte de Apelación de Ontario confirmando la sentencia de primera instancia). *Vid*. un análisis de la sentencia en N. SIEBRASSE, *Malette v. Shulman: The Requirement of Consent in Medical Emergencies,* en «McGill Law Journal» 34 (1988-1989), pp. 1080-1098.

ció al médico, que fue declarado culpable de agresión y condenado a pagar una indemnización de 20.000 dólares canadienses. El juez de primera instancia afirmaba que el derecho a rehusar un tratamiento médico era inherente a la supremacía del derecho del paciente sobre su propio cuerpo, y que las objeciones por motivos religiosos no eran susceptibles de un juicio de «razonabilidad».

No obstante, el respeto a la decisión del individuo como principio general tiene excepciones importantes, cuando concurren circunstancias exteriores a la persona de suficiente cualificación jurídica como para considerar legítima la imposición de un tratamiento contra el ejercicio de su libertad de conciencia. Así, adquieren *in abstracto* una importancia primordial la prevención del suicidio (aunque, como veremos, se suele descartar su posibilidad en la objeción de conciencia a tratamientos médicos, dada la particular intencionalidad del objetor) y la preservación de la deontología médica, especialmente relevante en los tratamientos médicos suministrados en circunstancias de grave urgencia vital.

Entre esas circunstancias externas susceptibles de limitar la libre voluntad del objetor mayor de edad, la más reseñable en la jurisprudencia norteamericana es la existencia de una familia —sobre todo hijos menores, o incluso los no nacidos— que dependa económica, educativa y afectivamente de la supervivencia del adulto. En tales casos, es posible obligar al adulto a someterse a una intervención debido a la presencia de una responsabilidad hacia hijos menores o en gestación. Así lo declaran varias sentencias de tribunales norteamericanos [9] y otra interesante decisión de la *House or Lords* británica, de 1991 [10], en la que se justifica la imposición de una operación de cesárea a una gestante de 30 años, contra su voluntad, en un caso de urgencia debido a un parto retardado y complejo: en ese caso, la intervención era necesaria no sólo para salvar la vida de la madre sino también la del niño.

La regla anterior, sin embargo, no se aplica con un absoluto automatismo, y a veces los tribunales han acatado los deseos del objetor adulto cuando su vida no se demostraba completamente necesaria para el mantenimiento de los hijos [11]. Así sucedió en los casos *In re Osborne* (1972) y *Ramsey* (1985) [12], también en Estados Unidos. En ambos supuestos se trataba de padres con familia a su cargo, cuya voluntad contraria al tratamiento —una transfusión sanguínea—

---

[9] Cfr., por ejemplo, las sentencias *Application of the President and Directors of Georgetown College, Inc.,* 331 F.2d 1000 (1964), *United States V. George,* 239 F.Supp. 752 (1965), *Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital,* 274 S.E.2d 457 (1981) y *Randolph v. City of New York,* 501 N.Y.S.2d 837 (1986).

[10] *Re S (adult: refusal of medical treatment),* [1991] 4 All ER 671.

[11] *Vid*. R. Palomino, *Las objeciones de conciencia,* cit. en nota 3 de este capítulo, pp. 284 ss.

[12] *Vid*. *In re Osborne,* 294 A.2d 372 (1972) y *St. Mary's Hospital v. Ramsey,* 465 So.2d 666 (Fla. App. 2 Dist. 1985).

fue respetada por los jueces. En el primero, la razón de ese respeto era que la familia apoyaba unánimemente la decisión del enfermo y que disponía de recursos económicos suficientes para el mantenimiento de los hijos (hagamos notar que Osborne terminaría por recuperarse plenamente sin necesidad de hemoterapia). En el segundo caso, la hemotransfusión no llegaría a ser impuesta porque el menor de edad no dependía del objetor —que estaba separado de su esposa— y su futuro económico quedaba garantizado a pesar de la probable muerte de su padre; el tribunal, no obstante, hacía hincapié en que la doctrina establecida en esa circunstancia no era extensible a hipótesis futuras, cuyas circunstancias singulares —como habitualmente sucede en los Estados Unidos— habrían de ser atentamente examinadas.

Fuera ya de situaciones de dependencia de hijos menores, hay también algún precedente en la judicatura inglesa —concretamente de la Corte de Apelación [13]— que justificaba la imposición de transfusiones sanguíneas para salvar la vida de una persona adulta porque sus convicciones religiosas no parecían demasiado firmes, ni había expresado con claridad el alcance de su oposición al tratamiento, y además existía una cierta presión por parte de la madre de la paciente. El caso en cuestión contemplaba la situación de una joven de 20 años, gestante de 34 semanas, que debió ser sometida a una urgente operación de cesárea tras un accidente de tráfico. El niño nació muerto y el estado de la joven empeoraba, de manera que su padre y su novio —que no eran testigos de Jehová— solicitaron autorización judicial para una transfusión que la paciente había rechazado en principio, pero sin especificar su drástica objeción hasta el extremo de arriesgar su vida. Por lo demás, la mujer no era miembro de esa iglesia, a pesar de que había sido educada por su madre de acuerdo con sus principios.

La jurisprudencia estadounidense también ha contemplado directamente razones de salud pública como límites a la libre voluntad de quien rechaza un tratamiento médico: por ejemplo, declarando la obligatoriedad de una vacunación cuando había peligro de epidemia. Como señalaba el Tribunal Supremo en 1943, los padres «no pueden reclamar quedar liberados de una vacunación obligatoria, ni ellos mismos ni sus hijos, ni siquiera basándose en motivos religiosos; el derecho de practicar libremente una religión no incluye la libertad para exponer a la comunidad o a los propios hijos a una enfermedad infecciosa» [14].

---

[13] *Re T (adult: refusal of medical treatment),* [1992] 4 All ER 649 (Court of Appeal, Civil Division). *Vid*. al respecto P-T. Kee, *Refusal to Consent to Treatment on Religious Grounds,* en «eLaw Journal: Murdoch University Electronic Journal of Law» 2 n. 2 (julio 1995), pp. 8 ss.

[14] *Prince v. Massachusetts,* 321 U.S. 158, 166-167 (1944). Se trataba de un *obiter dictum* del Tribunal. El caso de las vacunas había sido ya contemplado directamente por el Tribunal Supremo muchos años antes —aunque no enjuiciara entonces una negativa explícitamente fundada en motivaciones religiosas— en la sentencia *Jacobson v. Massachusetts,* 197 U.S. 11 (1905).

Más allá de situaciones de peligro vital, o de riesgo para la salud de otros, la objeción de conciencia de un adulto a someterse a un tratamiento determinado puede implicar algunas consecuencias desde la perspectiva de igualdad, por ejemplo en el ámbito laboral. Ésta era la situación en el caso *Montgomery* [15], decidido por una corte de apelación californiana en 1973. La Sra. Montgomery había quedado incapacitada para el trabajo a causa de un tumor uterino, que era, en opinión de los médicos, seguramente benigno y fácil de extirpar quirúrgicamente; de no realizarse la operación, eran altas las probabilidades de que la vida de la enferma se acortase. Ésta, no obstante, rehusaba tajantemente la intervención, por razones de conciencia: era miembro activo de la *Church of God (Evening Light Saints)*, que cree en la curación divina de las enfermedades y se opone a tratamientos que comporten uso interno de fármacos o cirugía. Cuando la Sra. Montgomery solicitó una pensión de jubilación por invalidez, ésta le fue denegada: se consideraba que su incapacidad, al ser rectificable quirúrgicamente, no era permanente según el significado de las leyes de California. Los tribunales darían la razón a la demandante, siguiendo la llamada doctrina *Sherbert,* sentada años antes por la Corte Suprema federal [16]. Según esa jurisprudencia, el trato discriminatorio a una persona por razón de sus creencias constituye una injerencia en su libertad religiosa, que sólo puede ser justificada por la presencia de un «interés prevalente del Estado». El tribunal californiano entendía que en este caso tal interés no había sido probado; de hecho, resultaba bastante predecible que serían muy escasas las personas con una actitud y circunstancias como las de la Sra. Montgomery, de manera que el impacto sobre el sistema de previsión social sería insignificante.

b) *La doctrina del «juicio de sustitución»*

Es también la jurisprudencia norteamericana la que con mayor rigor ha afrontado un tipo de supuestos de objeción de adultos que presenta características particulares: el del adulto que ha sido declarado incapaz —*non compos sui*— y que no puede tomar por sí mismo una decisión con valor jurídico. Fuera de las situaciones de peligro de muerte, en las que suele autorizarse la imposición del tratamiento médico [17], las cortes estadounidenses han elaborado una interesante doctrina, denominada del «juicio de sustitución» *(substituted judgement)*. Esta doctrina tiene su origen en Inglaterra, donde era empleada hace más de siglo y medio para la administración del patrimonio de una persona incapaz, con

---

[15] *Montgomery v. Board of Retirement,* 33 C.A.3d 447, 109 Cal.Rptr. 181 (1973).

[16] La sentencia *Sherbert v. Verner* es comentada en el capítulo 10, epígrafe 2.

[17] *Vid*. R. Navarro-Valls, J. Martínez-Torrón & M.A. Jusdado, *La objeción de conciencia a los tratamientos médicos…,* cit. en nota 4 de este capítulo, pp. 906 ss.

el fin de autorizar las donaciones procedentes de ese patrimonio a una persona cuando el incapaz no tenía el deber de sostener con sus bienes al destinatario de la donación. En tiempos más recientes, en los Estados Unidos, la doctrina del *substituted judgement* se ha utilizado en materia de donaciones de órganos [18].

Según esa doctrina, se trata, en síntesis, no de reemplazar la decisión del incapaz por la de una persona «normal», sino de intentar precisar cuál hubiera sido la decisión del paciente de haberse encontrado en condiciones de decidir por sí mismo. El caso más significativo decidido conforme a esta doctrina es *In re Boyd:* en él se denegó al hospital el permiso para administrar a una paciente esquizofrénica de edad avanzada, perteneciente a la *Christian Science,* drogas psicotrópicas cuyo objeto era, no curarla, sino tranquilizarla y reducir su nivel de alucinaciones [19].

Naturalmente, la búsqueda de esa voluntad ficticia del incapaz no es cosa fácil, pero los tribunales han enunciado algunos criterios para facilitar la tarea. Por un lado —se afirma— existen casos «claros»: aquéllos en los que la persona, antes de su incapacidad, ha rehusado absolutamente los cuidados médicos por motivos religiosos, sobre todo cuando, además, los hechos muestran una fuerte adhesión a los principios de su fe y no hay pruebas de vacilación en el sujeto. En los casos menos claros, habrán de considerarse diversos elementos, en especial los siguientes. En primer lugar, la naturaleza, intensidad y duración de la objeción de conciencia del paciente —por ejemplo, si sus creencias responden a las de una confesión religiosa fácilmente identificable; o si proceden de una conversión más o menos reciente, lo cual podría hacer presumir que sus creencias son más intensas y sólidas que cuando se han heredado por mera tradición familiar, etc. En segundo lugar, la previsión de efectos secundarios negativos que puedan provocar una oposición al tratamiento independientemente de las convicciones religiosas. Y, en fin, la posibilidad real de curación o mejora del paciente.

Por nuestra parte, hemos de añadir que la doctrina del «juicio de sustitución», para ser operativa, necesita salvar, entre otras, una dificultad importante: el hecho de que no siempre es fácil determinar cuándo comienza la incapacidad mental del enfermo y, por tanto, hasta qué momento de la vida de esa persona pueden recabarse los datos que permitan reconstruir su voluntad presunta ante la medicación.

---

[18] *Vid*. al respecto R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia,* cit. en nota 3 de este capítulo, pp. 281 ss.

[19] *In re Boyd,* 403 A.2d 744 (1979). *Vid*. también *In re Quinlan,* 70 N.J. 10, 355 A.2d 647 (1976), y *Superintendent of Belchertown v. Saikewicz,* 372 N.E.2d 435 (1977).

c) *La responsabilidad criminal de quienes colaboran con el objetor*

Estrechamente conectado con los supuestos de objeción de adultos a tratamientos médicos, aparece el problema de las consecuencias que el resultado de la decisión del adulto objetor pueda acarrear a terceros relacionados con él. En primer término, la posible responsabilidad criminal de quien permite el fallecimiento de su cónyuge por no buscarle ayuda médica para no contrariar las convicciones de conciencia del enfermo. La jurisprudencia alemana y estadounidense coinciden en afirmar que no existe responsabilidad penal, siempre que el cónyuge objetor, permaneciendo en uso de sus facultades, haya tomado y mantenido por sí mismo la resolución de rechazar el tratamiento que podría haberle sanado [20]. Tampoco se han entendido como delictuosas las conductas dirigidas a colaborar con la firmeza de la decisión negativa del objetor, con tal que sólo pueda imputarse a éste la responsabilidad última del rechazo: la falta de intención suicida en el objetor impide considerar esa clase de conductas como cooperación o inducción al suicidio [21].

Citemos a este propósito dos interesantes sentencias de cortes estatales norteamericanas —los hechos se enjuiciaban desde la perspectiva de un proceso penal y no como una cuestión de constitucionalidad— relativas a enfermos crónicos que deciden suspender su medicación confiando su curación a la fe y la oración. El caso *Robbins* [22], se refería a dos esposos que se consideraban *born again Christians* (cristianos renacidos) y se habían adscrito poco antes a un pequeño grupo religioso que predicaba la curación mediante la fe. La mujer sufría desde años atrás de epilepsia y diabetes, lo cual le exigía tomar regularmente medicación y dos inyecciones diarias de insulina. En cierto momento creyó tener una revelación en la que se le comunicaba que había sido curada, por lo que interrumpió completamente su medicación. Tras varios ataques, entró en coma diabético y finalmente murió, mientras el marido, que compartía su creencia, permanecía sin buscar asistencia médica. El Tribunal Supremo de Nueva York eximió de responsabilidad criminal al esposo, considerando que la decisión de renunciar a asistencia médica había sido adoptada libremente por la mujer y

---

[20] *Vid*. al respecto la jurisprudencia analizada por R. NAVARRO-VALLS, J. MARTÍNEZ-TORRÓN & M.A. JUSDADO, *La objeción de conciencia a los tratamientos médicos…,* cit. en nota 4 de este capítulo, pp. 915 ss. y 932 ss.

[21] Sobre la diferencia entre el tipo de comportamiento omisivo presente, respectivamente, en la objeción de conciencia a tratamientos médicos y en las figuras penales del homicidio y el suicidio, *vid*. J. HERVADA, *Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica,* en «Persona y Derecho» 11 (1984), pp. 16-20; J. ESCRIVÁ IVARS, *La objeción de conciencia al uso de determinados medios terapéuticos,* en «La objeción de conciencia» (ed. por V. Guitarte y J. Escrivá), Valencia 1993, p. 133.

[22] *People v. Robbins,* 83 A.D.2d 271, 443 N.Y.S.2d 1016 (1981).

mantenida hasta el momento mismo de su fallecimiento. No tendría sentido —indicaba la sentencia— condenar al marido por respetar la voluntad de su esposa contraria a un tratamiento médico, cuando habría incurrido en responsabilidad civil si le hubiera impuesto ese tratamiento sin su consentimiento.

En *Konz* [23], la situación era más compleja, pues uno de los cónyuges, la esposa, de acuerdo con el asesor espiritual de ambos, había recurrido momentáneamente a ciertas medidas coercitivas para ayudar a su marido —un pastor evangelista y capellán universitario que sufría de diabetes— a mantenerse firme en su decisión de renunciar a otro medio de curación que no fuera la oración. De hecho el enfermo, durante una crisis de ansiedad que duró una media hora, quiso tomar insulina y llamar por teléfono solicitando ayuda médica, pero le habían impedido por la fuerza hacer ambas cosas. Aun así, la Corte Suprema de Pennsylvania absolvió a los acusados, haciendo notar que la muerte del marido, por cetoacidosis diabética, tuvo lugar día y medio después de aquella crisis: el enfermo había tenido numerosas y fáciles oportunidades de volver a tomar insulina o ser atendido médicamente, renunciando a hacerlo por voluntad propia. Por ello, concluía la Corte, no podía establecerse una relación causa-efecto entre la actuación coercitiva de la esposa y el fallecimiento de su marido: el reverendo Konz había muerto por mantener una decisión tomada en conciencia de manera racional y libre.

En Alemania, el Tribunal Constitucional contempló en 1971 el caso de un adepto a una comunidad religiosa evangélica *(Evangelisches Brüderverein)* que no quiso interferir en la negativa de su esposa —perteneciente a la misma comunidad— a recibir una transfusión de sangre necesaria para sobrevivir al complicado parto de su cuarto hijo [24]. Como consecuencia de la negativa conjunta de la paciente y del marido a recibir otra asistencia que no fuera la de un ministro de su comunidad evangélica, la mujer falleció. El Tribunal Constitucional declaró exento de responsabilidad penal al esposo, argumentando que «no se puede exigir penalmente a dos personas de idénticas creencias que influyan una sobre la otra para desistir de una decisión arriesgada basada en la misma fe». Añadiendo que la obligación que tiene el poder público de respetar las convicciones personales en toda su amplitud tiene como inevitable resultado un retroceso del derecho penal cuando las creencias personales entran en conflicto con una obligación legal. «En ese caso, la sanción penal, que calificaría al autor como delincuente, sería una reacción social demasiado dura y vulneraría la dignidad humana de quien ha obrado movido por su conciencia».

---

[23] *Commonwealth v. Konz,* 450 A.2d 638, 498 Pa. 639 (1982).

[24] Sentencia de 19 octubre 1971 (BVerfGE 32, 98).

## 2.2. *Los tratamientos médicos a menores*

a) *La imposición del tratamiento en caso de peligro*

Si en el caso de adultos capaces la norma general es el respeto de la voluntad del enfermo —y la consiguiente inhibición del juez—, la regla se invierte cuando se trata de menores que, ellos mismos o sus padres, se oponen a un determinado tratamiento por motivos de conciencia, si ese tratamiento resulta imprescindible para salvar su vida o evitar un grave daño a su salud física o mental. El análisis del derecho comparado muestra la opinión unánime de que un juez puede y debe, en caso de peligro, ordenar la realización de las oportunas actuaciones sanitarias, subrogándose en el derecho que naturalmente corresponde a los padres sobre los hijos menores. A veces el procedimiento incluye la transferencia temporal de la custodia a una tercera persona, o a una institución, que puedan prestar el consentimiento para el tratamiento médico en cuestión [25].

En algunos países, como Australia, la propia ley atribuye ese poder de subrogación directamente a los médicos involucrados. Actualmente todas las jurisdicciones de los estados o territorios australianos poseen disposiciones legislativas en ese sentido, siempre que se trate de situaciones de verdadera emergencia que puedan poner en peligro la vida del menor o causar una incapacidad permanente. Algunas de esas leyes entienden suficiente el parecer del médico responsable —aunque a veces se exige que el médico tenga experiencia previa en el tratamiento a efectuar— mientras que otras requieren que un segundo médico confirme el diagnóstico de que el tratamiento en cuestión es razonable y esencial para salvar la vida del enfermo. A pesar de la claridad y precisión de esas normas legislativas, no ha desaparecido por completo la litigación judicial por casos de transfusiones de sangre a hijos menores de testigos de Jehová [26].

Ese sentir unánime del derecho comparado en relación con los hijos de padres objetores a tratamientos médicos ha sido bien expresado por la jurisprudencia estadounidense en el caso *Patterson:* «Los padres pueden ser libres, por razones religiosas, para ser mártires ellos mismos. Pero de ahí no se sigue que sean

---

[25] *Vid*., entre los casos de la jurisprudencia norteamericana relativos a situaciones de peligro vital para el menor, *Staelens v. Yake,* 432 F.Supp. 834 (1977); *People v. Labrenz,* 411 Ill. 618, 104 N.E.2d 769 (1952); *Harley v. Oliver,* 539 F.2d 1143 (8th Cir. 1976). En Canadá, *vid*. *McTavish v. The Director,* 32 D.L.R. (4th) 394 (1986). En Venezuela, sentencia del Tribunal Supremo de Venezuela n.º 1431, Sala Constitucional, 14 agosto 2008, disponible en http://www.tsj.gov.ve/search4/buscador.asp (visitado 20 octubre 2010).

[26] *Vid*. las correspondientes referencias legislativas y jurisprudenciales, y un análisis de los principales casos, en P-T. Kee, *Refusal to Consent to Treatment…,* cit. en nota 13 de este capítulo, pp. 2 ss.

libres en idénticas circunstancias para hacer mártires a sus hijos, antes de que hayan alcanzado la edad de la plena discreción». El caso se refería a Geraldine Patterson —testigo de Jehová—, quien había dado a luz prematuramente un niño, que padecía ictericia causada por la incompatibilidad con la sangre de la madre. Los padres se oponían a las transfusiones de sangre que eran necesarias, no para salvar la vida del niño, sino para evitarle daños cerebrales irreparables. El hospital acudió a la Corte Suprema de New Jersey, solicitando mandato judicial que permitiera las transfusiones. El mandato judicial fue expedido, considerando que el peligro para el hijo era grave, y justificaba la interferencia en el ejercicio de la libertad religiosa de los padres [27].

Naturalmente, los supuestos mencionados son distintos de aquellos otros en los cuales sea posible recurrir, con ciertas probabilidades de éxito, a tratamientos alternativos que puedan servir para salvaguardar la vida o la salud del menor. En tal sentido, puede mencionarse una decisión de la judicatura francesa —en concreto de la Corte de Apelación de Nancy, de 1982— en la que se afirmaba que la intervención del juez en materia de tratamientos médicos a los menores es legítima solamente en caso de «inercia» de los padres, pero no cuando éstos se hayan inclinado por terapias alternativas sobre la base de opiniones pronunciadas por expertos en el sector médico o sanitario [28].

b) *La cuestión de la responsabilidad criminal de los padres objetores*

En relación con las situaciones de urgencia vital, se ha planteado el problema de la responsabilidad criminal de los padres cuando su negativa, por razones de conciencia, ha producido efectivamente la muerte del hijo necesitado de tratamiento médico.

---

[27] *Muhlenberg Hospital v. Geraldine Patterson,* 320 A.2d 518 (1974). En igual sentido, la jurisprudencia italiana y el Código civil francés (art. 375). Cfr. R. NAVARRO-VALLS, J. MARTÍNEZ-TORRÓN & M.A. JUSDADO, *La objeción de conciencia a los tratamientos médicos…,* cit. en nota 4 de este capítulo, *passim*.; y, para la jurisprudencia italiana, S. FERRARI, *Comportamenti «eterodossi» e libertà religiosa. I movimenti religiosi marginali nell'esperienza giuridica più recente,* en «Foro italiano» 116 (1991), I, cc. 275 ss. Curiosamente, el caso *Patterson* adopta esta dirección doctrinal genérica, de tanta utilidad y lucidez en materia de tratamientos médicos a menores, a partir de la sentencia del tribunal supremo federal *Prince v. Massachusetts,* 321 U.S. 158 (1944): en esta sentencia se planteó la validez de las leyes que proscribían el trabajo de los menores de edad frente al derecho de libertad religiosa de Sarah Prince, testigo de Jehová, que ejercitaba su actividad de proselitismo vendiendo revistas de su confesión en la calle, acompañada de su sobrina. Cfr. R.T. MILLER, R. B. FLOWERS, *Toward Benevolent Neutrality.- Church, State and the Supreme Court,* Texas 1987, pp. 55 ss.

[28] Los motivos de la decisión han sido publicados en «Giurisprudenza italiana» 136 (1984), IV, cc. 1 ss., con nota crítica de M. DOGLIOTTI, *Diritto alla vita, tutela della salute e limite alla potestà dei genitori*.

La jurisprudencia italiana ha contestado afirmativamente al interrogante, condenando a los padres de una menor (Isabella Oneda), ambos testigos de Jehová, como responsables del homicidio culposo de la hija, que padecía la enfermedad llamada talasemia homocigótica, por haber desobedecido el mandato del Tribunal Tutelar de Menores según el cual la hija enferma debía ser sometida periódicamente a tratamientos hemotransfusionales necesarios para salvaguardar su vida [29]. Como hemos manifestado en otro lugar [30], la posición de los tribunales italianos parece demasiado rígida. En estas situaciones nos encontramos ante una imposibilidad moral de prestación de auxilio por motivos de conciencia, de manera que la conducta de los padres no debía ser castigada como delito de omisión del deber de socorro. La existencia, tanto de dolo como de culpa, vendría excluida por la circunstancia de la objeción de conciencia, que actuaría no como eximente o atenuante, sino propiamente como factor constitutivo de imposibilidad moral para llevar a cabo el socorro que en otro caso sería debido. Si es cierto que puede y debe imponerse un tratamiento médico a un menor contra la voluntad de sus padres, no resulta nada claro que deba declararse penalmente responsables a los padres que se oponen a ello, con independencia de que su comportamiento pasivo —motivado por escrúpulos de conciencia— haya provocado o no el fallecimiento del hijo sujeto a custodia.

Por su parte, la jurisprudencia norteamericana adopta una posición algo ambigua ante estos supuestos. En general, los tribunales consideran plenamente aplicable el principio de que las creencias religiosas no exculpan a los padres que no ponen los medios adecuados para que se den tratamientos médicos a sus hijos enfermos. Sin embargo, en la práctica los jueces se manifiestan renuentes a condenar a los padres objetores que, aun infringiendo las leyes penales por motivos de convicción moral, facilitan a sus hijos todos los medios de curación que su conciencia les permite. De este modo, suelen acudir los jueces al expediente de la existencia de errores procedimentales, o a valoraciones muy particulares que llevan a absolver al reo, tales como no encontrar una clara relación cau-

---

[29] Inicialmente, el homicidio había sido calificado como doloso. El largo itinerario jurisprudencial del caso Oneda puede seguirse en: Ass. Cagliari, 10 marzo 1982, en «Foro italiano» 108 (1983), II, c. 27; Ass. App. Cagliari, 13 diciembre 1982, en «Giurisprudenza italiana» 135 (1983), II, c. 364, con nota de G. FURGIUELE, *Diritto del minore al trattamento medico sanitario, libertà del genitore, intervento e tutela statuale,* en *ibid*. 135 (1983), IV, cc. 349 ss.; Cass., sez. I pen., 13 diciembre 1983, en «Foro italiano» 109 (1984), II, c. 361, con nota de P. FLORIS, *Libertà di coscienza, doveri dei genitori, diritti del minore;* Ass. App. Roma, 13 junio 1986, en «Foro italiano» 111 (1986), II, cc. 606 ss. Sobre este caso, *vid*. también S. LARICCIA, *Coscienza e libertà,* Bologna 1989, pp. 283 ss; y V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea,* Napoli-Roma 2009, p. 169.

[30] R. NAVARRO-VALLS, J. MARTÍNEZ-TORRÓN & M.A. JUSDADO, *La objeción de conciencia a los tratamientos médicos…,* cit. en nota 4 de este capítulo, p. 969.

sa-efecto entre la conducta de los padres y la muerte del hijo. Así sucedió en el caso *Craig* [31], relativo a unos padres, seguidores de la *Church of God,* que confiaron exclusivamente en la oración y la ayuda de los mayores de su iglesia cuando su hijo de seis meses se puso enfermo. El niño terminaría muriendo de neumonía, pero el tribunal apreció que la gravedad de la dolencia no se hizo patente hasta los dos o tres últimos días de la vida del menor, y para entonces era muy probable que ni la atención médica tradicional ni el uso de antibióticos hubiera servido para nada [32]. No siempre, sin embargo, los padres resultan absueltos en caso de muerte del hijo [33].

Consideraciones jurídicas aparte, esta actitud jurisprudencial contraria a la imposición de condenas criminales parece razonable por su pragmatismo y su sensibilidad hacia el drama moral que los padres experimentan en esos casos. Es normalmente irreal pensar que una condena judicial tenga mayor capacidad de coerción para unos padres que el riesgo de perder a su hijo: si esto último no basta para flexibilizar sus convicciones religiosas, es muy dudoso que pueda hacerlo la mera amenaza de una sanción penal. Por ello, aplicar la ley criminal en todo su rigor, sin tener en cuenta la circunstancia eximente derivada de la fe religiosa de los padres, sólo contribuiría a castigar innecesaria e inútilmente a personas que —se compartan o no sus creencias— suelen tener un alto sentido moral de la vida.

c) *Las situaciones que no implican riesgo grave para la vida o la salud*

Fuera de las circunstancias de urgencia vital, es decir, cuando el tratamiento médico que se pretende imponer al menor de edad contra la voluntad de sus padres no reviste carácter esencial para la vida o la salud, la jurisprudencia norteamericana —que es la que con mayor profusión ha afrontado este tipo de situaciones— no muestra una línea de precedentes uniforme. La intervención de los jueces dependerá de muy diversos factores. Entre ellos, el normal desarrollo

---

[31] *Craig v. State,* 220 Md. 590, 155 A.2d 684 (Corte de Apelación de Maryland, 1959). Cfr. H.J. ABRAHAM, *Religion, Medicine and the State,* en JCS (1990), pp. 243 ss.; R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia,* cit. en nota 3 de este capítulo, pp. 331 ss.

[32] Otro ejemplo interesante es la sentencia *Hermanson v. Florida,* 604 So.2d 775 (1992), de la Corte Suprema de Florida, que desestimó el fallo de culpabilidad en las acusaciones de abuso infantil y homicidio contra un matrimonio perteneciente a la *First Church of Christ, Scientist* que, por principios religiosos, negó a su hija diabética de siete años los cuidados médicos que requería.

[33] Una excepción a la corriente mayoritaria fue la sentencia *Commonwealth v. Barnhart,* 497 A.2d 616 (1985) de la Corte Suprema de Pennsylvania. Justin Barnhart, de dos años de edad, falleció como resultado de un tumor cancerígeno que no fue tratado médicamente. Sus padres, miembros de la *Faith Tabernacle Church,* confiaron en el poder divino y rechazaron todo tratamiento médico para el menor. Los padres fueron condenados por homicidio involuntario.

físico y psíquico del menor, el grado de madurez psíquica (que permitiría al juez o al tribunal consultar al menor sobre su voluntad acerca del tratamiento médico), e incluso el grado de dependencia del menor respecto de los padres.

Un ejemplo del primer supuesto es el caso *In re Sampson,* de 1971 [34]. Kevin Sampson, de 15 años de edad, estaba aquejado de la enfermedad de Von Recklinghausen (neurofibromatosis en cara y cuello) desde su nacimiento, y había dejado de asistir a la escuela desde los nueve años a causa de su deformación física, con el consiguiente retraso en su formación educativa. Las autoridades locales responsables de la salud pública consideraron que era necesaria una operación quirúrgica para corregir la enfermedad. Dicha intervención requería hemoterapia, pero la madre de Kevin —seguidora de los Testigos de Jehová— se negó a permitirla. Las autoridades locales llevaron la cuestión ante el Juzgado de Familia competente, que declaró a Kevin, conforme a la ley, *neglected child*. La madre apeló la decisión ante la Corte Suprema de Nueva York, que mantuvo la declaración judicial y ratificó la autorización para la intervención médica.

El segundo de los factores mencionados resultó decisivo en el caso *In re Seiferth,* de 1955, ante la Corte de Apelación de Nueva York [35]. La cuestión planteada consistía en si debía procederse a la transferencia de la custodia del menor al *Commisioner of Social Welfare,* con el fin de poder obtener legalmente el consentimiento para la realización de una operación de cirugía plástica. Martin Seiferth, de 14 años de edad, tenía desde su nacimiento el paladar partido, así como una deformidad en los labios, lo cual le impedía hablar con normalidad. A juicio de los médicos y psicólogos, esta deformación habría de tener serias consecuencias en el desarrollo y en la madurez de Martin. El padre del menor se negaba a que se realizara la operación: creía posible la curación en la medida en que se dejara a las fuerzas del universo actuar en el cuerpo humano. Sin embargo, declaró que, si su hijo deseaba la operación, él no se opondría. Las creencias del Sr. Seiferth, por tanto, respondían más a unos principios filosóficos que a una religión o confesión institucionalizada. Preguntado Martin por el juez tutelar acerca de si consentía en la operación, contestó que prefería que esos defectos físicos fueran corregidos por «las fuerzas naturales». El propio tribunal reconoció que el menor estaba fuertemente influenciado por las ideas de su padre, pero decidió no autorizar ni la transferencia de la custodia del menor ni la operación, ya que la condición de Martin no suponía un caso de emergencia ni tampoco un inminente peligro de muerte. Por otra parte, el tribunal dejaba abierta la posibilidad de que, si Martin cambiaba de opinión, pudiera recurrir al

---

[34] *In re Sampson,* 323 N.Y.S.2d 253 (1971).

[35] *In re Seiferth,* 127 N.E.2d 820 (1955). Sobre la relevancia de la voluntad del menor en estos supuestos, *vid*. R. Bennet, *Allocation of Child Medical Care Decision-making Authority: A Suggested Interest Analysis,* en «Valparaiso Law Review» 62 (1986), pp. 289 ss.

*Commissioner of Social Welfare* y a los tribunales con el fin de que el Estado corriera con los gastos de la intervención quirúrgica.

Por lo que se refiere al tercer factor, puede citarse el caso *In re Karwarth,* de 1972 [36], en el que la Corte Suprema de Iowa parece seguir la orientación de la jurisprudencia neoyorquina en la decisión *In re Sampson,* antes mencionada. Se trataba de autorizar judicialmente una operación de amígdalas para tres menores sometidos a la custodia legal del Estado. Sus padres, que atravesaban una situación económica y emocional difícil, habían solicitado del Estado que les relevara de los deberes legales hacia sus hijos; éstos habían sido confiados a una institución para menores, la Saint Vincent's Home. El padre se oponía a que se realizara esa operación, por motivos religiosos no identificados con una determinada confesión, solicitando que se emplearan —antes que cualquier operación— medios como la quiropráctica. Se trataba, en palabras del tribunal, de un conflicto entre quien tiene la custodia legal de los menores y los residuales derechos paternos en la determinación del tratamiento médico más adecuado para el «mejor interés» *(best interest)* de los menores. El Tribunal señaló que el Estado, en su papel de custodio legal del menor, tiene el deber de facilitar el adecuado cuidado médico a los que se encuentran bajo su responsabilidad, por encima de las objeciones de los padres, incluso en ausencia de riesgo de vida o muerte. Se insistía, además, en que en este caso la objeción de los padres se encontraba muy debilitada, primero por la transferencia de la custodia al Estado, y también por el hecho de que la objeción era más al tipo de tratamiento que a su necesidad.

### d) *Objeción a tratamientos médicos y custodia de los hijos*

Por otro lado, y en lo que se refiere a los efectos secundarios de la objeción de conciencia a tratamientos médicos, en los Estados Unidos la condición de objetor puede constituir un factor de cierto relieve para que los tribunales decidan atribuir a uno u otro de los progenitores la custodia legal [37]. Por ejemplo, hay decisiones antiguas en que la custodia de los hijos de una madre perteneciente a la Ciencia Cristiana ha sido entregada a los abuelos paternos (ya que el propio padre tampoco parecía adecuado, por otras razones, para hacerse cargo de los hijos [38]); o bien, en caso de ruptura matrimonial, al cónyuge que no era testigo de Jehová [39].

---

[36] *In re Karwarth,* 109 N.W.2d 147 (1972).

[37] *Vid.* al respecto R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia,* cit. en nota 3 de este capítulo, pp. 324 ss.

[38] *Vid. People ex rel. Trafford v. Trafford,* 12 N.Y.S.2d 43 (Sup. Ct., Erie Co. 1890).

[39] *Vid. Commonwealth ex rel. Derr v. Derr,* 25 A.2d 769 (Superior Court of Pennsylvania,

Otras veces, los tribunales han tratado de hacer compatible la atribución de la custodia de los hijos a uno de los progenitores —frecuentemente la madre— con los posibles riesgos para la salud derivados de sus creencias religiosas, sobre todo cuando el otro cónyuge aparecía menos capacitado para ello. Así en *Gluckstern* [40], la madre, seguidora de la *Christian Science,* no fue descalificada para la custodia del menor, ya que sus convicciones respecto a tratamientos médicos eran el único factor que suscitaba dudas en el tribunal. Con todo, la permanencia de su derecho a la custodia se condicionaba al cumplimiento judicial de algunas restricciones cifradas en revisiones médicas periódicas. El tribunal, por lo demás, se cuidaba de precisar que «el mero hecho de que la religión de la demandante es Ciencia Cristiana no la desautorizaba *ipso facto* para la custodia de su hijo menor». Igualmente, en *Levitsky* [41], la Corte de Apelación de Maryland concedió la custodia a la madre, testigo de Jehová, a pesar de que su firme objeción a las transfusiones había estado a punto de provocar la muerte de uno de los tres hijos, cuando entró en estado grave como consecuencia de una hemorragia intestinal —la madre se negó en redondo a la transfusión, asumiendo la responsabilidad de las consecuencias, y el niño pudo salvarse gracias a la rápida intervención del padre, que vivía en otra ciudad y fue contactado por el hospital. Entendía la corte que la madre era más apropiada para la custodia, excepción hecha de sus creencias en materia de hemotransfusiones; y que el riesgo derivado de esto último podía superarse modificando el decreto de divorcio de manera que, en caso de necesidad, los médicos pudieran efectuar una transfusión sin necesidad de requerir previamente el consentimiento de la madre. En cambio, en un caso análogo, *Battaglia* [42], la objeción de la madre fue considerada por la Corte Suprema de Nueva York suficientemente importante como para otorgar la custodia al padre, a pesar de que en esta ocasión el riesgo para la vida de los hijos era meramente hipotético y la necesidad de una transfusión nunca había surgido en la práctica.

Esta es, justamente, la solución contraria a la que parece dominar la orientación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *Hoffmann,* de 1993 [43]. El TEDH nunca ha tenido ocasión de pronunciarse directamente sobre supuestos de objeción a hemotransfusiones, pero sí lo ha hecho de manera indirecta, como en este caso. Y también en varios otros en los que la legitimidad de

---

1942), aunque el motivo de que la custodia de los dos hijos fuera entregada al padre no parecía tener que ver tanto con la objeción a transfusiones cuanto con el hecho de que la madre dedicaba más tiempo a sus actividades religiosas que al cuidado de los hijos. En el mismo sentido, *Commonwealth ex rel Kaufman v. Kaufman,* 69 Montg. 292.

40 *Gluckstern v. Gluckstern,* 158 N.Y.S.2d 504 (N.Y. Sup. 1956).

41 *Levitsky v. Levitsky,* 231 Md. 388, 190 A.2d 621 (Md. 1963).

42 *Battaglia v. Battaglia,* 172 N.Y.S.2d 361 (N.Y.Sup., 1958).

43 *Hoffmann c. Austria,* 23 junio 1993.

la actividad de los Testigos de Jehová era cuestionada por las autoridades nacionales por una u otra razón, y en los que el Tribunal nunca ha hecho la menor referencia a que la doctrina de esa iglesia en general, o su objeción a las transfusiones de sangre en particular, fueran causa justificada para limitar su libertad religiosa [44].

En *Hoffmann,* el Tribunal de Estrasburgo se enfrentaba a una situación de divorcio entre un varón católico y una mujer conversa a los Testigos de Jehová [45]. Sobre la base de que ambos cónyuges reunían las características apropiadas para hacerse cargo de los hijos, la Corte Suprema de Austria había confiado la custodia de los mismos al padre, considerando —entre otras cosas— que las creencias religiosas de la madre implicaban un hipotético riesgo futuro para la vida de los hijos debido al inflexible rechazo de la hemoterapia por parte de los seguidores de esa religión. Otra de las razones determinantes para la atribución de la custodia al padre fue que la madre había llevado a los hijos por decisión propia a su domicilio durante la tramitación del divorcio, antes de que el juez se

---

[44] Así, por ejemplo, *Kokkinakis c. Grecia,* 25 mayo 1993 (derecho al proselitismo religioso); *Manoussakis c. Grecia,* 26 septiembre 1996 (derecho a poseer lugares de culto); *Tsavachidis c. Grecia,* 21 enero 1999 (derecho a no ser objeto de vigilancia policial por razón de sus creencias); *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas et al. c. Austria,* 31 julio 2008, y *Verein der Freunde der Christengemeinschaft et al. v. Austria,* 26 febrero 2009 (derecho a obtener el mismo estatus jurídico que las confesiones religiosas de características comparables, pero de mayor tradición histórica). *Vid*. un análisis de la sentencia en A. Torres, *El estatuto jurídico de los Testigos de Jehová en Austria: el caso «Verein der Freunde der Christengemeinschaft and others v. Austria» y casos «Löfflemann, Gütl y Lang v. Austria»,* en «Laicidad y libertades» 9 (2009), pp. 289 y 270. Podemos mencionar también otro peculiar caso: *Khristiansko Sdruzhenie «Svideteli na Iehova» (Christian Association Jehovah's Witnesses) c. Bulgaria,* Dec. Adm. n. 28626/95, 3 julio 1997. Se refería a la negativa de las autoridades búlgaras a inscribir a los Testigos de Jehová como una comunidad religiosa. Entre las razones alegadas, el gobierno búlgaro subrayaba su rechazo a las transfusiones de sangre. La demanda fue declarada admisible en 1997, pero las partes llegaron a un acuerdo amistoso pocos meses después. Según los términos de ese acuerdo, se aceptaba la inscripción solicitada, pero los Testigos de Jehová se comprometían a no distribuir entre menores de edad formularios dirigidos a expresar objeción de conciencia a las hemotransfusiones, así como a cumplir con el derecho búlgaro sobre asistencia médica y a respetar la libre elección de sus fieles adultos en materia de transfusiones. De no haberse llegado a ese acuerdo, es muy probable que el Tribunal hubiera declarado que la objeción a las transfusiones no era motivo suficiente para negar a esa iglesia la adquisición de personalidad jurídica. *Vid*. un análisis más pormenorizado de esta temática en J. Martínez-Torrón, *A Critical Analysis of the Case Law of the European Court on Human Rights on Blood Transfusion and Religious Beliefs,* en «Welfare of the Child and Beliefs of the Parents: Blood Transfusion, Religious Education and Custody» (ed. por Achilles Emilianides), University of Nicosia Press, 2010 (en prensa).

[45] *Vid*. comentarios más pormenorizados a esta sentencia en B. Rodrigo Lara, *Minoría de edad y libertad de conciencia,* Madrid 2005, pp. 294-298; J. Martínez-Torrón, *Derecho de familia y libertad de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humano,* en «Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado» (ed. por A. Castro Jover), Bilbao 2001, pp. 153-156.

pronunciara al respecto, y violando el implícito pacto conyugal sobre la educación religiosa católica de los hijos (la crisis familiar se desencadena poco después de la conversión religiosa de la madre, que antes era católica, como el padre).

El Tribunal Europeo consideró que la actuación de las cortes austríacas había sido discriminatoria contra la madre: en concreto, estableciendo una diferencia fundada en la religión que afectaba a su derecho a la vida privada y familiar, lo cual constituía una infracción del art. 8 CEDH en conjunción con el art. 14 CEDH. En síntesis, el Tribunal admitía que la Corte Suprema de Austria podía haber adoptado legítimamente la misma posición respecto a cuál era el progenitor más adecuado para la custodia si su resolución se hubiera apoyado exclusivamente en el bienestar de los hijos. Pero la jurisdicción austríaca había introducido un criterio de valoración referido a las creencias de los padres, y «una distinción basada esencialmente en una diferencia de religión no es aceptable» [46]. En nuestra opinión, aunque este principio general es correcto fue aplicado incorrectamente en el presente caso.

En efecto, dejando al lado otros aspectos de la sentencia [47], el TEDH no apreciaba que la Corte Suprema de Austria no pretendía hacer un juicio de valor sobre las creencias religiosas de la madre en sí mismas, sino solamente ponderar su impacto potencial en la vida de los hijos, que es cuestión bien distinta. No olvidemos que ambos esposos eran adecuados para asumir la custodia, siendo la principal diferencia entre ellos que el padre necesitaría cierta ayuda de su propia madre [48]. Lo que la corte austríaca hizo, en definitiva, fue sopesar este último hecho frente a las posibles consecuencias negativas de la religión de la madre para el bienestar de los hijos, incluyendo su radical oposición a las transfusiones sanguíneas. En cambio, el Tribunal de Estrasburgo parece en este caso más atento a la consideración igualitaria de las opciones religiosas de los padres que a su potencial impacto en la vida de los hijos, a pesar de reconocer que «en los casos de esta naturaleza el interés de los menores es lo más importante» [49].

Esto explica que la sentencia *Hoffmann* fuera adoptada por la exigua mayoría de cinco votos contra cuatro, y que los cuatro jueces discrepantes escribieran opiniones particulares fuertemente críticas con el razonamiento seguido por la mayoría, haciendo notar dos de ellos que era perfectamente razonable que las cortes austríacas tomaran en cuenta la objeción a hemotransfusiones como un

---

[46] *Hoffmann,* § 36.

[47] *Vid*., para un análisis más pormenorizado, J. Martínez-Torrón, *A Critical Analysis…,* cit. en nota 44 de este capítulo.

[48] Cfr. *Hoffmann,* § 11.

[49] *Hoffmann,* § 35.

factor relevante a la hora de decidir sobre la custodia. El juez irlandés, en concreto, insistía en que la objeción de la madre suponía una situación de riesgo para la salud de los hijos: lo cual era un dato objetivo en sí mismo, y podía ser en consecuencia evaluado discrecionalmente por los tribunales austríacos sin incurrir en discriminación, ya que la existencia del riesgo era independiente de su origen religioso [50].

Desde nuestra perspectiva, es del todo irreal pensar que las opciones religiosas de los padres no tienen incidencia en la vida de sus hijos. Por eso, aunque desde luego sería inaceptable que el Estado estableciera una suerte de prioridad entre las diversas religiones, es muy razonable que los tribunales de familia tomen en cuenta las creencias de los esposos en casos de divorcio a la hora de designar cuál de ellos está mejor cualificado para hacerse cargo de la custodia de los hijos. Sobre todo en casos en que, como sucede con la objeción a las transfusiones de sangre, esas creencias impliquen un riesgo claro, aunque sea hipotético, para la vida o salud de los menores. No queremos con esto afirmar que la cuestión religiosa, ni siquiera en los supuestos de objeción a tratamientos médicos, haya de ser el único o el principal criterio, pero sí que puede —y probablemente debe— ser utilizado junto con otros elementos para inclinar la balanza en favor de uno u otro de los padres que aspiran a obtener la custodia.

## 3. Derecho español

En España no existe expresa norma legal sobre objeción de conciencia a los tratamientos médicos, pero la jurisprudencia se ha ocupado de la cuestión, si bien desde una perspectiva un tanto limitada, ya que sólo ha abordado supues-

---

[50] Vale la pena reproducir literalmente las palabras de ese voto particular: «The father's notice of appeal to the Supreme Court specifically mentioned the withholding of possible blood transfusion as the reason for seeking a reversal of the order of the lower court. That was an objective ground which a court might or might not, in any given case, regard as a sufficient ground for the transfer of custody. That is not a matter upon which this Court could usurp the discretion of the national court. The matter before the Supreme Court was a question of the hazard of the health of the children. In gauging the seriousness of the hazard the Supreme Court recognised that the cause of the hazard was, admittedly, the applicant's new religious views. The reason or motives for the creation of the hazard are but secondary to the objective effect of the existence of the hazard. If the applicant's attitude was not traceable to a religious belief the question before the national court would remain essentially the same. The fact that the hazard was brought into existence by a religious belief not shared by those upon whom it was sought to impose it does not create a situation where the removal of the hazard must necessarily, if at all, be regarded as a discrimination on the grounds of religious belief. The national court's duty was to evaluate or weigh the effects as distinct from the cause» (*Dissenting opinion* del Juez Walsh, § 3).

tos de negativa a recepción de tratamiento hemotransfusional, normalmente planteados por testigos de Jehová [51].

### 3.1. *La cuestión del poder del juez para autorizar una transfusión forzosa*

Algunos de esos casos se refieren al poder de los jueces para ordenar, ante la negativa de un adulto capaz o de los padres de un menor, la aplicación de un tratamiento hemotransfusional, arrogándose una autoridad similar a la que en derecho angloamericano se denomina *parens patriae*. En íntima conexión con lo cual se encuentra la cuestión de la posible responsabilidad penal del juez en esas situaciones.

A este propósito, un auto del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1978 afrontaba la posible colisión entre el derecho de libertad religiosa, cuyo atentado se castigaba en el art. 205 del Código Penal entonces vigente, y el derecho a la vida, cuya eliminación se sancionaba en el art. 407 del mismo cuerpo legal. El caso surgía a causa de la firme negativa de un matrimonio, ambos testigos de Jehová, a que se impusiera una transfusión de sangre a su hija menor de edad, cuya vida peligraba si no se procedía urgentemente a la aplicación de dicho tratamiento. El juez en servicio de guardia, requerido por el equipo médico, ordenó que se practicara el tratamiento hemotransfusional, desoyendo las argumentaciones de índole religiosa planteadas por los padres. Interpuesta por ambos querella criminal contra el juez, el Tribunal Supremo repelió dicha querella aduciendo que «el derecho de patria potestad no puede extenderse a la menor que se encuentra en situación de peligro de muerte». Decisión que, como se ve, coincide con la unánime posición de la jurisprudencia comparada. Cuando una transfusión resulta imprescindible para evitar un grave peligro para la vida o la salud de un menor, el juez no sólo puede sino que en principio debe autorizar la imposición forzosa de dicho tratamiento [52].

Más problemas ha creado en la doctrina española otro supuesto, contemplado por el Tribunal Supremo en auto de 22 de diciembre de 1983 [53]. Una mujer,

---

[51] *Vid.,* entre la doctrina española, y aparte de los trabajos antes citados, L. Álvarez Prieto, *La objeción de conciencia a las transfusiones sanguíneas,* en ADEE 16 (2000), pp. 611-648; y M. Cebriá García, *Objeciones de conciencia a intervenciones médicas. Doctrina y jurisprudencia,* Pamplona 2005.

[52] La misma clara posición en favor de la garantía del derecho a la vida del menor de edad se observa, por ejemplo, en un auto de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 1.ª) de 6 marzo 1995, ARP 1995/1149.

[53] El cual ya tenía como antecedente otro auto similar del Supremo de 14 marzo 1979. *Vid*. M. Cebriá García, *Objeciones de conciencia a intervenciones médicas…,* cit. en nota 51 de este capítulo, pp. 61 ss.

también testigo de Jehová, ingresó en una residencia sanitaria, dictaminando los médicos la urgente necesidad de proceder a una operación. La intervención quirúrgica tuvo lugar con conocimiento y aceptación por parte de los componentes del equipo médico de la negativa de la paciente a recibir transfusiones de sangre. Con posterioridad, el médico encargado de la vigilancia del curso post-operatorio solicitó del marido de la enferma una declaración escrita que le exonerase de responsabilidad por las consecuencias negativas que de la falta de tratamiento hemotransfusional pudieran derivarse. Ambos, paciente y cónyuge, firmaron la declaración. Sin embargo, el médico jefe de los servicios de guardia volvió a comunicar al marido la necesidad de realizar a su esposa una transfusión de sangre. Ante la nueva negativa del esposo, fue requerido mandamiento judicial, que se otorgó [54]. Para su ejecución intervino la policía, que comprobó que la mujer estaba en perfecto uso de razón y rehusaba someterse a la transfusión. Ésta le fue impuesta contra su expreso deseo. Posteriormente se formuló querella promoviendo el antejuicio necesario para exigir responsabilidad al titular del juzgado, por estimar que se había cometido por éste un delito contra la libertad humana en general y, más en concreto, el delito contra la libertad religiosa configurado en el art. 205 del Código Penal en vigor en aquel momento.

El Tribunal Supremo eximió de responsabilidad al juez, con una argumentación jurídica vertebrada sobre la esencial cohesión del ordenamiento jurídico. Ante el conflicto entre la libertad religiosa y la vida, el Tribunal Supremo estimó que el juez obró correctamente al valorar, como interés preponderante, el de la vida del paciente. Incluso textualmente llega a añadir que: «de haberse inhibido el juez en su actuación y de ello se hubiera seguido la muerte de la paciente, pudo haber incurrido —¡entonces sí!— en verdadera responsabilidad penal». En amparo, el caso llegó al Tribunal Constitucional, que sentó la siguiente doctrina en su auto de 20 junio 1984: «Existe una autorización legítima derivada de los artículos 3 y 5 de la Ley de libertad religiosa para la actuación judicial, ya que el derecho de libertad religiosa garantizado por el art. 16.1 de la Constitución tiene como límite la salud de las personas, y en uso de ella actuó el magistrado juez» [55].

---

[54] Contrasta esta actuación de la judicatura española con la posición de un juzgado de Uruguay (Montevideo) que en 1997 se declaró carente de jurisdicción para sustituir, a petición de los médicos, la voluntad de un paciente adulto, testigo de Jehová, que había manifestado por escrito y en estado de lucidez su oposición a que se le efectuasen transfusiones de sangre. El juzgado uruguayo razonaba sobre la base del reconocimiento del derecho de libertad religiosa e ideológica, que ha de respetarse salvo que su ejercicio conlleve un comportamiento lesivo de los derechos de terceros o del orden público. *Vid*. comentario y extracto de la sentencia en M. Lema, *Objeción de conciencia a transfusión sanguínea. Sentencia 30.1.1997,* en «Laicidad y libertades» 4 (2004), pp. 561-568.

[55] La jurisprudencia aquí reseñada puede cotejarse en R. Navarro-Valls, J. Martí-

La doctrina española ha criticado esta posición jurisprudencial, fundamentalmente por estimar que parece como si el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional entendieran que la intervención del juez en el supuesto de adulto consciente fuera obligada, si no quería incurrir el propio juez en el delito de auxilio omisivo al suicidio, tipificado en el art. 409 del Código Penal vigente en el momento de los hechos [56]. Este último planteamiento es desde luego discutible. La objeción de conciencia de un adulto capaz a un tratamiento médico contrario a su conciencia es una situación distinta de la hipótesis configuradora de la conducta suicida. En el horizonte intencional del suicida existe el contravalor de quitarse la vida. No hay en dicha conducta un valor que merezca la estima y tutela de la sociedad, por más que el suicidio en sí no sea legalmente punible. Pero en el objetor a un tratamiento médico por razones religiosas existen unos valores que merecen el respeto de la sociedad, aunque ésta no las asuma mayoritariamente. Su negativa al tratamiento médico no significa en modo alguno que busque conscientemente la muerte. Tan sólo considera que no vale la pena conservar la vida a costa de perder —a su juicio— la salvación eterna, o bien juzga los medios sobrenaturales como los más adecuados, y los únicos lícitos, para obtener la curación. De ahí lo desenfocado de enjuiciar estos supuestos desde la perspectiva de remediar un intento de suicidio [57]. Cuestión distinta es si, en estos supuestos, resulta *jurídicamente punible* la conducta del juez que emite el mandato imperativo del tratamiento médico al apreciar peligro para la vida del objetor. En nuestra opinión, la reacción penal —la más grave de las respuestas posibles de un ordenamiento jurídico— no parece justificarse aquí, y aún menos si la normativa penal no establece claramente un tipo de delito directa e inequívocamente referible al caso.

En todo caso, la radical posición del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ha sido contrarrestada por la jurisprudencia posterior del propio Constitucional, que ha mostrado una mayor cautela a la hora de afrontar los problemas de conflicto entre actuación en conciencia y protección del derecho a la vida. Nos referimos, en particular, a dos sentencias de 1990 relativas a casos

---

nez-Torrón & M.A. Jusdado, *La objeción de conciencia a los tratamientos médicos…,* cit. en nota 4 de este capítulo, pp. 950-954.

[56] *Vid*. M. Bajo Fernández, *La intervención médica contra la voluntad del paciente,* en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales» (1979), pp. 490 ss.; y, del mismo autor, *Agresión médica y consentimiento del paciente,* en «Cuadernos de Política Criminal» (1985), pp. 130 ss.; L. Martín-Retortillo, *Derechos fundamentales en tensión,* en «Poder Judicial» (1984), pp. 38 ss.; F. Bueno Arús, *Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del derecho penal,* en «Poder Judicial» (1985), pp. 18 ss.; G. Escobar Roca, *La objeción de conciencia en la Constitución española,* Madrid 1993, p. 365.

[57] Cfr. J. Hervada, *Libertad de conciencia…,* cit. en nota 21 de este capítulo, p. 50.

de huelga de hambre emprendidas por miembros del grupo terrorista GRAPO internados en prisión. En ellas, el Tribunal Constitucional, sin circunscribirse sólo a casos de objeción por razones religiosas, ha afirmado que, en circunstancias ordinarias, la imposición obligatoria de una terapia podría ser considerada como una violación de los derechos constitucionales del paciente, cuando éste ha rehusado voluntariamente la terapia y aceptado el consiguiente riesgo de muerte, suponiendo que el paciente sea la única persona perjudicada por su decisión [58]. Por citar textualmente las palabras del Constitucional: «Una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta (en cuyo caso, podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad) y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida, con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico». Conviene hacer notar que las sentencias mencionadas resuelven supuestos conceptualmente diversos a la objeción de conciencia por razones religiosas, entre otras razones porque para los reclusos la huelga de hambre no era el único medio posible de oponerse a la disposición que protestaban, mientras que para el testigo de Jehová la negativa a la transfusión de sangre es la única actividad omisiva posible para no traicionar sus creencias [59]. Aun así, su doctrina resulta sin duda aplicable a los problemas que aquí contemplamos [60].

De hecho, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su auto de 23 de diciembre de 1992, parece incorporar esa doctrina del Tribunal Constitucional [61]. Con ese auto se ponía fin al recurso contra una decisión judicial de 17 de febrero del mismo año, que permitía la administración de hemoterapia a una enferma de cáncer incurable, perteneciente a los Testigos de Jehová. El juez *a quo* había fundamentado su autorización con una argumentación análoga a la llamada «teoría del falso conflicto», enunciada en 1969 por la doctrina jurídica

---

[58] Cfr. STC 137/1990, 19 julio 1990, FJ 5.º; y STC 120/1990, 27 junio 1990, FJ 7.º Una visión crítica de la argumentación del Tribunal puede verse en A. Ollero, *Derecho a la vida y derecho a la muerte,* Madrid 1994.

[59] Sobre este extremo, Z. Combalía, *La salud como límite al derecho de libertad religiosa,* en «Persona y Derecho» (Suplemento «Humana Iura») 3 (1993), p. 56. La cuestión de la objeción en casos de huelga de hambre es analizada por M. Cebriá García, *Objeciones de conciencia a intervenciones médicas…,* cit. en nota 51 de este capítulo, pp.101 ss. Especialmente interesantes son las observaciones de G. Díaz Pintos, *Interferencias legales en la autonomía del paciente: las imprecisas fronteras del derecho,* en «Medicina e Morale» (1995/96), pp. 1147-1173.

[60] *Vid*. R. Rodríguez Chacón, *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional,* Madrid 1992, p. 110.

[61] Texto parcialmente reproducido en «Actualidad Jurídica Aranzadi» 86 (1993), pp. 9-10.

estadounidense [62]. Según esa posición, no se obliga a la paciente a violar sus convicciones religiosas porque no se le deja opción, ya que se le impone el tratamiento médico por la fuerza, eximiéndola así de responsabilidad moral alguna [63]. El Tribunal Superior de Madrid entendió que ese razonamiento del juez *a quo* resultaba discutible, aunque en ningún caso determinaba que hubiera incurrido en un delito de impedimento de ejercicio de los derechos cívicos. Pero, por otra parte —y es aquí donde parece observarse la influencia de las sentencias del Constitucional de 1990—, el Tribunal afirmaba: «Tampoco comparte la Sala la tesis, rechazada igualmente por el Ministerio Fiscal, de que el juez tenga que autorizar forzosamente la transfusión para no incurrir en el delito de omisión del deber de socorro previsto y penado en el art. 489 ter del Código Penal. Si la paciente es mayor de edad, y adopta su decisión libremente, si no se trata de un menor, ni de un incapacitado, el Juez no tiene obligación ineludible de conceder autorización para realizar transfusiones, que entrañan un evidente riesgo y que admite métodos y soluciones alternativas. Desde luego no concurre un estado de necesidad, ni se trata de un auxilio omisivo al suicidio, ya que los testigos de Jehová no quieren la muerte sino vivir, aunque no a toda costa y a cualquier precio, ni conculcando sus creencias, por lo que su actitud no puede ser calificada de suicida, ni desde la perspectiva sicológica ni desde una perspectiva jurídica».

La influencia de la doctrina expresada por el Tribunal Constitucional en 1990 ha tenido también reflejo en la posición de otros tribunales españoles, contrarios a imponer judicialmente un tratamiento médico libremente rechazado por un adulto en ejercicio de su libertad religiosa [64].

---

[62] *Vid*. J. Morris Clark, *Guidelines for the Free Exercise Clause,* en «Harvard Law Review» 83 (1969), p. 345.

[63] En concreto, afirmaba el juez de instancia: «[...] tal prevalencia de nuestra Carta Magna a favor del respeto a la vida nos conduce inexorablemente a optar por su protección frente a otros derechos. En realidad no transgredimos un derecho fundamental de la enferma, como sería el de la libertad de culto, puesto que a la misma no se le exige abdicar de sus creencias, sino que se permite al equipo médico que la atiende practicar una transfusión en contra de la voluntad de la paciente. No se fuerza a ésta a cometer pecado puesto que se le obliga a recibir transfusión y obviamente si no hay voluntad no hay pecado. La enferma no comete transgresión alguna contra sus códigos éticos ya que somos nosotros quienes le compelemos contra su voluntad, nosotros la eximimos de culpa moral, ética o religiosa, y asumimos nosotros la autoría de tal transgresión para salvarle la vida». Texto reproducido en el fundamento jurídico VII del auto del TSJ de Madrid de 23 diciembre 1992.

[64] *Vid.*, por ejemplo, todas ellas relativas a objeciones de testigos de Jehová, AAP de Las Palmas (Sección 2.ª) 143/1999, 7 septiembre 1999; AAP de Vizcaya (Sección 6.ª) 291/2001, 6 julio 2001; AAP de Guipúzcoa (Sección 2.ª) 2053/2005, 18 marzo 2005.

### 3.2. *Objeción de conciencia a hemotransfusiones y custodia de los hijos*

La cuestión de la relevancia de la religión de los padres a la hora de decidir sobre cuál de los esposos debe hacerse cargo de la custodia de los hijos es asunto frecuente en la jurisprudencia comparada, y también, en menor pero creciente medida, lo ha sido en España [65]. Siguiendo las mismas pautas del caso *Hoffmann,* decidido por el Tribunal de Estrasburgo [66], y aunque no siempre ese precedente haya sido tomado explícitamente en consideración, la clara tendencia de los tribunales españoles es rechazar que, en casos de divorcio, la opción religiosa de uno de los progenitores por la doctrina de los Testigos de Jehová sea un factor relevante para determinar si es o no apropiado para que se le confíe la custodia. Otra cosa —se afirma— implicaría un trato desigual e injustificado por razón de la religión, en contra de la libertad reconocida en el art. 16 CE [67]. A lo más que llegan algunas decisiones es a indicar que la custodia atribuida al cónyuge testigo de Jehová —frecuentemente la madre en los casos examinados— ha de supeditarse a ciertas medidas de prudencia tendentes a minimizar los riesgos para los hijos en la hipótesis de que necesiten en el futuro una transfusión sanguínea: por ejemplo, dejar constancia de que tiene la obligación de poner en conocimiento del otro cónyuge cualquier circunstancia que pueda afectar a la vida o salud de los hijos [68].

No obstante, hay un antiguo —y al parecer no reiterado— pronunciamiento del Tribunal Supremo, en 1980 [69], que no descarta la posibilidad de que las creencias de los Testigos de Jehová puedan tener efectos respecto a la atribución de custodia. En el caso en cuestión, la esposa pretendía que se le concediera la patria potestad sobre de la única hija del matrimonio, de dos años de edad. Ambos cónyuges eran testigos de Jehová en el momento de su matrimonio —civil— pero, tras la conversión del marido a la religión católica, la mujer pidió la separación matrimonial por malos tratos. El juez de primera instancia concedió la separación solicitada y declaró a la esposa cónyuge inocente, pese a lo cual no le transfirió la patria potestad sobre la hija. El Supremo desestimó el recurso de casación afirmando que su función se reducía a preguntarse si los

---

[65] *Vid*. M. Cebriá García, *Objeciones de conciencia a intervenciones médicas…,* cit. en nota 51 de este capítulo, pp. 92 ss.

[66] *Vid*. *supra,* epígrafe 2.2.d) de este capítulo.

[67] Así, por ejemplo, por referirnos a casos en apelación, SAP de León de 7 junio 1994; SAP de Almería (Sección 2.ª) 194/1999, 14 junio 1999; SAP de Salamanca 502/1999, 14 julio 1999; SAP de Barcelona (Sección 12.ª) 99/2006 de 21 febrero 2006; SAP de Murcia (Sección 4.ª) 242/2008, 26 junio 2008.

[68] En ese sentido se pronuncian las sentencias de las audiencias provinciales de León y Salamanca mencionadas en la nota anterior.

[69] STS 126/1980 (Sala de lo Civil) de 27 febrero 1980.

tribunales inferiores habían incurrido en infracción de ley al estimar que había motivos suficientes para decretar la separación, y en tal sentido su respuesta había de ser negativa. No se trataba, por tanto, de una cuestión referente a las creencias religiosas de la actora, sino a la determinación de los motivos legales de separación matrimonial. Añadía la sentencia que la cuestión de la patria potestad quedaba a la entera discrecionalidad del juez de instancia, el cual, por otro lado, no había actuado de manera arbitraria, ya que era lógico incluir las creencias religiosas de la madre entre los factores a tener en cuenta, en la medida en que implicaban un hipotético riesgo para la salud o incluso la vida de la menor, por su objeción a las transfusiones [70].

### 3.3. *Objeción de conciencia y responsabilidad criminal de padres o coadyuvantes*

Al igual que en el derecho comparado, en los supuestos de fallecimiento de menores por no autorizar sus progenitores transfusiones de sangre, se plantea la importante cuestión de si los padres objetores son criminalmente responsables por la muerte de su hijo. El caso más conocido en la jurisprudencia española se originó en Huesca, en 1994, y fue decidido por el Tribunal Constitucional en amparo en 2002 [71].

Para apreciar en todo su alcance el significado de la mencionada sentencia del Constitucional, conviene conocer con algún detalle los hechos del caso. Marcos Alegre, niño de trece años residente en Ballobar (Huesca), hijo de un matrimonio de testigos de Jehová, y creyente él mismo en los dogmas de dicha religión, sufrió en septiembre de 1994 una caída de bicicleta, aparentemente sin importancia. No obstante, a los tres días comenzó a sangrar abundantemente por la nariz. Examinado en un centro hospitalario público de Lérida, los médicos explicaron a los padres que su hijo se hallaba en situación de alto riesgo hemorrágico, por lo que era necesaria una transfusión de sangre. Sin ella no podrían, además, practicar las pruebas necesarias para diagnosticar la patología que había producido la hemorragia (patología que en todo caso se intuía grave). Rechazada la transfusión por los padres en virtud de sus creencias, los médicos

---

[70] Indicaba literalmente la sentencia que no podía dejar de «influir, circunstancialmente como uno de los factores a tener en cuenta, el que la salud o incluso la vida de la menor, pueda estar afectada, de quedar al cuidado de la madre, de no poder ser objeto de una transfusión de sangre si ello fuera necesario, dadas las normas sobre ello de las creencias religiosas de ésta».

[71] STC 154/2002, 18 julio 2002. *Vid*. un amplio comentario al respecto en C. Molina, T.M.ª Pérez-Agua & S. Siera, *Objeción de conciencia de un menor al tratamiento médico. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002 de 18 de julio de 2002,* en RGDCDEE 6 (2004), pp. 1-50; también en M. Cebriá García, *Objeciones de conciencia a intervenciones médicas…,* cit. en nota 51 de este capítulo, pp. 72 ss.

solicitaron y obtuvieron autorización judicial para proceder a la misma; los padres acataron la decisión judicial y en ningún momento la obstaculizaron. La transfusión, sin embargo, no pudo ser llevada a cabo, pues el menor reaccionó con auténtico terror y los médicos estimaron que su violenta excitación podía desencadenar una hemorragia cerebral; renunciaron también a la práctica de la transfusión mediante la utilización de algún procedimiento anestésico, por no considerarlo ni ética ni médicamente correcto. Los médicos pidieron a los padres que intentaran persuadir a su hijo de que aceptara la transfusión. Ellos rehusaron, por considerar que iba contra sus convicciones religiosas y contra las creencias en las que habían educado a su hijo. Se concedió más tarde el alta voluntaria del paciente a petición de los padres, quienes, durante los días siguientes, buscaron afanosamente especialistas que pudieran aplicar un tratamiento alternativo que no implicara hemotransfusión. La búsqueda fue infructuosa: los médicos de los distintos centros consultados coincidieron en apreciar la inexistencia, en este caso, de tratamiento alternativo. Los padres decidieron entonces regresar a su domicilio con su hijo, cuyo estado físico estaba ya muy deteriorado. Allí permanecieron hasta que, a instancias del Ayuntamiento de Ballobar, el juez competente ordenó la entrada en el domicilio familiar y el traslado del menor para que se procediera al tratamiento médico necesario. De nuevo los padres, después de hacer profesión de sus creencias y de su oposición, acataron pacíficamente la orden judicial. Marcos llegó al hospital en coma profundo y, aunque le fue entonces practicada la transfusión, no pudo evitarse su fallecimiento, apenas doce días después de su caída de la bicicleta.

Con sentencia de 20 de noviembre de 1996, la Audiencia Provincial de Huesca absolvió a los padres de toda responsabilidad penal, en contra de la opinión de la Fiscalía, quien pedía para los padres una condena por homicidio por omisión. Afirmaba la Audiencia de Huesca que «no es exigible [...] que los padres del menor, tras llevar a su hijo a un centro adecuado, tengan obligatoriamente que renunciar, en contra de su conciencia, a sus convicciones religiosas [...], no siendo tampoco jurídicamente exigible que dicho progenitor deba intentar convencer a su hijo de algo que, pese a los esfuerzos de todo el personal sanitario, ni él mismo está convencido». Máxime cuando se pedía a los padres una actuación contraria «a las enseñanzas que, en un uso y ejercicio regular, normal y ordinario de su libertad religiosa, habían ido transmitiendo a su hijo desde mucho antes de que se produjera el accidente, o de que se exteriorizaran los primeros síntomas de la enfermedad». Posteriormente, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en dos sentencias de 27 de junio de 1997, anuló la decisión de la Audiencia Provincial, y condenó a los padres como responsables de delito de homicidio, «con la concurrencia, con el carácter de muy cualificada, de la atenuante de obcecación o estado pasional». El Tribunal Supremo entendió que

la motivación religiosa de la conducta enjuiciada no conducía a su exculpación, sino a la mera atenuación de la responsabilidad penal de los padres.

Recurrida a su vez en amparo la sentencia condenatoria del Supremo, el Tribunal Constitucional declaró a los padres exentos de responsabilidad criminal. Dos razones principales vertebran la sentencia del Constitucional. En primer lugar, el Tribunal subraya el hecho de que el menor, al que sus trece años permiten atribuir una capacidad de raciocinio de cierta madurez, rechazó personalmente el tratamiento médico prescrito mediante el ejercicio de dos derechos fundamentales: el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física. Es verdad —indica el Tribunal— que no hay datos que permitan concluir que el menor tuviera la madurez de juicio requerida para adoptar una decisión vital y de efectos irreparables como la aquí contemplada, por lo que su toma de posición no vinculaba necesariamente a los padres, ni les eximía de su responsabilidad tutelar respecto del hijo. No obstante, la fuerte reacción del menor frente a la transfusión es un dato que no puede ser ignorado, ni por los padres mismos, ni por la autoridad judicial a la hora de valorar la colaboración que se pedía a éstos.

Sobre esta base —continúa el TC— se trata de examinar hasta qué punto el derecho de libertad religiosa de los padres afecta a su condición de garantes de la vida de su hijo menor de edad. Y concluye que, en las concretas circunstancias del caso presente, no era posible exigir a los padres una conducta activa, contraria a sus propias y profundas convicciones religiosas, dirigida a convencer al hijo —en contra de las enseñanzas que le habían transmitido durante toda su vida— de que aceptara la transfusión sanguínea. Sus deberes de tutela no les privan de su libertad religiosa, ya que la efectividad del derecho a la vida del menor —que es derecho preponderante aquí— no resultaba impedida por la actitud de los padres. Éstos, como queda probado, nunca obstaculizaron las actuaciones ordenadas judicialmente, y en todo momento buscaron diligentemente para su hijo aquellos cuidados médicos compatibles con sus creencias. Además, el resultado que podría haberse seguido de la conducta reclamada a los padres pertenece al ámbito de la mera hipótesis. Como señala la sentencia, «no queda acreditada ni la probable eficacia de la actuación suasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiese otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión».

En definitiva, el TC español busca conciliar dos aspectos centrales en el enjuiciamiento de esta clase de supuestos: proteger el derecho del menor a la vida —incluso frente a él mismo—, y garantizar ese espacio jurídico de actuación legítima —*agere licere*— inherente al derecho de libertad religiosa. Y ha elegido una vía intermedia. Así, por un lado, el Tribunal proclama que la preponderancia de la efectividad del derecho a la vida del menor exige de los padres no obs-

taculizarlo por su actitud. Es decir, les obliga a posibilitar sin reservas la acción tutelar del poder público, esto es, poner al menor en disposición efectiva de que sobre él se ejerza la acción tutelar judicial, aunque sus convicciones religiosas lo contradigan. Pero, por otro lado, declara que, en el caso examinado, reclamar de los padres, además, una actuación suasoria sobre el menor o permisiva de la transfusión (una vez que posibilitaron la acción tutelar del poder público, llevándolo a varios hospitales y aceptando pasivamente las decisiones médicas), contradice su derecho a la libertad religiosa yendo más de lo que les era exigible como garantes de la vida del menor.

Fuera del ámbito de la relación paterno-filial, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de conocer, en 1990 [72], un peculiar y atípico caso de cooperación con la objeción de un paciente adulto a las transfusiones de sangre. La víctima era una mujer, testigo de Jehová, que había ingresado muy grave en la Cruz Roja de Melilla como consecuencia de un trágico episodio de violencia doméstica: su esposo, aquejado de esquizofrenia paranoide caracterizada por un delirio de celos y persecución, le había asestado treinta y cinco puñaladas que le habían causado una importante hemorragia. Estando la paciente recién salida del quirófano, aún inconsciente y sometida a hemoterapia, se presentó en la habitación un testigo de Jehová insistiendo en que, por las creencias de la enferma, había que interrumpir inmediatamente la transfusión, y extrayendo de la enferma, por la fuerza, el catéter que permitía la hemoterapia. El incidente terminó con la muerte de la agredida poco después.

El Supremo, comprobada la conexión causal entre la conducta del acusado y el fallecimiento de la paciente, condenó a su correligionario por homicidio doloso con atenuante de obcecación, esta última en razón del —en palabras literales del Tribunal— «dogmatismo y la rigidez de los esquemas morales» de los Testigos de Jehová en relación con las hemotransfusiones [73]. Sus creencias religiosas, en cambio, no excluían el dolo, pues el acusado conocía el carácter ilícito de su comportamiento. Aunque la decisión del Supremo nos parece proporcionada, hay un elemento en su argumentación que nos parece más endeble: su referencia a la preeminencia absoluta del derecho a la vida sobre la libertad religiosa [74], con una significativa alusión al auto del propio Tribunal Supremo, antes citado, de 22 de diciembre de 1983 [75]. En nuestra opinión, hubiera sido preferible razonar simplemente sobre la base de que, estando la vida de una persona en juego, y no habiendo tenido la interesada oportunidad de manifestar con

---

[72] STS (Sala de lo Penal) de 27 marzo 1990.
[73] *Ibid*., FJ 3.º
[74] Cfr. *ibid*., FJ 2.º
[75] *Vid*. epígrafe anterior.

claridad su oposición radical a la transfusión al ser intervenida quirúrgicamente, nadie puede sustituir su voluntad al respecto, por mucha que sea la afinidad de planteamientos religiosos con la enferma que pueda alegar.

### 3.4. *La responsabilidad económica por los gastos derivados de tratamientos alternativos a las hemotransfusiones*

Por lo que se refiere a las consecuencias económicas de esta clase de objeción de conciencia, la principal cuestión es si el servicio público de salud está obligado a correr con los gastos de un tratamiento médico alternativo a las transfusiones de sangre cuando el paciente ha debido acudir a un centro privado. Hay algunas sentencias de tribunales superiores de justicia que han considerado que el paciente objetor tiene derecho al reembolso de gastos cuando la operación demandada con arreglo a sus creencias se ha practicado con éxito en una clínica privada, y han vinculado ese derecho expresamente a las consecuencias derivadas del ejercicio de su libertad religiosa. La mayor parte de la jurisprudencia, sin embargo, y la de más alto rango, se ha pronunciado desafortunadamente en dirección opuesta [76]. Lo cual ha recibido fundadas críticas en sede doctrinal [77], haciendo constar el formalismo extremo de esa actitud jurisprudencial, y también el hecho de que se produce una discriminación de las personas por razón de sus convicciones religiosas, que no puede justificarse, en términos realistas, por la carga económica —insignificante [78]— que las opciones religiosas del paciente comportan en esos casos para el sistema público de salud.

Entre las sentencias favorables al reintegro encontramos una de 1991 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha [79], y otras dos de los órganos jurisdiccionales equivalentes de Navarra (1993) [80] y de Canarias (2004) [81]. Todas ellas se referían a testigos de Jehová a los que se denegaba en hospitales públicos, por razones pretendidamente médicas, la realización de terapias que

---

[76] *Vid*. un análisis pormenorizado de la jurisprudencia y doctrina española al respecto en M. Cebriá García, *Objeciones de conciencia a intervenciones médicas…,* cit. en nota 51 de este capítulo, pp. 84 ss.

[77] *Vid*. A. Castro Jover, *Asistencia sanitaria y libertad religiosa, un supuesto: la denegación de reintegro de gastos médicos a los Testigos de Jehová,* en «Estudios en homenaje al Profesor Vidal Guitarte» I, Valencia 1999, pp. 211 ss.; C. Gala Durán, *El reintegro de gastos médicos y el derecho fundamental a la libertad religiosa: el caso de los «Testigos de Jehová»,* en «Revista Española de Derecho del Trabajo» 105 (mayo-junio 2001), pp. 341 ss.

[78] En la mayor parte de los casos planteados, las cantidades a reembolsar oscilaban entre los 3.000 y los 6.000 euros.

[79] STSJ Castilla-La Mancha de 15 abril 1991 (rec. n.º 183/1991).

[80] STSJ Navarra de 3 julio 1993 (rec. n.º 1281/1992).

[81] STSJ Canarias 158/2004 de 26 febrero 2004 (rec. n.º 207/1999).

no llevaran consigo transfusiones sanguíneas, al menos como posibilidad que debía aceptar el paciente —de otro modo, el equipo médico no aceptaba la responsabilidad de la intervención—. Los pacientes acudieron, sin embargo, a clínicas privadas donde pudo efectuarse el tratamiento correspondiente sin necesidad alguna de hemotransfusión. En el caso contemplado por la sentencia del Tribunal de Navarra, además, el enfermo ya había sido forzado previamente a recibir una transfusión contra su voluntad. Esta última sentencia indicaba que «a un testigo de Jehová [...] le asiste el pleno derecho a negarse a una asistencia médica inadecuada a sus creencias; supuesto que debe asimilarse a la denegación injustificada de asistencia y en consecuencia debe reconocerse el derecho al reintegro de cantidades». De lo contrario, puesto que «la negativa del enfermo a recibir tratamiento no es de ningún modo abusiva o caprichosa, [...] se conculcaría su derecho a la libertad religiosa, a la asistencia médica y se defraudarían los derechos económicos de quien cotizó puntualmente a la Seguridad Social» [82]. En el mismo sentido, la sentencia de Castilla-La Mancha, comprobado que era posible practicar la intervención quirúrgica con respeto a las convicciones de conciencia del paciente, entendía que la negativa del hospital público era injustificada y violaba su derecho fundamental de libertad religiosa, añadiendo que «en este caso, no constituía ni un riesgo contra la salud pública, ni limitaba la libertad de tercero» [83]. El paciente quedaba así legitimado para acudir a un centro médico privado donde pudiera recibir una terapia adecuada conforme a sus creencias.

Pese al acierto que nos parece representan esas sentencias de tribunales superiores de justicia, el hecho es que todas ellas han sido desautorizadas por posteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo y, en algún caso, también del Tribunal Constitucional.

Así, en 1993 el Supremo resolvía, en recurso de casación por unificación de doctrina, la contradicción entre la recién citada sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha y otra sentencia del TSJ de Extremadura de 1992 [84], que había dado la respuesta contraria a un problema análogo, y eximía de responsabilidad económica al INSALUD considerando que no se había conculcado el derecho constitucional a la libertad religiosa, pues el hospital público puso todos los medios que tenía a su alcance, y no utilizó las técnicas de la clínica privada por desconocerlas. En su decisión, el Tribunal Supremo se inclinaría por la posición, más restrictiva para la libertad de conciencia, del Tribunal de Extremadura, afirmando que el derecho de libertad religiosa incluye naturalmente la posibilidad de

---

[82] *Ibid*., FJ 2.º

[83] Recurso núm. 183/1991, FJ 4.º

[84] STSJ Extremadura de 4 marzo 1992 (rec. n.º 56/1992).

rechazar el tratamiento médico propuesto por el facultativo, pero no un derecho a que la asistencia médica sea proporcionada de acuerdo con los preceptos de una determinada religión: «El Estado debe respetar las creencias religiosas; pero no tiene el deber de financiar aquellos aspectos de las mismas que no sean acreedores de protección o fomento desde el punto de vista del interés general» [85]. Idéntica postura ha sido mantenida por el Supremo en 2009 [86], al resolver otro recurso de casación por unificación de doctrina, en relación con la aparente contradicción entre la mencionada sentencia del TSJ de Canarias de 2005 [87] y otra del TSJ de Cataluña de 2008 [88]. Un número relativamente elevado de sentencias de diversos tribunales superiores de justicia han seguido esta línea jurisprudencial en los últimos años [89].

El propio Tribunal Supremo había reafirmado en 1994 [90] su doctrina de 1993, al casar la antes citada sentencia del Tribunal de Navarra de 1993 [91]. Recurrida la sentencia del Supremo en amparo, el Tribunal Constitucional rechazaría en 1996 la pretensión del objetor [92], en contra de la opinión del Ministerio Fiscal, según el cual «la intervención quirúrgica sin transfusiones sanguíneas no parece que suponga grave excepcionalidad en los planes de previsión presupuestaria asistencial de la Sanidad Pública» [93]. Dos argumentos principales justificaban la decisión del Constitucional.

---

[85] STS (Sala de lo Social) de 14 abril 1993 (rec. n.º 1446/1992), FJ 2.º, § 3.

[86] STS de 25 julio 2009 (Sala de lo Social, rec. n.º 3404/2008), Ref. Iustel: §294726.

[87] Cit. en nota 81 de este capítulo.

[88] STSJ de Cataluña 4982/2008, de 13 junio 2008 (rec. n.º 2522/2007). En esta ocasión el Tribunal Supremo rechazó el recurso que el actor —testigo de Jehová— interponía contra la sentencia del TSJ de Cataluña, haciendo notar algunas diferencias entre los supuestos de las sentencias de ambos tribunales superiores, lo cual impedía apreciar que existía la contradicción necesaria para proceder a la unificación de doctrina. En concreto, en la sentencia de Canarias constaba que la terapia solicitada en la clínica privada estaba disponible en el hospital público, y constaba también que esa terapia era adecuada. El Supremo consideró que ninguno de esos dos aspectos quedaba probado en el caso del recurrente, aceptando en ese sentido las alegaciones formuladas por el hospital público catalán involucrado en los hechos. Notemos, como curiosidad, que la actora en el proceso del TSJ de Canarias era la esposa del actor ante el TSJ de Cataluña.

[89] Cfr. STSJ de Andalucía de 22 octubre 1993 (rec. n.º 717/1992); SSTSJ de Madrid de 12 abril 1994 (rec. n.º 5365/1993), y 20 junio 1994 (rec. n.º 1690/1994); STSJ de Castilla-La Mancha de 13 febrero 1995 (rec. n.º 1044/1994); SSTSJ de Galicia de 24 abril 1997 (rec. n.º 4132/1994), 25 noviembre 1997 (rec. n.º 1267/1995), y 25 enero 2002 (rec. n.º 4884/1998); STSJ del País Vasco de 15 mayo 2001 (rec. n.º 417/2000); STSJ de Asturias de 14 noviembre 2004 (rec. n.º 364/2003); STSJ de Cataluña 4982/2008, de 13 junio 2008 (rec. n.º 2522/2007).

[90] STS (Sala de lo Social) de 3 mayo 1994 (rec. n.º 2710/1993).

[91] Cit. en nota 80 de este capítulo.

[92] STC 166/1996, 28 octubre 1996.

[93] *Ibid*., Antecedente 8.º

Por una parte, se hacía notar que la obligación de la Seguridad Social de proporcionar determinadas prestaciones sanitarias depende de la *lex artis* de los médicos a quienes compete esa responsabilidad en el caso concreto. A ellos corresponde decidir el tipo de tratamiento aplicable de acuerdo con las normas de la medicina. De tal manera que «las causas ajenas a la medicina, por respetables que sean —como lo son en este caso—, no pueden interferir o condicionar las exigencias técnicas de la actuación médica» [94].

Por otra parte, y en conexión con lo anterior, afirmaba el TC que ciertamente la Constitución, y la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980, imponen al Estado deberes positivos en relación con la libertad religiosa de los ciudadanos, como facilitar la asistencia religiosa en determinados centros de internamiento o la formación religiosa en los centros docentes públicos. «Pero de estas obligaciones del Estado y de otras tendentes a facilitar el ejercicio de la libertad religiosa, no puede seguirse, porque es cosa distinta, que esté también obligado a otorgar prestaciones de otra índole para que los creyentes de una determinada religión puedan cumplir los mandatos que les imponen sus creencias. La prestación de una asistencia médica en los términos exigidos por el recurrente supondría, como hemos señalado en otra ocasión, "una excepcionalidad, que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición"» [95]. Añadiendo que «el art. 14 de la Constitución reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato» [96].

Como puede observarse, la noción de discriminación indirecta como parte del derecho de libertad religiosa no forma parte del horizonte argumental de esta sentencia. Por ello nos parece más acertado el voto particular discrepante que formulaba un magistrado (González Campos), en el que se subrayaban sobre todo dos cosas. Primero, que el Constitucional había perdido la oportunidad de pronunciarse acerca de la legitimidad constitucional de un tratamiento impuesto forzosamente a un adulto, en pleno uso de sus facultades, que lo rechaza por razones religiosas —pues, en efecto, el recurrente, en una intervención quirúrgica anterior, había recibido una transfusión sanguínea en el hospital público, autorizada judicialmente ante su negativa a recibirla—. Segundo, que las prestaciones de la Seguridad Social —cuya garantía última incumbe a los poderes públicos, y no sólo a los profesionales médicos que forman parte de los

---

[94] *Ibid*., FJ 3.º

[95] *Ibid*., FJ 4.º, con referencia expresa a la STC 19/1985, una sentencia —no muy afortunada en nuestra opinión— relativa a objeción de conciencia al trabajo en sábado, que es comentada en el capítulo 10, epígrafe 5.3.

[96] STC 166/1996, FJ 5.º

centros sanitarios públicos— no pueden llevarse a cabo al margen de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución, entre ellos la libertad religiosa. De otro modo, se ignoraría el mandato constitucional de promover las condiciones para hacer real y efectiva la libertad del individuo y de los grupos en que se integra (art. 9.2 CE). Lo cual resulta particularmente aplicable cuando las exigencias derivadas del ejercicio de la libertad religiosa no contradicen la *lex artis* de la medicina, como lo prueba el hecho de que un centro privado pudiera garantizar al mismo tiempo la salud del paciente y el respeto de sus convicciones de conciencia.

### 3.5. *La Ley de 2002 sobre la autonomía del paciente*

La Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente [97], puede incidir de manera significativa en toda esta materia. Dicha ley otorga a los médicos mismos el poder de intervenir a un paciente sin su consentimiento, en determinadas circunstancias, y sin necesidad de intervención judicial previa. Conviene precisar que la ley no contempla un tratamiento específico para la objeción de conciencia, sino que trata toda esta materia desde la perspectiva de la autonomía del paciente y su derecho a recibir un tratamiento médico solamente después de haber dado su consentimiento informado (a veces por escrito, como en el caso de intervenciones quirúrgicas [98]).

Así, el art. 9.2 autoriza a los facultativos a realizar «las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento», en dos hipótesis.

---

[97] Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. *Vid*. al respecto M. Cebriá García, *Objeciones de conciencia a intervenciones médicas…,* cit. en nota 51 de este capítulo, pp. 32 ss.

[98] «*Artículo 8. Consentimiento informado.*— 1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.— 2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. [...]». *Vid*. al respecto el detallado análisis de S. Tarodo, *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios,* Bilbao 2005, pp. 291 ss., y, respecto a la cuestión de los límites al derecho a la información asistencial y a la libertad de decisión sobre la propia salud, pp. 358 ss. También S. Pérez Álvarez, *Incidencia de las nuevas biotecnologías en el derecho a la protección de la salud reproductiva de los pacientes: ¿de vueltas al Estado libertal?,* en «Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina» (dir. por S. Adroher Biosca y F. de Montalvo Jääskeläinen), Pamplona 2008, pp. 612 ss.

El primero es un caso conocido en el derecho comparado: cuando existe «riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley». El supuesto más claro es el de peligro de epidemia, que puede mover a las autoridades, por ejemplo, a decretar vacunaciones obligatorias o a recluir a algunas personas en cuarentena. Es natural que las convicciones de conciencia del paciente deban entonces ceder por causa de dos intereses superiores expresamente reconocidos por el art. 3.1 LOLR y por el art. 9.2 CEDH: la protección de la salud pública, y la garantía de los derechos de los demás. La obligatoriedad de esos tratamientos, precisa el art. 9.2 de la Ley de autonomía del paciente, debe ser impuesta por una norma legislativa. Además, cuando las medidas adoptadas impliquen el internamiento de personas, habrán de ponerse en conocimiento de la autoridad judicial competente en un plazo de 24 horas.

El segundo caso puede suscitar más perplejidades, dependiendo de cómo se interprete la norma, que no termina de resultar clara. Se trata de las situaciones en que «existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización». En efecto, no queda claro si la imposibilidad de obtener la autorización del paciente se refiere solamente a circunstancias de inconsciencia —que sería lo razonable— o incluye también aquellos otros casos en los que el paciente, deliberadamente y en pleno uso de sus facultades, rechaza de plano el tratamiento que le salvaría, como sucede con los testigos de Jehová que objetan a las transfusiones sanguíneas. Esta segunda interpretación, a nuestro juicio, concedería un excesivo poder de decisión al médico responsable, quien no sólo podría ignorar la falta del consentimiento del paciente —en contra de lo dispuesto en el propio art. 8.1 de la Ley—, sino que ni siquiera necesitaría obtener autorización judicial o, al menos, el parecer conforme de otro facultativo, como en ocasiones establece la legislación de otros países. Únicamente se le impone el vago deber de consultar, «cuando las circunstancias lo permitan», a los familiares o a las personas vinculadas de hecho al paciente, sin establecer prelación alguna entre parientes y sin la menor obligación de contar con su anuencia.

Junto a lo anterior, el art. 9.3 contempla las situaciones en que puede darse el consentimiento por representación, en términos que tampoco son suficientemente precisos. Para el tema que aquí tratamos, los párrafos más relevantes son el a) y el c). Según el primero, pueden emitir el consentimiento en representación del paciente las «personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho» cuando «no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación». Se abre así de nuevo la posibilidad de interpretaciones que otorguen demasiada discrecionalidad al personal médico y poco compatibles con la legítima libertad de conciencia de los ciudadanos. El párrafo c) se refiere especí-

ficamente al menor de edad, cuando, según indica la ley, «no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención». En tal caso —cuya apreciación, implícitamente, se deja otra vez en las solas manos del médico responsable—, y siempre que el menor no tenga dieciséis años o esté emancipado, el consentimiento lo otorgará su representante legal (después de haberle escuchado, si ha cumplido los doce años). No obstante, «en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo», se aplicaría la norma del art. 9.2 relativa a intervenciones sin el consentimiento del paciente, y sólo existiría la obligación de informar a los padres del mismo.

La Ley de autonomía del paciente resulta tal vez demasiado simplista para afrontar la diversidad de los problemas que se derivan de la objeción de conciencia a tratamientos médicos. Hay, como se ve, demasiados cabos sueltos, y un excesivo poder de decisión en manos de una persona que, en el mejor de los casos, contempla el problema desde el exclusivo prisma de su pericia médica, y que probablemente no está en condiciones de examinar la complejidad de los perfiles jurídicos de cada situación. Habrá que ver cómo responden los tribunales, y la sociedad misma, a la aplicación de esta nueva norma que podría contribuir a sembrar dudas en un panorama que comenzaba a ser clarificado por la jurisprudencia.

# Capítulo 8

# Conflictos entre ley y conciencia en el ámbito educativo

SUMARIO: 1. La negativa a participar en actividades o ceremonias en la escuela: 1.1. *Los* flag salute cases *en la jurisprudencia y legislación comparadas.* 1.2. *Los casos* Efstratiou *y* Valsamis *en Europa*.—2. El rechazo de la escolarización obligatoria: el *home schooling*.—3. La objeción de conciencia a ciertos contenidos docentes: 3.1. *La enseñanza religiosa confesional*. 3.2. *La jurisprudencia de Estrasburgo.* 3.3. *El derecho norteamericano.* 3.4. *El derecho alemán*. 3.5. *El derecho español*. 3.6. *El caso español de la asignatura «Educación para la ciudadanía»*. 3.7. *La conveniencia de un tratamiento preventivo de los conflictos de conciencia en el ámbito escolar.*

La enseñanza es un entorno fuertemente reglado por el Estado en las sociedades contemporáneas, con particular intensidad cuando se trata de la enseñanza preuniversitaria. Sin duda la educación de los menores, y su orientación, es responsabilidad primordial de los padres o tutores legales; de ahí los derechos que les confieren tanto los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos como frecuentemente las Constituciones [1]. Pero, al mismo tiempo, se entiende que las autoridades públicas tienen la responsabilidad de asegurar un mínimo de educación a la infancia y la juventud, en aras del interés de la sociedad en general y de los menores en particular; recuérdese, a este propósito, que las normas internacionales señalan «el interés superior del niño» como el punto clave de referencia para la actuación de los poderes públicos en relación con los menores [2]. Es natural que esa confluencia de responsabilidades, parental

---

[1] *Vid*. art. 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); art. 2 del Primer Protocolo al Convenio Europeo de Derechos Humanos (1952); art. 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); art. 14.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989). En España, art. 27.3 de la Constitución.

En relación con la jurisprudencia de Estrasburgo sobre esta materia, interpretando el art. 2 PCEDH, *vid*. recientemente, V. Turchi, *Educazione e religione nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo,* en «Æquitas sive Deus. Studi in onore di Rinaldo Bertolino», vol. II, Giappicchelli, Torino 2011, pp. 1044-1082.

[2] Así, por ejemplo, el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración

y pública, unida a las propias actitudes de los menores —que se acentúan en paralelo a su desarrollo psicológico y emocional—, incremente las posibilidades de conflictos entre ley y conciencia en el ámbito educativo.

La experiencia del derecho comparado muestra que tales conflictos suelen ofrecer, sobre todo, dos vertientes. Una se refiere a aquellos casos en que la conciencia de los menores, o de sus padres, se opone a determinados contenidos didácticos que son impartidos regularmente como parte del *curriculum* escolar, o incluso, en casos más extremos, a la escolarización misma fuera del entorno estrictamente familiar. La otra consiste en la negativa a aceptar algunas normas que rigen la vida del colegio; por ejemplo, la obligada participación en ciertas actividades escolares de carácter no estrictamente docente, o bien las reglas de vestimenta escolar, cuando se oponen a preceptos religiosos que imponen portar determinadas prendas. Por razones sistemáticas, este último tipo de situaciones será estudiado en el capítulo 9, relativo al uso de simbología religiosa.

## 1. La negativa a participar en actividades o ceremonias en la escuela

Los casos más conocidos en el derecho comparado han sido protagonizados por estudiantes pertenecientes a los Testigos de Jehová. Los supuestos más frecuentes han sido los llamados *flag salute cases,* es decir, la oposición a tomar parte en ceremonias escolares en que se honraba a la bandera nacional como símbolo patrio. Pero en Canadá los tribunales se han pronunciado también acerca del rechazo a la práctica de oraciones colectivas en el colegio, y la jurisprudencia de Estrasburgo ha enjuiciado, por su parte, dos interesantes demandas relativas a la objeción a participar —pasivamente— en desfiles conmemorativos de una fiesta nacional.

### 1.1. *Los* flag salute cases *en la jurisprudencia y legislación comparadas*

a) *Estados Unidos*

Con este nombre se designan una serie de casos, que llegaron al Tribunal Supremo en Estados Unidos en los años 1940, en los que la controversia tenía su origen en la negativa de algunos alumnos de escuelas estatales, pertenecientes a los Testigos de Jehová, a participar activamente en la ceremonia cotidiana de

---

primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». La expresión *(the bests interests of the child)* se repite constantemente a lo largo del articulado de la Convención.

saludo a la bandera nacional [3] (el saludo incluía algunos gestos con la mano y la recitación, en pie, de una fórmula de fidelidad a la patria [4]). El motivo del rechazo se fundaba en el carácter de acto idolátrico atribuido a esa ceremonia, según la doctrina de su religión. La consecuencia frecuente del comportamiento omisivo de los alumnos objetores era su expulsión del colegio y, a veces, también sanciones para los padres de los alumnos involucrados.

Para los Testigos de Jehová, en efecto, el saludo ceremonial a la bandera, en la medida en que implica la aceptación y acatamiento de un símbolo político y «mundano», equivale a un acto de idolatría inaceptable para su conciencia. Una doctrina análoga suele predicarse respecto del himno nacional [5]. Más en concreto, fundamentan su objeción de conciencia en algunos pasajes de la Biblia. En especial, Éxodo 20:3-6: «No habrá para ti otros dioses delante de mí. No te harás escultura ni imagen alguna ni de lo que haya arriba en los cielos, ni de lo que hay abajo en la tierra, ni de lo que hay en las aguas debajo de la tierra. No te postrarás ante ellas ni les darás culto, porque yo, Yahveh, tu Dios, soy un Dios celoso». Y también Lucas 4:8: «Está escrito: adorarás al Señor tu Dios y sólo a Él darás culto». Sobre esa base escriturística, los Testigos de Jehová rechazan toda

---

[3] *Vid.,* para un estudio más detallado sobre las sentencias que aquí se citan, J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano,* en ADEE 1 (1985), pp. 428 ss. Cfr. también G.M. MORÁN, *La protección jurídica de la libertad religiosa en U.S.A.*, Santiago de Compostela 1989, pp. 85-86.

[4] Se trataba de recitar, con la mano derecha extendida desde el pecho en dirección a la bandera, la promesa de lealtad a la nación: «I pledge allegiance to my flag, and to the Republic for which it stands; one nation indivisible, with liberty and justice for all». Es decir: «Prometo lealtad a mi bandera, y a la República que representa; una nación indivisible, con libertad y justicia para todos». Ese tipo de promesas era frecuente en algunos ámbitos del derecho estadounidense. Por ejemplo, una promesa de lealtad se exigía también en los trámites de nacionalización, o naturalización, de extranjeros, lo cual dio origen —a partir de finales de los años 1920— a diversos casos de objeción de conciencia por parte de algunas personas de convicciones pacifistas, pues la fórmula empleada incluía una referencia a la disponibilidad para defender a la patria contra sus enemigos. En 1946, en la sentencia *Girouard,* el Tribunal Supremo zanjaría la cuestión decidiendo en favor de los objetores. *Vid*. al respecto J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano,* cit. en nota precedente, pp. 418-423; y R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano,* Madrid 1994, pp. 115-121.

[5] Un interesante análisis de la evolución y características actuales de los Testigos de Jehová, escrito por persona ajena a la organización, puede encontrarse en A. G. CHIZZONITI, *I Testimoni di Geova: da chiesa congregazionalista a organizzazione teocratica,* en V. PARLATO & G.B. VARNIER (eds.), «Normativa ed organizzazione delle minoranze religiose in Italia», Giappicchelli, Torino 1992, pp. 249-277. Ahí puede encontrarse también una bibliografía relativamente abundante sobre el tema. Entre los numerosos recursos disponibles en Internet, pueden verse: http://www.religioustolerance.org/witness.htm (fuente independiente con abundantes referencias sobre otros lugares para obtener documentación) y http://www.watchtower.org/index.html (sitio oficial de los Testigos de Jehová) (visitadas 28 septiembre 2010).

ceremonia y actuación que implique reverencia o culto a los emblemas nacionales. Pero, al mismo tiempo, declaran que nunca expresarán irreverencia hacia los símbolos patrios, pues, al igual que piden respeto para su creencia, consideran necesario respetar los sentimientos de quienes aprecian esos símbolos como algo sagrado o inviolable [6].

El primer caso decidido por el Supremo norteamericano fue *Gobitis,* en 1940 [7]. Se refería a dos menores testigos de Jehová, de diez y doce años, que habían sido expulsados de una escuela pública, en Pennsylvania, por negarse a tomar parte en la ceremonia de saludo a la bandera. Como estaban en la edad de escolarización obligatoria, sus padres debían enviarlos a un centro privado, con el consiguiente desembolso económico. En las dos primeras instancias, los padres obtuvieron una sentencia favorable, pero el Supremo daría la razón a las autoridades educativas. El Tribunal entendió que la imposición de la ceremonia mencionada no violaba el derecho al libre ejercicio de la religión, garantizado por la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. La libertad religiosa —afirmaba el Tribunal— no es, por su propia naturaleza, ilimitada; y, según revela la historia jurídica norteamericana, debe ceder cuando contrasta con la necesidad social que se manifiesta en la voluntad del legislador. Es decir, los escrúpulos de conciencia no relevan de la obligación de someterse a las leyes, siempre que éstas no estén concebidas para restringir o fomentar las ideas religiosas (o, lo que es lo mismo, que sean leyes de carácter «neutral» y de aplicación general).

Por otro lado, el Tribunal consideraba que no podía amparar la solicitud de exención de la ceremonia de saludo a la bandera, por dos razones. Primero, se trataba de una ceremonia dirigida a fomentar la unidad nacional, que es uno de los intereses de mayor rango en la escala de valores legales. Y segundo, de no

---

[6] Como explicaban los representantes legales de los Testigos de Jehová en México, con ocasión de la presentación de ciertas quejas a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, «vemos el saludo a la bandera como un acto de adoración. Aunque no saludamos la bandera de ninguna nación, esto ciertamente no se hace como señal de falta de respeto. Sí respetamos la bandera del país donde vivimos, sea cual sea éste, y mostramos este respeto por nuestra obediencia a las leyes del país [...]. Por eso, mientras otros saludan y juran lealtad, nuestros hijos están de pie en calma y respetuosamente durante la ceremonia del saludo a la Bandera. Como Testigos de Jehová, aceptamos y sostenemos no sólo en México, sino en todo el mundo, que los símbolos patrios de cualquier nación deben ser respetados» (*Gaceta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos,* noviembre 1992, p. 87). Para más detalles sobre la posición de esta confesión religiosa, *vid*. la contribución de representantes mexicanos de los Testigos de Jehová a un coloquio internacional organizado en 1997 por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México: C. Cázares López & J.L. Peña de Hoyos, *Los Testigos de Jehová y la objeción de conciencia,* en el volumen colectivo «Objeción de conciencia», UNAM (Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas), México 1998, pp. 255-268.

[7] *Minersville School District v. Gobitis,* 310 U.S. 586 (1940).

probarse —como en este caso— la existencia de una clara violación de las libertades constitucionales, los tribunales no son el lugar adecuado para discutir el acierto o desacierto de una determinada política educativa. Además —añadía la sentencia—, la libertad personal no puede considerarse perjudicada mientras permanezcan abiertos los cauces democráticos que permiten intentar el cambio de legislación.

La debilidad del razonamiento del Tribunal Supremo en el caso *Gobitis* era palmaria, pues en ningún momento alude a los dos elementos clave del caso. Primero, el hecho de que, pese a la finalidad secular —«neutral»— de la ley, la conciencia de los Testigos de Jehová resultaba directamente afectada, al intentar obligárseles a realizar una declaración de creencias que repugnaba a sus convicciones, y que consideraban un acto de idolatría. Segundo, no se examinaba hasta qué punto la finalidad perseguida por la ceremonia del saludo a la bandera —fomentar el patriotismo y la unidad nacional— resultaría efectivamente amenazada si se concediera a los niños Testigos de Jehová, que constituían una exigua minoría, la exención que solicitaban.

Ésos eran precisamente los elementos a que aludía el juez Stone en su opinión discrepante de la sentencia. Sin duda, los tribunales no están para discutir la política educativa del gobierno, pero —como Stone mantiene acertadamente— sí pueden, y deben, juzgar si se ha conseguido un correcto análisis y, en lo posible, armonización, de los intereses jurídicos enfrentados. En otras palabras, se trata de lograr una «acomodación razonable» entre los intereses en conflicto. Aplicando esa idea al presente caso, concluía Stone que existían otros medios para educar a la juventud en el patriotismo sin necesidad de obligar a una persona a emitir una declaración que fuera contra sus creencias religiosas, bajo pena de expulsarlos de la escuela. La protección de la libertad religiosa —dirá Stone— sirve mucho más al interés público que la forzosa declaración de un pensamiento contrario a la propia conciencia. Y todavía añadía un argumento contra el formalismo de la sentencia: para garantizar la libertad de la persona no basta mantener abiertas las vías democráticas que posibilitan modificar la ley; eso sirve sólo a las posiciones mayoritarias, y la función de las libertades constitucionales es precisamente proteger a las minorías frente al posible abuso de una legislación amparada por la mayoría.

Tan insostenible era la decisión del caso *Gobitis* que, apenas tres años más tarde, en el caso *Barnette* [8], el Tribunal Supremo estadounidense rectificó expresamente su doctrina anterior, e hizo suyas las conclusiones del juez Stone, dando la razón a los Testigos de Jehová. Lo interesante de la sentencia *Barnette* es que en-

[8] *West Virginia Board of Education v. Barnette,* 319 U.S. 624 (1943).

tiende la ceremonia del saludo a la bandera como una forma de declaración que no sólo afecta a la libertad religiosa, sino también a la libertad de expresión y de pensamiento. En otras palabras, se trata de una obligada forma de declaración de ideas políticas, que incide sobre las diversas libertades garantizadas por la primera enmienda constitucional, en tanto que implica manifestar conformidad con una determinada organización del gobierno y del sistema político.

Desde ese punto de partida, se afirmaba que la supresión de la libertad de expresar la propia opinión sólo es tolerada por la Constitución cuando del ejercicio de tal libertad se deriva un «peligro evidente y actual» *(clear and present danger)*. El planteamiento de la cuestión experimentaba así un giro de 180 grados. No se trataba ya de dictaminar si era posible —o exigible— eximir a ciertos creyentes de una ceremonia de aparente interés público. La cuestión era si las autoridades podían imponer como deber legal inderogable una ceremonia que implicaba el acatamiento de una actitud política. La respuesta era naturalmente negativa, pues no parecía existir aquí un «peligro evidente y actual» que justificara tal imposición, en contra de la libertades de religión, de pensamiento y de expresión. A juicio del Tribunal, aunque la unidad nacional puede y debe ser fomentada, dichas libertades reclaman que no se imponga la declaración de convicciones a las personas, ni siquiera en materia tan importante para el orden jurídico estadounidense:

> «La libertad para disentir no se limita a las cosas que no son demasiado importantes. Eso sería una mera sombra de libertad. Para probar que es una libertad sustancial, es preciso reconocer el derecho a disentir en las cosas que tocan directamente el corazón del orden vigente. Si hay una estrella fija en nuestra constelación constitucional, es que no hay funcionario, alto o bajo, que pueda prescribir lo que ha de ser ortodoxo en política, nacionalismo, religión u otras materias opinables, o que pueda forzar a los ciudadanos a confesar, mediante palabras o actos, su fe en esas cosas» [9].

En definitiva, la sentencia *Barnette* venía a reafirmar el antiguo y conocido criterio de que, si bien la libertad de actuar es relativa, la libertad de creer es absoluta [10]. Por lo demás, conviene indicar que esta sentencia, al situar la libertad

---

[9] 319 U.S. 624, 642.

[10] Ese criterio fue expresado por primera vez en *Reynolds v. United States,* 98 U.S. 145 (1878), la sentencia que, en el siglo XIX, puso fin a la práctica de la poligamia por los mormones. En el ámbito europeo, la jurisprudencia de Estrasburgo ha aceptado expresamente esa doctrina, distinguiendo un *forum internum* y un *forum externum* en la libertad de pensamiento, conciencia y religión garantizada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (*vid*. sentencia *Kokkinakis c. Grecia,* 25 mayo 1993, §§ 31 y 33). Parece que la expresión *forum internum* fue utilizada por vez primera por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Dec. Adm. n. 10358/83 (caso *C. c. Reino Unido,* relativo a la objeción de conciencia fiscal de un cuáquero por sus convicciones pacifistas, en D & R 37, p. 142).

religiosa por encima de las disposiciones legales en materia educativa, no suponía una excepción en el derecho norteamericano, sino más bien la regla. Así, treinta años más tarde, en el caso *Yoder,* el Tribunal Supremo declararía que la libertad de religión debía prevalecer incluso sobre las normas estatales que imponían la escolarización obligatoria, en los años de la adolescencia [11].

b) *Canadá: saludo a la bandera y oración en la escuela*

También en Canadá se han dado, en tiempos ya distantes, conflictos relativos al saludo a la bandera. Así, el caso *Donald,* de 1945, planteado ante la Corte de Apelación de Ontario [12], se refería también a dos menores (12 y 16 años) que habían sido expulsados de la escuela pública por negarse a saludar a la bandera, a cantar el himno nacional y a recitar la promesa de lealtad a la nación, según prescribían las leyes que debía hacerse cada día al inicio o al final de la jornada escolar. Es interesante notar que la misma legislación sobre enseñanza reconocía el derecho a abstenerse de tomar parte en las prácticas religiosas que se realizaran en la escuela, si los padres o tutores formulaban objeción al respecto.

Cuando se compara esta sentencia con la del recién citado caso *Barnette,* tan próximo geográfica y cronológicamente, resalta su énfasis en que no es posible sustituir el juicio de conciencia de los Testigos de Jehová en esta materia. Por irrazonable que pueda parecer, no ya desde un punto de vista religioso o teológico, sino puramente humano, la actitud de los Testigos de Jehová —insiste el Tribunal— merece ser respetada: no por su contenido objetivo, o por estar de acuerdo con ella, sino por tratarse de una decisión libremente adoptada de acuerdo con sólidas y probadas convicciones religiosas [13].

La sentencia daría la razón a los apelantes Testigos de Jehová, considerando que la legislación, al reconocer el derecho a la objeción de conciencia a las prácticas religiosas en la escuela, no especificaba qué debía entenderse por

---

[11] *Vid. infra,* epígrafe 2 de este capítulo.

[12] *Donald v. The Board of Education for the City of Hamilton,* [1945] O.R. 518, [1945] 3 D.L.R. 424.

[13] Así, el juez ponente de la sentencia afirmaba: «Si se me permitiera seguir mis puntos de vista personales, me sería difícil entender cómo alguna persona razonable pudiera tener objeción alguna a participar en tal saludo por motivos religiosos o de otra clase. Para mí, la orden de unirme al saludo a la bandera o a cantar el Himno Nacional sería una orden no para unirme a una práctica religiosa obligatoria, sino más bien, si se mira desde la perspectiva adecuada, para unirme a un acto de respeto al principio contrario, es decir, mostrar respeto a una nación y a un país que defiende la libertad religiosa, y al principio de que la gente puede dar culto como prefiera, o no hacerlo de ningún modo. Sin embargo, al considerar si tales prácticas pueden o deben, en este caso, ser consideradas o no con significado religioso o de devoción, sería equivocado proceder sobre la base de opiniones personales acerca de lo que esas prácticas puedan incluir o excluir».

«prácticas religiosas» *(religious exercises, exercises of devotion or religion)*. Si los Testigos de Jehová atribuían a la ceremonia de saludo a la bandera un significado religioso —idolátrico—, su opción debía ser respetada, y su derecho a la exención de esa ceremonia reconocido, aunque no pareciera razonable desde un punto de vista «objetivo», o no fuera compartida por la mayoría de la población. Y realizaba una comparación con los preceptos alimentarios religiosos: comer es un acto en principio mundano, sin significación religiosa aparente, pero muchas religiones contienen mandatos prescribiendo ciertos días de ayuno o prohibiendo determinados alimentos.

Más reciente, y más importante por su impacto posterior en el sistema escolar canadiense, ha sido *Zylberberg,* en 1988 [14]: otra sentencia de la misma Corte de Apelación de Ontario que abordaba un supuesto de objeción de conciencia a la oración en colegios públicos. Un reglamento escolar dentro de la provincia de Ontario prescribía que en todos los colegios públicos la jornada escolar debía comenzar con el rezo del Padrenuestro y la lectura de algunos pasajes de las Escrituras. Para los defensores de la norma, se trataba no tanto de adoctrinamiento religioso sino de utilizar algunos elementos de la religión cristiana como instrumento para transmitir valores morales y educativos. Por otro lado, aunque la asistencia era en principio obligatoria, la norma preveía que no había dificultad alguna en eximir a los alumnos que no desearan participar en esas prácticas, previa solicitud de sus padres. No obstante, algunos padres que se oponían a la participación de sus hijos en esas oraciones recurrieron a los tribunales, pidiendo que se eliminaran esas oraciones y lecturas, cuya existencia entendían lesiva para los derechos de las minorías no cristianas —uno de los demandantes era judío, otro musulmán y el tercero no tenía religión, aunque estaba casado con una católica y sus hijos iban de vez en cuando a la iglesia.

La Corte falló a favor de los demandantes, y consideró que la imposición de oraciones y lecturas bíblicas en colegios públicos iba contra los derechos constitucionales de las minorías no cristianas. Es decir, la libertad religiosa de los demandantes no sólo les daba derecho a ser eximidos de la asistencia a esos actos, sino también a que esas prácticas religiosas fueran erradicadas del entorno escolar. Un elemento central de su argumentación era que la existencia de esas

---

[14] *Zylberberg v. Sudbury (Bd. of Education),* [1988] 1988 CarswellOnt 1093, 29 O.A.C. 23, 34 C.R.R. 1, 65 O.R. (2d) 641, 52 D.L.R. (4th) 577. C.A. Stephenson, *Religious Exercises and Instruction in Ontario Public Schools,* en «University of Toronto Faculty of Law Review» 49 (1991), pp. 82-105; también J. Woehrling, *L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la societé à la diversité religieuse,* en «Revue de Droit de McGill» 43 (1998), p. 373, y G.M. Dickinson & W.R. Dolmage, *Education, Religion and the Courts in Ontario,* en «Canadian Journal of Education» 21, 4 (1996), pp. 368-369. En España, E. Relaño, *El pluralismo religioso: el modelo canadiense,* en RGDCDEE 1 (2003), pp. 31-32.

prácticas religiosas constituía en sí misma una presión sobre los escasos alumnos inconformistas que solicitaban ser dispensados de las mismas, los cuales podían ser fácilmente estigmatizados o excluidos por sus compañeros. Junto a ello, la Corte de Ontario hacía notar que, si bien la finalidad de la norma era razonable —inculcar ciertos valores morales en la juventud—, el medio elegido resultaba desproporcionado por el impacto negativo que tenía en la libertad religiosa de los alumnos objetores. La sentencia concluía que «hay medios menos intrusivos de impartir valores educativos y morales», que «no es necesario dar primacía a la religión cristiana en los ejercicios que abren la jornada escolar» y que estos ejercicios «pueden estar mejor fundamentados en las tradiciones multiculturales de nuestra sociedad» [15]. En consecuencia, el reglamento escolar hubo de modificarse para permitir lecturas espirituales que no favorecieran una particular confesión religiosa.

Subrayemos que, frente a la sentencia *Donald* recién mencionada, sobre objeción de los Testigos de Jehová al saludo a la bandera, *Zylberberg* no se limita a reconocer un derecho a comportarse de acuerdo con las propias creencias. Lo que propiamente viene a garantizar es el derecho de personas individuales —que afirman, sin clara prueba, ser representativos de concepciones minoritarias— a no sentirse diferente del resto, al menos en el ámbito escolar. Aunque para ello tenga que modificarse el marco de convivencia tradicional que es producto de posiciones que de hecho representan a la mayoría de la población. Ciertamente, la conclusión a que llega la Corte es difícil de aceptar salvo que se pruebe que las posturas mayoritarias ejercen una presión clara e indebida sobre la libertad de las minorías o de los individuos singulares. Lo cual no parecía ser evidente en este caso. Resulta significativa, a este propósito, la importante disparidad de juicios entre los psicólogos que testificaron ante el tribunal de primera instancia. Uno de ellos afirmaba que, efectivamente, la diferencia de comportamiento de los alumnos objetores podía generar en ellos la convicción de que serían marginados por sus compañeros. Mientras que otros dos mantenían justamente lo contrario: que su conducta minoritaria y distinguible formaba parte del proceso normal del desarrollo emocional, y contribuía a que la diferencia no se percibiera como algo negativo sino como una ocasión para enseñar la tolerancia, que era un rasgo característico de la herencia multicultural de Canadá [16].

### c) *Argentina*

En Argentina, el problema de la objeción al saludo a la bandera vino resuelto por vía administrativa, mediante una resolución del Ministerio de Educación

---

[15] *Ibid*., § 63.
[16] Cfr. *ibid*., § 11.

y Justicia de 1984 [17] que aceptaba la primacía del derecho de libertad de expresión sobre la obligación de prestar honores a la bandera. En esa resolución se recordaba la importancia de las manifestaciones de respeto y veneración de los símbolos nacionales, pero también se insistía en que han de reconocerse y respetarse las libertades, y en particular la libertad de religión y culto. En consecuencia, «ante la existencia de corrientes religiosas que rechazan la veneración de símbolos o elementos externos por considerar incompatible dicha actitud con sus creencias», se modificaba la normativa vigente en la materia.

En concreto, la resolución ministerial especificaba que los alumnos podrían renunciar a los honores a la bandera «por razones de carácter religioso, fundadas en los principios sustentados por cualesquiera de las religiones y/o cultos reconocidos por el Estado Nacional e inscritos en el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación». Y, más allá de los estrictos límites de la ceremonia de saludo a la bandera, añadía que el mismo principio debía extenderse a «la veneración, ostentación y portación del Escudo Nacional, escarapela y distintivos con los colores patrios, y la entonación del Himno Nacional».

Por otro lado, la resolución de 1984 se cuidaba de evitar que la tutela de la libertad religiosa pudiera ser malentendida, y derivara hacia la permisividad respecto a actitudes que pudieran ser irrespetuosas hacia los símbolos nacionales. Quería dejar claro que la exención de la norma legal concedida a los objetores de conciencia no implicaba, en modo alguno, una relajación de la obligación legal ni una disminución de la importancia atribuida a los símbolos patrios. Por ello, el art. 3 de la resolución concluía indicando que el mencionado criterio «se aplicará siempre y cuando la actitud de abstención sea de respeto y recogimiento, y no conlleve manifestaciones de ofensa, agravio, menosprecio o deshonor».

La citada resolución de 1984 no ha impedido, sin embargo, que la jurisprudencia se haya visto obligada a conocer algunos casos de objeción de conciencia al homenaje a los símbolos patrios [18], incluida una resolución de la Corte Suprema relativa a docentes a los que se privaba de su puesto por negarse a dirigir los actos de homenaje a la bandera en el centro educativo. La Corte desestimó la reclamación por razones formales, aunque uno de los magistrados —la juez Highton de Nolasco— escribió un interesante voto particular indicando que debía haberse entrado en el fondo de la cuestión, y pronunciándose a favor de los derechos de la libre conciencia de los maestros objetores, cuya negativa

---

[17] Resolución 1818/1984, de 14 de agosto. Agradecemos al Prof. Juan Navarro Floria, de la UCA, sus amables referencias y aclaraciones sobre la situación en el derecho argentino.

[18] *Vid*. al respecto J. Navarro Floria, *El derecho a la objeción de conciencia,* Buenos Aires 2004, pp. 136-141.

«muy poco o nada puede afectar al bien común» [19]. Conviene hacer notar que la cuestión abordada en este fallo ha sido ulteriormente considerada en la formulación del «Plan Nacional contra la Discriminación», aprobado en 2005 [20]. En ese Plan se propone «reajustar el régimen educativo a fin de autorizar la objeción de conciencia a alumnos o docentes que aleguen ser Testigos de Jehová, reconociéndoles el derecho de abstenerse por estas razones a prestar honores a los símbolos patrios o participar en la dirección de los actos patrios».

d) *México*

En México [21], a partir de los años 1990 especialmente, se han planteado también conflictos relativos a la objeción de Testigos de Jehová a participar en actos de homenaje a símbolos patrios en el entorno de las escuelas públicas. El origen legal del conflicto moral de los objetores proviene de que la legislación mexicana, en el art. 15 de la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales, de 1984, establece que, en las instituciones de enseñanza elemental, media y superior, se rendirán honores a la bandera nacional al inicio y fin de curso, así como todos los lunes del período lectivo; con frecuencia esos honores incluyen el canto del himno nacional mexicano [22].

A veces, la objeción a ese homenaje cívico se ha alegado por parte de un maestro, como en el caso decidido —en contra del objetor— por la Corte Suprema mexicana en 1994, acerca de un maestro de enseñanza primaria que había sido cesado por negarse a rendir honores a la bandera en su plantel educativo. La Corte entendió que el cese del profesor resultaba justificado, pues se trataba de un incumplimiento de sus obligaciones laborales y, por tanto, se incurría en una de las causas de cese legalmente previstas [23]. Según la legislación vigente,

---

[19] *Vid*. un comentario a la sentencia en J. Navarro Floria, *La Corte Suprema ante el derecho a la objeción de conciencia,* en «El Derecho-Derecho Constitucional» (EDCO) 2005-288. En ese mismo lugar puede encontrarse el texto del fallo de la Corte Suprema.

[20] Concretamente, aprobado por Decreto 1086/05 del Poder Ejecutivo Nacional. Publicado en Suplemento del Boletín Oficial, Primera Sección, del 27 noviembre 2005.

[21] Agradecemos a los Profesores José Luis Soberanes, Ex-Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, y Alberto Patiño, de la Universidad Iberoamericana-León, sus amables referencias y aclaraciones sobre la situación en el derecho mexicano.

[22] Para una exposición y análisis pormenorizados de la situación mexicana, *vid*. J. Martínez-Torrón, *Los testigos de Jehová y la cuestión de los honores a la Bandera en México,* en «Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos» 117, México, abril 2000, pp. 7-83. El trabajo recoge un amplio informe encargado por el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que influiría en la posterior Recomendación General 5 de la Comisión, citada más adelante, en la nota 35 y texto correspondiente.

[23] Tesis de Jurisprudencia 4a./J. 41/94, octava época, aprobada por la Cuarta Sala el 3 de octubre de 1994, que resuelve la contradicción de tesis 17/94, entre el Cuarto y Primero Tribu-

«el profesor de educación primaria —indicaba la sentencia— tiene la obligación de fomentar en el educando el amor a la patria y la conciencia de la nacionalidad, la independencia y la justicia», lo cual incluía la obligación de «fomentar en sus alumnos la costumbre cívica de rendir honores a la Bandera Nacional y a entonar respetuosamente el Himno Nacional, con la finalidad de fortalecer las raíces históricas y los lazos culturales y sociales que nos unen y nos identifican como Nación». Ha de tenerse en cuenta, además, que un Acuerdo de la Secretaría de Educación Pública sobre escuelas primarias, de 1982, establecía que organizar la ceremonia de honores a la bandera era uno de los deberes de los profesores.

Aun así, parece que la decisión de la Suprema Corte contiene una desproporcionada restricción de la libertad de religión y de conciencia de los docentes. Inculcar el amor a la patria es mucho más que acatar una ceremonia externa de saludo a un símbolo nacional. Por ello, resulta exagerado entender que sólo por el hecho de no participar activamente en esta última, el deber del maestro resulta incumplido. Podría incluso pensarse que la decisión de la Suprema Corte es tanto más injusta cuanto que el deber legal impuesto a los maestros en relación con la bandera es un deber fungible: es decir, su participación puede ser normalmente suplida por otro profesor. Más adecuado hubiera sido, por ello, sostener que el cese del maestro estaría justificado sólo en caso de que su suplencia no fuera posible, de manera que la ceremonia de saludo a la bandera quedara sin organizar para un conjunto de alumnos; o bien cuando el profesor indujera a los alumnos a seguir su misma actitud de objeción, en una expresión de proselitismo que sería ciertamente abusiva. Al fin y al cabo, respetar el derecho a la diferencia religiosa del profesor es también, de suyo, bastante educativo para el alumno, y responde a uno de los fines de la enseñanza que explícitamente menciona la legislación mexicana sobre educación [24]: promover el valor de la justicia y la igualdad, así como el conocimiento y respeto de los derechos humanos.

El caso de la objeción de maestros, no obstante, ha sido aislado. Más frecuentemente, se trataba de alumnos menores de edad, los cuales típicamente se abstenían de participar activamente, manteniendo una actitud respetuosa, pero pasiva durante el tiempo que duraba la ceremonia. Una situación análoga se planteaba en relación con el aprendizaje y canto del himno nacional mexicano. Las autoridades escolares, con no poca frecuencia, castigaban esa conducta pasiva de los menores Testigos de Jehová con sanciones que iban desde la suspen-

---

nales Colegiados en Materia de Trabajo del Primer Circuito (*Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* tomo 82 (octubre de 1994), p. 20.

[24] En concreto, la Ley General de Educación, art. 7.VI.

sión o expulsión del colegio hasta la negativa a su inscripción en la escuela, o incluso el maltrato físico o psicológico. Lo cual dio origen a una oleada de reclamaciones de los padres de los niños sancionados, ante los órganos judiciales, o ante los organismos de protección de derechos humanos [25].

La actitud más generalizada entre los tribunales mexicanos ha sido la de apreciar que las autoridades educativas no actúan de forma legítima cuando decretan la expulsión, o la suspensión indefinida, de niños Testigos de Jehová por negarse a tomar parte activa en la ceremonia de honores a la bandera, o por rehusar el aprendizaje del himno nacional [26].

Aunque algunas decisiones invocan específicamente la tutela de la libertad religiosa y de conciencia [27], habitualmente la judicatura mexicana ha tendido a centrarse en la preeminencia del derecho a la educación de los menores, unida al hecho de que la legislación no concede a las autoridades educativas competencia para imponer sanciones tan graves. Suelen hacer hincapié en que las autoridades educativas se excedieron en sus atribuciones al aplicar sanciones que no están previstas ni por la ley que establece los honores a la bandera, ni por las normas reguladoras de los distintos tipos de educación. Además de conceder el amparo solicitado por los objetores en aras de los derechos constitucio-

---

[25] *Vid*. J.L. Soberanes y Fernández & M. Melgar Adalid, *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional en México,* en «La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional» (ed. por J. Martínez-Torrón), Granada 1998, pp. 250-252.

[26] Hay alguna excepción ya antigua, como una sentencia de 1990 que resuelve en contra de los alumnos objetores, en términos tan rocambolescos que llega a negarles el derecho de audiencia para efectuar sus alegaciones ante las autoridades educativas, o a afirmar que la libertad religiosa sólo protege la libre expresión de las creencias en el interior de los templos (*vid.,* para más detalles, J. Martínez-Torrón, *Los testigos de Jehová y la cuestión de los honores…,* cit. *supra,* en nota 22, pp. 50-51). No hay que perder de vista que se trata de una decisión anterior a las reformas constitucionales operadas en México en 1992 y 1993 en materia de libertad religiosa y de derecho a la educación (cfr. *ibid*., pp. 35 ss.). *Vid*. también J. Adame Goddard, *La objeción de conciencia en el derecho mexicano o el amparo a la libertad religiosa,* en el volumen colectivo «Derecho fundamental de libertad religiosa», México D.F. 1994, especialmente pp. 13 ss.

[27] Especialmente la sentencia del Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito en el Estado de Zacatecas (Zacatecas), 26 de junio de 1996, revisión administrativa 395/96. Siguiendo la orientación judicial mayoritaria, esta sentencia también invoca, como la razón más contundente, que las autoridades educativas han ido más allá de las competencias que tienen atribuidas, y han impuesto sanciones administrativas que la ley ni contempla ni autoriza, con clara violación del derecho constitucional a la educación. Pero además se ocupa de rebatir los pintorescos argumentos de la sentencia de 1990 citada en la nota anterior. En relación con la libertad religiosa, el Tribunal precisa que la Constitución sólo prescribe que los actos de culto tengan lugar ordinariamente dentro de los templos (art. 24), «pero ni el mencionado precepto constitucional ni ninguna otra disposición legal prohíbe que las creencias religiosas puedan traducirse en prácticas externas que trasciendan el ámbito social del individuo como tal». Al contrario —añade—, la Constitución protege la libre manifestación de las ideas, que sólo podrá ser limitada por razones de peso, como el orden público, y siguiendo un proceso adecuado.

nales a la educación y a un proceso con las debidas garantías [28], algunas sentencias incluso imponen sanciones pecuniarias a las autoridades educativas que ordenaron la expulsión de los alumnos.

Fuera del entorno estrictamente judicial, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (órgano colegiado que desempeña una función equivalente a la del *Ombudsman* escandinavo o a la del Defensor del Pueblo en España) se vio impulsada a actuar para intentar dar soluciones al problema, a la vista de la alarma social suscitada por la proliferación de expulsiones y suspensiones de alumnos, y también de la relativa disparidad de criterios que seguían las autoridades educativas y los tribunales mexicanos. En 1992, la Comisión elaboró un «Estudio sobre las quejas por expulsiones de niños de las escuelas por negarse a saludar y honrar la Bandera y a cantar el Himno Nacional», en el que trataba de lograr un equilibrio entre los dos intereses que aparecían enfrentados. De un lado, el respeto de la libertad religiosa y del derecho a la educación de los alumnos objetores. De otro, el tradicional espíritu patriótico de los mexicanos, que impregna la actividad de los responsables de los centros de enseñanza, y que se materializa legalmente en el deber de rendir honores a la bandera en los centros educativos [29].

No se trataba en realidad de un estudio teórico, sino de una peculiar manera de formular una recomendación general sobre el tema [30]. Ese documento contenía notables imperfecciones desde el punto de vista jurídico [31], pero, aun así, supuso un paso adelante en la medida en que venía a clarificar que el valor primordial en estos casos era la garantía del derecho a la educación de los menores, y que sanciones como la expulsión o la suspensión de escolaridad eran medidas excesivas e injustificadas. Pese a todo, el «estudio» de la Comisión Nacional de 1992 entendía que la actitud de los Testigos de Jehová suponía la infracción de un deber legal, que merecía una sanción leve, e instaba a las autoridades educativas federales a que proporcionaran directrices claras, de aplicación en todo el territorio nacional.

Este documento de la Comisión Nacional no sólo produjo una onda expansiva que se materializaría en un elevado número de recomendaciones para-

---

[28] *Vid*., respectivamente, arts. 3, 14 y 16 de la Constitución Mexicana.

[29] Ese estudio fue publicado en «Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos» 92/28, noviembre de 1992, pp. 87-93.

[30] En aquel momento, la Comisión Nacional sólo emitía recomendaciones sobre casos particulares. La práctica de las recomendaciones generales no comenzaría hasta 2001.

[31] Para un análisis crítico del documento, y una exposición de su repercusión en la vida jurídica y social mexicana, *vid*. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Los testigos de Jehová y la cuestión de los honores…,* cit. *supra,* en nota 22, pp. 54-65.

lelas de las comisiones estatales de derechos humanos en México (visiblemente inspiradas en su texto). Además, y sobre todo, propició que la Secretaría federal de Educación Pública, muy poco después, expidiera un acuerdo [32] prescribiendo que, en los casos de objeción a rendir homenaje a símbolos patrios, la sanción habría de limitarse a una leve disminución de las calificaciones parciales del alumno en las materias de Conducta o Civismo. Ese acuerdo fue enseguida transmitido a todos los directores de escuelas primarias y secundarias de México [33], y produjo también como consecuencia que muchos órganos estatales con competencias en educación llevaran a cabo actuaciones análogas [34].

A pesar de las medidas anteriores, los problemas prácticos de abusos no se erradicaron con facilidad. De ahí que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos debiera ocuparse de nuevo del asunto once años más tarde, esta vez de manera más decidida y con una actitud mucho más respetuosa hacia los deberes de conciencia de los objetores, mediante una recomendación general dirigida a los gobernadores de cada estado y a la máxima autoridad educativa federal [35]. La propia definición del objetivo de la recomendación —«sobre el caso de la discriminación en las escuelas por motivos religiosos»— da idea del cambio de perspectiva operado en la Comisión Nacional.

Mucho mejor estructurada y fundamentada jurídicamente que el precedente «estudio» de 1992, esta recomendación describe con precisión tanto el problema social existente [36] como las coordenadas jurídicas, en derecho mexicano y en derecho internacional, que permiten abordarlo de manera apropiada. Un punto clave es que debe evitarse cualquier clase de discriminación de los pupilos por razón de sus opciones de conciencia, lo cual comprende, desde luego, la imposición de sanciones escolares, graves o leves. La recomendación concluye con una serie de recomendaciones de sentido inequívoco: especialmente, que las autoridades educativas se abstengan de imponer cualquier clase de sanción a

---

[32] Acuerdo 168, de 28 septiembre 1992, por el que se reafirma la obligación de rendir honores a los símbolos patrios en los planteles educativos de educación primaria y secundaria.

[33] Mediante Circular 001/92, de 15 octubre 1992.

[34] Algunas de esas actuaciones revelaban una mayor sensibilidad hacia el derecho de libertad de conciencia de los alumnos. Por ejemplo, en el caso del estado de Baja California, que insistía en el valor de la tolerancia y el respeto, y en la importancia de seguir la vía del diálogo entre los educadores y los alumnos y sus padres.

[35] Recomendación General 5, «sobre el caso de la discriminación en las escuelas por motivos religiosos», de 14 de mayo de 2003, dirigida a los Señores Gobernadores de las Entidades Federativas y al Secretario de Educación Pública Federal. Publicada en la «Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos» 154, mayo 2003, pp. 41-51.

[36] La recomendación detalla que, entre 1991 y 2003, la Comisión Nacional había recibido 1.110 quejas por agravios a alumnos testigos de Jehová, algunas de ellas referidas a grupos de hasta 50 menores (cfr. *ibid*., p. 41).

los alumnos objetores; que expliquen al personal docente que la imposición de sanciones a alumnos por ese motivo «es ilegal y conlleva responsabilidad administrativa»; y que elaboren orientaciones en las que se desarrolle la importancia de la educación para fomentar los valores democráticos, incluida la tolerancia y el respeto de las diferentes actitudes que, en el legítimo ejercicio de su libertad religiosa, las personas pueden adoptar hacia las ceremonias cívicas.

e) *India*

En la India, la cuestión se ha planteado, y resuelto, por la vía jurisprudencial. Hay una interesante sentencia de la Corte Suprema, la del caso *Bijoc Emmanuel,* de 1986 [37], en la que se contempla una situación casi idéntica a la del saludo a la bandera, como es la ceremonia diaria de canto del himno nacional al comenzar la jornada en la escuela. Los protagonistas del caso son tres niños testigos de Jehová. Durante años, ni ellos ni sus hermanos mayores habían tenido problema alguno por negarse a participar activamente en el canto del himno nacional de la India. Nadie pensaba que su abstención, respetuosa, fuera signo de falta de patriotismo. Hasta que, en julio de 1985, un miembro de la Asamblea Legislativa, de extremado celo, consideró dicha actitud antipatriótica, y promovió diversas acciones que terminaron en una instrucción de la autoridad educativa indicando a la directora de la escuela que expulsara a los niños. Después de dos sentencias contrarias, la Corte Suprema de la India daría la razón a los testigos de Jehová. Vale la pena sintetizar a continuación los aspectos más relevantes de esa sentencia, la cual, por otra parte, hace abundantes referencias a decisiones de la judicatura estadounidense, canadiense y australiana, tratando de hacer ver que su posición no es aislada, sino que, al contrario, encaja perfectamente en el panorama de los países de *common law.*

La Corte comienza señalando el error de perspectiva de las decisiones adoptadas por los tribunales inferiores. Éstos habían analizado minuciosamente el texto del himno nacional, concluyendo que no había en él palabra alguna que pudiera ofender los sentimientos religiosos de nadie. Pero la cuestión —dice ahora la Corte Suprema— no es ésa. Los alumnos testigos de Jehová rechazan cantar el Himno no por su contenido, sino por su convicción sincera de que su religión no les permite unirse a ningún rito excepto, en sus oraciones, a Jehová, su Dios. No se trata, por tanto, de la expresión de un sentimiento antipatriótico —al contrario, se ponen de pie, en silencio, para mostrar respeto— sino de una incompatibilidad entre el canto del Himno en sí mismo y su conciencia religiosa.

---

[37] *Bijoc Emmanuel et al. v. State of Kerala et al.* (1986) 3 S.C.C p. 615, [1986] INSC 167.

Esas afirmaciones son importantes, porque la Corte Suprema de la India, al igual que había hecho cuarenta años antes la Corte de Apelación de Ontario [38], evita incurrir en uno de los errores típicos de apreciación en estos casos: tratar de juzgar la actitud de los objetores de conciencia en términos de «razonabilidad». Un tribunal civil no puede, ni debe, juzgar si las convicciones alegadas son razonables; sólo debe determinar si son sinceras. Y, habiendo llegado a la convicción de que la sinceridad y la firmeza de las creencias de los alumnos sancionados estaban plenamente acreditadas, la Corte Suprema aborda la cuestión central: si la expulsión de los niños de la escuela, por no cantar el himno nacional, constituye una sanción legítima en el ordenamiento indio. Su respuesta, negativa, se fundaba principalmente en dos argumentos.

Por una parte, la Constitución de la India no contenía prescripción alguna que obligara a una persona a cantar el himno. La Constitución ciertamente establecía el deber de todos los ciudadanos de respetar tanto la bandera como el himno nacional. Pero, si es indudable que se manifiesta respeto al ponerse de pie durante el canto del himno, no sería correcto afirmar que se manifiesta falta de respeto por no unirse al canto. Por razones análogas, el silencio respetuoso no podía molestar a nadie de los que participaban en el canto del himno, y, por tanto, no podía considerarse un delito a los efectos del Acta de Prevención de Insultos al Honor Nacional, de 1971.

Por otra parte, si el silencio en el canto no podía estimarse ilegal según el ordenamiento vigente, resultaba entonces necesario decidir cuál de las normas en conflicto debía prevalecer: si las normas sancionadoras del Estado de Kerala, o el derecho de libertad religiosa reconocido en la Constitución de la India (en su art. 25). Es verdad —indicaba la Corte Suprema a este propósito— que la práctica y difusión de las creencias religiosas está sujeta a límites, como el orden público, la moralidad o la salud. Pero, cuando se analiza la normativa del Estado de Kerala en materia educativa, se advierte que la obligación de cantar el himno nacional en la escuela se encontraba establecida en dos circulares del Director de Instrucción Pública de Kerala. Y, en relación con tales circulares, la Corte hace tres afirmaciones interesantes: primero, no tienen el respaldo legal en el sentido de haberse expedido bajo la autoridad de una ley; segundo, no parece que puedan interpretarse como una obligación para todos y cada uno de los alumnos a pesar de una posible objeción de conciencia por razones religiosas (máxime cuando una de esas circulares afirma que «todas las religiones deben ser respetadas por igual»); tercero, no se prevé ningún castigo para el caso de no unirse al canto del himno. Es más, incluso aunque las citadas circulares pudieran interpretarse en el sentido de obligar a todos los alumnos al canto, no podrían

[38] *Vid. supra,* epígrafe 1.1.b).

prevalecer sobre el derecho constitucional de libertad religiosa, pues los límites a este derecho, por razón del orden público, deben venir impuestos mediante leyes propiamente dichas, y no por meras instrucciones departamentales.

Por todo lo anterior, la Corte Suprema de la India concluía que la expulsión de los tres niños Testigos de Jehová constituía una transgresión de su derecho fundamental a la libertad de religión y de conciencia. Y terminaba con estas palabras: «nuestra tradición enseña la tolerancia; nuestra filosofía predica la tolerancia; nuestra Constitución practica la tolerancia; no la debilitemos».

### f) *Filipinas*

En línea con la recién comentada sentencia de la India, la Suprema Corte de Filipinas falló en 1993 (casos *Ebralinag* y *Amolo*) a favor de 68 alumnos testigos de Jehová —de enseñanza elemental y secundaria— que habían sido expulsados de escuelas públicas en Cebú por negarse a rendir honores a la bandera [39]. Con esta sentencia se revocaba una jurisprudencia anterior de sentido contrario, de los años 1959 y 1960 (casos *Gerona* y *Balbuna*) [40].

La expulsión de los alumnos de Cebú se había producido como consecuencia de una instrucción de las autoridades educativas regionales en aplicación de la legislación vigente. La normativa aplicable era una legislación de 1955 [41], en la que se ordenaba que se celebrara diariamente una ceremonia de honores a la bandera en todas las instituciones educativas, públicas y privadas, como medio de fomentar el patriotismo. En dicha ceremonia se había de izar la bandera mientras se cantaba el himno nacional filipino. Alumnos y profesores debían estar presentes, saludar a la bandera, entonar el himno, y recitar un juramento patriótico de fidelidad a la nación (cuya fórmula se fijaba en la propia ley). La legislación de 1955 se incorporó al Código Administrativo de 1987, incluso con carácter más restrictivo, como consecuencia de la jurisprudencia del caso *Gerona,* pues se añadió que «cualquier profesor o estudiante o alumno que rechace unirse a o participar en la ceremonia de la Bandera puede ser despedido después de realizar la investigación correspondiente».

En efecto, en el caso *Gerona,* de 1959, la Suprema Corte había mantenido la absoluta supremacía del deber legal de rendir honores a la bandera sobre la libertad religiosa, en términos ciertamente duros: «al optar [los alumnos objeto-

---

[39] Los dos casos fueron decididos por la misma sentencia: *Ebralinag v. The Division Superintendent of Schools of Cebu,* 219 SCRA 256, de 1 marzo 1993.

[40] Casos *Gerona,* 106 Phil. 2 (1959) y *Balbuna,* 110 Phil. 150 (1960).

[41] Acta de la República No. 1265, de 11 julio 1955, y Orden Departamental No. 8, de 21 julio 1955, del Departamento de Educación, Cultura y Deportes.

res] por no cumplir con el reglamento acerca del saludo a la Bandera, han cancelado su derecho a asistir a las escuelas públicas». Indicaba la Corte que la ceremonia de saludo no tenía nada de religioso en sí: la bandera era un símbolo de la Nación y de sus valores, no una imagen a la que pudiera idolatrarse. Además, se subrayaba que la libertad de creencias religiosas no legitima para sustraerse al cumplimiento de las leyes razonables y no discriminatorias. Y se añadía —con dudoso rigor— que liberar a los alumnos testigos de Jehová de la obligación legal implicaba un notable riesgo para el orden público. Con tonos apocalípticos, la Corte se permitía profetizar lo que ocurriría de concederse a los testigos de Jehová la exención que solicitaban: «La ceremonia de la Bandera se convertirá en algo del pasado, o quizá se llevará a cabo con muy pocos participantes, y llegará el momento en que tendremos a ciudadanos a quienes no se les enseñará, ni se les inculcará, ni se llenarán de reverencia por la Bandera y por el amor a la patria, ni por la admiración por los héroes nacionales, ni por el patriotismo. Una situación patética, y hasta trágica, y todo porque una pequeña proporción de la población estudiantil impuso su voluntad, exigió y se le concedió la exención».

En *Ebralinag* y *Amolo,* en 1993, la Suprema Corte hacía notar irónicamente sus dudas acerca de que tales profecías se hubieran cumplido, y que el patriotismo de la nación se hubiera conmovido por la exención concedida a un pequeño grupo de personas que, por otra parte, sólo deseaban que se les permitiera practicar pacíficamente su religión. Al dar la razón a los recurrentes, y anular la expulsión de los alumnos testigos de Jehová, la Corte seguía en gran medida los pasos de la sentencia estadounidense *Barnette,* antes citada [42].

Señalaba la Corte Suprema que, treinta y cuatro años después de *Gerona,* la generación actual de filipinos difícilmente compartirá la idea de que es legítimo interferir en la libertad religiosa obligando a una persona a saludar a la bandera, entonar el himno nacional y recitar el juramento patriótico. «La libertad religiosa —afirmaba literalmente, citando una sentencia anterior— es un derecho fundamental al cual se concede la mayor prioridad y la protección más amplia entre los derechos humanos, pues abarca la relación del hombre con su Creador». Sin duda es limitable por razón de un interés público legítimo, como son la seguridad, la salud o la moral públicas; pero éstas no parecen que se vean amenazadas por la actitud respetuosa —aunque pasiva— de los alumnos testigos de Jehová.

Y todavía apuntaba la Suprema Corte un argumento de interés, que ponía en tela de juicio no sólo la legitimidad constitucional, sino también la prudencia de la legislación sobre la ceremonia de la bandera: «Forzar a un pequeño

---

[42] *Vid. supra,* epígrafe 1.1.a).

grupo religioso, a través de la mano de hierro de la ley, a participar en una ceremonia que viola sus creencias religiosas, difícilmente conducirá al amor por la patria o al respeto por las autoridades debidamente constituidas». En otras palabras, se estaba afirmando que, con toda probabilidad, se infunde más sentido del patriotismo mediante el respeto de las libertades fundamentales —entre las que se encuentra la libertad religiosa— que mediante la imposición de ceremonias puramente externas.

### 1.2. *Los casos* Efstratiou *y* Valsamis *en Europa*

Cuando se observa la evolución del derecho comparado hacia una tutela de los objetores de conciencia a rendir homenaje a símbolos patrios, sorprende que la actitud del Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya transitado en dirección contraria en las decisiones «gemelas» *Efstratiou* y *Valsamis,* de 1996 [43]. Esas sentencias decidieron las demandas de dos estudiantes griegas de educación secundaria, ambas testigos de Jehová, las cuales habían rehusado, por motivos religiosos, participar en los desfiles escolares organizados en el día de fiesta nacional para conmemorar la declaración de guerra entre Grecia y la Italia fascista, en 1940. Las estudiantes aducían que su conciencia religiosa —de netas convicciones pacifistas— les prohibía estar presentes en una celebración cívica en la que se rememoraba una guerra, y en la que tomaban parte autoridades militares y eclesiásticas. A las dos estudiantes se les denegó el permiso para ausentarse del desfile, y su inasistencia fue sancionada con la suspensión de un día de colegio.

El TEDH resolvió a favor del gobierno griego, sobre la siguiente base argumental [44]. Por un lado, reconoce la competencia que corresponde legítimamente a los Estados en materia de planificación educativa. Aunque el Tribunal declara su sorpresa por el hecho de que se exija a las alumnas, bajo pena de un día de suspensión escolar, asistir a un desfile fuera de las instalaciones del colegio, considera que no es su función emitir un juicio sobre lo apropiado o no de ciertos métodos educativos, sobre todo cuando la sanción que se había impuesto a las niñas era lo suficientemente moderada como para entender que no se les había privado de su derecho a la educación. El TEDH refuerza su razonamiento afirmando que «no puede discernir nada, ni en la finalidad del desfile ni en sus preparativos, que pueda ofender las convicciones pacifistas de los demandantes» [45]. Y todavía añade una referencia al parecer de la Comi-

---

[43] *Efstratiou c. Grecia,* 18 diciembre 1996, y *Valsamis c. Grecia,* 18 diciembre 1996. El texto de ambas sentencias es casi idéntico, como lo eran los hechos de los dos casos.

[44] Cfr. *Efstratiou,* §§ 29-34 y *Valsamis,* §§ 28-33.

[45] *Efstratiou,* § 32 y *Valsamis,* § 31.

sión Europea [46] sobre el caso sobre una cuestión crucial: «el artículo 9 [libertad de pensamiento, conciencia y religión] no confiere el derecho a la exención de normas disciplinarias que se aplican de manera general y neutral», con la consecuencia de que tales normas no constituyen injerencia alguna en el derecho de libertad religiosa cuando producen un conflicto de deberes en la conciencia del individuo [47].

Vale la pena comentar algunos aspectos de estas dos discutibles sentencias de contenido casi idéntico.

En primer lugar, la aludida cita de la doctrina de la Comisión sobre las leyes «neutrales» tiene lugar en términos ambiguos, pues el Tribunal no confirma ni rechaza esa doctrina. Pero termina por aceptar que en este caso no existe injerencia alguna en la libertad de los demandantes para manifestar sus creencias, permitiendo así una interpretación restrictiva del art. 9 CEDH. Algo que resulta ciertamente forzado en la medida en que, al igual que el saludo a la bandera, la participación obligatoria en un desfile patriótico constituye la imposición de una manifestación de ideas que no sólo tiene relación con la libertad religiosa, sino también con la libertad de expresión [48]. Esa interpretación del art. 9 CEDH, además de contrastar con la actitud del Tribunal respecto a otros artículos del Convenio Europeo —como la libertad de expresión o de asociación, o el derecho a la vida privada y familiar—, viene a invertir el orden lógico de los conceptos en esta materia [49].

En efecto, es universalmente aceptado que los derechos humanos reclaman una interpretación extensiva. Por consiguiente, cuando se trata de precisar el exacto significado de la libertad de manifestar la propia religión o creencia mediante la «práctica», parece que debería abordarse la cuestión en una doble secuencia, de la siguiente manera. Primero, debe entenderse que la libertad de manifestar la propia religión o creencia protege, en principio, todo acto de la persona cuando obedece el mandato de su conciencia. Segundo, el párrafo 2.º del art. 9 —los límites de la libertad religiosa— ha de ser utilizado, en caso necesario, como elemento correctivo para una libertad que, por su naturaleza, tiende a ser ejercida de manera indefinida e impredecible. Así, se logra conciliar

---

[46] Nos referimos a la Comisión Europea de Derechos Humanos, órgano que en su día «filtraba» las demandas que podían llegar al Tribunal mediante las declaraciones de inadmisibilidad, y que se extinguió en noviembre de 1998, cuando entró en vigor el Protocolo n. 11 al CEDH y esa función fue asumida por el propio Tribunal en el contexto de una profunda reforma de su procedimiento.

[47] *Vid. Efstratiou,* § 37 y *Valsamis,* § 36.

[48] Recuérdese la argumentación del Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Barnette,* antes citado [*vid. supra,* epígrafe 1.1.a)].

[49] Esta cuestión, en sus términos generales, fue analizada con detalle en el capítulo 2.

dos intereses de la mayor importancia, que están inclinados a entrar en conflicto entre sí: el máximo grado de protección inicial de la libertad de creencia, y la seguridad que reclama el ordenamiento jurídico. Y además, se introduce otro importante elemento que actúa como punto de partida: es sobre el Estado sobre quien recae la carga de probar la necesidad de una medida restrictiva. Es decir, el Estado debe probar positivamente que, en un concreto caso de conflicto, es necesario, «en una sociedad democrática», restringir el ejercicio de la libertad religiosa. No simplemente conveniente, o más sencillo, sino estrictamente *necesario.* Este modo de razonar sirve, por otro lado, para obstaculizar el desarrollo de políticas que ignoran las exigencias de la libertad religiosa y que resultan especialmente perjudiciales para los grupos minoritarios —estos últimos suelen resultar especialmente perjudicados por la tesis de la prevalencia automática de las leyes «neutrales», que en realidad, como se indicó, no son éticamente tan neutras como sugiere ese término [50].

Hay todavía otro importante aspecto negativo en la argumentación de las sentencias *Efstratiou* y *Valsamis.* Al examinar las alegaciones de los demandantes, la Corte Europea declaró que los desfiles que los Testigos de Jehová reprobaban moralmente eran meros actos cívicos sin ninguna particular connotación política o ideológica; por consiguiente —concluía—, no podían ofender las convicciones de los estudiantes [51]. De esa forma, el Tribunal venía a sustituir el juicio de conciencia de las personas afectadas, en tanto que definía lo que era «razonable» que creyeran en relación con su participación en una ceremonia conmemorativa nacional. Cometía así un error parecido al que a veces ha cometido el Tribunal Supremo español, al argumentar su rechazo del derecho de objeción de conciencia de los Testigos de Jehová que rehúsan formar parte de una mesa electoral [52].

Esa actitud jurisprudencial abre implícitamente las puertas a un inaceptable itinerario que podría conducir a determinar cuáles creencias son «razonables» o «sensatas» y cuáles no lo son. Naturalmente, es preciso verificar, en lo posible, que nadie invoca fraudulentamente falsas convicciones morales para evitar el cumplimiento de un deber legal, lo cual implica un cierto control de que las creencias alegadas son sinceras, no triviales y coherentes —en el sentido de que

---

[50] *Vid. supra,* capítulo 2.1.

[51] *Vid.* especialmente *Valsamis,* §§ 31 y 37, y *Efstratiou,* §§ 32 y 38.

[52] *Vid.*, por ejemplo, las sentencias de 15 de octubre de 1993 (rec. n.º 627/1993), 8 de junio de 1994 (rec. n.º 3072/1993), 18 de octubre de 1994 (rec. n.º 1777/1993), 14 de diciembre de 1994 (rec. n.º 601/1994), 27 de marzo de 1995 (rec. n.º 1283/1994), y 17 de abril de 1995 (rec. n.º 2696/1994). Sobre la objeción de conciencia a las mesas electorales, en la doctrina española, *vid.* A. Ruiz Miguel, *La objeción de conciencia a deberes cívicos,* en «Jueces para la Democracia» 25 (1996), pp. 40-42; J. Martínez-Torrón, *Ley del jurado y objeción de conciencia,* en REDCo 48 (1996), pp. 138 ss. *Vid.* al respecto, más adelante, el epígrafe 1.4.b) del capítulo 11.

son mínimamente inteligibles—. Pero eso no significa que un tribunal civil sea competente para dilucidar cuándo las creencias de una persona poseen la suficiente consistencia lógica desde un punto de vista «objetivo». Ése es un terreno resbaladizo, ya que en la cultura occidental está profundamente arraigada la convicción de que las autoridades públicas, en una sociedad secular, deben abstenerse de pronunciarse sobre la verdad o falsedad de un dogma religioso o una creencia moral.

En las sentencias antes mencionadas, el TEDH parece olvidar algo esencial con respecto a la tutela de la libertad religiosa en nuestra civilización. La razón por la que debe respetarse la libertad de cada conciencia individual no es el hecho de que sea objetivamente correcta: los tribunales tendrían entonces que juzgar la verdad de las creencias alegadas, como una suerte de nueva Inquisición. La libertad de conciencia ha de ser respetada porque se la considera un ámbito fundamental de la autonomía individual en las sociedades democráticas, y por consiguiente el ordenamiento jurídico ha determinado que nadie puede interferir en la conciencia de la persona mientras no se pongan en peligro otros intereses jurídicos superiores. Lo que la libertad de religión y de creencia protege es precisamente el derecho a elegir las verdades en las que uno está dispuesto a creer. De ahí que el art. 9.2 CEDH establezca que el Estado puede restringir el ejercicio de esa libertad únicamente cuando resulta «necesario en una sociedad democrática».

En otras palabras, un gobierno no está obligado a respetar y proteger la libertad religiosa porque estime que las convicciones de sus ciudadanos son correctas, o simplemente convenientes. Está obligado a respetar la libertad de creer, y la libertad de actuar en consecuencia, porque constituyen un elemento esencial de un sistema democrático. La protección de la libertad religiosa, como ya se hizo notar, es un interés *público* del mayor rango, y no meramente un interés *privado* de individuos y grupos. Esto es algo que se comprende fácilmente en relación con otras libertades —por ejemplo, la libertad de expresión o la libertad de asociación—, pero que se olvida a veces inexplicablemente cuando se trata de la libertad de religión, a pesar de que el propio Tribunal Europeo ha declarado explícitamente que «la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión es uno de los fundamentos de una sociedad democrática», y que «el pluralismo inseparable de la democracia, que ha sido ganado a un alto precio a lo largo de los siglos, depende de esa libertad» [53]. Naturalmente, lo anterior no

---

[53] *Kokkinakis c. Grecia,* 25 junio 1993, n. 31 (*vid*. nota 50 y texto correspondiente). El lenguaje utilizado en esa sentencia por el Tribunal Europeo es análogo, significativamente, al empleado cuando ha afirmado reiteradamente, en relación con la libertad de expresión y la libertad de asociación, que el pluralismo es indispensable para la democracia. *Vid.,* recientemente, *Partido*

significa que cualquier pretensión fundada en conciencia pueda hacerse valer ante otros intereses jurídicos merecedores de protección —toda libertad está sujeta a límites— sino sólo que el derecho de comportarse de acuerdo con la propia conciencia es mucho más que una cuestión privada [54].

## 2. El rechazo de la escolarización obligatoria: el *home schooling*

El siglo XX ha conocido la expansión sin precedentes de la educación a la entera población, estableciendo un mínimo de edad —variable según los países— hasta el cual la educación de los menores es obligatoria: el Estado se obliga a proporcionar la oportunidad para esa educación, mientras que los padres o tutores legales son jurídicamente responsables de facilitar el acceso de sus hijos a la misma, o al menos de no obstaculizarla.

Educación, sin embargo, no es sinónimo de escolarización. Aunque ésta es la regla general, numerosos países tienen una tradición de permitir la «enseñanza en casa» —*home schooling,* o *home education,* según la terminología británica— cuando ésa es la opción preferente de los padres. Entre los países que admiten la posibilidad de educación en casa se encuentran Estados Unidos, Canadá, Australia, Chile, y, en Europa, el Reino Unido, Irlanda, Austria, Hungría, Finlandia, Francia, Dinamarca o Bélgica [55]. En otros países el tema está siendo debatido, como en Holanda, Suecia, Italia.

Éste es el caso de España, donde ha habido algunos casos aislados en los tribunales, en general reacios a condenar a los padres en esos casos. Así, en julio de 2008, la Fiscalía de San Sebastián archivó las actuaciones de un proceso penal seguido contra una familia que se negaba a escolarizar a sus hijos. Indicaba la Fiscalía que el hecho de educar a los hijos en casa «no está regulado legalmente, si bien tampoco existe ninguna figura penal que sancione tal conducta. Por tanto, la no asistencia a un centro educativo oficial contraviene normas de carácter

---

*Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía,* 30 enero 1998, nn. 42-43; y *Partido de la Libertad y la Democracia (ÖZDEP) c. Turquía,* 8 diciembre 1999, n. 37.

[54] Esta cuestión ya se abordó más detenidamente en el capítulo 2.

[55] En Alemania, la educación en el hogar es ilegal. La jurisprudencia constitucional alemana no admite que la escolarización en casa por motivos de conciencia pueda eximir a los padres del deber de escolarizar a sus hijos. En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional federal en el auto de 31 de mayo de 2006 (BVerfG, 2 BvR 1693/04, vom 31.5. 2006, Absatz-Nr. (1-33), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20060531_2bvr169304.html (visitado 28 septiembre 2010). Texto disponible también en «Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht» 52 (2007), pp. 100-110. *Vid*. un comentario a esa sentencia en M.J. ROCA, *Deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar,* en RGDCDEE 17 (2008), pp. 2 y 14 ss.

administrativo, pero no penal» [56]. Más recientemente, en diciembre de 2009, la Audiencia Provincial de Teruel absolvía a los padres de un supuesto delito de abandono de familia (art. 226 CP) por haberse negado a escolarizar a sus hijos [57]. Consideraba la sentencia, contra el criterio de la Fiscalía, que la conducta de los padres no podía considerarse abandono de familia, habida cuenta de que se trataba de una decisión consciente y responsable, inspirada en razones serias y acompañadas de un esfuerzo notable de los padres por dar a sus hijos una educación que, a su juicio, no proporcionaba el sistema escolar en la práctica. Precisaba la Audiencia de Teruel que «educar equivale a desarrollar las facultades intelectuales y morales de una persona, y ello puede lograrse dentro o fuera del sistema educativo establecido por el Estado, mientras que escolarizar es un término más restringido que, en nuestro Ordenamiento Jurídico, implica el proporcionar al individuo unos determinados conocimientos y competencias previamente definidos, proporcionados y evaluados por el Estado a través de determinados centros homologados por el mismo» [58]. En consonancia con el parecer de la Fiscalía de San Sebastián, la Audiencia Provincial turolense concluía que la falta de escolarización constituía ciertamente una infracción legal, pero de tipo administrativo, que no recibía una sanción específica por parte del legislador.

El *home schooling,* en todo caso, parece en estos momentos un fenómeno en alza [59], lo cual probablemente debiera mover a las autoridades nacionales encargadas de la educación a preguntarse por las causas de esa efervescencia, y hasta qué punto están motivadas por un sentimiento de decepción —o incluso de rechazo abierto— respecto a los modelos de enseñanza reglada por el Estado [60].

---

[56] Para el Ministerio Fiscal, «no ha quedado acreditado de forma clara que los menores puedan resultar gravemente perjudicados en un futuro en su formación educativa» y señala que más bien parece que los padres, «por diversas razones, entre ellas algunas de tipo práctico, han decidido educar a sus hijos mediante un sistema de enseñanza no tradicional. Pero ello no implica automáticamente que estén dejando de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad, sino que los están ejerciendo de una forma no reglada». *Vid*. la noticia en el *Diario Vasco,* 17 julio 2008. El mismo diario (24 abril 2008) daba la noticia de la comparecencia de representantes de la Asociación para la Libre Educación (ALE) en el Parlamento vasco, que al parecer está estudiando el encaje de la educación en el hogar en la legislación autonómica sobre educación.

[57] SAP de Teruel de 16 diciembre 2009. *Vid*. información al respecto en http://www.hazteoir.org/node/26704 (visitado 30 agosto 2010), donde también puede encontrarse el texto original de la sentencia.

[58] FJ 2.º de la sentencia citada en nota anterior.

[59] *Vid*., por ejemplo, el portal de *Advocates for homeschooling:* http://hslda.org

[60] Una rápida búsqueda en Internet permite comprobar que existe un abundante activismo de familias, a nivel internacional, que busca el reconocimiento del derecho de educar a sus hijos en casa. A. Vega, *Objeciones de conciencia y libertades educativas: los conflictos de conciencia ocasionados por determinados contenidos curriculares,* en «Opciones de conciencia. Propuestas para una ley»

Naturalmente, no se trata de que el Estado, cuando permite la educación en el hogar, se desentienda de lo que ocurre con esos menores en su ámbito familiar. Al contrario, existe una regulación, que varía de un país a otro, con diversos modelos de control público sobre la enseñanza que se proporciona por las familias, de manera que se garanticen tanto los derechos de los padres sobre la educación de sus hijos como el cumplimiento de los deberes asumidos por el Estado sobre enseñanza de la juventud durante el período de educación obligatoria —deberes que, a su vez, constituyen una garantía del derecho de los menores a la educación, reconocido por el derecho internacional [61] y normalmente también por las Constituciones nacionales [62]. El hecho de que el *home schooling* se encuentre regulado responde a la preocupación razonable y legítima del Estado por asegurar un mínimo de eficacia en cuanto a los contenidos de la educación, y también —como se observa en el caso de Francia— de evitar que esa posibilidad sea aprovechada por grupos religiosos radicales para adoctrinar a los menores en un entorno aislado de la sociedad civil [63].

Son diversas las razones por las que las familias se decantan por la enseñanza en casa, en lugar de por la escolarización, pero frecuentemente tienen relación con las opciones religiosas o morales de los padres [64]. En algunos supuestos se trata propiamente de objeciones de conciencia. De hecho, mientras que algunos países —como Reino Unido o Francia— son flexibles en cuanto a los motivos que legitiman la opción de educación en el hogar, en otros se requieren específicamente razones de conciencia. Así, en Holanda la legislación prevé, respecto a la obligatoriedad de la educación primaria, una exención en favor de aquellos

---

(coord. por M.J. Roca), Valencia 2008, pp. 350 ss., hace una valoración de las distintas opiniones doctrinales sobre los argumentos a favor y en contra de la escolarización en casa. *Vid*. también A.M. Redondo, *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling),* Valencia 2003, pp. 119 ss.

[61] *Vid*. art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); art. 2 PCEDH (1952); art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); arts. 28-29 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

[62] En España, en el art. 27 CE. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea lo recoge en su art. 14.

[63] *Vid*. I. Briones, *¿La escuela en casa o la formación de la conciencia en casa?,* en RGDCDEE 3 (2003), pp. 12 ss. Ese trabajo contiene un interesante análisis sobre el *home schooling* y las cuestiones jurídicas que plantea, especialmente en Reino Unido y en Francia, con numerosas referencias legislativas, jurisprudenciales y bibliográficas. *Vid*. también B. Rodrigo Lara, *Minoría de edad y libertad de conciencia,* Madrid 2005, pp. 345 ss., que incluye referencias al derecho norteamericano y a la jurisprudencia de Estrasburgo. *Vid.,* además, M.A. Asensio, *La objeción de conciencia al sistema escolar: la denominada educación en casa,* en «Laicidad y libertades» 6 (2006), pp. 9-46; y J.M. Martí, *Objeciones de conciencia y escuela,* en RGDCDEE 12 (2007), pp. 20 ss.

[64] *Vid*. los trabajos, citados en la nota anterior, de I. Briones, pp. 2 ss., y B. Rodrigo Lara, pp. 328 ss.

padres que objeten, por motivos graves de conciencia, a todas las escuelas dentro de un radio de distancia razonable desde su domicilio [65].

En Estados Unidos, donde el *home schooling* está admitido, y relativamente extendido, en muchos estados [66]. Existe un caso emblemático a este propósito: *Yoder,* decidido por el Tribunal Supremo norteamericano a principios de los años 1970 en respuesta a la demanda de miembros de una minoría religiosa de costumbres que resultan singulares para la mentalidad occidental contemporánea [67]. El origen del conflicto se encuentra en el hecho de que varios miembros de la *Old Order Amish,* residentes en el estado de Wisconsin, habían sido sancionados porque rehusaban —por motivos de conciencia [68]— enviar a sus hijos a la escuela a partir de los 14 y 15 años, contraviniendo las leyes de Wisconsin, que imponen la escolarización hasta los 16 años. No se habían opuesto a la escolarización de sus hijos en edades más tempranas, pero sí a partir de su adolescencia.

Los Amish constituyen una rama desgajada de los menonitas suizos a finales del siglo XVII, en virtud de la reforma del obispo menonita suizo Jacob Amman [69]. Los Amish emigraron a América como consecuencia de las persecuciones religiosas en Europa a partir de 1727. Su religión permanece intrínsecamente unida a un estilo de vida peculiar, apartado de la civilización mundana, caracterizado por la vestimenta, el régimen económico agrícola, los medios de transporte, etc. Los Amish consideran la adolescencia como una etapa crucial para la formación de la juventud en los valores religiosos, y entienden por ello que los jóvenes deben vivir durante ese período completamente integrados en su comunidad, sin quedar expuestos a los riesgos de un influjo «mundano» contrario a las propias creencias, sobre todo teniendo en cuenta que la *high school* norteamericana está dominada por valores opuestos a los de los Amish, como la competitividad o el tecnicismo.

---

[65] Art. 5(b) de la *Leerplichtwet* de 1969; *vid*. B. VERMEULEN, *Conscientious Objection in Dutch Law,* en «Conscientious Objection in the E.C. Countries», Milano 1992, p. 267.

[66] *Vid*. I. BRIONES, *Aspectos constitucionales y jurisprudenciales de la educación en casa. análisis comparativo entre Estados Unidos y España,* ponencia presentada en el Primer Congreso Nacional sobre «Educación en Familia. Homeschooling» (disponible en http://www.ulia.org/ficv/homeschooling/, visitado 15 diciembre 2011); J.R. POLO SABAU, *La libertad de enseñanza en el derecho norteamericano,* Madrid 1999, pp. 32 ss.

[67] *Wisconsin v. Yoder,* 406 U.S. 205 (1972). Para un análisis de esa sentencia, *vid*. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Las objeciones de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano,* en ADEE 1 (1985), pp. 444 ss.; B. RODRIGO LARA, *Minoría de edad…,* cit. en nota 63, pp. 355-357.

[68] Sobre la objeción opuesta por la *Old Order Amish, vid*. R.T. MILLER & R.B. FLOWERS, *Toward Benevolent Neutrality. Church, State and the Supreme Court,* Texas 1987, pp. 197 ss.

[69] A su vez, los mennonitas son un grupo religioso procedente de los anabaptistas holandeses liderados por Menno Simmons.

El Tribunal Supremo decidió en favor de los Amish, adoptando como punto de partida que la decisión de los padres estaba sinceramente motivada por sus creencias religiosas, de manera que constituía una manifestación del derecho a la libertad religiosa, protegido por la primera enmienda de la Constitución. Resultaba necesario, por tanto, llevar a cabo una ponderación —un *balancing process*— entre los intereses en conflicto: de un lado, el derecho constitucional de los padres al libre ejercicio de su religión, y de otro, el interés público del estado de Wisconsin en garantizar la escolarización obligatoria de los jóvenes hasta los 16 años, sin excepción alguna. Actuando como ponente por la mayoría de la Corte, el juez Burger subrayaba que únicamente los más elevados intereses públicos podían ser invocados para actuar contra libertades tan fundamentales para la sociedad como son la libertad religiosa y, en conexión con ella, el derecho que por naturaleza tienen los padres sobre la orientación religiosa de la educación de sus hijos. En el presente caso —concluía el Tribunal— el interés del estado de Wisconsin en mantener la obligatoriedad de la enseñanza por dos años más debía ceder ante el derecho de los padres, especialmente considerando que éstos, y su comunidad religiosa, se ocuparían de la educación más idónea para el tipo de vida que los hijos probablemente elegirían después.

Ciertamente, el peculiar carácter de la sociedad Amish constituyó un elemento importante en la decisión del Tribunal: no parecía posible compatibilizar los fines de la educación pública con la exigencia religiosa de esa comunidad de que los adolescentes debían ser preparados para la vida en sociedades agrícolas segregadas del modelo de vida moderna habitual [70]. Soluciones similares fueron posteriormente adoptadas por otras decisiones de los tribunales norteamericanos, así como por las legislaciones de algunos estados [71].

---

[70] «Una cosa es decir que la educación obligatoria por un año o dos más allá del octavo grado puede ser necesaria cuando su finalidad es preparar al niño para la vida en la sociedad moderna, como vive la mayoría, y otra cosa muy distinta es si el objetivo de la educación se contempla desde la perspectiva de la preparación del niño para la vida en el tipo de comunidades agrarias segregadas que constituyen la piedra angular de la fe Amish». *Wisconsin v. Yoder,* 406 U.S. 205, 222 (1972).

[71] Existen exenciones legalmente previstas para la escolarización obligatoria de los hijos, por ejemplo, en Arizona o New York. No obstante, la autorización legal de la denominada *home schooling* está sometida al cumplimiento de unas condiciones mínimas en cuanto a programas y criterios: así se declaró en Iowa, con la sentencia del Tribunal Supremo estatal *State of Iowa v. Rivera,* 497 N.W.2d 878 (1993). Entre las decisiones de cortes estatales que han seguido la doctrina establecida en *Yoder,* pueden citarse *Texas v. Education Agency v. Leeper,* 843 S.W.2d 41 (1991), modificada por 893 S.W.2d 432; y *Maas v. State of Alabama,* No. CR 91-173 (Ala.Ct.App. 1992), en «Religious Freedom Reporter» 12, 209. Acerca de la doctrina *Yoder* y su evolución, *vid*. J.I. Rubio, *La primera de las libertades. La libertad religiosa en EE.UU. durante la Corte Rehnquist (1986-2005): una libertad en tensión,* Pamplona 2006, pp. 245 ss. y 257 ss.

La jurisdicción de Estrasburgo ha conocido un caso de *home schooling* por razones de conciencia, que fue declarado inadmisible por la Comisión Europea de Derechos Humanos: *Leuffen c. Alemania* [72]. La demanda había sido presentada una madre, de religión católica, que había determinado no enviar a su hijo —de ocho años en el momento de los hechos— a ninguna escuela e impartirle ella misma la educación en casa. Alegaba que Dios le había dado en exclusiva la responsabilidad y autoridad para educar a su hijo, y que en consecuencia sería inmoral confiar su educación a una escuela tradicional a la vista del declive moral y académico que se detectaba en los centros públicos —en los cuales, añadía, los niños aprendían obscenidades y eran víctimas de un ambiente violento que afectaba a su salud tanto física como psíquica. Desde su punto de vista, la escolarización en el sentido habitual equivaldría a abuso de menores, con consecuencias desastrosas para la salud física y psíquica de su hijo.

En Alemania, el *home schooling* es ilegal [73]. De ahí que el Tribunal de Primera Instancia *(Amtsgericht)* de Düsseldorf decidiera otorgar parcialmente al departamento municipal encargado de menores la tutela del niño —en concreto por lo que se refería a su asistencia a la escuela— y encargar un informe pericial sobre su estado psicológico. Los sucesivos recursos de la madre fueron desestimados por los tribunales alemanes, aduciendo que el Estado tiene la obligación de impartir una enseñanza adecuada a los menores y que la negativa de la madre a escolarizar a su hijo constituía un abuso de su derecho como responsable legal del menor, en la medida en que ponía en peligro su equilibrio psicológico. Indicaba a este propósito la judicatura alemana que, en comparación con la educación por una sola persona —en este caso, la madre—, los centros educativos no sólo cumplían la función de transmisión de conocimientos, sino que contribuían a que el menor desarrollase las necesarias habilidades sociales. El Tribunal Constitucional federal subrayó los riesgos que, frente a la escolarización, ofrecía la educación por una sola persona, con consecuencias quizá irreversibles para el niño, y justificó la retirada parcial de la tutela a la madre, sobre todo teniendo en cuenta que tenía la posibilidad real de elegir un centro que se correspondiera lo máximo posible con sus creencias religiosas.

La Comisión Europea de Derechos Humanos, al declarar inadmisible la demanda por manifiesta falta de fundamento, redujo el caso a un conflicto entre el derecho del menor a la educación y el derecho de los padres a determinar la orientación religiosa o filosófica de la educación de sus hijos: es decir, los derechos garantizados por las dos cláusulas que comprende el art. 2 PCEDH [74]. La

---

[72] Dec. Adm. n. 19844/92, 9 julio 1992.

[73] *Vid. supra,* nota 55.

[74] El art. 2 PCEDH establece: «A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñan-

Comisión afirmaba rotundamente que la primacía correspondía a la primera de las cláusulas, que protegía el derecho de los menores a recibir una educación apropiada; derecho que, «por su propia naturaleza, reclama una regulación por parte del Estado, la cual puede variar según los tiempos y los lugares». En virtud de esa discrecionalidad estatal era legítimo imponer la escolarización obligatoria en escuelas públicas o en escuelas privadas que cumplieran ciertos requisitos de calidad. Naturalmente —añadía la Comisión— los poderes del Estado en materia educativa «nunca deben lesionar la sustancia del derecho a la educación o entrar en conflicto con otros derechos consagrados por el Convenio». Entre ellos se encuentra el derecho de los padres para educar a sus hijos según sus creencias, pero éste tiene por objeto garantizar el pluralismo en la educación e impedir que el Estado se extralimite en sus funciones, incurriendo en un adoctrinamiento religioso o moral de los menores contra los deseos de sus familias [75]. La Comisión no encontró nada anómalo en la actuación de los órganos municipales y, además, hacía notar que habían actuado de la manera más respetuosa posible con las creencias religiosas de la madre, pues habían matriculado al niño en un colegio católico.

Es indudable el orden jerárquico indicado por la Comisión entre el derecho de los menores a la educación y el derecho de los padres sobre la orientación ética de esa educación, pero menos patente resulta que el derecho a la educación sólo pueda garantizarse mediante la escolarización. Al margen de que esta última pueda considerarse más adecuada por muchas razones, los sistemas de *home schooling* pretenden precisamente encontrar vías intermedias que hagan compatibles los dos derechos mencionados en el art. 2 del Primer Protocolo. Sin perjuicio, naturalmente, de las facultades de control que competen al Estado para cerciorarse de que la educación recibida en casa cumple los exigibles criterios de calidad y no perjudica al menor: por ejemplo, en lo relativo a su integridad física o psíquica, o provocando verdaderas situaciones de aislamiento social, o impartiendo una educación totalmente falta de libertad crítica [76].

En todo caso, esa doctrina de la Comisión ha sido más recientemente confirmada por otra decisión de inadmisibilidad, esta vez tomada por el Tribunal, en 2006, en el caso *Konrad,* también contra Alemania [77]. En esta ocasión, los

---

za, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas».

[75] La Comisión se remitía a la doctrina del Tribunal Europeo en el caso *Kjeldsen,* que será mencionado en este mismo capítulo: *vid. infra,* epígrafe 3.2.b).

[76] En ese sentido se pronuncia B. RODRIGO LARA, *Minoría de edad…,* cit. en nota 63, p. 351.

[77] *Konrad y otros c. Alemania,* Dec. Adm. 35504/03, 11 septiembre 2006. *Vid.*, sobre esa sentencia, L. MARTÍN-RETORTILLO, *«Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que*

demandantes pertenecían a una comunidad cristiana de ideas estrechamente vinculadas a la Biblia, y rechazaban la escolarización de sus hijos por razones religiosas: la educación sexual que recibían en la escuela pública, así como la presencia de criaturas míticas (brujas, hadas, enanitos) en la enseñanza infantil y el ambiente de violencia física y psíquica, que iba en aumento en los centros de enseñanza estatales.

Con una argumentación inspirada en el antes citado caso *Leuffen,* el TEDH recordaba que el párrafo 2 del art. 2 PCEDH tiene por objeto garantizar el pluralismo en la educación —una apreciación que nos parece reduce inadecuadamente el ámbito de protección de ese artículo del CEDH— y reconoce implícitamente la importante función que tiene el Estado en el diseño y aplicación del sistema educativo. Y, tras analizar las razones aportadas por las autoridades y tribunales alemanes para rechazar el *home schooling* solicitado por los padres, entendía que su decisión entraba dentro del margen de apreciación de que disponen los Estados en la aplicación del Convenio Europeo. Haciendo notar, además, que los padres podían educar a sus hijos de acuerdo con sus creencias religiosas fuera del horario y calendario escolar, con lo que sus derechos no resultaban restringidos de manera desproporcionada. Afirmación, esta última, que nos parece extemporánea, en la medida en que el art. 2 PCEDH se refiere precisamente al entorno escolar, no a la educación de los hijos en el ámbito extraescolar, cuya dependencia de los padres se da por sentada.

Un supuesto de falta de escolarización que se traducía en aislamiento social de los menores, con probables consecuencias negativas para su educación, era el contemplado por una sentencia de 1994 del Tribunal Constitucional español [78]. Un Juzgado de Primera Instancia de Barcelona había declarado el desamparo de un grupo de menores que eran hijos de miembros del grupo religioso Niños de Dios —entonces bajo proceso penal— y había atribuido su tutela legal a la Generalidad de Cataluña. El motivo era que esos menores eran educados por los miembros de ese grupo religioso —que solían vivir en comunidad— al margen de toda escolarización. El Juzgado, a la vista de las pruebas periciales psicológicas, consideró probada la manipulación mental de los menores y sus notables deficiencias en las áreas de socialización y autonomía personal. La Audiencia Provincial de Barcelona, sin embargo, interpretó de manera distinta las mismas pruebas aportadas en primera instancia, y decretó la devolución de la patria potestad a los padres. La Generalitat recurrió en amparo al Tribunal Constitucional, que desestimaría el recurso sin entrar en el fondo de la cuestión,

---

*habrá de darse a sus hijos»* (Un estudio de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), en «Anales» de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación 37 (2007), pp. 347 ss.

[78] STC 260/1994, 3 octubre 1994.

que reducía —desde la perspectiva constitucional— a un mero conflicto de interpretaciones de los mismos hechos entre el Juzgado y la Audiencia. El Tribunal se limitaba a afirmar que no existía una relación de implicación necesaria entre negar a la Generalitat el derecho a que los tribunales declarasen el desamparo de los niños y a obtener paralelamente su tutela y la ausencia de escolarización de esos menores. Es más, la Generalitat continuaba obligada a utilizar todos los demás instrumentos legales que tuviera a su disposición para asegurar la escolarización de los menores cuya tutela se le había negado [79].

Esta sentencia del Tribunal Constitucional muestra un reprobable formalismo en lo relativo al problema real que se sometía a su jurisdicción [80]. No analiza —sino que deja en segundo plano, como cuestión sin relevancia constitucional real— las relaciones entre escolarización obligatoria, libertad religiosa de los padres y derecho de los menores a la educación, que constituían el aspecto más importante del problema. De ahí el duro voto particular emitido por el magistrado Gimeno Sendra. Sin compartir en su totalidad el razonamiento de ese voto discrepante, sí nos parece claro que hubiera sido necesario entrar en la cuestión de fondo —menos indiscutible nos resulta su interpretación algo restrictiva de los derechos de los padres sobre la educación de sus hijos que garantiza el art. 27.3 CE y la necesaria identificación entre escolarización y derecho a la educación: ya hemos visto que muchos países occidentales permiten educación en el hogar, y existen soluciones menos extremas que permiten conciliar razonablemente los intereses de los padres y del Estado [81].

Más recientemente, el Tribunal Constitucional ha vuelto a pronunciarse sobre la materia en 2010 [82], a propósito del recurso de amparo formulado por un matrimonio residente en un municipio malagueño, que había sido conminado

---

[79] *Vid*. STC 260/1994, FJ 2.º

[80] *Vid*. un comentario crítico a la sentencia en G. Moreno Botella, *Libertad religiosa y derecho a la educación. En torno a la STC 260/1994, de 3 de octubre,* en «La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional» (ed. por J. Martínez-Torrón), Granada 1998, pp. 687-691; M.A. Asensio, *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor,* Madrid 2006, pp. 85-89. *Vid*. también J. M. Martinell, *Relaciones paterno-filiales y libertad de conciencia,* en «Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado» (coord. por A. Castro Jover), Bilbao 2001, pp. 81-142: P. Alcubilla, *Menor de edad, religión y derecho,* Madrid 2001, pp. 311 ss.

[81] Así lo indica, comentando esta sentencia, B. Rodrigo Lara, *Minoría de edad…,* cit. en nota 63, p. 354.

[82] STC 133/2010, 2 diciembre 2010. *Vid*. sobre la cuestión el interesante análisis de M.J. Valero, *Homeschooling en España. Una reflexión acerca del artículo 27.3 de la Constitución y del derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos,* en RGDCDEE 28 (2012), pp. 1 ss.; también, de la misma autora, situando la jurisprudencia española en el contexto de Estrasburgo, *Derechos educativos y homeschooling en España: situación actual y perspectivas de futuro,* en e-prints Universidad Complutense (http://www.ucm.es/BUCM/).

judicialmente a la escolarización de sus hijos menores —hasta entonces educados en casa por sus padres—, tras un procedimiento de jurisdicción voluntaria iniciado por el ministerio fiscal. La oposición de los padres a la escolarización no se fundaba en motivos religiosos sino en su desacuerdo general con el modelo educativo que inspiraba la enseñanza obligatoria en España. En su sentencia, denegatoria del amparo, el Tribunal afirmaba que el art. 27.3 CE no impide al Estado imponer la escolarización en determinadas edades y niega que los padres tengan un derecho al *home schooling* cuando el legislador no lo ha previsto. No, desde luego, en el presente caso, en que la oposición a la escolarización de sus hijos tenía su fundamento no en convicciones religiosas o morales, sino principalmente en razones pedagógicas derivadas de la ineficacia del sistema escolar español. Pero tampoco —añadía el Tribunal— en la hipótesis de que la objeción de los padres tuviera un origen moral o religioso.

## 3. La objeción de conciencia a ciertos contenidos docentes

Muy frecuentemente, los casos de objeción de conciencia en el ámbito educativo consisten en la oposición de los padres, por motivos éticos o religiosos, a que sus hijos sean expuestos a determinados contenidos docentes que se incluyen en el *curriculum* escolar, o incluso a ciertos aspectos de la metodología que preside la docencia en la escuela. Son también, quizá, los supuestos que ofrecen más dificultades para alcanzar en la práctica una solución justa, porque la línea que separa a veces el mejor interés del menor de las legítimas opciones morales de los padres es a veces muy delgada.

### 3.1. *La enseñanza religiosa confesional*

Dedicaremos aquí sólo una atención reducida al análisis de un caso muy particular: la oposición a recibir enseñanza religiosa confesional en la escuela, es decir, instrucción en la doctrina de una religión determinada, y desde la perspectiva propia de esa religión. Y ello, no por entender que no plantea problemas de objeción de conciencia, sino por considerar que un estudio detallado de este tema requeriría un enfoque global de la enseñanza de la religión en la escuela, lo cual nos llevaría mucho más allá de los conflictos entre ley y conciencia [83]. Sí interesa,

---

[83] Es abundante el tratamiento que la doctrina española ha dado a la cuestión de la enseñanza religiosa en España. *Vid*., entre otros, J. Escrivá-Ivars, *La enseñanza de la «religión y moral católicas» en el sistema educativo español,* en ADEE 4 (1988), pp. 205-239; D. de Lora, *La enseñanza religiosa escolar después de los Acuerdos de 1992 con federaciones religiosas no católicas,* en IC 33 (1993), pp. 97-122; R. Rodríguez-Chacón, *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional,* Madrid 1992, pp. 62-77; I. Briones, *La enseñanza de la religión en los centros públicos españoles,* en ADEE 9 (1993), pp. 167-206; M.E. Olmos, *Enseñanza religiosa acatólica en los centros docentes no universitarios,* en

a los efectos de nuestro estudio, mencionar que el derecho internacional no deja lugar a dudas respecto a dos puntos: primero, que la enseñanza religiosa de carácter confesional puede tener lugar en la escuela pública; segundo, que nunca puede imponerse obligatoriamente contra los deseos de los alumnos o de sus padres, ni generar discriminación para quienes rehúsan recibirla.

Así, el Primer Protocolo al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su art. 2, reconoce el derecho de los padres a que la educación de sus hijos se lleve a cabo de acuerdo con sus convicciones «religiosas o filosóficas» [84]. Enseguida se expondrá más pormenorizadamente la interpretación que el Tribunal Europeo ha realizado de este precepto, pero resulta claro que implica el derecho a rechazar la enseñanza de una determinada religión. Una perspectiva algo diferente adopta el art. 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (1966), en el que se enuncia el derecho de los padres o tutores legales a «garantizar la educación religiosa y moral de sus hijos conforme a sus propias convicciones». Para lo que aquí interesa, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Comentario General a ese artículo, ha indicado que la instrucción religiosa en la escuela pública sólo resulta compatible con el Pacto si se contemplan exenciones o alternativas que no sean discriminatorias para los alumnos y que se ajusten a los deseos de los padres [85]. Idéntica posición adoptan el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y el Comentario General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a ese artículo [86].

---

«Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte», Castellón 1999, pp. 705-712; P. LORENZO, *Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución,* Madrid 2001, pp. 95-145; de la misma autora *Religión y escuela: últimos pronunciamientos acerca de la asignatura en los centros docentes públicos,* en «La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado» (ed. por J. Martínez-Torrón), Granada 1998, pp. 601-613 y *La «hora de religión» en los centros públicos españoles,* en QDPE (1997), pp. 219-231.

[84] Una traducción española del texto del art. 2 se reproduce *supra,* en nota 74 de este capítulo.

[85] «The Committee notes that public education that includes instruction in a particular religion or belief is inconsistent with article 18.4 unless provision is made for non-discriminatory exemptions or alternatives that would accommodate the wishes of parents and guardians» (§ 6 del General Comment No. 22: The right to freedom of thought, conscience and religion (Art. 18): 30/07/93; CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, General Comment No. 22). Esa perspectiva domina el caso *Hartikainen c. Finlandia,* relativo a un maestro de escuela ateo, miembro de la Unión de Librepensadores, que se oponía al sistema de enseñanza de historia de la religión y ética, que se ofrecía en los colegios públicos como alternativa a la enseñanza religiosa confesional; el caso fue dictaminado por el Comité en 1981 (Comm. No 40/1978: Finland. 09/04/81, CCPR/C/12/D/40/1978).

[86] Cfr. Comentario General al art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, par. 28: El derecho a la educación (Art. 13): 08/12/99.E/C.12/1999/10. (General Comments).

Por lo demás, la cuestión de la voluntariedad de las clases de instrucción religiosa confesional en la escuela pública no es por lo general discutida. El verdadero problema radica en cómo vertebrar, en la práctica, sistemas de exención de esa enseñanza que no sean discriminatorios para los objetores, bien porque las alternativas a la asistencia a clase sean insatisfactorias, o bien porque les estigmaticen entre sus compañeros. A este propósito, en Canadá, la objeción a la enseñanza religiosa confesional en los colegios públicos fue objeto de una importante sentencia de la Corte de Apelación de Ontario en 1990: *Elgin County* [87], que siguió los pasos de *Zylberberg* [88]. En ella, a petición de varios padres de alumnos representados por la *Canadian Civil Liberties Association,* la Corte declaró contraria a la libertad religiosa un reglamento escolar adoptado en virtud de las leyes de educación de Ontario, que establecía la necesidad de que todos los colegios públicos ofrecieran cursos de enseñanza religiosa confesional cristiana. Aunque los programas incluían referencia a otras religiones, la Corte estimaba que el principal efecto de ese reglamento era el adoctrinamiento de la juventud en una religión determinada, lo cual diferenciaba ese tipo de docencia de otras clases de enseñanza pluralista de las religiones, para las que no hay obstáculo constitucional. A juicio de la Corte de Apelación, el hecho de que los padres tuvieran fácilmente accesible la posibilidad de eximir a sus hijos de esas clases de religión no impedía el juicio de inconstitucionalidad; sobre todo porque, siendo una minoría y debido a la falta de alternativas razonables, quienes rechazaban las clases podían fácilmente ser objeto de ostracismo o estigmatización por parte de sus compañeros.

En España la opción por una alternativa distinta no suele plantear ese tipo de problema, sino más bien, en sentido opuesto, la reclamación de la jerarquía eclesiástica, y de padres católicos, de que ofrecer alternativas excesivamente fáciles para el alumno pueden suponer un incentivo para no elegir la enseñanza de la religión católica [89]. En otros países con amplia mayoría de una religión determinada la situación puede ser distinta, y efectivamente los estudiantes pertenecientes a una minoría —sobre todo en el caso de creencias ateísticas— son

---

[87] *Canadian Civil Liberties Association v. Ontario (Minister of Education),* (1990) 71 O.R. (2d) 341. *Vid*. al respecto C.A. Stephenson, *Religious Exercises and Instruction in Ontario Public Schools,* en «University of Toronto Faculty of Law Review» 49 (1991), pp. 82-105; también J. Woehrling, *L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la societé à la diversité religieuse,* en «Revue de Droit de McGill» 43 (1998), pp. 373-374, y G.M. Dickinson & W.R. Dolmage, *Education, Religion and the Courts in Ontario,* en «Canadian Journal of Education» 21, 4 (1996), pp. 369-370. En España, E. Relaño, *El pluralismo religioso: el modelo canadiense,* en RGDCDEE 1 (2003), pp. 32-33.

[88] Comentada *supra,* en epígrafe 1.1.b) de este capítulo.

[89] *Vid*. R. Palomino, *El área de conocimiento «Sociedad, Cultura y Religión»: algunos aspectos relacionados con la libertad religiosa y de creencias,* en RGDCDEE 10 (2006), pp. 8 ss.

susceptibles de verse sometidos a cierta presión del entorno escolar. Significativo a este respecto es el caso *CJ, JJ y EJ c. Polonia,* declarado inadmisible por la Comisión Europea de Derechos Humanos en 1996 [90]. Al margen de los detalles de la decisión de la Comisión considerando que nada había objetable en el sistema de enseñanza religiosa en las escuelas públicas de Polonia considerado en su conjunto [91], interesa notar que una de las demandantes se veía obligada a esperar en el pasillo durante la hora de clase de Religión, y que, presionada por requerimientos frecuentes de profesores y compañeros, terminaría por aceptar una enseñanza que en principio había rechazado como contraria a las convicciones de su padre [92]. Pese a todo, el TEDH ha pronunciado una reciente sentencia sobre la materia, *Grzelak,* precisamente en relación con Polonia, a la que nos referiremos más adelante [93].

### 3.2. *La jurisprudencia de Estrasburgo*

En el ámbito europeo, los órganos judiciales del Consejo de Europa han abordado algunos casos de objeción a contenidos o métodos docentes, con ocasión de demandas formuladas con referencia al art. 2 PCEDH, en el que, como acaba de indicarse, se prescribe que el Estado, en su organización y gestión del sistema educativo, debe respetar las «convicciones religiosas y filosóficas» de los padres en la educación de los hijos.

#### a) *Un precursor:* Karnell y Hardt

El primero, cronológicamente, es el caso *Karnell y Hardt,* relativo a una demanda dirigida contra el gobierno sueco por dos miembros de la Iglesia evangélico-luterana (una rama separada de la Iglesia oficial sueca por desacuerdo doctrinal) [94]. Las autoridades habían denegado a los demandantes el permiso

---

[90] *Vid. CJ, JJ y EJ c. Polonia* (Dec. Adm. n. 23380/94, 16 enero 1996).

[91] En Polonia, se ofrece la enseñanza de la religión en los colegios públicos como asignatura optativa, y quienes no desean cursar esa materia deben seguir cursos de ética. Ambas materias reciben calificación, que es incorporada a los boletines de notas del colegio, pero sin proporcionar datos que permitan distinguir si un alumno ha cursado Religión o Ética, «a fin de evitar toda causa posible de intolerancia». El sistema ha sido expresamente declarado conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional polaco. Cfr. *ibid.*, *En fait,* §§ II-V.

[92] La situación práctica de las exenciones de clase de religión previstas por la ley en Irlanda también parece ofrecer importantes puntos mejorables. *Vid.* a ese respecto las críticas que escribe A. MAWHINNEY, *The Opt-Out Clause: Imperfect Protection for the Right to Freedom of Religion in Schools,* en «Education Law Journal» (2006), pp. 1-16.

[93] *Vid.* epígrafe 3.2.e) de este capítulo.

[94] Dec. Adm. n. 4733/71, en «Yearbook of the European Convention on Human Rights» 14, pp. 664-693.

para ocuparse ellos mismos de la educación religiosa de sus hijos en lugar de las clases de religión —llamadas de «Cristianismo»— impartidas en la escuela pública. El gobierno sueco argumentaba que esas clases resultaban aceptables para los fieles de cualquier confesión cristiana, ya que no trataban de promocionar ninguna de ellas en particular. Debido a la fe cristiana de los demandantes —continuaba el gobierno—, la dispensa no tendría sentido alguno: sólo cabría admitirla en el caso de personas pertenecientes a religiones inspiradas en una tradición distinta de la común al mundo occidental (Islam, por ejemplo) [95].

La Comisión declaró admisible la demanda, aunque su punto de vista parecía centrarse no tanto en la eventual existencia de un derecho absoluto a la exención de las clases de religión, cuanto más bien en consideraciones fundadas sobre todo en el principio de igualdad (art. 14 CEDH), desde el momento en que tal exención había sido concedida a estudiantes pertenecientes a otras confesiones religiosas. Sea como fuere, no llegó a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, ya que el procedimiento finalizó con un arreglo amistoso al otorgar el gobierno sueco la dispensa a los recurrentes.

b) *El caso* Kjeldsen: *la objeción a la educación sexual en la escuela*

El segundo caso ha tenido mucha más trascendencia, pues daría origen a la sentencia *Kjeldsen* [96], de 1976, que no sólo sería durante muchos años la única sentencia pronunciada por el Tribunal Europeo sobre la base de la libertad religiosa, sino que contenía una doctrina que ha dejado huella duradera en la jurisprudencia del TEDH. El caso se refería a tres matrimonios que impugnaban una reforma legislativa en Dinamarca, por la que se imponía —desde una temprana edad— la educación sexual integrada [97] y obligatoria en las escuelas públicas, sin prever la posibilidad de exención por causa de las convicciones religiosas o morales de los padres. Los demandantes no habían obtenido de los correspondientes órganos administrativos que sus hijos fueran eximidos de esa enseñanza, y alegaban que esa educación era contraria a sus creencias religiosas como cristianos.

---

[95] Es preciso observar que el gobierno sueco tenía una reserva respecto al art. 2 PCEDH, según la cual la dispensa de las clases de «Cristianismo» solamente se podía conceder a aquellos estudiantes que pertenecieran a una religión distinta de la Iglesia sueca —entonces todavía la Iglesia del Estado sueco—, siempre que, además, su confesión les proporcionara una instrucción religiosa satisfactoria.

[96] *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen,* 7 diciembre 1976. *Vid.*, sobre esa sentencia, L. MARTÍN-RETORTILLO, *«Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos» (Un estudio de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos),* en «Anales» de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación 37 (2007), pp. 305 ss.

[97] Con el término «integrada» se significaba que esa educación no ocuparía una disciplina independiente, sino que habría de impartirse dentro de otras materias escolares.

En su decisión —que negaría el derecho de los padres a obtener la dispensa solicitada—, el TEDH hacía notar que la determinación de los planes de estudio es competencia del Estado, y que comporta un amplio margen de apreciaciones discrecionales basadas en razones de oportunidad o conveniencia, que la Corte no está legitimada para enjuiciar. Ciertamente —proseguía— los contenidos incluidos en esos planes pueden afectar directa o indirectamente a cuestiones religiosas o filosóficas, pero eso no está vetado al poder público, siempre que tales cuestiones sean abordadas «de una manera objetiva, crítica y pluralista». El límite que se impide sobrepasar viene trazado por el afán adoctrinador en contra de las convicciones de los padres: algo que el Estado en ningún caso puede intentar. En tanto no se persiga una finalidad de adoctrinamiento, las autoridades escolares nacionales tienen libertad de actuación. En la base de ese razonamiento estaba ya implícita la doctrina, que más tarde explicitaría la Comisión, de que la dimensión interna *(forum internum)* de la libertad de conciencia es absoluta —no admite limitación alguna— e incluye primordialmente el derecho a elegir libremente la propia religión o creencia [98].

Analizando los hechos sobre esa base argumental, el Tribunal consideraba que la enseñanza sexual, tal como había sido organizada en Dinamarca, era uno de los objetivos que era legítimo acometer por razones de interés público, y que respondía a las anteriores exigencias, porque únicamente iba destinada a la transmisión imparcial de conocimientos. En consecuencia, concluía que la legislación recurrida no infringía el art. 2 PCEDH [99]. Además —se añadía—, los padres quedan siempre en libertad para enviar a sus hijos a escuelas privadas, fuertemente subvencionadas por los fondos públicos, o incluso para educarlos en su propia casa, como autoriza la ley danesa. Por último, con referencia al art. 14 CEDH, se hacía notar que no se quebraba el principio de igualdad por el hecho de que la ley danesa permitiera la dispensa de las clases de instrucción religiosa en los centros públicos, pero no la dispensa de la educación sexual: su diferente naturaleza justificaba ese diverso tratamiento, puesto que la enseñanza de la religión necesariamente difunde dogmas doctrinales y no meros conocimientos.

Resulta interesante contrastar el planteamiento de la sentencia con la opinión discrepante del juez Verdross [100]. Distingue Verdross, en primer lugar, entre

---

[98] *Vid. supra,* nota 10 de este capítulo.

[99] El Tribunal no entraba a juzgar los abusos prácticos que —según mantenían los recurrentes— se producían en la aplicación práctica de la legislación: ese aspecto de la demanda no había sido declarado admisible por la Comisión, por no haberse agotado los recursos internos disponibles. La sentencia del Tribunal fue acordada por seis votos contra uno. El informe elaborado previamente por la Comisión tampoco apreció violación del Convenio, pero su decisión fue adoptada por seis votos contra seis, con el voto de calidad de su presidente.

[100] Alfred Verdross (1890-1980) fue uno de los internacionalistas más prestigiosos del si-

la información sobre los hechos de la sexualidad humana —propia de la biología— y la información sobre las prácticas sexuales, incluida la contracepción, que constituía la materia de estudio impuesta por la nueva legislación danesa. Este segundo tipo de enseñanza, aun pretendidamente expuesta de modo objetivo, puede afectar al ámbito de la conciencia, y puede por tanto entrar en conflicto con las convicciones morales de los padres por el mero hecho de impartirse colectivamente en la escuela, y a una edad que ellos consideren demasiado pronta. Por otra parte —continúa Verdross—, no existen indicios de que el art. 2 PCEDH prohíba exclusivamente el fin de adoctrinamiento en la actividad educativa estatal. Al contrario, de una manera general ese artículo exige que el Estado respete las convicciones de los padres, sin la menor referencia a la finalidad perseguida por la organización pública del sistema de enseñanza. En consecuencia, el Tribunal debería haberse limitado a constatar si la legislación impugnada iba contra las creencias de los demandantes, lo cual sin duda sucede en el presente caso —puntualiza el juez austríaco— porque la norma no regula la concesión de exenciones —que habían sido denegadas además en vía administrativa a los tres matrimonios. La conclusión de que se ha violado el art. 2 PCEDH, finalmente, no desaparece por la posibilidad de acudir a las escuelas no públicas —aun subvencionadas— o de que los propios padres se hagan cargo de la educación de sus hijos: eso comportaría un mayor sacrificio y, por tanto, entrañaría una discriminación por razón de las convicciones de conciencia, en contradicción con el art. 14 CEDH.

No obstante sus aspectos discutibles, el hecho es que la sentencia *Kjeldsen* establecía de manera firme una interpretación restrictiva de cuáles son las obligaciones estatales a tenor del art. 2 PCEDH, según la cual el Convenio no exige necesariamente una plena acomodación a las creencias de los padres en el entorno escolar. Únicamente se prohíbe al Estado perseguir un fin de *indoctrination* o adoctrinamiento en la organización del sistema educativo —tema en el que se reconoce además a las autoridades nacionales un amplio margen de discrecionalidad, al ser la regulación de la enseñanza una de sus competencias indiscutibles.

La jurisprudencia posterior ha consolidado esa doctrina. Así, además de las sentencias del TEDH que examinaremos más adelante, mencionemos que la Comisión declaró posteriormente inadmisible la demanda del caso *Angeleni c. Suecia,* de características muy similares a la del antes citado caso *Karnell:* esta vez se trataba de una madre de convicciones positivamente ateas, que reclamaba el

---

glo XX, y juez del Tribunal Europeo desde 1958 hasta 1976. Una semblanza del mismo puede encontrarse, en R. DOMINGO (ed.), *Juristas universales, vol. 4: Juristas del s. XX,* Barcelona-Madrid 2004, pp. 227-230.

derecho a que su hija fuera eximida de las clases de «Instrucción Religiosa» [101] en un colegio público. En su argumentación, la Comisión rechazó que la madre tuviera derecho alguno a la exención, aceptando el razonamiento del gobierno sueco: no se pretendía en modo alguno un adoctrinamiento religioso de los estudiantes, sino que se trataba de una enseñanza impartida de manera «neutral, objetiva y pluralista» —era más una enseñanza *sobre* la religión que *en* una religión determinada—, cuya finalidad era proporcionar ciertos conocimientos que se consideraban esenciales para la formación cultural de la juventud en un país occidental [102].

c) *El caso* Campbell y Cosans: *objeción a los castigos físicos en la escuela*

Las deficiencias de la sentencia *Kjeldsen* resaltan aún más al compararla con el caso *Campbell y Cosans,* decidido pocos años más tarde [103], en el que la objeción se refería a métodos educativos y no a contenidos curriculares.

La demanda había sido introducida por dos madres se oponían a que sus hijos fueran sancionados con ciertos castigos físicos, entonces de uso común como medida disciplinaria en muchas escuelas públicas escocesas [104]. En concreto, las faltas de disciplina de los alumnos solían castigarse a menudo con algunos golpes en la palma de la mano con una correa de cuero llamada *tawse.* Desde 1968 existía en los órganos administrativos encargados de la enseñanza en Escocia una tendencia hacia la desaparición gradual de las sanciones físicas en los colegios, que estaban sujetas a una regulación y limitaciones estrictas [105]. En el caso de la Sra. Campbell, el colegio se había negado a garantizar que su hijo no recibiría castigos físicos en ningún caso, aunque de hecho nunca los recibiría, y permanecería en esa escuela durante los tres años posteriores a la demanda de la madre. La situación de la Sra. Cosans era distinta. Su hijo había re-

---

[101] Éste era el nombre que había sustituido en Suecia al anterior de «Cristianismo» en virtud de un cambio legislativo, justamente con la finalidad de subrayar la pretendida «asepsia» doctrinal de esas clases de educación religiosa. Parece, además, que las secuelas del caso *Karnell* no fueron ajenas a esa modificación legislativa.

[102] Dec. Adm. n. 10491/83, en D&R 51, pp. 41 ss. Es preciso hacer notar también que un factor determinante de la decisión consistía en la ya mencionada reserva del gobierno de Suecia respecto al art. 2 del Primer Protocolo.

[103] *Campbell y Cosans c. Reino Unido,* 25 de febrero de 1982. *Vid*. L. MARTÍN-RETORTILLO, *«Los padres tendrán derecho preferente…,* cit. en nota 96, pp. 312 ss.

[104] Las demandas habían sido presentadas por cada una de las madres, por separado, en 1976. Sorprende ciertamente que, en un caso de posible maltrato a la infancia en centros públicos, la jurisprudencia de Estrasburgo tardara seis años en pronunciarse.

[105] Por ejemplo, no podían emplearse en los cursos inferiores, o en casos de falta de rendimiento académico, aunque éste se debiera a pereza o falta de interés, etc. *Vid*. *Campbell y Cosans,* §§ 14-17.

cibido instrucciones de presentarse en el despacho del subdirector del colegio para recibir castigo físico por haber utilizado un atajo prohibido, que cruzaba un cementerio, para regresar a su casa. Siguiendo las indicaciones de sus padres, el niño se negó a aceptar el castigo, y fue suspendido indefinidamente de la escuela; las conversaciones entre los padres y los responsables del colegio durante los meses siguientes fueron infructuosas por la inflexibilidad de ambas partes, y determinaron que Jeffrey Cosans nunca retornara de hecho a la escuela en ese curso, que era el último de su escolarización obligatoria.

El Tribunal Europeo descartó que las sanciones escolares previstas constituyeran «trato inhumano o degradante» a los efectos del art. 3 CEDH [106], pero consideró que se había producido una violación del art. 2 PCEDH. Sin entrar pormenorizadamente en el mérito de la sentencia *Campbell y Cosans,* sí vale la pena mencionar que sentó algunos importantes principios que tendrían influencia, como veremos enseguida, en casos más recientes de objeción de conciencia en el entorno educativo.

Por un lado, indicaba qué convicciones resultaban protegibles a tenor del art. 2 PCEDH (y también del art. 9 CEDH):

> «En su significado ordinario la palabra "convicciones" no es sinónimo de las palabras "opiniones" o "ideas", tal como las utiliza el artículo 10 del Convenio, que garantiza la libertad de expresión; más bien se aproxima al término "creencias" (en el texto francés, "convicciones") que aparece en el artículo 9 —que tutela la libertad de pensamiento, conciencia y religión— y denota aquellas convicciones que alcanzan cierto nivel de obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia... La expresión "convicciones filosóficas" en el presente contexto se refiere... a aquellas convicciones que son merecedoras de respeto en una "sociedad democrática"... y no son incompatibles con la dignidad humana» [107].

Esas condiciones —concluía la Corte— se cumplen en el caso de las madres demandantes: «se relacionan con un aspecto serio e importante de la vida y de la conducta del ser humano, en concreto la integridad de la persona, lo apropiado o no de infligir sanciones físicas, y la supresión de la angustia que comporta el riesgo de un trato así» [108].

Por otro lado, es indudable el acierto de la sentencia al concebir de manera amplia los deberes asumidos por el Estado en el ámbito de la organización del sistema educativo. En efecto, el empleo de castigos corporales como sanción

---

[106] El art. 3 CEDH (prohibición de la tortura) dispone que «nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

[107] *Campbell y Cosans,* § 36.

[108] *Ibid*.

disciplinaria difícilmente podría ser calificado como «adoctrinamiento», en el sentido de la sentencia *Kjeldsen*. Y, sin embargo, el Tribunal aceptará que el art. 2 PCEDH obliga al Estado a respetar las convicciones de los padres en esa materia. Su argumentación gira en torno a la idea de que ese precepto extiende los deberes del Estado al entero proceso educativo —a «todas y cada una» de las funciones que asume en relación con la educación— y no sólo a aquellas de sus partes que consisten estrictamente en la transmisión de información o conocimientos. Para el Tribunal sería «artificial» separar estas últimas de aquellos aspectos que se refieren a la administración interna de los centros escolares [109].

En fin, un tercer principio interpretativo afecta a cómo entender la obligación del Estado de «respetar» las convicciones de los padres. Especificaba el TEDH que el significado del término «respetar» va más allá de expresiones como «reconocer» o «tener en cuenta»; y que, «además de responsabilidades primordialmente negativas, implica algunas obligaciones positivas por parte del Estado» [110]. Para mayor claridad, el Tribunal añadía que el deber del Estado de respetar las convicciones de los padres no desaparecía por la alegada necesidad de buscar un equilibrio entre las diversas perspectivas existentes en esta materia, ni era suficiente que la política educativa del gobierno británico estuviera dando pasos hacia la abolición paulatina de los castigos físicos en la escuela.

Enseguida veremos las consecuencias futuras de esa doctrina del Tribunal Europeo en casos más recientes decididos en Estrasburgo. Antes, interesa mencionar brevemente un supuesto inverso de objeción de conciencia, contemplado en una sentencia de la Cámara de los Lores británica en 2005, *Williamson* [111]. Un grupo de padres y de profesores de varias escuelas inglesas alegaban que la prohibición absoluta de sanciones físicas en la escuela —que incluía desde 1998 a los colegios privados— violaba sus derechos reconocidos por el Convenio Europeo. Alegaban, con fundamento en algunos pasajes bíblicos, que sus creencias como cristianos exigían el recurso a castigos físicos moderados [112] en la escuela frente a actos culpables de indisciplina. Estaban firmemente persuadidos de que los maestros debían ser autorizados a emplear esas sanciones en nombre de los padres, no con la finalidad de hacer daño o de humillar, sino con objeto de educar el carácter, transmitiendo el mensaje inequívoco de que el comporta-

---

[109] *Vid. ibid.*, § 33.

[110] *Ibid.*, § 37.

[111] *R v. Secretary of State for Education and Employment and others ex parte Williamson,* [2005] UKHL 15. Sobre las consecuencias de esa sentencia para la noción de lo que constituye una manifestación de la religión o creencias para la jurisprudencia británica, *vid.* R. Hopkins & C.V. Yeginsu, *Religious Liberty in British Courts: A Critique and Some Guidance,* en «Harvard International Law Journal Online» 49 (2008), pp. 31 ss.

[112] Se referían a azotes en las nalgas con una pala, o golpes en la palma de la mano con una correa de cuero.

miento inaceptable no sería tolerado. En una interesante sentencia llena de matices, los Lores, aceptando que la reclamación de los padres respondía a la sincera expresión de una creencia religiosa que en principio era tutelable por el art. 2 PCEDH, entendieron que las limitaciones impuestas a las convicciones de los padres en este caso resultaban justificadas por las competencias de que gozaba el legislador inglés al interpretar el «mejor interés del niño» en el entorno escolar. Sobre todo teniendo en cuenta que la prohibición de castigos físicos se había adoptado después de un largo, mesurado y transparente proceso de debate, con intervención de numerosos expertos en educación. Añadían, además, una regla interpretativa que será utilizada en otras ocasiones por la judicatura británica en casos relativos a libertad religiosa: la llamada *specific situation rule*. De acuerdo con esa regla, lo que constituye una injerencia en la libertad religiosa depende de la situación específica del caso, que incluye hasta qué punto la persona puede esperar razonablemente ser libre para expresar sus creencias religiosas en la práctica [113].

En fin, añadamos que una situación semejante a la de *Williamson* había sido decidida, cinco años antes, con idéntico resultado y análogo razonamiento, por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, respondiendo al recurso de una asociación que reunía a 196 colegios privados cristianos, con un total de casi 15.000 alumnos [114], y alegaba que la *South African Schools Act* de 1996, al prohibir de manera absoluta y bajo sanciones penales los castigos corporales en las escuelas, violaba su derecho al ideario propio y su libertad religiosa [115].

---

[113] La sentencia hacía una referencia explícita al uso de ese criterio por el TEDH en el caso *Kalaç c. Turquía,* 1 julio 1997, en el que se trataba de restricciones a la libertad de expresar ideas religiosas en el caso de un oficial del Ejército. *Vid.,* sobre el uso de la *specific situation rule* por la judicatura británica, M. Hill & R. Sandberg, *Muslim Dress in English Law: Lifting the Veil on Human Rights,* en «Derecho y Religión» 1 (2006), pp. 302 ss., y, de los mismos autores, *Is Nothing Sacred? Clashing Symbols in a Secular World,* en «Public Law» (2007), pp. 488 ss.; J. García Oliva, *La cuestión de la simbología religiosa en el Reino Unido,* en RGDCDEE 15 (2007), 1-14.

[114] *Christian Education South Africa v. Minister of Education,* (2000) 9 BHRC 53.

[115] En 1982, la Comisión Europea declaró inadmisible una demanda que tenía ciertas analogías con los casos *Williamson* y *Christian Education South Africa,* pero no hacía referencia al ámbito escolar sino al estrictamente familiar. Varios ciudadanos suecos con hijos menores, pertenecientes a una «iglesia libre» protestante, y que creían en el castigo físico como algo necesario, y moralmente obligado, para la educación de sus hijos, reclamaban contra la legislación sueca que, desde 1979, consideraba el castigo corporal a los hijos tan penalmente punible como si fuera realizado contra un extraño. Alegaban violación de los arts. 8 y 9 del Convenio, y art. 2 del Primer Protocolo. La demanda fue declarada inadmisible. *Vid. Seven individuals c. Suecia,* Dec. Adm. n. 8811/79, 13 mayo 1982.

### d) *Los casos* Folgerø *y* Zengin: *objeción a la enseñanza religiosa de carácter neutral en el colegio*

En el año 2007, el Tribunal de Estrasburgo pronunció dos importantes sentencias en materia de objeción de conciencia a contenidos docentes contrarios a las creencias de los padres, en contextos sociales y educativos bien distintos como son, respectivamente, Noruega y Turquía. Se trata de las sentencias *Folgerø* y *Zengin* [116]. Las dos decisiones abordan un problema análogo: situaciones en que los padres se oponían a las clases de educación religiosa obligatoria impartida a sus hijos en colegios públicos. En ambos casos el Estado alegaba que se trataba de una enseñanza neutral sobre el hecho religioso, pero los demandantes rechazaban la neutralidad del sistema, al tiempo que afirmaban que sus hijos eran sometidos a un adoctrinamiento en contra de sus convicciones religiosas *(Zengin)* o filosóficas *(Folgerø)*.

Hay, sin embargo, algunos factores diferenciales entre estas sentencias. Mientras que *Folgerø* fue decidido por la *Grand Chamber* del Tribunal (17 jueces) en una disputada sentencia de nueve votos contra ocho, *Zengin* fue fallado por una sala de siete jueces y por unanimidad. Además, los concretos perfiles de los hechos en cada caso también muestran otros elementos distintivos.

*Folgerø* examinaba unos cursos obligatorios sobre «Cristianismo, religión y filosofía», que el Estado noruego concebía como importantes para generar un clima de tolerancia y respeto a otras religiones o filosofías de vida, y para que la juventud tuviera un conocimiento adecuado de las raíces de la cultura europea, y en concreto noruega. Las autoridades educativas, a través de un serio proceso de consultas con expertos y de evaluación del sistema, habían puesto un serio empeño en intentar compatibilizar la neutralidad de esa enseñanza con el reconocimiento de la tradición cristiana (luterana) que ha dominado la cultura y la historia de Noruega en los últimos siglos. De ahí que el *curriculum* de esa materia hiciera un especial énfasis en el Cristianismo sobre otras religiones. La neutralidad del sistema parecía verse empañada por la llamada «cláusula de objetivo cristiano», que la reforma de 1997 había heredado de la anterior legislación de 1969, según la cual uno de los objetivos esenciales de la educación primaria y secundaria era proporcionar a los alumnos una educación cristiana y moral. No

---

[116] *Folgerø c. Noruega,* 29 junio 2007, y *Zengin c. Turquía,* 9 octubre 2007. Análisis pormenorizados de esas sentencias, tanto en lo relativo a los hechos como a sus fundamentos jurídicos, pueden encontrarse en M.A. Jusdado & S. Cañamares, *La objeción de conciencia en el ámbito educativo,* en RGCDEE 15 (2007), pp. 1-14; L. Martín-Retortillo, *«Los padres tendrán derecho preferente…,* cit. en nota 96, pp. 334 ss.; J. Martínez-Torrón, *La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo,* en RGDCDEE 15 (2007), pp. 1-22; E. Relaño, *La libertad religiosa y el pluralismo educativo en Folgerø y Zengin: matizaciones importantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* en RFDUG 11 (2008), pp. 221-240.

se preveía la exención total de esos cursos en ningún caso, sino sólo procedimientos de exención parcial respecto de aquellas actividades que pudieran ser interpretadas como práctica o adhesión a una religión (que la normativa noruega ponía claro interés en diferenciar de las actividades encaminadas a mera transmisión imparcial de conocimientos). Esos procedimientos de dispensa, por otro lado, requerían por parte de los padres una explicación de sus motivos de conciencia y una notificación por adelantado a los responsables del colegio; en la práctica, se habían mostrado de difícil viabilidad [117]. La Asociación Humanista Noruega, y un grupo de familias pertenecientes a esa asociación, que habían solicitado sin éxito para sus hijos la exención total de esa enseñanza, impugnaron el sistema como falto de neutralidad y, al ser materia obligatoria, restrictivo de los derechos fundamentales de los padres sobre la orientación ética de la educación de sus hijos [118].

*Zengin,* en cambio, se refería a un sistema de enseñanza religiosa *prima facie* no tan neutral y aparentemente dirigido, en concreto, a alumnos islámicos. Se trataba de los cursos de «Cultura religiosa y ética», que son obligatorios en Turquía en la enseñanza primaria y secundaria desde hace décadas. A partir de 1990, como consecuencia de una decisión del Consejo Superior de Educación, la obligatoriedad de la instrucción sobre cultura religiosa y educación moral en la enseñanza primaria y secundaria resulta mitigada para los alumnos de religión cristiana o judía. Éstos quedan eximidos de seguir esas clases siempre que atestigüen su pertenencia a esas dos religiones [119]. En una sociedad como la turca, eso significa que todos los alumnos pertenecientes al Islam —la inmensa mayoría— carecen de derecho a exención [120].

---

[117] La normativa noruega, su evolución y su interpretación jurisprudencial, aparecen descritas con detalle en la sentencia *Folgerø,* §§ 9-50.

[118] Quienes habían impugnado el sistema ante la jurisdicción noruega unieron sus esfuerzos y, tras la negativa recibida del Tribunal Supremo, coordinaron de nuevo sus movimientos respecto a los trámites ulteriores. Parte de los padres reclamó ante al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, esgrimiendo el art. 18 PIDCP, mientras que otra parte recurrió ante la jurisdicción de Estrasburgo. Esta posición procesal creó inquietud en ambos organismos, los cuales tienen normas destinadas a evitar que los litigantes se aventuren en el llamado *forum shopping* —es decir, que busquen aquí y allá la jurisdicción que mejor se adapte a su conveniencia. Sin embargo, ambos organismos concluyeron que, dado que las partes eran distintas, las demandas podían proseguirse por separado. El recurso ante el Comité terminaría en noviembre de 2004 con el dictamen *Leirvåg c. Noruega* (Com. N.º 1155/2003: Norway. 23/11/2004. CCPR/C/82/D/1155/2003), también favorable a los demandantes, aunque con una fundamentación de hecho y un razonamiento jurídico mucho menos pormenorizados que la decisión del Tribunal Europeo en *Folgerø.*

[119] *Vid. Zengin,* § 18.

[120] El representante del gobierno turco hizo notar, en la audiencia pública del caso *Zengin* ante el Tribunal en Estrasburgo, que la posibilidad de dispensa de tales clases podría extenderse a

El caso fue planteado precisamente por una estudiante alevita de 16 años y por su padre, alegando que la estudiante no podía acogerse a la exención legalmente prevista —de hecho le había sido denegada tanto en vía administrativa como judicial— y debía someterse a una enseñanza religiosa que difundía solamente una interpretación específica del Islam, contraria a sus creencias. El alevismo es una ramificación del Islam, que presenta notables analogías —pero también importantes diferencias— con el chíismo; está influenciada por el sufismo y por ciertas creencias pre-islámicas, así como por ideas de corte humanista, racionalista y universalista [121]. Considerados heterodoxos por gran parte del Islam, los alevitas difieren de los musulmanes ortodoxos en varios e importantes aspectos [122], y las relaciones entre los alevitas y los musulmanes suníes —la tendencia mayoritaria en Turquía— no son particularmente buenas [123].

Alegaba el Sr. Zengin que su hija tenía derecho a la misma dispensa de la instrucción religiosa concedida a los alumnos cristianos o judíos. Hacían notar que no se trataba, como afirmaba el gobierno turco, de una enseñanza religiosa obligatoria que tuviera carácter «objetivo, pluralista y neutral, y que hiciera especial énfasis en el conocimiento del Islam por obvias razones históricas y sociológicas». Al contrario, afirmaba, ya que dichos cursos eran enfocados desde la perspectiva de la escuela hanafita —una de las escuelas sunitas—, con la finalidad de inculcar en la juventud un tipo particular de creencias, de manera que su hija estaba recibiendo adoctrinamiento religioso contrario a las convicciones de sus padres. De hecho —añadía—, el alevismo era ignorado, cuando no negado, en el modelo de enseñanza seguido en la práctica. Los Zengin fundamentaban

---

alumnos de otras religiones o convicciones filosóficas —como el ateísmo—, pero no pudo aportar ningún ejemplo concreto de que ello hubiera sucedido. Cfr. *ibid.*, § 19.

121 Algunos de sus seguidores entre las generaciones más jóvenes incluso consideran el alevismo más una filosofía de vida que una religión en sentido estricto.

122 Por ejemplo, rechazan tanto el concepto de jerarquía religiosa como la sumisión a la *shariah* y a la *sunna,* y tienen una concepción distinta de prácticas como el ayuno o la oración. De hecho, no se reúnen a rezar en las mezquitas, sino en salas de oración llamadas *cemevis,* y no se consideran obligados por el deber de peregrinar a la Meca. Ponen especial énfasis en la espiritualidad interior más que en el cumplimiento de deberes religiosos de culto externo. El cultivo de ciertos tipos de música y danza como camino hacia la experiencia mística desempeña un papel de relevancia en su espiritualidad y en sus ceremonias colectivas. Las mujeres no están obligadas a cubrir su cabeza por una obligación de carácter religioso.

123 Por lo que se refiere a su concepto de las relaciones entre poder político y religión, generalmente los alevitas apoyan el régimen de Estado laico en Turquía, así como la tolerancia religiosa, los derechos humanos, la noción occidental de democracia, y la igualdad de derechos entre varón y mujer. Aunque no existen datos ciertos, porque el censo oficial no distingue entre las diversas ramas del Islam, se estima que su número oscila entre los quince y los veinte millones de personas en Turquía. *Vid*. D. Shankland, *The Alevis in Turkey: The Emergence of a Secular Islamic Tradition,* London 2003; E. Özalay, *Minorities in Turkey: The Identity of Alevis in Accordance with the EU Legislation, paper* en el *Master of Arts in Euroculture Intensive Program,* San Sebastián.

sus afirmaciones en los programas de estudio y en diversos libros de texto autorizados por el Ministerio de Educación para su uso en escuelas públicas [124].

Tanto *Folgerø* como *Zengin* dieron la razón a los demandantes, considerando, por razones diferentes en cada caso, que ni el modelo noruego ni el turco de enseñanza de la religión eran completamente neutrales, y que no preveían de manera satisfactoria exenciones de la enseñanza religiosa para los padres que no compartían un planteamiento docente que cabía calificar de adoctrinador, al menos en parte [125]. En *Folgerø,* el Tribunal hacía notar que, no obstante el empeño del gobierno por garantizar la neutralidad, el Cristianismo recibía un trato preferente, no sólo cuantitativamente —lo cual podría tener una lógica explicación en la composición socio-religiosa del país— sino también cualitativamente, como se derivaba de la «cláusula de objetivo cristiano» recogida en la legislación. A ello se unían las dificultades prácticas para acogerse al sistema de exenciones parciales de contenidos docentes; a juicio del Tribunal, en vista de la orientación de fondo de la educación, sólo un sistema de exenciones totales dotado de viabilidad real podría garantizar el respeto de las convicciones de los padres en el sentido del art. 2 PCEDH. En *Zengin,* además de utilizar los datos derivados de los libros de texto y los currículos de la «Cultura religiosa y ética», el Tribunal deducía la falta de neutralidad de esa enseñanza de su peculiar sistema de exenciones. El sistema, en efecto, no parecía coherente. Por una parte, se insistía en la neutralidad de la enseñanza de cultura religiosa y moral, pero por otra se regulaba la posibilidad de dispensa para cierta clase de alumnos no musulmanes, en concreto los pertenecientes a las principales minorías religiosas en Turquía. De lo cual podía inferirse que esos cursos no sólo daban primacía al conocimiento sobre el Islam por ser la religión mayoritaria en el país, sino que de hecho era una enseñanza hasta cierto punto confesional, es decir, una instrucción en la doctrina y principios del Islam (y más precisamente en una de sus interpretaciones: la sunita). De otro modo, no se entendía por qué la dispensa de esa enseñanza sólo se admitía para los fieles de otras religiones [126]. En ese

---

[124] Detalles sobre la legislación turca, así como sobre el *curriculum* y los textos utilizados en esos cursos, pueden encontrarse en *Zengin,* §§ 16-24.

[125] En todo caso, es importante señalar que el grado de neutralidad de cada uno de los modelos era notablemente distinto, como sugieren las votaciones del Tribunal. En *Folgerø,* ocho de los diecisiete jueces discreparon de la apreciación de los hechos realizada por los otros nueve jueces, y dejaron constancia de ello en un largo voto particular. En cambio, la ausencia de neutralidad propiamente dicha en el sistema turco se refleja en la unanimidad de los siete jueces que adoptaron la sentencia *Zengin*.

[126] Este aspecto había sido ya señalado por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), que, en su tercer informe sobre Turquía (2005), hacía notar la irregularidad de unos cursos «neutrales» de enseñanza sobre la religión que eran obligatorios, pero preveían la dispensa para alumnos no musulmanes, y en concreto judíos o cristianos. La situación —añadía

contexto, la falta de posibilidades de exención para los alevitas resultaba lesiva del art. 2.

En uno y en otro caso, el Tribunal Europeo quiso hacer una exposición preliminar, y estructurada, de los principios generales que motivaban su decisión, siguiendo su propia jurisprudencia anterior, tal como había sido elaborada en *Kjeldsen* y en *Campbell y Cosans* [127]. Vale la pena dejar constancia de esos principios, cuyo impacto potencial va mucho más allá de las situaciones relacionadas con la enseñanza de las religiones.

En primer lugar, se indica con claridad que las dos cláusulas del art. 2 PCEDH —derecho a la educación, y derecho de los padres sobre la orientación religiosa o ideológica de la educación de sus hijos— han de interpretarse de manera conjunta, cada una en relación con la otra. Y el entero art. 2, a su vez, a la luz de los arts. 8, 9 y 10 CEDH: es decir, respectivamente, derecho a la protección de la vida privada y familiar; libertad de pensamiento, conciencia y religión; y libertad de expresión.

De esa interpretación contextualizada se derivan dos importantes consecuencias. Primero, cuando el art. 2 PCEDH se refiere al respeto de las «convicciones religiosas y filosóficas», el término «convicciones» ha de entenderse de manera restrictiva. No comprende cualquier clase de opinión o idea, sino sólo aquéllas que revisten un cierto grado de «obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia» [128]. Segundo, y en contrapartida, el derecho de los padres a garantizar que la educación y enseñanza de sus hijos se realice conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas reclama una interpretación amplia. Lo cual se manifiesta en varias afirmaciones claras y concretas del Tribunal:

1) Los derechos de los padres en esta materia proceden de sus deberes *naturales* —es el adjetivo literalmente empleado por la Corte— hacia sus hijos. Si pueden exigir del Estado el respeto de sus convicciones es porque ellos son

---

la ECRI— es poco clara: si son cursos sobre las diversas culturas religiosas, no parece haber razón para que sean obligatorios solamente para los musulmanes; y, si están concebidos de hecho para enseñar la religión islámica, no deberían ser obligatorios, para preservar la libertad religiosa de los alumnos y de sus padres. En consecuencia, y como ya había hecho en su segundo informe sobre Turquía, la ECRI urgía al Estado turco a que hiciera optativa esa enseñanza sobre la religión, o bien revisara sus contenidos para hacerla verdaderamente neutra y aceptable para todos los alumnos de cualquier religión o creencia. *Vid*. §§ 68-69 del informe, que puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: http://hudoc.ecri.coe.int/XMLEcri/ENGLISH/Cycle_03/03_CbC_eng/TUR-CbC-III-2005-5-ENG.pdf (visitado 28 septiembre 2010). La parte más relevante de esos párrafos del informe de la ECRI es reproducida por la sentencia *Zengin,* § 29.

[127] *Vid*. *Folgerø,* § 84 y *Zengin,* §§ 47-55.

[128] *Vid*. *supra,* nota 107 y texto correspondiente.

quienes primordialmente tienen la responsabilidad de la educación y enseñanza de sus hijos [129].

2) En el sentido del art. 2 PCEDH, el término «respeto» referido a las convicciones de los padres ha de entenderse en toda su fuerza, y no como sinónimo de un mero «reconocer» o «tener en cuenta». Y, además de un contenido negativo —límites a la actividad de los poderes públicos—, comporta obligaciones positivas por parte del Estado [130].

3) En orden a garantizar los derechos de los padres sobre la educación de sus hijos, el art. 2 PCEDH no distingue entre enseñanza pública o privada. En otras palabras, el Estado está obligado a tutelar esos derechos también en el contexto de la enseñanza pública, y el hecho de que los padres tengan la razonable alternativa de enviar a sus hijos a una escuela privada no le dispensa de sus obligaciones en esta materia [131].

4) Los derechos de los padres no se circunscriben a los cursos de instrucción religiosa, sino que abarcan todas las demás materias escolares. Es más, se extienden al entero sistema educativo, más allá del mero contenido de las asignaturas y de su modo de impartirlas: como sugiere el propio texto del art. 2 PCEDH, al cumplimiento de todas las funciones que el Estado asume en el campo de la enseñanza.

Si los derechos de los padres tienen como lógico correlato determinadas obligaciones del Estado, en su calidad de principal responsable de la planificación y ejecución de los planes de estudio en los colegios, el siguiente paso consiste en determinar cuáles son más precisamente esos deberes que vinculan a las autoridades educativas. A este propósito, las sentencias *Folgerø* y *Zengin* se muestran tributarias de la ya antigua decisión *Kjeldsen,* en el sentido de que, como se ha indicado, se resisten a admitir que el Estado tenga un estricto deber de acomodar en todo caso los programas escolares a las convicciones religiosas o filosóficas de los padres, y a conceder en su caso las oportunas exenciones o dispensas —totales o parciales— a los alumnos con respecto a ciertos cursos. Tal acomodación sólo es exigible en los casos de materias que no son por completo neutrales en su concepción. Como contrapartida, el Tribunal será muy estricto

---

[129] Interesa subrayar esta apreciación del Tribunal porque, en el contexto de ciertos planteamientos políticos en algunos países europeos, no es infrecuente que tiendan a confundirse las respectivas responsabilidades y competencias que familias y poderes públicos poseen en el campo de la educación preuniversitaria.

[130] *Vid. supra,* nota 110 y texto correspondiente.

[131] *Vid.*, en tal sentido, *Folgerø,* § 101, pese a hacer notar que la legislación noruega es extremadamente flexible en la posibilidad de crear centros privados —o permitir el *home schooling*— y que el Estado noruego financia el 85% de los gastos de cualquier escuela privada (*vid. ibid.*, §§ 82-83).

en la definición de lo que constituye una actitud neutral del Estado en los contenidos educativos.

Así, el TEDH recuerda que el Estado tiene discrecionalidad para fijar los currículos escolares, lo cual comprende la posibilidad de incluir materias encaminadas a proporcionar conocimientos objetivos que tengan alguna relevancia, directa o indirecta, desde un punto de vista religioso o filosófico. Y el art. 2 PCEDH no necesariamente obliga al Estado a atender toda objeción de los padres contra esas materias, pues de otra manera el sistema educativo podría resultar impracticable. Pero enseguida añade que sí están obligadas las autoridades educativas a velar con todo celo para que dichos conocimientos o información sean impartidos de manera «objetiva, crítica y pluralista». Esto —matiza el Tribunal— es una consecuencia de la necesaria neutralidad e imparcialidad del Estado en el terreno de la educación en las sociedades democráticas, lo cual es producto, a su vez, de su falta de competencia para juzgar acerca de la legitimidad de las diversas religiones o creencias y de los medios a través de los que éstas se expresan. Por la misma razón, en ningún caso está permitido al Estado llevar a cabo un adoctrinamiento de los alumnos que entre en conflicto con las convicciones religiosas o filosóficas de los padres.

Tal planteamiento del Tribunal Europeo, que resulta sin duda atractivo *prima facie,* adolece de un cierto idealismo, pues parece dar por supuesto que la absoluta neutralidad y objetividad en la enseñanza es de hecho alcanzable. La experiencia muestra, sin embargo, que, en sentido estricto, gran parte de las materias escolares no son susceptibles de una neutralidad y objetividad absolutas. Lo que existe en la práctica son mayores o menores grados de neutralidad real, y mayores o menores posibilidades de conflicto con las convicciones de los padres dependiendo de la densidad doctrinal, moral o filosófica de los cursos de que se trate. Por ello, una posición realista, y al mismo tiempo respetuosa de los derechos de los padres, aconseja articular mecanismos adecuados de exención de los alumnos en esas situaciones de conflicto, especialmente en aquellas asignaturas que tengan una conexión más directa con creencias religiosas o éticas [132].

Movido tal vez por consideraciones análogas, el TEDH ha hecho notar, en *Folgerø* y *Zengin,* que las previsiones de dispensa o exención de los alumnos son un factor a tener en cuenta a la hora de evaluar la neutralidad en la educación, sobre todo en aquellas materias más propicias para situaciones de adoctrina-

---

[132] Ésa es la actitud adoptada, con referencia a la enseñanza no confesional, o neutral, sobre el hecho religioso en los *Toledo Guiding Principles on Teaching about Religions and Beliefs in Public Schools,* elaborado en el seno de la OSCE por el *ODIHR Advisory Council on Freedom of Religion or Belief: vid*. especialmente cap. V.C. La versión original inglesa y una traducción española pueden encontrarse en la siguiente dirección de Internet: http://www.osce.org/odihr/publications.html?lsi=true&limit=10&grp=360 (visitado 29 agosto 2010).

miento, como es el caso de las asignaturas que proporcionan información sobre las religiones. Y ha afirmado rotundamente que el Estado debe poner «el mayor cuidado» en respetar de manera efectiva las convicciones religiosas o filosóficas de los padres, no sólo mediante un apropiado diseño general de los currículos, sino también controlando que no se producen abusos prácticos por negligencia o trivialidad [133].

En suma, si *Folgerø* y *Zengin* tienen un aspecto menos positivo, como es reafirmar la interpretación restrictiva de los derechos de los padres propuesta en *Kjeldsen,* como contrapartida hacen hincapié en la necesidad de aplicar rigurosamente los criterios que permiten controlar, en concreto, la real «objetividad y pluralismo» de los contenidos educativos impartidos en la escuela pública, pues la finalidad de adoctrinamiento religioso o moral es claramente conceptuada como inaceptable. Es verdad que esas dos sentencias de 2007 del Tribunal Europeo son particularmente exigentes porque se refieren al singular y delicado ámbito de la instrucción religiosa en la escuela pública. Pero su doctrina, y la aplicación estricta de esos criterios de control, son igualmente válidas para otras materias de intensas connotaciones éticas, en las que existen altas posibilidades de conflicto con las «convicciones religiosas o filosóficas» de los padres.

### e) *El caso* Grzelak: *rechazo de la enseñanza religiosa confesional*

En la reciente sentencia *Grzelak* [134], el TEDH ha abordado de nuevo la cuestión de la enseñanza religiosa, pero esta vez de carácter claramente confesional, como ocurre en Polonia. Se trataba del hijo de unos padres declaradamente agnósticos, y agnóstico él mismo, alumno de diversos colegios públicos, que alegaba ser discriminado por razón de sus creencias en el contexto del sistema de enseñanza religiosa en Polonia, tanto en su diseño como en la práctica.

La instrucción religiosa que se recibe en los colegios públicos polacos suele ser católica, salvo en algunos lugares donde existe enseñanza ortodoxa o luterana. En todo caso, es opcional, y los padres pueden eximir de ella libremente a sus hijos. Así había sucedido de hecho en el caso de los padres del demandante, los cuales, además, solicitaron reiteradamente la organización de cursos alternativos de ética para su hijo. Esto no fue posible por falta de estudiantes interesados en esos cursos en la entera ciudad donde vivían: Sobótka, una pequeña población de

---

[133] «Ciertamente, pueden existir abusos en cuanto al modo en que las normas vigentes son aplicadas por un determinado colegio o por ciertos profesores, y las autoridades competentes tienen el deber de poner el mayor cuidado en comprobar que las convicciones religiosas y filosóficas de los padres no son preteridas a ese nivel por negligencia, por falta de sensatez o por un inapropiado proselitismo» (*Zengin,* § 53).

[134] *Grzelak c. Polonia,* 15 junio 2010.

escasamente 7.000 habitantes —la legislación polaca prevé distintas formas de facilitar los cursos de ética para quienes no desean recibir enseñanza religiosa, siempre que, en el peor de los casos, se llegue a un mínimo de tres alumnos entre colegios cercanos, aunque sean de distintos años, que permita organizar cursos «interescolares» [135]. Durante las clases de religión, el alumno demandante permanecía en el pasillo, o bien en la librería o en el club del colegio.

El alumno demandante —como sus padres— alegaba sobre todo dos infracciones de derechos fundamentales. Por un lado, la falta de posibilidad real de haber cursado ética como asignatura iría, en su opinión, contra el dictado del art. 2 PCEDH, al haberle impedido recibir una educación conforme a las convicciones filosóficas de sus padres. Por otro, la ausencia de notas relativas a las materias de Religión o Ética en sus boletines escolares podía constituir una revelación indirecta de sus convicciones que condujera a discriminaciones posteriores, en violación del art. 9 CEDH en combinación con el art. 14 CEDH. A este propósito, la ley prevé que, en los boletines escolares, el apartado relativo a las calificaciones en Religión o Ética no permita distinguir si un alumno ha cursado una u otra materia, como una manera de respetar su privacidad y de no dar pie a que su registro de notas del colegio pueda revelar, aun indirectamente, sus creencias. Sin embargo, en el caso del demandante, al no seguir curso alguno, ni de religión ni de ética, ese apartado quedaba tachado con una línea horizontal, dando a entender que carecía de nota en esa materia por no haber seguido la materia correspondiente [136].

El Tribunal rechazó la primera de las alegaciones, haciendo notar que el sistema de instrucción religiosa de Polonia, basado en la confesionalidad de la enseñanza, pero también en su opcionalidad, no incurría en infracción alguna del art. 2 PCEDH. Su modo de entender ese tipo de educación, y de organizar los cursos alternativos de ética, entraba dentro del razonable margen de apreciación que ha de reconocerse a los Estados para organizar el sistema educativo [137].

En cambio, el TEDH aceptaría la segunda alegación, sobre todo a la vista del contexto social y educativo de Polonia. En efecto, dado el predominio de la religión católica en ese país, y la virtualmente universal existencia de cursos de religión en colegios públicos, la ausencia de calificación en la materia de Reli-

---

[135] Cfr. *ibid.*, § 32.

[136] El demandante, y sus padres, alegaban haber sido objeto constante de estigmatización y de agresiones, psíquicas y físicas, como consecuencia de sus opciones agnósticas en materia de creencias y de su negativa a seguir las clases de Religión. La versión del gobierno, basada en una carta de la directora de uno de los colegios, era distinta: indicaba la carta que era el demandante quien incurría en frecuentes provocaciones a sus compañeros, burlándose de símbolos religiosos y ridiculizándolos por recibir enseñanza religiosa. Cfr. *ibid.*, §§ 8-11.

[137] *Vid. ibid.*, §§ 104-105.

gión o Ética en su boletín escolar revelaba en la práctica que no había seguido cursos de ética por no estar disponibles en su población, lo cual podía fácilmente conducir a conclusiones respecto a sus creencias personales. Es decir, un mero trámite administrativo podía convertirse en instrumento de estigmatización del demandante. Además, debido a una reforma legal de 2007, la nota de Religión o Ética forma parte de la calificación media de los alumnos, con lo que el demandante podría verse también perjudicado comparativamente a efectos prácticos. Todo lo cual iría contra el aspecto negativo de la libertad religiosa, es decir, el derecho a no revelar las propias creencias o religión —que el Tribunal ha subrayado en varios casos de los últimos años [138]— y por tanto se habría producido una violación de los arts. 9 y 14 CEDH [139].

Este aspecto de la sentencia no fue compartido por toda la sala, y uno de los jueces [140] escribió un voto discrepante de no poca fuerza persuasiva. Aparte de observar que las alegaciones de discriminación del demandante, que habían sido estimadas por la sentencia, se basaban en meras conjeturas y no en hechos probados, hacía notar lo inapropiado de apreciar que la falta de calificación en Religión o Ética en los boletines de notas del demandante constituía una revelación indirecta e involuntaria de sus creencias. Primero, porque de esa falta de calificación no podía obtenerse una inferencia clara respecto a sus motivos [141]. Y, sobre todo, porque nada en los hechos del caso hacía pensar que el demandante, o sus padres, tuvieran particulares reservas para proclamar sus convicciones agnósticas. Al contrario, haciendo gala de una combatividad notable en un país de predominio católico, en todo momento se habían ocupado de afirmar de manera bien visible sus diferencias de posición respecto a la religión de la mayoría.

### 3.3. *El derecho norteamericano*

En Estados Unidos, la oposición de los padres a que sus hijos sean expuestos a determinados contenidos o métodos educativos ha conocido un claro exponente en los conflictos entre la enseñanza del creacionismo y evolucionismo en la escuela pública, entendiendo frecuentemente por el primero una interpretación de la historia del mundo de acuerdo con una lectura literal del relato bíblico. En diversos estados, la presión política de padres —con frecuencia cristia-

---

138 *Vid. ibid.*, § 87.

139 *Vid. ibid.*, §§ 99-101.

140 El juez David Thór Björgvinsson, de Islandia.

141 El juez discrepante citaba en su apoyo un precedente del propio Tribunal relativo a un caso análogo: *Saniewski,* declarado inadmisible por unanimidad —sala de siete jueces— en 2001 (*Saniewski c. Polonia,* Dec. Adm. n. 40319/98, 26 junio 2001).

nos— que consideraban que enseñar evolucionismo era contrario a la Escritura, y equivalente a enseñar ateísmo, ha propiciado iniciativas tendentes a favorecer de diversas maneras la enseñanza del creacionismo sobre el evolucionismo, ya sea a nivel legislativo o, más frecuentemente, a nivel de colegios o juntas escolares. Estas normas pueden clasificarse esencialmente en tres grupos [142]: normas contrarias a la enseñanza del evolucionismo (Tennessee y Arkansas); normas que ordenaban la «enseñanza ponderada» del evolucionismo y el creacionismo (Louisiana); y normas de *disclaimer,* o «descargo de responsabilidad» de las autoridades educativas en relación con las clases en que se enseña la teoría de la evolución (también en el estado de Louisiana), de manera que los profesores o responsables del colegio se distancian del contenido docente que estaban obligados a enseñar y afirman que no pretenden influir en las creencias religiosas de los alumnos [143].

La jurisprudencia ha conocido una serie de casos importantes, pero no de objeción de conciencia sino al contrario: se impugnaban esas leyes como contrarias a la *establishment clause* constitucional, es decir, a la separación entre Iglesia y Estado, alegando que pretendían imponer determinados planteamientos de origen religioso en la escuela por encima de la libertad de cátedra y de una enseñanza basada solamente en criterios científicos. Por lo general, los tribunales norteamericanos han defendido la no interferencia de las legislaturas estatales en materia educativa y han rechazado la posición de los partidarios de imponer la docencia del creacionismo.

El primer caso, y quizá el más relevante, fue *Epperson* (1968) [144], en el que el Tribunal Supremo declaró inconstitucional una ley del estado de Arkansas que prohibía la enseñanza de la evolución en los colegios públicos, considerando que su objetivo era borrar del mapa escolar una teoría científica por su supuesto conflicto con una lectura literal de la Biblia. Dos décadas más tarde, en *Edwards v. Aguillard* [145], el Supremo declaraba también inconstitucional una ley de Louisiana que imponía la docencia en paralelo del creacionismo cada vez que se en-

---

142 *Vid*. E. SHIH, *Teaching Against the Controversy: Intelligent Design, Evolution, and the Public School Solution to the Origins Debate,* en «Michigan State Law Review» (2007), pp. 537 ss.

143 La norma de descargo de responsabilidad señalaba: «Por la presente, el Comité de Enseñanza del Distrito de Tangipahoa reconoce que, con la enseñanza de esta lección relativa al origen de la vida, conocida como Teoría Científica de la Evolución, se imparte un concepto científico y no se pretende influenciar o disuadir a los estudiantes acerca de la versión bíblica de la Creación o de cualquier otro tema». Cfr. *Freiler v. Tangipahoa Parish Bd. of Educ.,* 185 F.3d 337, 341 (5th Cir. 1999).

144 *Epperson v. Arkansas,* 393 U.S. 97 (1968).

145 *Edwards v. Aguillard,* 482 U.S. 578 (1987). El juez Scalia escribió una opinión discrepante, a la que se unió el presidente del Tribunal, Rehnquist. El caso atrajo una gran atención de la opinión pública.

señaba el evolucionismo. Estimaba el Tribunal que, pese a que la ley afirmaba perseguir «un tratamiento equilibrado para la ciencia de la creación y la ciencia de la evolución», en realidad tenía por objeto la defensa de una posición religiosa, en la medida en que el término *creation science* incluía la creencia de que un ser sobrenatural había creado al hombre; añadiendo que sería legítimo enseñar en la escuela una variedad de teorías científicas acerca del origen del hombre si se persiguiera fomentar la eficacia de la educación. Esta última apreciación impulsaría a los defensores del creacionismo a replantear su estrategia bajo un nombre distinto, *intelligent design* (diseño inteligente), que es sustancialmente un neo-creacionismo con los mismos postulados.

Consecuencia de ello fue el caso *Kitzmiller* [146], decidido en 2005 por un juez federal de primera instancia de Pennsylvania. La demanda fue planteada por un grupo de padres contra la constitucionalidad de una directiva de la junta escolar del distrito de Dover, que obligaba a los profesores de biología a leer una declaración a sus alumnos a principio de curso, señalando que la teoría de Darwin tiene lagunas sobre las que no existe evidencia científica, animando a mantener una mente abierta sobre el tema, y mencionando que podrían estar interesados en explorar otras explicaciones, como el *intelligent design* (y poniendo a su disposición su libro de referencia básico: *Of Pandas and People*). La citada directiva ocasionó un gran revuelo entre profesores y padres del distrito, y el asunto terminó en manos del juez federal de distrito, quien declaró la directiva contraria a la Constitución, considerando que constituía una intromisión no permisible en la libertad académica y que la teoría del «diseño inteligente» no era sino una versión renovada del creacionismo, apoyada sobre fundamentos religiosos y no científicos [147].

---

[146] *Kitzmiller v. Dover Area School District,* 400 F.Supp.2d 707 (M.D. Pa. 2005).

[147] La sentencia *Kitzmiller* tiene 139 páginas. Como la junta escolar del distrito fue enteramente renovada —ninguno de quienes apoyaron la directiva fue reelegido, y los nuevos miembros se mostraron contrarios a ella— el caso no pasó a ser juzgado por instancias judiciales superiores, aunque la controversia sobre el *intelligent design* sigue adelante y probablemente seguirá habiendo decisiones al respecto. *Vid*. D.K. DeWolf, J.G. West & C. Luskin, *Intelligent Design Will Survive Kitzmiller v. Dover,* en «Montana Law Review» 68 (2007), pp. 7-58; y J. Rosenau, *Leap of Faith: Intelligent Design's Trajectory after Dover,* en «University of St. Thomas Journal of Law and Public Policy» 4 (2009), pp. 278-325. También a nivel federal y estatal resultan de interés las siguientes sentencias: *Webster v. New Lenox School Dist. No. 122,* 917 F.2d 1004 (7th Cir. 1990) (la prohibición de enseñar creacionismo en una clase de bachillerato no infringe la libertad de expresión del profesor; el colegio tiene un interés pedagógico legítimo al diseñar el plan de estudios, evitando infracciones de la *establishment clause*); *Peloza v. Capistrano Unified School Dist.,* 37 F.3d 517 (9th Cir. 1994) (que sostuvo que la enseñanza de la evolución en la escuela pública no infringe la *establishment clause,* al tratarse de una teoría científica que nada dice de la existencia o no de un Supremo Creador); la ya citada *Freiler v. Tangipahoa Parish Bd. of Educ.,* 185 F.3d 337 (5th Cir. 1999) (la cláusula de «descargo de responsabilidad» de las autoridades académicas, en caso de que el profesor enseñe evolucionismo, es contraria a

La jurisprudencia norteamericana ha debido afrontar otros casos de objeción de conciencia a ciertos contenidos educativos, en ocasiones con resultados contradictorios. Por ejemplo, la decisión *Frederick* [148], de un tribunal de primera instancia de Kentucky, contemplaba la situación de unos padres que se oponían a la educación sexual que debían recibir sus hijos en la enseñanza elemental y secundaria. Un caso, por tanto, muy semejante al enjuiciado en *Kjeldsen* por el Tribunal Europeo, sólo que ahora la solución fue favorable a los padres objetores: el organismo estatal responsable de la educación se vio forzado a aclarar que la educación sexual impartida por la escuela pública no debía considerarse materia curricular obligatoria.

Mayor interés ofrece, por las circunstancias del caso, por la jerarquía del tribunal y por la extensión de la sentencia y sus votos particulares, el caso *Mozert* [149], decidido en 1987 por una corte de apelación federal —compuesta por tres jueces— en contra de la objeción a ciertas lecturas escolares. Se trataba de diversos padres de alumnos de colegios públicos en Tennessee, pertenecientes a varias iglesias, pero coincidentes en declararse *born again Christians* [150], que manifestaban su oposición, por razones de conciencia, al sistema de «lectura crítica» seguido en las escuelas del condado. Alegaban los padres que la colección de textos utilizada incluía numerosas lecturas que infundían en sus hijos ideas erróneas y contrarias a sus creencias, como —según su definición— telepatía, prácticas de ocultismo, humanismo secular y evolucionismo, o magia y falsas nociones sobre la muerte. Los padres afirmaban que para ellos la Biblia era la única fuente de certeza; algunos de los demandantes indicaban que sólo sería aceptable explicar en clase con profundidad ideas opuestas a sus creencias si se hacía notar con claridad que se trababa de nociones erróneas. Por tanto, consideraban que obligar a sus hijos a esas lecturas constituía, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, una «carga indebida» sobre su libre ejercicio a la religión, garantizado por la primera enmienda constitucional [151]. A nivel de escuela, los padres habían logrado soluciones que les resultaban satisfactorias, como un plan de lecturas alternativas para sus hijos, o simplemente su exención de leer ciertos textos. Sin embargo, la Junta Escolar del Condado decidió elimi-

---

la *establishment clause*); *LeVake v. Independent School Dist. No. 656,* 625 N.W.2d 502 (Minn. Ct. App. 2001) (el traslado a otra clase de un profesor que se niega a enseñar evolucionismo no infringe su libertad religiosa).

148 *Frederick v. Jefferson County Board of Education,* No. 8-CI-0895 (Ky.; Ct. Franklin County 1982).

149 *Mozert v. Hawkins County Board of Education,* 827 F.2d 1058 (6th Cir. 1987).

150 Es decir, «cristianos renacidos», que habían experimentado una conversión personal a Jesucristo.

151 Citaban en su apoyo las sentencias *Sherbert* y *Thomas,* mencionadas en el capítulo 10, epígrafe 2.

nar todo programa de lecturas alternativas e impuso la utilización obligatoria de la colección de textos objetada por los padres, con la consecuencia de que algunos alumnos sufrieron suspensiones de escolaridad, y debieron en última instancia ser trasladados a escuelas privadas, a colegios públicos de otro condado, o incluso seguir el *home schooling*.

La sentencia, unánime y pronunciada tras un largo proceso probatorio con intervención de numerosos testigos, toma como punto de partida la radicalidad de las creencias de los padres, que —según interpreta el juez ponente— impide cualquier tipo de ajuste *(accommodation)* razonable del programa escolar a sus escrúpulos de conciencia. Desde ahí, excluye que se produzca ninguna carga o imposición inconstitucional sobre la conciencia de los padres o de sus hijos, pues, a diferencia de otros casos decididos por el Supremo [152], aquí no se fuerza a los estudiantes a realizar conducta alguna prohibida por su religión: sólo se trataba de «quedar expuestos» —a través de un plan de lecturas— a ideas diferentes y quizá contrarias a las suyas. En ningún caso consta —añade la sentencia— que en la aplicación del sistema de «lectura crítica» los alumnos hayan sido obligados a manifestar su acuerdo o desacuerdo con las opiniones vertidas en los textos, y ni siquiera que hayan sido requeridos a expresar cuál era su creencia al respecto. El método de «lectura crítica» impuesto por el condado iba dirigido a fomentar la tolerancia hacia las convicciones de otros: no una tolerancia religiosa, en el sentido de infundir la idea de que todas las creencias son igualmente válidas, sino una «tolerancia civil», esencial en una sociedad democrática y pluralista, que reconoce el derecho de todos a sus propias convicciones, por equivocadas que puedan parecernos [153]. En esas circunstancias, no puede afirmarse que se haya impuesto un gravamen indebido sobre la libertad religiosa de los recurrentes: la cláusula constitucional que protege el libre ejercicio de la religión libera a los ciudadanos de la coerción de los poderes públicos, pero no les otorga el poder de ordenar al Estado lo que debe hacer. Y en ausencia de ese factor de coerción —concluye el ponente— no resulta necesario llevar a cabo una ponderación de los intereses en conflicto para comprobar si existe un «interés prevalente del Estado» *(compelling state interest)* que prevalezca sobre un derecho constitucional.

Mientras que el segundo juez afirmaba que la exención solicitada podía ser rechazada por causa de un legítimo interés público incluso en el caso de que existiera una interferencia en los derechos constitucionales de los padres recurrentes, el tercero de los jueces escribía una extensa opinión —mucho más sensible hacia los derechos constitucionales de los padres— en la que concurría en

---

[152] Cfr. *ibid*.

[153] *Mozert v. Hawkins County Board of Education,* 827 F.2d 1058, 1068-1069.

el fallo, pero discrepaba profundamente del razonamiento esgrimido por los otros dos magistrados y de su apreciación de los hechos [154]. Tras manifestar su pesar porque una superior autoridad política había echado por tierra las soluciones encontradas a nivel de escuela entre profesores y padres de alumnos, el juez insistía en que se trataba de un caso difícil en el que la sentencia había eludido entrar en una cuestión de la mayor importancia desde la perspectiva constitucional: hasta qué punto el sistema de enseñanza público puede obligar a los estudiantes a utilizar materiales de trabajo que sean objetables, contrarios o incluso prohibidos por sus creencias religiosas. «Este no es un caso —indicaba expresivamente —sobre fundamentalistas cristianos o cualquier otro tipo particular de creencias. Es sobre los límites constitucionales a los poderes de los consejos escolares para imponer un curriculum» [155].

Contrariamente a la interpretación de los hechos llevada a cabo por el ponente de la sentencia, el voto particular subrayaba tres aspectos. Primero, los padres objetores no hacían imposible todo tipo de «acomodación» entre la línea educativa marcada por el condado y sus creencias, como lo demuestra la experiencia de sus escuelas antes de que la junta del condado interviniera. Segundo, su objeción se debía a una sincera creencia religiosa, por simple o equivocada que pudiera parecer, y el planteamiento de «lectura crítica» con la colección de textos prescrita les generaba un problema moral grave. Tercero, no compartía la trivialidad con que el juez ponente se refería a las consecuencias morales —e, indirectamente, jurídicas— de una mera «exposición» a lecturas ofensivas para las creencias en comparación con la exigencia de una conducta determinada como sería, por ejemplo, el trabajo en día de descanso religioso [156]: el tribunal no podía sustituir el dictamen de la conciencia de los ciudadanos, ni tampoco juzgar sus creencias religiosas en términos de lógica, coherencia o comprensibilidad. En su opinión, no había duda de que la imposición de las lecturas objetadas imponía una notable carga moral sobre las conciencias de los padres. Y, si concurría en el fallo de la sentencia, era sólo porque entendía que la jurisprudencia del Tribunal Supremo nunca había querido aplicar el estricto proceso de la ponderación de intereses enfrentados —y exigir por tanto la presencia de un *compelling state interest*— al ámbito de las objeciones de conciencia en la escuela pública. Al contrario, según su interpretación de la doctrina del Supremo, la discrecionalidad de las autoridades educativas en materia curricular había sido siempre respetada y sólo estaba limitada por la *establishment clause* de la primera

---

154 *Vid. ibid.*, 1073-1081.

155 *Ibid.*, 1073.

156 El juez Boggs ponía como ejemplo el caso del *Index Librorum Prohibitorum* de la Iglesia Católica, que, mientras estuvo en vigor, vetaba como conducta gravemente pecaminosa la lectura de los libros incluidos en la lista. Cfr. *ibid.*, 1075-1076.

enmienda constitucional, es decir, por la prohibición de indicar a los alumnos lo que es correcto creer o no, como sucedería, por ejemplo, si confundiera la tolerancia «civil» y la tolerancia «religiosa» de las ideas de otros, transmitiendo la noción de que todas las creencias son igualmente válidas por lo que se refiere a su posible verdad objetiva y no sólo por lo que concierne a su igual estatus jurídico desde la perspectiva de los derechos fundamentales [157]. Una posición, como se observa, muy parecida a la que vimos en la sentencia *Kjeldsen* en relación con la prohibición de adoctrinamiento [158].

En el mismo sentido que *Mozert* se pronunciaba también, con dos días de diferencia, otra sentencia de una corte federal de apelación sobre caso análogo: *Smith v. Board of School Commissioners of Mobile County* [159], respondiendo a la demanda de un grupo de padres de alumnos de un colegio público que pretendían eliminar un amplio número de libros de texto y de lectura, porque, en su opinión, promovían la ideología del «humanismo secular» en perjuicio de las religiones teísticas, violando así el separatismo constitucionalmente establecido. La corte de distrito [160] falló a favor de los demandantes, acogiendo su argumentación de que los libros de texto, en su conjunto, tendían a inculcar en el estudiante la convicción de que la moral es simple cuestión de preferencia personal, aislando la cultura humana de toda referencia trascendente. Esa apreciación «golpea en el corazón mismo de las creencias de muchas religiones teísticas». Además, añadía la corte de distrito, en dichos libros se omitía una referencia suficiente al papel de la religión en la historia y cultura americanas, y se presentaba a la religión «como una cuestión meramente privada, que sólo ha influido en la vida pública americana en algunos momentos extraordinarios». Pese a todo, la corte de apelación revocaría la decisión de primera instancia y daría la razón a la junta escolar, haciendo notar que su actitud era legítima en tanto que perseguía finalidades legítimas de carácter secular, sin tener obligación de adaptar los libros de texto a las creencias religiosas de los padres. Libros, por lo demás, que,

---

[157] Así concluía la opinión del juez Boggs: «Las escuelas son muy importantes, y algunas escuelas públicas ofenden profundamente a algunas personas. Ésta es una de las principales razones por las que proliferan las escuelas privadas de muchas confesiones religiosas —fundamentalistas, luteranos, judíos—. Pero corresponde a las escuelas la decisión política de dar una respuesta a ese fenómeno. Creo que un cambio tan significativo en el derecho aplicable a las escuelas y en la expansión de las libertades religiosas de los alumnos y sus padres sólo debe provenir del Tribunal Supremo, y no simplemente de nuestra interpretación. Es muy posible que tuviéramos una sociedad mejor si los niños y sus padres no fueran enfrentados a la difícil alternativa que este caso plantea. Pero nuestro mandato se limita a llevar a cabo los preceptos de la Constitución y del Tribunal Supremo». *Ibid.,* 1081.

[158] *Vid. supra,* epígrafe 3.2.b) de este capítulo.

[159] *Smith v. Board of School Commissioners of Mobile County,* 827 F.2d 684 (11th Cir. 1987).

[160] *Smith v. Board of School Commissioners of Mobile County,* 655 F.Supp. 939 (S.D. Ala., 1987).

en la apreciación de la corte, no iban en contra de las religiones teísticas por el mero hecho de no mencionar algunos hechos que les afectan.

### 3.4. *El derecho alemán*

La jurisprudencia alemana también ha debido enfrentarse a diversos supuestos de oposición a contenidos o prácticas docentes. Uno de ellos recuerda al tipo de objeción que se ha formulado en España en relación con materias de educación cívica, y que se analizarán más adelante en este capítulo [161]. Se trataba una decisión del Tribunal Constitucional federal, de 2007, relativa a una alumna de trece años de religión evangélica que, junto con sus padres, solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la norma que, en el estado de Berlín, introducía el estudio obligatorio de la asignatura de «Ética» en los colegios públicos, durante cuatro cursos, sin posibilidad de exención [162]. De hecho, su solicitud de dispensa de esa materia había sido desestimada. El Tribunal Constitucional alemán justificó la constitucionalidad de la norma sobre la base de las legítimas competencias del Estado en materia educativa, que le autorizaban para promover los instrumentos que considerase más idóneos para fomentar la tolerancia y los valores democráticos en la juventud, incluida la introducción de una clase de Ética obligatoria para todos los alumnos, sin posibilidad de exenciones, encaminada al fin legítimo de fomentar la integración social y la tolerancia, así como a proporcionar a los alumnos una base común de valores. Siempre, naturalmente, que se tratara de una enseñanza neutral por lo que se refería a las religiones o creencias, aunque, precisamente por ello, era esperable que esa asignatura hiciera referencia a distintas concepciones del mundo. «Ni los estudiantes ni sus padres —precisaba el Tribunal— pueden exigir una organización de la enseñanza en la que los menores queden completamente liberados del estudio de las creencias u opiniones que les son ajenas» [163]. La asistencia paralela a una clase de Religión de carácter voluntario —añadía el Tribunal— no otorgaba derecho alguno a la dispensa de Ética, ya que se trataba de enseñanzas con finalidades y características diferentes.

La cuestión de la oposición a la educación sexual en la escuela se ha planteado de manera específica en la jurisprudencia constitucional alemana en un

---

[161] *Vid. infra,* epígrafe 3.6 de este capítulo.

[162] BVerfG, 1 BvR 2780/06 vom 15.3.2007, Absatz-Nr. (1-49), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070315_1bvr278006.html. *Vid.* un comentario crítico a esta decisión en M.J. Roca, *Deberes de los poderes públicos…,* cit. en nota 55, pp. 19-20; *vid.* también P. Unruh, *Zur Verfassungsmäßigkeit des obligatorischen Ethikunterrichts- Anmerkungen zum Religions- und Ethikunterricht in Berlin,* en «Die Öffentliche Verwaltung» (2007), pp. 625 ss.

[163] BVerfG, 1 BvR 2780/06 vom 15.3.2007, Absatz-Nr. (1-49), § 38.

caso de 1977 [164], cuyas circunstancias se parecen a las del caso *Kjeldsen* [165]: también aquí se buscaba la exención de la educación sexual obligatoria, que se llevaba a cabo de manera transversal dispersa en distintas asignaturas del *curriculum* escolar, por razón de las creencias religiosas. El Tribunal Constitucional federal, en su argumentación, insistiría en la importancia de buscar la compatibilidad entre las competencias del Estado en materia de enseñanza y las convicciones de los padres, amparadas además por el principio constitucional de tolerancia. Lo cual planteaba la conveniencia, no sólo de que, en abstracto, el legislador buscara soluciones justas para evitar esos conflictos de conciencia, sino también de juzgar, en la situación concreta, si los padres tenían derecho a la dispensa de sus hijos. En este caso, el Tribunal concluyó que el carácter transversal de la educación sexual, tal como estaba diseñada, hacía la dispensa inviable, aunque parecía dejar al mismo tiempo —como se ha hecho notar— la cuestión abierta en la hipótesis de asignaturas específicas [166].

Otra clase de conflictos resueltos por la judicatura alemana han sido los relativos a alumnas de religión musulmana que rehusaban, por motivos religiosos, participar en las clases de educación física, por razón del atuendo personal que debían vestir, especialmente cuando estaban presentes alumnos del sexo masculino. Diversos tribunales administrativos estatales han dado la razón, en tales situaciones, a las estudiantes islámicas [167]. Y lo mismo hizo el Tribunal Administrativo federal en 1993 [168], que hizo particular hincapié en que las autoridades escolares tenían la obligación positiva de acomodarse a las creencias religiosas de los estudiantes. En concreto, afirmaba el Tribunal que la administración educativa estatal debe agotar todas las posibilidades organizativas para facilitar a los alumnos musulmanes la participación en las clases de deporte —por ejemplo, arbitrando clases de deporte separadas por sexos— sin enfrentarlos a un conflicto insoslayable con su propia fe. Y añadía que, en tanto las medidas oportunas no se hubieran puesto en práctica, los alumnos tenían derecho a ser eximidos de una clase de deporte en régimen coeducativo para ambos sexos, cuando existiera una objeción de carácter religioso. Como se ha señalado con acierto, el Estado no puede frustrar las creencias religiosas, sin una razón de peso, en la organización de las instituciones estatales, con la consecuencia de que los poderes

---

164 Auto de 21 diciembre 1977, BVerfGE 47, 2, pp. 46 ss. *Vid*. un comentario a esa decisión en M.J. Roca, *Deberes de los poderes públicos…,* cit. en nota 55, pp. 13-14. De manera colateral, la cuestión se planteaba también en un caso más reciente relativo a *homeschooling: vid. supra,* nota 55.

165 *Vid. supra,* epígrafe 3.2.b) de este capítulo.

166 *Vid*. M.J. Roca, *Deberes de los poderes públicos…,* cit. en nota 55, p. 14.

167 *Vid. ibid*., pp. 25-26.

168 *Vid*. BVerwGE 94, 82. También puede verse en «Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht» 40 (1995), pp. 493 ss., y en «Deutsche Verwaltungsblatt» (1994), p. 163.

públicos están obligados a adoptar, cuando las circunstancias así lo requieran, medidas activas que permitan a los ciudadanos vivir conforme a sus deberes de conciencia [169].

### 3.5. *El derecho español*

En España, el contexto normativo fundamental viene definido por el art. 27.3 de la Constitución: «Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» [170]. A salvo de lo que se dirá en el epígrafe siguiente sobre la Educación para la Ciudadanía, hasta tiempos recientes, la jurisprudencia española ha conocido pocos casos de conflictos entre ley y conciencia relativos a contenidos docentes.

Uno de ellos, situado en el ámbito universitario, fue decidido por el Tribunal Constitucional en 1985 [171], desestimando el recurso de amparo de una alumna de una Facultad de Derecho que alegaba una objeción de conciencia al estudio del Derecho Canónico, en la medida en que suponía cursar una asignatura centrada en el régimen jurídico de una confesión religiosa cuyas ideas ella rechazaba (en aquel momento, el Derecho Canónico era una asignatura obligatoria, anual, en todas las Facultades españolas). El Tribunal inadmitió el amparo, afirmando que el estudio del derecho canónico en las Facultad de Derecho nada tenía que ver con motivos confesionales, aunque tuviera un fundamento dogmático o confesional como la doctrina católica, sino con el hecho de que constituye una pieza esencial de la evolución jurídica del derecho occidental. «El Derecho canónico —indicaba el Tribunal—, en cuanto asignatura basada en la explicación e interpretación del *corpus iuris,* como es el Código de Derecho canónico, no es por su misma naturaleza una disciplina de contenido ideo-

---

[169] *Vid*. al respecto M.J. Roca, *Deberes de los poderes públicos…,* cit. en nota 55, p. 26; A. von Campenhausen, *Staatskirchenrecht* (3.ª ed.), München 1996, p. 66.

[170] Una síntesis de las principales cuestiones que plantea ese artículo de la Constitución en derecho español, sobre todo desde la perspectiva de la laicidad del Estado, con abundantes citas bibliográficas, puede encontrarse en J.M. Martí Sánchez, *Aconfesionalidad, laicidad; ante el derecho a la educación y la libertad de enseñanza,* en «Estado aconfesional y laicidad», Cuadernos de Derecho Judicial I-2008, pp. 113 ss., y *Conciencia del niño y libertad de enseñanza,* en ADEE 24 (2008), pp. 484 ss. También en A. Fernández-Miranda y Campoamor, *De la libertad de enseñanza al derecho de educación. Los derechos educativos en la Constitución española,* Madrid, 1998, pp. 57 ss.; J. Ferrer, *Los derechos educativos de los padres en una sociedad plural,* en RGDCDEE 10 (2006), pp. 1 ss.; M.J. Gutiérrez del Moral, *Reflexiones sobre el derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral de sus hijos y la enseñanza de la religión en los centros públicos,* en RGDCDEE 14 (2007), pp. 1 ss.

[171] ATC 359/1985, 29 mayo 1985.

lógico, con independencia de que se base en un sustrato dogmático o confesional, cual es la doctrina de la Iglesia Católica. De hecho, muchas disciplinas jurídicas se centran en el estudio de textos legales y teorías jurídicas cuyo sustrato ideológico es identificable» [172].

El otro caso fue decidido por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en 1998 [173], en relación con la objeción de conciencia de una menor y de sus padres, por motivos religiosos, a recibir educación sexual dentro de la asignatura de ciencias naturales en un colegio público. De hecho la niña se había ausentado de las clases correspondientes, con el efecto de que no pudo superar la asignatura. La sentencia negó que existiera derecho alguno a ser eximida de esas clases, sobre la base de una interpretación restrictiva tanto del art. 16 CE (libertad religiosa) como del art. 27.3 CE (derechos de los padres). Dos aspectos sorprenden especialmente en la sentencia. Por un lado, su afirmación de que el derecho de los padres a educar a los hijos de acuerdo con sus convicciones, quedaba suficientemente garantizado con la posibilidad de enviar a su hija a otro centro educativo, dado el derecho constitucional de libertad de creación de centros docentes —lo cual parece contradecir la doctrina del Tribunal Europeo en el antes comentado caso *Kjeldsen* (que el Tribunal de Cantabria no cita), cuando afirma que las obligaciones del Estado para con los padres se extienden por igual tanto al entorno de la enseñanza pública como de la privada [174]. Por otro lado, su insistencia en que los derechos de los padres objetores tenían como límite los derechos de los demás, y en que no podían imponer a los demás sus propias convicciones, sin precisar qué derechos de otros miembros de la comunidad educativa se verían lesionados de acceder a una solicitud de los padres que nada pretendía imponer a nadie, sino solamente obtener para su hija una dispensa de contenidos docentes que entendían ofensivos para sus creencias [175].

---

[172] *Ibid.,* FJ 3.º *Vid.*, para un análisis por extenso de esa sentencia, R. Navarro-Valls, *La enseñanza universitaria del derecho canónico en la jurisprudencia española,* en ADEE 1 (1985), pp. 49-92.

[173] STSJC de 23 marzo 1998 (rec. n.º 2271/1997).

[174] Cfr. *Kjeldsen,* § 50, comentada *supra,* en el epígrafe 3.2.b) de este capítulo. *Vid*. también *Folgerø,* § 101, comentada en el epígrafe 3.2.d).

[175] La misma pretensión fue posteriormente presentada ante la jurisdicción de Estrasburgo, que la declaró inadmisible: cfr. *Jiménez Alonso y Jiménez Merino c. España,* Dec. Adm. n. 51188/99, 25 mayo 2000. *Vid*. un comentario crítico a esta sentencia en B. Rodrigo Lara, *La objeción de conciencia a la educación sexual. Comentario a una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 23 de marzo de 1998,* en «Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado» (ed. por A. Castro Jover), Bilbao 2001, pp. 761 ss. *Vid*. también L. Martín-Retortillo, *«Los padres tendrán derecho preferente…,* cit. en nota 96, pp. 327 ss.; M.A. Asensio, *La patria potestad y la libertad de conciencia…,* cit. en nota 80 de este capítulo, pp. 91 ss. Muy relacionada con la objeción de conciencia a recibir educación sexual en la escuela, aunque aún inédita en la jurisprudencia española, está la objeción que a veces plantean algu-

### 3.6. *El caso español de la asignatura «Educación para la ciudadanía»*

La introducción de la asignatura llamada «Educación para la Ciudadanía» ha provocado una importante reacción ciudadana, apoyada por la jerarquía eclesiástica española y por numerosas asociaciones de padres y de docentes, sobre todo de inspiración católica, quienes consideran que una parte no pequeña de esa materia, y de los materiales empleados para su enseñanza, constituyen un adoctrinamiento en cuestiones morales sobre las que sólo a los padres corresponde decidir cuál es la posición correcta.

#### a) *El problema y los hechos*

«Educación para la ciudadanía» es el nombre que la Ley Orgánica de Educación de 2006 [176] (LOE) da a una nueva materia de enseñanza obligatoria, introducida en los currículos de la Educación Primaria, Secundaria y Bachillerato. El preámbulo de la LOE marca como objetivo de la asignatura proporcionar «a todos los ciudadanos un espacio de reflexión, análisis y estudio acerca de las características fundamentales y el funcionamiento de un régimen democrático, de los principios y derechos establecidos en la Constitución española y en los Tratados y en las declaraciones universales de los derechos humanos, así como de los valores comunes que constituyen el sustrato de la ciudadanía democrática en un contexto global». Los criterios para su desarrollo y evaluación han sido regulados por tres reales decretos de finales de 2006, para los diversos niveles escolares [177].

---

nas alumnas musulmanas a participar en la asignatura de educación física. Analiza esta objeción en el derecho comparado, y desde la perspectiva de su posible tratamiento en España, M. Moreno Antón, *Multiculturalidad y libertad religiosa del menor de edad,* Madrid 2007, pp. 143-147. *Vid.* también A. Castro Jover, *Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación,* en «Laicidad y libertades» 2 (2002), pp. 105 ss.

[176] Ley Orgánica 2/2006, de Educación, de 3 mayo 2006. Buena parte de las ideas principales que inspiran esa legislación puede encontrarse en el manifiesto del Partido Socialista Obrero Español titulado «Constitución, Laicidad y Educación para la Ciudadanía», presentado el 4 diciembre 2006. Texto disponible en: www.psoe.es/download.do?id=53903 (visitado 17 octubre 2010). Para un análisis crítico de ese manifiesto, *vid*. R. Palomino, *Laicidad y ciudadanía,* en ADEE 24 (2008), pp. 337 ss. *Vid*. también, desde otros planteamientos, A. Castro Jover, *Los valores de la Democracia y Educación para la Ciudadanía,* en ADEE 24 (2008), pp. 291 ss.

[177] Concretamente, el RD 1513/2006, de 7 diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria, el RD 1631/2006, de 29 diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria, y el RD 1467/2007, de 2 noviembre, por el que se establece la estructura del Bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas. *Vid.,* sobre el marco legal de la nueva asignatura, M.L. Rojo Álvarez-Manzaneda, *Derecho de libertad religiosa: objeción de conciencia ante la asignatura de educación para la ciudadanía,* en RFDUG 11 (2008), pp. 98 ss. En relación con el contenido y finalidad de la asignatura, *vid*. Y. Gómez, *Libertad religiosa y derecho a la educación: un comentario sobre la asignatura:*

El aséptico contenido que el preámbulo de la LOE confería a la nueva materia respondía a lo que en principio había de ser la fuente de inspiración de este proyecto educativo del gobierno. Nos referimos a una recomendación del Consejo de Europa, de 2002, tendente a promover lo que se llamó la «educación para la ciudadanía democrática», y que en gran medida pretendía enfrentarse, en el entorno escolar, al desafío que representaban para la tradicional Europa occidental dos factores de peso: la rápida incorporación al Consejo de Europa de países del Este europeo que carecían de una sólida tradición democrática y la creciente inmigración proveniente de países musulmanes [178].

No obstante, la realidad es que el anuncio de la nueva asignatura suscitó inquietud en un gran número de padres de familia, ante el temor de que se utilizara como medida adoctrinadora sobre aspectos que superan los meros contenidos constitucionales e inciden de lleno en la educación moral de los alumnos. Un conjunto de asociaciones de profesionales y familias manifestaron su oposición activa a la misma. Al incluir entre sus contenidos cuestiones como «la condición humana», «la identidad personal», «la educación afectivo-sexual» o «la construcción de la conciencia moral» estas asociaciones entendieron que la nueva asignatura suponía una intromisión ilícita en el derecho de los padres a educar a sus hijos en sus propias convicciones morales y religiosas (art. 27.3 CE y art. 2 PCDEH). Esta inquietud fue compartida por los obispos españoles. Así, el 28 de febrero de 2007, la Conferencia Episcopal española manifestaba: «esta "Educación para la Ciudadanía" de la LOE es inaceptable en la forma y en el fondo: en la forma, porque impone legalmente a todos una antropología que sólo algunos comparten y, en el fondo, porque sus contenidos son perjudiciales para el desarrollo integral de la persona» [179].

La respuesta del Ministerio de Educación a ese movimiento social, sin embargo, ha consistido en proclamar reiteradas veces el carácter no adoctrinador

---

*«Educación para la ciudadanía y los Derechos Humanos»,* en ADEE 24 (2008), pp. 331 ss.; y M.M. Moreno Mozos, *Educación para la Ciudadanía: ¿enseñanza de la Constitución y los Derechos Humanos,* en ADEE 24 (2008), pp. 427 ss.

178 Recomendación (2002) 12 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la educación para la ciudadanía democrática (adoptada por el Comité de Ministros el 16 de octubre de 2002 en la 812.ª reunión de los representantes de los Ministros).

179 Cfr. Comisión Permanente de la CEE, «La Ley Orgánica de Educación (LOE), los Reales Decretos que la desarrollan y los derechos fundamentales de padres y escuelas», Madrid, 28 de febrero de 2007. También, y de la misma Comisión Permanente, «Nueva declaración sobre la LOE y sus desarrollos: profesores de Religión y Ciudadanía», Madrid 20 junio 2007. En relación con la actitud y reacciones de la Conferencia Episcopal española, *vid.* los documentos disponibles en: http://www.conferenciaepiscopal.es/Dossier/EducacionReligion.html (visitado 17 agosto 2010).

de la materia, rehusando toda posibilidad de revisar el proyecto docente inicialmente diseñado por el gobierno. Se abrió así un debate público que ha tenido como desenlace el recurso masivo a la objeción de conciencia por parte de numerosos padres que se han opuesto a que se obligue a sus hijos a cursar dicha asignatura, concretado hasta ahora en más de 50.000 objeciones individualmente formuladas [180]. Irónicamente, una asignatura supuestamente concebida para transmitir a la juventud valores socialmente compartidos —según afirmaban sus impulsores— ha producido una división social sin precedentes en el ámbito de la enseñanza en España [181].

b) *El fundamento jurídico alegado en las objeciones*

En su inmensa mayoría, quienes se han declarado objetores a la asignatura «Educación para la Ciudadanía» no se oponen, de suyo, a la idea de una materia escolar centrada en la enseñanza de valores cívicos, sino más bien al concreto perfil que esa iniciativa ha adquirido en su actual materialización, entendiendo que ha ido mucho más allá de las sugerencias formuladas en 2002 por el Consejo de Europa y corre el peligro de convertirse en un instrumento de adoctrinamiento moral de la juventud. La nueva asignatura —de carácter obligatorio, no lo olvidemos, en el *curriculum* escolar— iría así en contra de la constante jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo desde 1976, reafirmada en tiempos recientes a propósito de las sentencias *Folgerø* y *Zengin,* en 2007 [182].

Dos aspectos del proyecto gubernamental han preocupado principalmente a los objetores [183] —y, hemos de añadir, no sin fundamento a la vista de la experiencia práctica de estos pocos años.

En primer lugar, una parte no desdeñable del contenido de la materia —tal como es descrita en las normas reglamentarias para su desarrollo— hace referencia al mundo de las emociones, los sentimientos personales, las relaciones humanas, el mundo de la afectividad, la necesidad de construir una conciencia autónoma y crítica; además de incluir otros temas que se relacionan expresamente con la sexualidad humana, los diferentes modelos de familia, la salud reproductiva, la orientación sexual, etc. Para muchos, la mera presencia de esos temas en el programa de la asignatura a cursar trasciende lo que podrían consi-

---

[180] Es difícil obtener datos precisos al respecto. El diario *El Imparcial* daba el 4 febrero 2009 la cifra de 52.000, citando como fuente una de las organizaciones promotoras de la objeción.

[181] *Vid*. al respecto el sugerente análisis de L. Ruano Espina, *Objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía,* en RGDCDEE 17 (2008), pp. 1 ss.

[182] Esa jurisprudencia del TEDH ha sido analizada *supra,* en el epígrafe 3.2 de este capítulo.

[183] *Vid*. un análisis pormenorizado y riguroso de esos aspectos conflictivos en L. Ruano Espina, *Objeción de conciencia…,* cit. en nota 181 de este capítulo, pp. 24 ss.

derarse valores éticos subyacentes a los derechos humanos y los principios constitucionales, e implica un notable riesgo de que, en la práctica, se transmitan a los alumnos valores morales que contradicen las opciones religiosas o filosóficas de los padres, incurriendo así en un adoctrinamiento contrario a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por el CEDH.

Incluso, según los objetores a esta asignatura, un tal riesgo de adoctrinamiento existe no sólo por el hecho de dejar una puerta abierta a abusos prácticos. Sería también la consecuencia de permitir, bajo la apariencia de un «tratamiento objetivo y científico», una cierta trivialización de temas que tienen una importante dimensión moral. Y es que abordar temas como, por ejemplo, la sexualidad humana o el mundo de las emociones prescindiendo de su dimensión moral comporta en sí mismo un determinado tipo de adoctrinamiento. Dicho de otro modo: si se tratan esos temas en clase desde una perspectiva moral, evitar el adoctrinamiento es extremadamente difícil; y, si se deja de lado su aspecto moral, el adoctrinamiento, aunque menos explícito, es inevitable. No es que los objetores consideren esas cuestiones como poco importantes. Al contrario, precisamente porque son importantes, y tienen una clara vertiente ética, reclaman que sean tratadas en el ámbito familiar y no en el escolar.

En segundo lugar, hay otros contenidos del *curriculum* que parecen infringir los legítimos derechos de los padres porque su mera descripción es en sí misma inapropiada. Por ejemplo, cuando se alude a los derechos humanos y los valores democráticos como fuente última de moralidad, se están confundiendo los límites de lo público y lo privado en la vida y las opciones éticas de los ciudadanos. Una cosa es afirmar que en la vida pública, o en la sociedad civil, existe un acuerdo mayoritario respecto a determinados valores comunes que constituyen nuestro punto de referencia al organizar la vida ciudadana; y otra muy distinta es atribuirse la autoridad para enseñar a los alumnos cuál es el fundamento máximo de la moralidad para ellos en cuanto personas —no en su calidad de miembros de una sociedad civil plural, sino como personas individuales.

Desde nuestra perspectiva, los Estados están legitimados para enseñar, a través del sistema educativo, valores que son válidos para la esfera pública, pero no pueden enseñar a los ciudadanos lo que deben creer o no creer en la esfera privada. Esto segundo es algo que compete decidir libremente a cada persona singular, y está tutelado expresamente por la libertad de religión y de creencias. Es, en concreto, el ámbito de lo que la jurisprudencia de Estrasburgo ha llamado el «fuero interno», un terreno reservado a la autonomía individual, en el que no hay espacio para imposición alguna por parte del poder del Estado [184].

---

[184] *Vid. supra,* nota 10 de este capítulo.

En realidad, los problemas que plantea esta nueva materia escolar entrañan importantes cuestiones jurídicas y políticas. Entre otras, la relativa a los límites del Estado en la imposición obligatoria de contenidos educativos, es decir, la coordinación entre los principios de intervención democrática del poder y el de autonomía de las familias. Se ha escrito, a este propósito, que el principio de intervención democrática autoriza al Estado a buscar un acuerdo —o una decisión mayoritaria, acorde con la Constitución— acerca de los saberes y competencias mínimos que han de transmitirse a las nuevas generaciones. El problema se plantea cuando se da un desacuerdo razonable sobre cuál sea la mejor manera de preparar a los alumnos para participar en la vida política o asegurar su progreso moral. En estos casos el Estado puede adoptar dos posiciones. La primera, decidir por sí mismo cuál es la mejor manera de asegurar el desarrollo de las competencias morales, cívicas y políticas de las nuevas generaciones. La segunda, decidir que no le corresponde a él dar una respuesta definitiva a la cuestión [185].

Esta última postura coincide con el generalizado principio de que el derecho a elegir el tipo de educación que queremos dar (o no dar) a nuestros hijos forma parte de nuestro propio derecho a elegir una concepción del bien y a ponerla en práctica, sin sufrir la interferencia de los poderes públicos. Una noción, permítasenos reiterar, que inspira la ya mencionada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la de otros tribunales que, como el Supremo norteamericano en *Yoder,* ponen la libertad de los padres por encima del poder coercitivo del Estado en materia de escolarización [186]. Jurisprudencia, a su vez, que viene a reflejar criterios normativos bien asentados en el subconsciente jurídico de Europa, como lo manifiestan el art. 2 PCEDH [187] y el art. 14.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tutela «el derecho de los padres a garantizar la educación y enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas» [188]. De ahí que el Tribunal Constitucional español haya podido afirmar tajantemente que todos los profesores de los centros públicos están obligados a renunciar «a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico», y que esa renuncia «es la única actitud compatible con el respeto a las familias que [...] no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita» [189]. Es evidente que lo predicado de los profesores resulta aplicable a los propios centros y al legislador.

---

185 *Vid*. P. Da Silveira, *¿Se puede justificar la obligación escolar?,* en «Claves de Razón Práctica» 59 (1996), pp. 67 ss.

186 *Vid*. *supra,* epígrafe 2 de este capítulo.

187 *Vid*. su texto *supra,* nota 74 de este capítulo.

188 Art. 14, párrafo 3.

189 STC 5/1981, de 13 febrero 1981, FJ 9.º

No es de extrañar, por ello, que se haya visto en la Educación para la Ciudadanía, tal como ha sido concebida y estructurada, un proyecto de reeducación moral de la juventud al que muchos padres se oponen [190]. Ni sorprende tampoco que un sector mayoritario de la doctrina que ha analizado a fondo esta controvertida cuestión, haya entendido que la imposición legal de una asignatura obligatoria de formación antropológica y moral, con carácter general para todos los alumnos, significa una infracción de los derechos que el art. 27 CE reconoce a los padres, en combinación con el art. 16 CE (además de entrar también en conflicto, subsidiariamente, con los derechos de los titulares de centros docentes) [191]. En cambio, otra doctrina, aunque minoritaria, ha optado con entusiasmo por la constitucionalidad de la disciplina [192]. Es decir, se ha reproducido a nivel doctrinal la escisión que ha tenido lugar en los tribunales españoles.

c) *La jurisprudencia de los tribunales españoles*

Ante inflexibilidad del Ministerio de Educación para replantear parcialmente su proyecto a la vista de los problemas de conciencia de muchos padres, y ante la negativa de los órganos administrativos de varias comunidades autónomas a aceptar la efectividad de las objeciones de conciencia formuladas a nivel regional o local, la cuestión se tornó litigiosa y entró en fase contencioso-administrativa, generándose resoluciones de diverso signo. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en 2007, y el de Asturias, en 2008, rechazaron las objeciones planteadas. Por el contrario, los órganos jurisdiccionales equivalentes de Andalucía, en 2008, y La Rioja, también en 2008, las aceptaron. Hasta la fecha,

---

[190] Algo, al parecer, que no era ajeno a la finalidad perseguida por los responsables del proyecto. *Vid*. al respecto L. Ruano Espina, *Objeción de conciencia…,* cit. en nota 181 de este capítulo, pp. 9 ss.

[191] *Vid*. M. Serrano Pérez, *La objeción de conciencia a educación para la ciudadanía en el marco constitucional de la libertad ideológica,* en RGDCDEE 23 (2010), pp. 1 ss.; M.T. Areces, *Objeción de conciencia: Educación para la Ciudadanía,* en «Estudios jurídicos sobre persona y familia» (coord. por M.T. Areces), Granada 2009, pp. 181 ss.; A. González-Varas, *La educación para la ciudadanía: entre la objeción de conciencia y recursos contencioso-administrativos,* en ADH-NE 10 (2009), pp. 331 ss.; R. Palomino, *Laicidad y ciudadanía,* en ADEE 24 (2008), pp. 353 ss.; A. López-Sidro, *La objeción de conciencia a la educación para la ciudadanía ante los Tribunales Superiores de Justicia,* en RGDCDEE 17 (2008), pp. 1 ss.; L. Ruano Espina, *Objeción de conciencia…,* cit. en nota 181 de este capítulo, pp. 1 ss.; C. Garcimartín, *Neutralidad y escuela pública: A propósito de la educación para la ciudadanía,* en RGDCDEE 14 (2007) pp. 1 ss.; A. Rouco Varela, *La educación para la ciudadanía. Reflexiones para la valoración jurídica y ética de una nueva asignatura en el sistema escolar español,* en Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (comunicación), Madrid, 29 de mayo de 2007; J.M. Martí Sánchez, *La «educación para la ciudadanía» en el sistema de la Ley Orgánica de Educación,* en RGDCDEE 10 (2006) pp. 1 ss.

[192] *Vid*., por todos, D. Llamazares, *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia,* Madrid 2008.

aproximadamente trescientos fallos judiciales —entre sentencias y autos de medidas cautelares— han sido favorables a los padres objetores. Estas resoluciones se han dictado en Andalucía, Extremadura, Castilla y León, La Rioja, Castilla-La Mancha, Zaragoza y Huesca [193]. En sentido contrario, unas treinta sentencias o autos —dictados en Navarra, Galicia, Murcia, Cantabria y Canarias— presentan fundamentos jurídicos y fallos que deniegan las demandas de los padres.

En esta notable discordancia entre órganos judiciales es razonable pensar que haya influido la relativa falta de claridad de la jurisprudencia constitucional española en materia de objeción de conciencia, en particular sobre si su operatividad puede descansar sobre la mera protección que el art. 16 CE reconoce a la libertad de conciencia o bien es necesario, además, que así lo indique una específica norma de una ley ordinaria. Análogamente, es previsible que hayan influido también las propias dubitaciones del Tribunal de Estrasburgo al enfrentarse a esta clase de conflictos entre ley y conciencia en el entorno educativo.

Ya hemos argumentado en otros lugares de este libro nuestra convicción de que, pese a sus aparentes incertidumbres y contradicciones, la doctrina del Tribunal Constitucional español permite entender que en nuestro derecho basta la cobertura de la Constitución para plantear la objeción de conciencia, sin necesidad de ley de rango inferior que expresamente la regule (su definitiva aceptación o no, claro está, dependerá del grado de razonabilidad de la propia actitud objetora frente a otros intereses jurídicos protegibles) [194]. Y también hemos hecho notar, paralelamente, que la sentencia *Kjeldsen* del TEDH propuso una interpretación algo restrictiva de los derechos de los padres a la luz del art. 2 PCEDH, que sería contundentemente rebatida por el voto particular del Juez Verdross a esa sentencia, y parcial e implícitamente rectificada por la propia Corte treinta años después, en los casos *Folgerø* y *Zengin,* al exigir con mayor rigor al Estado la prueba de que no incurre en adoctrinamiento cuando incluye en el *curriculum* escolar materias con alto perfil moral, y ordenarle dar luz verde a la objeción de conciencia cuando la real neutralidad de la enseñanza pueda suscitar dudas [195]. Esto último, desde luego, parece más acorde con el tenor literal del art. 2 PCEDH, que reclama al Estado expresamente, sea cual fuere la fi-

---

[193] Un análisis pormenorizado de la jurisprudencia española en estos años puede verse en los trabajos de M.T. Areces, *Derecho a objetar en el ámbito educativo: educación para la ciudadanía. Resoluciones judiciales,* en ADEE 25 (2009), pp. 360 ss.; A. López-Sidro y M.T. Areces citados en la nota 191 de este capítulo. *Vid*. también L. Ruano Espina, *Las sentencias del Tribunal Supremo de 11 febrero 2009 sobre objeción de conciencia a EpC,* en RGDCDEE 20 (2009), pp. 1 ss.; M.L. Rojo Álvarez-Manzaneda, *Derecho de libertad religiosa…,* cit. en nota 177, pp. 101 ss.

[194] *Vid*. especialmente *supra,* capítulo 2.

[195] *Vid*. *supra,* epígrafe 3.2 de este capítulo.

nalidad perseguida por la organización pública del sistema educativo, que respete las convicciones de los padres; lo cual supone que, cuando no puede respetar esas convicciones en un caso concreto, deberá proporcionar una justificación razonable, fundada en una «necesidad social imperiosa» y no en criterios de mera conveniencia o utilidad.

No obstante lo anterior, el 11 de febrero de 2009, respondiendo a recursos frente a previas sentencias de tribunales superiores de justicia, el Tribunal Supremo emitió cuatro sentencias de contenido similar sobre el tema [196], que suscitan no pocas perplejidades y alguna duda seria respecto a su fundamentación, por un lado, y respecto al futuro que abren en esta controvertida materia, por otro.

En efecto, si pasamos a la argumentación jurídica de fondo de estas sentencias —casi idéntica en todas ellas—, podemos detectar las siguientes líneas de fuerza, no sin antes hacer notar el elevado número de votos particulares que las acompañaban [197].

Ante todo, el Tribunal Supremo niega que exista derecho alguno a la objeción de conciencia cuando no hay una regulación legislativa *ad hoc* que la reconoce, pues lo contrario —se indica no sin cierto dramatismo— «equivaldría en la práctica a hacer depender la eficacia de las normas jurídicas de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de derecho» [198]. En España —añade el Supremo—, solamente se ha reconocido objeción de conciencia en dos casos: el servicio militar y el aborto. El primero está contemplado en el art. 30.2 CE. El segundo no fue legislado, sino reconocido en una sentencia del Tribunal Constitucional [199]; pero el Supremo descarta que sirva de apoyo a los padres objetores porque se refiere a «un supuesto límite»: el aborto. No es necesario insistir aquí en que, a nuestro juicio, no puede afirmarse que la *interpositio legislatoris* sea una condición *sine qua non* para admitir una objeción de conciencia en el derecho español, pero sí conviene indicar que diez de los veintinueve jueces de la Sala rehusaron expresamente compartir este aspecto de las sentencias y abundaron

---

[196] Las más importantes son las SSTS 340/2009 (rec. n.º 948/2008), 341/2009 (rec. n.º 1013/2008), y 342/2009 (rec. n.º 905/2008). Una síntesis y un análisis riguroso de las mismas, pueden verse en L. Ruano Espina, *Las sentencias del Tribunal Supremo…,* cit. en nota 193 de este capítulo. *Vid*. también A. González-Varas, *La educación para la ciudadanía…,* cit, en nota 191, pp. 376 ss.; y A. Llano, *Pluralismo ético y derecho en la enseñanza de educación para la ciudadanía,* en «Laicidad y libertades» 9 (2009), pp. 267 ss.

[197] Hasta diez magistrados, dependiendo de las sentencias, discrepaban del fallo o de su argumentación jurídica.

[198] FJ 8.º de la STS 342/2009, y FJ 7.º de las SSTS 340/2009 y 341/2009.

[199] Cfr. STC 53/1985, 11 abril 1985, FJ 14.º

en la idea de que el ordenamiento constitucional español no permite una tal concepción legalista del derecho de objeción.

Hagamos notar, por otro lado, lo desafortunado de intentar fundamentar esa restricción del contenido protegible de la libertad de conciencia en el art. 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce «el derecho a la objeción de conciencia *de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio*» [200]. Indican las sentencias mencionadas que esa expresión implica un reconocimiento de la necesidad de la *interpositio legislatoris,* interpretación que entendemos tan forzada como errónea, pues —en contra de las pautas asentadas de interpretación en materia de derechos fundamentales— atribuye un significado restringido al derecho y un significado amplio a su limitación. Hay, además, otra razón elemental: si se hubiera querido hacer depender el derecho de objeción de conciencia de las leyes nacionales, carecería por completo de sentido su inclusión en la Carta. A nuestro entender, el art. 10.2 de la Carta tiene por finalidad reconocer de manera clara un derecho íntimamente vinculado a la libertad de religión y creencias —la objeción de conciencia— y determinar cómo pueden establecerse limitaciones al mismo: mediante una legislación debidamente aprobada. La expresión «de acuerdo con las leyes nacionales» es simplemente una remisión a la posibilidad de que los derechos nacionales regulen los supuestos más frecuentes de objeción, que ha de interpretarse, además, en el sentido de que esa «regulación» de la objeción nunca podrá entenderse como «negación» de la misma [201].

Por otra parte, como corolario lógico de su punto de partida, la mayoría de la Sala en estas sentencias del Supremo rechaza que haya un derecho específico a la objeción de conciencia en el ámbito educativo. Y aquí encontramos un segundo y estridente factor de perplejidad: las sentencias se refieren a las ya mencionadas sentencias *Folgerø* y *Zengin* del TEDH para indicar que «no son de gran utilidad para el presente caso», porque contemplan supuestos de «enseñanza obligatoria de una determinada religión», propias de Estados confesionales [202]. Olvidan los jueces del Supremo que el art. 2 PCEDH equipara las convicciones filosóficas con las religiosas. Y parecen olvidar también dos hechos importantes. Primero, que esos casos trataban, no de enseñanza religiosa confesional, sino de instrucción religiosa supuestamente neutral, que luego resultó no serlo tanto —es decir, un tipo de enseñanza plenamente comparable a la Educación para la Ciudadanía, en la medida en que ambas presentan un alto perfil

---

[200] La cursiva es nuestra. Cfr. FJ 8.º de la STS 342/2009, y FJ 7.º de las SSTS 340/2009 y 341/2009.

[201] Nos hemos ocupado antes de esta cuestión, al tratar en general de la cobertura jurídica de las objeciones de conciencia en el capítulo 2.

[202] Cfr. FJ 9.º de la STS 342/2009, y FJ 8.º de las SSTS 340/2009 y 341/2009.

moral y, por tanto, pueden propiciar situaciones de adoctrinamiento. El segundo hecho es que el TEDH, ininterrumpidamente desde *Kjeldsen,* ha subrayado que los derechos de los padres reconocidos por el art. 2 PCEDH, y los correspondientes deberes del Estado, son aplicables no sólo respecto a la enseñanza religiosa, sino a todas las asignaturas —es más, se aplican a toda la organización del entorno escolar. A la vista de otros aspectos más sustantivos de estas sentencias, es difícil no preguntarse si la minimización de la doctrina sentada por el TEDH en *Folgerø* y *Zengin* no podría estar motivada por el hecho de que esas decisiones fueron favorables al reconocimiento del derecho de objeción de conciencia de los demandantes, y pusieron ciertamente alto el listón que el Estado debe superar para demostrar que una asignatura, y su modo de impartirla, son verdaderamente neutrales.

Al examinar el contenido de los decretos que definen los objetivos y los contenidos de la Educación para la Ciudadanía, las sentencias del Supremo no encuentran en ellos nada contrario a los arts. 16.1 CE (libertad ideológica, religiosa y de culto) o 27.3 CE (derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones). En el ámbito ético, según los jueces, esas disposiciones sólo mandan inculcar en los alumnos aquellos «valores morales subyacentes» en el ordenamiento constitucional, lo que puede hacerse incluso fomentando «sentimientos» favorables a ellos. También es lícito que la nueva asignatura obligatoria, para alentar a la tolerancia, dé a conocer a los alumnos diversas «concepciones culturales, morales o ideológicas» que están más allá del «espacio ético común», siempre que informe sin adoctrinar.

No obstante, al examinar si la asignatura cumple esas condiciones, las sentencias reconocen que «los reglamentos reguladores de la materia Educación para la Ciudadanía se sirven de una terminología específica, en ocasiones recargada en exceso». De ahí que «la consideración aislada de algunas de sus frases o palabras podría inducir a dudas en torno a su alcance» [203]. En efecto, distintas expresiones de los decretos han provocado en los padres objetores el temor de que la Educación para la Ciudadanía, en su actual diseño, pueda imbuir en sus hijos doctrinas morales contrarias a sus convicciones. Por ejemplo, según el programa para la ESO, se pretende «contribuir, a través de los dilemas morales, a la construcción de una conciencia moral cívica». Se ha de enseñar también «la valoración crítica de la división social y sexual del trabajo y de los prejuicios sociales racistas, xenófobos, antisemitas, sexistas y homófobos». Uno de los bloques del programa incluye «la educación afectivo-emocional», término que, junto con «orientación afectivo-sexual», aparece a menudo.

---

[203] Cfr. FJ 10.º de la STS 342/2009, y FJ 15.º de las SSTS 340/2009 y 341/2009.

Por ello, a pesar de su reticencia a aceptar *tout court* la posibilidad de un derecho a la objeción en los padres, el Tribunal Supremo no considera la Educación para la Ciudadanía libre de toda sospecha. Que los contenidos fijados en los decretos respeten efectivamente el art. 27.3 CE —advierten las sentencias— dependerá de cómo se concrete la enseñanza de la asignatura según el proyecto educativo del centro, los libros de texto que se usen y la manera de exponerlos. Pues el hecho de que la regulación general de la materia sea ajustada a derecho «no autoriza a la Administración educativa —ni tampoco a los centros docentes, ni a los concretos profesores— a imponer o inculcar, ni siquiera de manera indirecta, puntos de vista determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas» [204]. La materia debe impartirse, entonces, sin vulnerar la «neutralidad ideológica» a que está obligado el Estado en materia educativa.

En otras palabras, aun siendo consciente de los riesgos que las deficiencias del actual marco normativo general de esta nueva materia pueden comportar en la concreta práctica educativa, el Tribunal Supremo ha decidido respetar la validez de ese marco general, limitándose a proporcionar algunas claves de interpretación tendentes a evitar esos riesgos. Desde nuestro punto de vista, da la impresión de que, en la delicada operación de ponderar conflictos de intereses entre aquellos dos segmentos de la Constitución en los que, respectivamente, se inserta un derecho fundamental (el derecho de los padres a determinar la formación religiosa y moral de sus hijos) y un factor competencial (el del Estado a llevar a cabo una programación general de la enseñanza), se ha decantado por un principio organizativo sobre un derecho fundamental.

Deja así la puerta abierta a que, en el futuro, se puedan suscitar de nuevo objeciones de conciencia, sustentadas en planteamientos jurídicos diferentes a los ahora examinados, lo cual es buena muestra de la indefinición que se detecta en los contenidos de la asignatura. Al ser estos pronunciamientos del tipo que viene llamándose «sentencias interpretativas», se abre una compuerta a la «judicialización» permanente del tema. Teniendo en cuenta que han recurrido hasta ahora más de cincuenta mil padres, basta que una pequeña parte entiendan lesivos las explicaciones de algunos profesores o el contenido de manuales utilizados en las clases, para crear un problema judicial de entidad. Así lo hacía notar el Magistrado Manuel Campos en su voto particular: la decisión del Supremo «puede abrir la puerta a un sinfín de litigios singulares en los que, caso por caso, centro por centro, texto por texto y explicación por explicación, los padres se vean abocados a reivindicar el derecho que les reconoce el artículo 27.3 de la Constitución». Lo adecuado habría sido reconocer a los padres, en consonancia

---

204 *Ibid.*

con ese precepto constitucional, «el derecho a la elección y, en consecuencia, a la dispensa o exención previa (y no la mera posibilidad de reaccionar a posteriori)».

El desenfoque en que, en nuestra opinión, inciden las sentencias es no haber analizado detenidamente la lesión que esta inseguridad jurídica produce en el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones. El Supremo se ha centrado en dictaminar si existe en las normas examinadas un afán «adoctrinador» por parte del Estado. Al concluir —en la opinión de una mayoría de magistrados— que no es posible demostrarlo, ha entendido que no se conculcan ni el art. 27 CE ni el art. 2 PCEDH. Pero esto no es en rigor exacto. Lo que exige el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Constitución española es que el Estado respete las convicciones de los padres, al margen de cuál sea la finalidad perseguida por la organización pública del sistema de enseñanza. Incluso aceptando la doctrina del TEDH que circunscribe el significado del art. 2 PCEDH a la prohibición de adoctrinamiento religioso o moral, hubiera sido deseable poner el acento no en el fin pretendido —muy difícil de demostrar en la práctica— sino en el efecto adoctrinador.

d) *La situación posterior a las sentencias del Supremo*

Las cuatro mencionadas sentencias del Tribunal Supremo, así como las posteriores dictadas en la misma línea, no parece que hayan logrado terminar con el problema. Algunas de las familias que recibieron sentencias adversas en el Supremo recurrieron al Tribunal Constitucional, al tiempo que por la vía contenciosa administrativa se han impugnado concretos libros y determinadas actitudes de profesores. A su vez, con fecha 19 de marzo de 2010 se solicitó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos la adopción de medidas cautelares sobre la base del art. 35.1 CEDH, así como la declaración de que las autoridades españolas infringieron diferentes derechos de los que son titulares los demandantes [205].

Pocas semanas después de pronunciadas las sentencias del Supremo, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Zaragoza dictó una sentencia en abril de 2009 reconociendo la objeción de conciencia de dos padres de alumnos de colegios públicos y concertados [206]. La fundamentación del fallo se

[205] Entre ellos, los siguientes: a) derecho a la vida privada de los menores recurrentes *ex* art. 8 CEDH; b) libertad de pensamiento, conciencia y religión de los menores y de sus padres, a tenor del art. 9 CEDH; c) derecho de los padres a la educación de sus hijos conforme a sus convicciones, según el art. 2 PCEDH; d) derecho a la no discriminación *ex* art. 14 CEDH. Conocemos el contenido de esas alegaciones, *pro manuscripto,* gracias a la cortesía de sus autores.

[206] Sentencia 152/2009, de 14 abril 2009.

articula en la doctrina del Tribunal Constitucional, en la propia Constitución, en algunos parámetros y votos particulares de las sentencias del Supremo y en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. La sentencia subraya que «los alumnos a quienes van dirigidas estas enseñanzas, niños y adolescentes, están en un período de formación; si desde el Estado o el gobierno autonómico se les inculcan comportamientos en un cierto sentido, lo lógico es que los asuman. Queda claro, por tanto, que EpC contradice el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones».

A su vez, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León ha pronunciado desde 2009 numerosas sentencias de contenido muy similar, en las que se reconoce la objeción de conciencia de los padres en relación con la exoneración de sus hijos de cursar la Educación para la Ciudadanía [207]. La argumentación del Tribunal contiene algunos aspectos que vale la pena reseñar. Por un lado, afirma que la vinculación de la jurisprudencia del Supremo en cuanto valor complementario del ordenamiento jurídico no es absoluta, especialmente en materia de derechos fundamentales, tal y como advierte el Tribunal Constitucional [208]. En segundo lugar, se indica que la *interpositio legislatoris* para admitir una objeción de conciencia, aun siendo deseable, no es óbice para la efectividad de este derecho en los casos en que proceda, como se deduce del art. 53 CE y de la jurisprudencia constitucional. Tercero, aunque la libertad ideológica o de conciencia reconocida en el art. 16 CE no resulta por sí sola suficiente para eximir o liberar a los ciudadanos, por motivos de conciencia, del cumplimiento de deberes legalmente establecidos, hay supuestos en que se ven obligados a acudir a la objeción de conciencia con carácter instrumental para hacer efectivo otro derecho fundamental, específico y autónomo, reconocido en el art. 27.3 CE. En cuarto lugar, analizado detenidamente el origen de la asignatura, su ámbito normativo y su contenido, se concluye por el Tribunal que la asignatura en cuestión tiene una carga ideológica innegable, con contenidos en los que no existe un «generalizado consenso moral», y que ofrecen tal grado de indeterminación que dejan indefenso el derecho de los padres a verificar siquiera la enseñanza que reciben sus hijos.

En fin, concluyen estas sentencias, «la intensa carga ética, moral e ideológica de la asignatura discutida», que incide en la privacidad e intimidad de los alumnos en plena fase de formación; su carácter obligatorio, concentrado y vertical, superando la transversalidad multidisciplinaria hasta ahora imperante; el confe-

---

[207] *Vid.*, por ejemplo, SSTSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 1998/2009 y 1999/2009, ambas de 23 septiembre 2009; 2019/2009, 2020/2009, 2021/2009, 2022/2009, 2023/2009, 2024/2009, 2025/2009, 2026/2009 y 2027/2009, todas ellas de 28 septiembre 2009. Hay sentencias similares en los meses siguientes.

[208] Cfr. STC 125/1986, 22 octubre 1986, y STC 144/1988, 12 julio 1988.

sado propósito de reconstrucción de valores en orden a la influencia en los comportamientos y actitudes de los menores; y las significativas reservas y advertencias del Pleno del Tribunal Supremo respecto de proyectos educativos, libros de texto y explicaciones, con llamadas continuas a la más rigurosa objetividad y neutralidad, son razones todas ellas que llevan a esta Sala a apreciar «un riesgo exorbitante, que los padres no vienen obligados jurídicamente a soportar», lo que les hace acreedores del derecho a que sus hijos se vean dispensados, *ex* art. 27.3 CE, de cursar esa asignatura. No obstante, el Tribunal Supremo, en una serie de sentencias de 2011, todas con casi idéntico contenido, y respondiendo a recursos de casación por parte de la Fiscalía y de la Abogacía del Estado, ha dejado sin efecto esta jurisprudencia del Tribunal de Castilla y León. Subrayan estas sentencias que al Supremo corresponde con carácter ordinario la función de unificar la doctrina también en materia de derechos fundamentales. Al mismo tiempo, insisten en que, si bien los padres no son titulares de un derecho de objeción de conciencia en el ámbito educativo, «ello no autoriza a la Administración educativa ni a los centros docentes ni a los concretos profesores a imponer o inculcar ni siquiera de manera indirecta puntos de vista determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas» [209].

A la vista de lo que antecede, es muy previsible que la litigación en estos temas no haya hecho sino comenzar. Al menos mientras los responsables de la cartera de Educación persistan en una actitud refractaria al diálogo con las familias, que son los actores sociales más relevantes, y con derechos subjetivos más claros, en este área [210]. No todos los conflictos se plantean sobre la base de un ataque *in abstracto* a la asignatura, sino que a veces se producen con referencia a su particular implementación en determinados centros. Así, por ejemplo, en aplicación precisamente de la jurisprudencia del Supremo ya citada, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en una amplia e interesante sentencia, y tras un análisis pormenorizado del texto, declaraba que un manual de la asignatura Educación para la Ciudadanía poseía un carácter claramente adoctrinador en

---

[209] Para no multiplicar innecesariamente las citas jurisprudenciales, remitimos para esas sentencias a la sección de Jurisprudencia de la RGDCDEE, que da cumplida noticia de ellas y en la que puede también encontrarse su texto.

[210] Cuando se envían a imprenta estas páginas, acaba de producirse el cambio de gobierno en España. El Partido Popular, ganador de las elecciones de 20 noviembre 2011, anunciaba en su programa electoral que elevaría «la formación cívica de los alumnos, sustituyendo la asignatura educación para la ciudadanía por otra cuyo contenido esté basado en el aprendizaje de los valores constitucionales y en el conocimiento de las instituciones españolas y europeas». *Vid*. información comentada al respecto en http://www.europapress.es/sociedad/educacion/noticia-pp-cambiara-epc-otra-asignatura-valores-constitucionales-20111102123624.html (visitado 15 diciembre 2011).

cuestiones morales e ideológicas, y en consecuencia eximía al hijo de los recurrentes de la obligación de asistir a clases de esa asignatura, y de ser evaluado en la misma, mientras dicho libro de texto continuara utilizándose [211].

### 3.7. *La conveniencia de un tratamiento preventivo de los conflictos de conciencia en el ámbito escolar*

Los casos aquí analizados ponen de relieve que, en materia de conflictos de conciencia relativos a contenidos o métodos docentes, la vía judicial tiene importantes limitaciones operativas, entre otras razones porque —como ha sostenido la jurisprudencia de Estrasburgo [212]— ha de reconocerse una amplia discrecionalidad al Estado a la hora de fijar el *curriculum* escolar.

Sin duda, está proscrito el adoctrinamiento religioso o moral por parte del sistema público de enseñanza en contra de las convicciones de los padres. Pero hay supuestos límite en los que no resulta del todo claro ni que la enseñanza en cuestión sea del todo neutral —al menos en la práctica— ni que exista una finalidad de adoctrinamiento. Una inclinación excesiva hacia las competencias del Estado podría tener efectos nocivos importantes para los derechos de los padres, muy especialmente en el caso de quienes mantienen una posición ética o religiosa minoritaria en un determinado contexto escolar. Y, por el contrario, tampoco parece prudente reconocer a las familias un derecho absoluto a eximir a sus hijos de cualquier contenido o práctica docente. Esto podría llegar a hacer impracticable la organización del modelo educativo, en la medida en que muchas materias incluyen necesariamente contenidos de implicaciones filosóficas o éticas [213] y en que las sociedades actuales resultan pluriformes en cuanto a sus convicciones. Incluso podría llevar a la consecuencia, en los supuestos —no tan infrecuentes— de creencias radicales impregnadas de un fuerte dogmatismo, de que los niños sean educados en un virtual aislamiento moral e ideológico respecto a la sociedad civil en la que han de vivir.

Es cierto que parte de esos problemas pueden ser abordados adecuadamente por una judicatura que analice cada supuesto de conflicto sin olvidar que las restricciones a la libertad han de ser debidamente justificadas como «necesarias en una sociedad democrática». Y sin perder de vista tampoco que las tensiones por diferencias religiosas o ideológicas —incluidas las resultantes de discrepancias entre deberes legales y deberes morales— son un fenómeno normal en las

---

[211] STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo de Sevilla, Sección 3ª, rec. 368/2009, 15 octubre 2010 (RI §409980). La editorial que publicaba el libro de texto en cuestión era McGraw-Hill, y su autor, Juan José Abad.

[212] Cfr. *supra,* epígrafe 3.2 de este capítulo.

[213] *Vid. Kjeldsen,* § 53.

sociedades contemporáneas, que nunca pueden solventarse mediante actuaciones del poder civil encaminadas a imponer modos uniformes de proceder. Como el Tribunal de Estrasburgo ha declarado, esas tensiones son «una de las consecuencias inevitables del pluralismo», añadiendo que «la función de las autoridades en estas circunstancias no consiste en eliminar la causa de la tensión eliminando el pluralismo, sino en asegurar que los grupos que compiten entre sí se toleren mutuamente» [214].

Esa función de fomento de la tolerancia y el respeto mutuos constituye una de las obligaciones positivas del Estado en este área, y sugiere que la judicialización de muchos de esos conflictos entre ley y conciencia en el entorno escolar probablemente podrían evitarse mediante actuaciones preventivas en una doble dirección: por una parte, siguiendo procedimientos sensibles a la posibilidad de que surjan esos conflictos de conciencia, tanto en elaboración de currículos como en su aplicación práctica; y por otra, incidiendo en la mediación, también a nivel local, como mecanismo de resolución de tales conflictos.

En esta línea ha insistido en los últimos años un interesante documento elaborado dentro de la OSCE (Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa), que vale la pena mencionar aquí: los *Principios orientadores de Toledo sobre la enseñanza acerca de religiones y creencias en las escuelas públicas* [215]. Su objetivo se limita específicamente a proporcionar directrices para una enseñanza neutral y objetiva sobre el hecho religioso en la escuela pública, que comprenda tanto las religiones como los sistemas de creencias no teísticas, enfocando esta temática desde la perspectiva propia de los derechos humanos, y en especial de la libertad de religión y creencias. Por ello, muchas de las ideas contenidas en el documento son aplicables a otro tipo de materias en las que se tocan sensibilidades parecidas, sobre todo en la medida en que conectan con cuestiones morales en las que los padres son dueños de la orientación que ha de presidir la educación de sus hijos.

---

[214] Sentencia *Serif c. Grecia,* 14 diciembre 1999, § 53, con específica referencia a disputas en el interior de una comunidad religiosa. Esa doctrina, con referencia a la actividad de una asociación que se expresaba públicamente en materia de aborto y derecho a la vida, se encontraba ya en la sentencia *Plattform «Ärzte für das Leben» v. Austria,* 21 junio 1988, § 32. Indicaba ahí el TEDH que la libertad de reunión reclama del Estado algo más que una función negativa, de no interferencia en el ejercicio de las libertades.

[215] El documento es el resultado del trabajo conjunto del *ODIHR Advisory Council on Freedom of Religion or Belief* junto con un grupo internacional de expertos en educación. Un comentario a ese documento puede verse en J. Martínez-Torrón, *Principios de la OSCE para la enseñanza sobre las religiones y creencias en las escuelas públicas,* en RGDCDEE 16 (2008), pp. 1-7. El texto original inglés del documento y una traducción española pueden encontrarse en: http://www.osce.org/odihr/publications.html?lsi=true&limit=10&grp=360 (visitado 30 agosto 2010).

Por ejemplo, el documento hace hincapié en la necesidad de seguir políticas inclusivas, y no intrusivas, al elaborar y aplicar los programas docentes, garantizando que intervienen, y que son escuchados, los principales actores sociales implicados, con mención expresa de los padres de alumnos y de las confesiones religiosas, y subrayando la importancia de ser sensible hacia la posición de las minorías. No tendría sentido —es la filosofía subyacente— que una materia prevista como instrumento para generar respeto y tolerancia se transforme, en la práctica, en mecanismo detonador de tensiones y de discriminación. Con plena consciencia de lo difícil que resulta articular enseñanzas que afectan tan de cerca a sensibilidades morales profundas, el documento insiste en la importancia de proporcionar una formación específica a los profesores, y en seleccionar adecuadamente a las personas que enseñarán una materia que requiere —además de una sólida competencia académica— altas dosis de integridad moral y de respeto hacia las ideas de otros.

Por la misma razón, los *Principios de Toledo* recuerdan que es esencial garantizar la neutralidad y objetividad de esas enseñanzas, tanto en su diseño general como controlando que no se dan abusos en su aplicación práctica, de manera que no se produzca un adoctrinamiento contrario a las convicciones religiosas o ideológicas de los padres. Este objetivo de neutralidad real es sumamente difícil de lograr. De ahí que el documento inste a tratar con respeto los casos de objeción de conciencia que puedan plantearse [216]. Estos casos no han de ser entendidos como un enojoso obstáculo para la realización de esas enseñanzas, sino más bien como un medio que permita mejorarlas y acentuar su verdadero carácter neutral y objetivo. Para ello recomienda el diálogo de las autoridades escolares con los padres objetores para buscar una solución apropiada a sus inquietudes.

Sin duda, cuando las asignaturas con particular incidencia ética o ideológica son diseñadas y enseñadas de modo verdaderamente neutral y objetivo, es previsible que el panorama de potenciales objetores se vea reducido a un mínimo. Pero ese mínimo no ha de ser desatendido; y, además, no debe descartarse la posibilidad de reconocer el derecho a ser eximido como una vía de escape en aquellos casos en que la neutralidad de la docencia no se ha alcanzado suficientemente, y mientras ese objetivo de neutralidad no se logre de manera satisfactoria. En última instancia, los *Principios de Toledo* subrayan que el derecho de objeción de conciencia de los padres ha de ser reconocido, al tiempo que debe evitarse estigmatizar a los alumnos objetores entre sus compañeros por razón de sus creencias.

---

[216] Esta temática es abordada con especial detalle en el capítulo V de los *Principios de Toledo.*

Y es que, por muy cuidadosamente que se diseñe la neutralidad de la enseñanza religiosa, la posibilidad de conflictos de conciencia no desaparece, como lo muestran dos recientes sentencias de la Cour Supérieure de Québec (de diversos distritos) relativas a los cursos de «Ética y cultura religiosa» que son obligatorios, en Quebec, para determinados niveles escolares [217]. Dichos cursos, según el programa y estructura impuestos por el Ministerio de Educación de Quebec, han de estar inspirados en la neutralidad y pluralidad de esas enseñanzas, que en ningún caso deberían pronunciarse a favor, o en contra, de ningún credo o de ninguna doctrina moral en particular. En la primera de esas sentencias, *D.L.* [218], los padres habían solicitado sin éxito que sus hijos fueran eximidos de esa materia, entendiendo que la perspectiva desde la que se abordaba era contraria a sus creencias de católicos, y podía además ser perturbadora para niños muy jóvenes en la medida en que contrastaba con la educación religiosa que recibían en su familia. La Corte rechazó el recurso de los padres después de constatar que la posición de la Asamblea Episcopal de Quebec no coincidía con la de los recurrentes, y que los hijos no habían recibido ninguna influencia concreta del tipo que temían sus padres. La Corte de Apelación confirmó el fallo pocos meses después [219].

En la segunda sentencia, *Loyola High School* [220], el conflicto provenía del propio colegio, una institución jesuita de claro ideario católico. El colegio rehusaba impartir «Ética y cultura religiosa» desde una perspectiva neutral y plural. Para el colegio, un tal planteamiento de la materia chocaría con aspectos fundamentales de su ideario, para el que no resultaba aceptable situar las diversas religiones en pie de igualdad por lo que se refería a la verdad de sus doctrinas. Además, fácilmente podría confundirse con una actitud relativista que defraudaría las expectativas de los padres de los alumnos, los cuales confiaban en que sus hijos recibían una educación católica en ese centro [221]. El colegio solicitó al Ministerio de Educación que le permitiera enseñar «Ética y cultura religiosa» de acuerdo con su propio programa, pero la ministra rehusó tal posibilidad, indicándoles que siempre podían impartir asignaturas de enseñanza religiosa y moral católica además del curso obligatorio de carácter neutral. La Corte falló a favor del colegio, autorizándole a organizar la docencia de la materia según su

---

[217] Agradecemos al Profesor Jean-François Gaudreault-DesBiens (Université de Montréal) haber llamado nuestra atención sobre estas sentencias.

[218] *D.L. c. Commission scolaire des Chênes,* 2009 QCCS 3875 (2009). Se trataba de la Corte del distrito de Drummond.

[219] *D.L. c. Commission scolaire des Chênes,* 2010 QCCA 346 (2010).

[220] *Loyola High School c. Courchesne,* 2010 QCCS 2631 (2010). Se trataba de la Corte del distrito de Montreal.

[221] De hecho, como codemandante actuaba el padre de un alumno del colegio: John Zucchi, profesor de historia en la Universidad McGill, de Montreal.

propio programa, ajustado a su ideario, y expresamente lamentaba la sorprendente actitud de la ministra, insensible hacia los derechos de los padres, «en estos tiempos de respeto por los derechos fundamentales, de tolerancia, de acomodaciones razonables y de multiculturalismo» [222].

[222] *Loyola High School c. Courchesne,* § 326.

Capítulo 9

# Libertad de conciencia y utilización de símbolos religiosos

SUMARIO: 1. La creciente importancia de las cuestiones relativas a la simbología religiosa.—2. Simbología religiosa personal y entorno educativo: 2.1. *La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.* 2.2. *Los conflictos sobre vestimenta de estudiantes en Gran Bretaña.* 2.3. *Los casos sobre velo de profesoras en Gran Bretaña, Alemania y Estados Unidos.* 2.4. *Multiculturalidad y políticas de adaptación en Canadá.*—3. Indumentaria religiosa y espacios públicos: 3.1. *La cuestión del atuendo de significación islámica en los ámbitos político y mediático de Turquía.* 3.2. *Atuendo religioso y normas relativas a la seguridad pública.* 3.3. *La prohibición de signos religiosos en entornos públicos que representan la autoridad del Estado.* 3.4. *La prohibición del* burka *o* niqab *en lugares públicos.*—4. La indumentaria de significación religiosa en el ámbito laboral.—5. Algunas observaciones sobre las políticas occidentales en materia de simbología religiosa.—6. Las objeciones «laicas» a símbolos religiosos institucionales: 6.1. *Neutralidad estatal y acomodación en Estados Unidos y Canadá.* 6.2. *La cuestión del crucifijo en el entorno escolar en Europa.* 6.3. *La cuestión del crucifijo en España, dentro y fuera del ámbito escolar.*

## 1. La creciente importancia de las cuestiones relativas a la simbología religiosa

Las cuestiones relacionadas con el uso de simbología religiosa tienden a ser cada vez más abundantes en la realidad judicial europea [1]. En parte, este hecho se debe al contraste de ciertas concepciones de la laicidad del Estado con tradicionales expresiones del sentimiento religioso cristiano, lo cual afecta especialmente a la utilización institucional de signos religiosos [2]. Desde la perspectiva del uso personal de signos religiosos, sin embargo, los principales problemas provienen de ciertos cambios en el fenómeno migratorio que han generado una mayor pluralidad religiosa en nuestro continente, más allá de la tradición judeo-cristiana. En particular, muchos conflictos se plantean entre la legislación

---

[1] *Vid*. sobre el tema el riguroso estudio de S. Cañamares Arribas, *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado,* Pamplona 2005; y, más recientemente, el también excelente trabajo de T. Prieto Álvarez, *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos,* Pamplona 2010.

[2] A ese tipo de situaciones nos referiremos en el epígrafe n. 6 de este capítulo.

de ciertos países y la decisión de muchas mujeres musulmanas de llevar determinadas prendas, distintivas y muy visibles, que ocultan parte de los rasgos físicos de su cabeza o su rostro con diversos grados de rigor (*hijab, chador, niqab, burka,* etc.) y que —según su interpretación— resultan de utilización moralmente obligatoria para una mujer cumplidora de los preceptos del Islam [3].

No sería apropiado, desde luego, reducir la cuestión de la simbología religiosa personal en espacios públicos a un problema necesariamente conexo con el Islam. Pero sería irreal ignorar que en Europa, como en otros lugares del mundo occidental, hay una inquietud creciente acerca de cómo abordar los temas relativos al Islam desde una perspectiva tanto jurídica como política y cultural. Uno de los factores que ha contribuido a esa inquietud, como acaba de indicarse, es la inmigración de musulmanes hacia los países de la Unión Europea, especialmente los de economías más boyantes, que suscita algunas dudas acerca de cómo promover una mejor —y no siempre fácil— integración de los inmigrantes y acerca de cómo acomodar la «visibilidad» de símbolos religiosos islámicos a un entorno público frecuentemente presidido por un clima predominantemente cristiano en lo religioso y predominantemente laico en lo social. Otro importante factor es la gradual aparición de Turquía como un importante actor en la política y la economía europeas, teniendo en cuenta que se trata de un país con más de setenta millones de habitantes —en continuo crecimiento— cuya inmensa mayoría son musulmanes (sunitas, sobre todo, y también alevitas), y que se supone fundado sobre el principio constitucional de laicidad, el cual se presenta como una esencial barrera de contención frente a los peligros que un posible extremismo islámico representaría para la democracia.

La inquietud que generan esos factores proviene de algunos rasgos típicos de nuestro continente. En primer lugar, el hecho de que una parte sustancial del núcleo de valores que impregnan la cultura jurídica, moral y política de Europa tienen su origen en la herencia judeo-cristiana, tras un proceso de secularización que se desarrolla sobre todo en los últimos dos siglos y medio. En ese contexto, la presencia histórica del Islam en Europa ha sido tradicionalmente percibida por los Europeos como marcada por su continua tensión y guerras con los

---

[3] *Vid*. al respecto, desde la perspectiva de estudios jurídicos de orientación feminista, J. Marshall, *Conditions for Freedom? European Human Rights Law and the Islamic Headscarf Debate,* en «Human Rights Quarterly» 30 (2008), pp. 631-654. Sobre la cuestión del velo islámico en el contexto europeo *vid*. recientemente, entre la bibliografía española, I. Briones, *El uso del velo islámico en Europa: un conflicto de libertad religiosa y de conciencia,* en el conjunto de trabajos reunidos en ADH-NE 10 (2009), pp. 17-82; A. Motilla (coord.), *El pañuelo islámico en Europa,* Madrid 2009; dentro de este volumen, la cuestión de la obligatoriedad de las normas religiosas sobre velo de la mujer, desde la perspectiva interna de la ley musulmana, es analizada por S. Catalá, *Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam y uso del velo,* pp. 19-61. También analiza la ley musulmana R. Vázquez, *Aproximación al Derecho islámico y su regulación del velo,* en IC 47 (2007), pp. 591-614.

reinos cristianos (tanto desde la perspectiva de la conquista de la Península Ibérica como de las invasiones del continente europeo desde el oriente) [4]. En segundo lugar, esa desconfianza histórica hacia el Islam se ha reforzado en tiempos más recientes, por causas obvias y bien conocidas, a causa del extendido temor al terrorismo y violencia que dicen actuar en nombre del Islam. Todo ello, unido a la frecuente ausencia de democracia real en muchos países islámicos, ha diseminado la sospecha de que es difícil, y tal vez imposible, hacer compatible el Islam con las libertades democráticas. O, por decirlo de otra manera, la idea de que la religión islámica podría no ser totalmente aceptable desde la perspectiva de los requisitos que las democracias occidentales han de exigir a todas las religiones para su integración en un sistema político secularizado, que se basa en las libertades individuales y en la distinción de ámbitos autónomos para la religión y para el poder civil.

De lo anterior se deduce que son varias las razones que mueven a prestar una atención específica a las cuestiones derivadas de la simbología religiosa en Occidente, y concretamente en Europa. Por un lado, la ya aludida presencia del Islam —y también el incremento de población de otras religiones de matriz oriental— lleva consigo la necesidad de afrontar un modo distinto de concebir la expresión externa del sentimiento religioso y, sobre todo, de entender cuál es el lugar que la religión ha de ocupar en el espacio público y cuál ha de ser la dinámica apropiada de sus relaciones con el poder civil. Lo cual invita a repensar sobre la noción occidental de laicidad o neutralidad del Estado, mediante un proceso de reflexión que ha de ser cuidadoso, y atento tanto a los avatares de nuestra historia política como al hecho sociológico contemporáneo, si no se quiere incurrir en planteamientos simplistas que terminen por ser o bien autoritarios, o bien potencialmente destructivos, en su permisividad, de nuestro equilibrado sistema de libertades. Por otro lado, y más allá de circunstancias sociológicas precisas, la temática de la simbología religiosa personal y sus posibles incompatibilidades con normas estatales viene a ser una ramificación de una cuestión jurídica, ya antigua, de carácter más general: hasta qué punto se han de conceder a ciertos ciudadanos exenciones del cumplimiento de leyes «neutrales» [5] por razones de conciencia; cuestión sobre la que el TEDH nunca ha adoptado una posición especialmente tuitiva de la libertad de conciencia [6].

---

[4] Esta consideración del Islam como elemento de conflicto es, sin embargo, compatible con la apreciación de los muchos valiosos elementos que el Islam ha dejado históricamente en la cultura y la economía de Europa.

[5] Es decir, aquellas que tienen por objeto un fin secular legítimo y no la restricción de determinadas creencias, religiosas o no.

[6] Nos remitimos en este aspecto a J. Martínez-Torrón & R. Navarro-Valls, *The Protection of Religious Freedom in the System of the Council of Europe,* en «Facilitating Freedom of Reli-

Los datos mencionados son susceptibles de ser analizados de manera diversa, pero no cabe duda de que constituyen el telón de fondo sobre el que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo —a la que se dedicará particular atención en este capítulo— ha de operar cuando interpreta el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y la materia, en todo caso, ha suscitado una polémica jurídica que no ha dejado de crecer, casi exponencialmente, en los últimos años.

No puede extrañar, por tanto, que el Consejo de Europa haya impulsado recientemente la publicación de un «manual» sobre el uso de atuendo religioso en espacios públicos [7]. Dos características vale la pena destacar en ese texto. La primera es que reconoce sin ambages la complejidad de esta temática, y huye de interpretaciones simplificadoras —y por tanto mistificadoras— de la realidad jurídico-social. La segunda es su actitud abierta acerca de la neutralidad estatal, que concibe en términos «dinámicos» más que primordialmente represivos de expresiones de religiosidad. Citemos como ejemplo sus observaciones acerca de las consecuencias de la función que el TEDH atribuye al Estado como garante y promotor de la tolerancia y el pluralismo en la sociedad:

> «[L]a neutralidad y la imparcialidad no significan que el Estado tenga que distanciarse de la religión y de los entes religiosos. Al contrario, sugieren que el Estado puede cooperar con ellos, sin actitudes parciales en favor de uno u otro, para la realización de esos objetivos.
>
> De esta aproximación dinámica a la promoción del pluralismo y la tolerancia se derivan algunas consecuencias en relación con el uso de símbolos religiosos. Ya se ha visto que la búsqueda del pluralismo implica que los creyentes puedan tener que estar expuestos a ideas y argumentos que tal vez consideren inadmisibles. E implica también que los creyentes acepten que es legítima la existencia, dentro de la sociedad de que forman parte, de una disparidad de puntos de vista sobre cuestiones que son para ellos de importancia fundamental... Pero esto, naturalmente, es válido también en dirección opuesta, y se aplica a los no creyentes que se encuentran frente a manifestaciones de creencias que quizá consideran inoportunas o inadmisibles, y que pueden incluir la presencia de símbolos religiosos en el espacio público. En tales situaciones, es de aplicación el mismo objetivo de promover el pluralismo y la tolerancia, y, en palabras del Tribunal..., la función del Estado no es remover la

---

gion and Belief: A Deskbook» (ed. por T. Lindholm, C. Durham y B. Tahzib-Lie), Leiden 2004, pp. 230-236.

[7] M. Evans, *Manual on the wearing of religious symbols in public areas,* Council of Europe, 2009. El autor es Catedrático de Derecho Internacional en la Universidad de Bristol y conocido especialista en el tratamiento jurídico de la libertad de religión y creencias.

causa de tensión eliminando el pluralismo, sino desplegar una actividad que garantice la tolerancia» [8].

## 2. Simbología religiosa personal y entorno educativo

En materia de simbología religiosa personal, buena parte de los casos más importantes se han dado en relación con entornos de enseñanza, casi siempre por el énfasis de las autoridades escolares, o de la legislación, en la preservación de un clima de laicidad o neutralidad en las instituciones educativas, entendida como ausencia de signos religiosos visibles [9]. Dedicaremos, por ello, un amplio epígrafe a esta temática, y más adelante veremos casos de conflicto relativos a atuendo religioso en otros espacios públicos, o en el ámbito laboral.

Abordaremos esta cuestión desde la perspectiva del derecho internacional y comparado, pues en España el uso de símbolos religiosos personales en la escuela se ha planteado hasta ahora en menor medida. Los casos más conocidos se refieren a conflictos derivados del uso de velo islámico femenino y se han dado en la Comunidad de Madrid, adquiriendo en su día cierto relieve en la opinión pública, sin pasar nunca del ámbito de las soluciones administrativas. Uno de ellos se produjo en 2002, en relación con una alumna marroquí de 13 años, que permaneció durante varios meses sin escolarizar porque el centro concertado que se le había asignado en la localidad de San Lorenzo del Escorial, perteneciente a una congregación de religiosas católicas, prohibía el uso de esa prenda por razón de su ideario y de sus normas sobre uniforme, y tanto ella como sus padres insistían en la obligatoriedad de ir vestida con *hijab* [10]. El conflicto se solucionó trasladando a la alumna, aun fuera de plazo, a un colegio público donde se le permitía llevar el velo. Interesa notar que, poco después, en 2004, el centro escolar donde fue escolarizada la protagonista del caso aprobó una regla interna que prohibía el uso del velo en las clases de educación física por razones de se-

---

[8] *Ibid.*, pp. 49-50 (traducción de los autores del original inglés).

[9] *Vid.* M. Moreno Antón, *Multiculturalidad y libertad religiosa del menor de edad,* Madrid 2007, pp. 151 ss.

[10] *Vid.* al respecto S. Cañamares Arribas, *Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho español: propuestas ante la reforma de la Ley orgánica de libertad religiosa,* en RGDCDEE 19 (2009), pp. 7-9; F.J. de Lucas, *La inmigración islámica: de nuevo religión y política en las sociedades multiculturales europeas,* en «Laicidad y libertades» 2 (2002), pp. 233-236; M. Moreno Antón, *Proyección multicultural de la libertad religiosa en el ámbito escolar,* en RGDCDEE 10 (2006), pp. 23-27; A. López-Sidro, *La mujer y el Islam: la cuestión del velo en España,* en «Ámbitos» 11 (2004), pp. 71-77. Desde una perspectiva comparada, M. Alenda, *La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico,* en RGDCDEE 9 (2005), pp. 22-26; A. Motilla, *El problema del velo islámico en Europa y en España,* en ADEE 20 (2004), pp. 107-108; B. Aláez Corral, *Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar,* en REDCo 67 (2003), especialmente pp. 112 ss.

guridad, debido a los alfileres o imperdibles con que suele sujetarse el velo a la cabeza [11].

Aún más famoso se hizo, por el debate mediático generado, el caso de la joven Najwa Malha, a la que también se prohibió llevar el *hijab* en un instituto de Pozuelo de Alarcón, en Madrid. La joven decidió dejar de asistir a clase mientras no se le permitiera llevar ese pañuelo en la cabeza, que consideraba obligado por su religión al alcanzar cierta edad. El consejo escolar del centro se mostró inflexible en su prohibición, pese a que varias alumnas —que ni llevaban velo ni pensaban hacerlo— adoptaron la misma actitud absentista en apoyo de su compañera. La dirección se apoyaba en una norma del reglamento interno del instituto que vetaba el uso de gorras, para evitar distorsiones en la dinámica docente, y que fue forzadamente aplicado al caso de la estudiante musulmana. Como en el caso de El Escorial, el conflicto terminó mediante el traslado de la joven a otro centro donde pudo mantener su vestimenta religiosa sin problema, pero sirvió para poner de manifiesto la necesidad de establecer criterios jurídicos claros en esta materia [12]. De hecho, no había entonces, ni hay ahora, ninguna normativa nacional o autonómica que se refiera a la utilización de simbología religiosa en el entorno educativo. Lo cual ha sido interpretado ocasionalmente por la dirección de algunos centros como un cheque en blanco para imponer sus propias prohibiciones al uso del velo islámico. Por el contrario, en muchos colegios públicos españoles, incluidos los de la propia Comunidad de Madrid, es visible el uso del *hijab,* y es muy frecuente, en concreto, en las ciudades de Ceuta y Melilla, donde el porcentaje de población musulmana es elevado, sin que ese hábito haya generado particulares problemas entre el alumnado.

A continuación nos referiremos en primer lugar a los casos que se han planteado en la jurisprudencia de Estrasburgo, que permitirán comprender los problemas que se han producido en algunas jurisdicciones nacionales, en especial Turquía y Francia.

### 2.1. *La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

a) *Los primeros casos*

Los primeros casos decididos en Estrasburgo en materia de velo islámico se encuadran dentro de la ya larga polémica sobre el uso del pañuelo islámico en Turquía y su compatibilidad o no con el principio de laicidad que domina, des-

---

[11] *Vid*. el trabajo de S. Cañamares Arribas citado en la nota anterior, pp. 8-9.

[12] Entre las muchas fuentes mediáticas disponibles, puede encontrarse información sobre ese caso, desde la perspectiva de las comunidades islámicas, en Webislam: http://www.webislam.com (consultado 14 agosto 2010).

de los tiempos de Atatürk, la Constitución de ese país [13]. A ellos hay que añadir otro caso contra Suiza, un contexto por tanto bien distinto, pero en el que Estrasburgo aplicó principios análogos ocho años después.

Interesa advertir que, en Turquía, el principio de laicidad del Estado —una laicidad «a la francesa»— es considerado esencial, hasta el punto de que no es únicamente un principio constitucional, sino también un principio «blindado»: la Constitución, además de subrayar el carácter laico de la República de Turquía, declara que es inconstitucional proponer enmiendas dirigidas a modificar ese rasgo esencial de la República [14]. Como iremos viendo en las páginas siguientes, varios casos importantes relacionados con la laicidad del Estado turco y su protección han llegado hasta el TEDH, el cual ha terminado casi siempre por aceptar la argumentación, esgrimida por el gobierno turco, de que ciertas medidas restrictivas respecto a la visibilidad del Islam son exigidas por la laicidad y necesarias para preservar la democracia en Turquía frente al supuesto avance de posiciones religiosas radicales. Ese apoyo del TEDH a las políticas pro-laicidad en Turquía ha trascendido la cuestión de la simbología religiosa, y se ha extendido a temas tan importantes como la disolución de partidos políticos o la purga de oficiales en el ejército por razones ideológicas [15]. Aquí, en re-

---

[13] Sobre el origen del principio de laicidad en Turquía, *vid.,* entre otros, R. Bottoni, *The Origins of Secularism in Turkey,* en «Ecclesiastical Law Journal» 9 (2007), pp. 175-186. Para una perspectiva especialmente crítica, *vid*. el trabajo de T.J. Gunn, *Fearful Symbols: The Islamic Headscarf and the European Court of Human Rights in Sahin v. Turkey,* en ADR 2 (2006-2007), especialmente pp. 641-650. En España, *vid*. el reciente e interesante estudio de A. López-Sidro, *Islam, laicidad y libertad religiosa en Turquía,* en RGDCDEE 24 (2010), pp. 1-19.

[14] El art. 2 de la Constitución turca establece: «La République de Turquie est un Etat de droit démocratique, laïque et social, respectueux des droits de l'homme dans un esprit de paix sociale, de solidarité nationale et de justice, attaché au nationalisme d'Atatürk et reposant sur les principes fondamentaux énoncés dans le préambule». Y el art. 4: «Les dispositions de l'article premier de la Constitution stipulant que la forme de l'Etat est celle d'une république, ainsi que les dispositions de l'article 2 relatives aux caractéristiques de la République et celles de l'article 3 ne peuvent être modifiées et leur modification ne peut être proposée» (de la traducción facilitada por el TEDH en el caso *Leyla Şahin*).

[15] Especialmente los casos *Kalaç c. Turquía,* 1 julio 1997, y *Refah Partisi c. Turquía,* decidido primero en sala, el 31 julio 2001, y más tarde por la *Grand Chamber,* el 13 febrero 2003. *Vid.,* para más detalles sobre esos casos, J. Martínez-Torrón, *Islam in Strasbourg: Can Politics Substitute for Law?,* en RFDUG 11 (2008), pp. 326-333. Para un análisis del caso *Refah Partisi* desde perspectivas diversas, *vid*. M.A. Cañivano, *La defensa de la laicidad y la compatibilidad del islamismo con los valores democráticos, a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Refah Partisi y otros vs. Turquía,* en DO 9 (2001), pp. 203-212; E. López-Jacoiste, *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de Refah Partisi y otros contra Turquía: Legítima disolución de un partido político,* en ADI 19 (2003), pp. 443-464; C. Quesada, *La prohibición de un partido político turco: sentencia del TEDH, Refah Partisi (The Welfare Party) y otros c. Turquía, de 13 de febrero de 2002,* en RGDE 1 (2003), pp. 1-11. Entre la literatura jurídica no española, *vid*. C. Evans & C.A. Thomas, *Church-State Relations in the European Court of Human Rights,* en BYULR (2006),

lación con Turquía, nos referiremos sólo a casos de simbología religiosa, que tienen que ver precisamente con la cuestión del velo islámico.

### I) *Karaduman* y *Bulut*: velo islámico y fotografía de identidad

En los casos *Karaduman* y *Bulut,* se trataba de solicitudes que fueron declaradas inadmisibles en 1993 por la —entonces aún existente— Comisión Europea de Derechos Humanos, en la misma fecha y con resoluciones casi idénticas [16]. Las demandantes eran mujeres turcas que, habiendo terminado sus estudios universitarios, habían visto rechazada su petición de que les fuera entregado el correspondiente certificado académico por no proporcionar una fotografía en la que aparecieran con la cabeza descubierta: la fotografía que habían aportado las mostraba cubiertas con un pañuelo islámico. El rechazo de las autoridades universitarias se fundaba en una normativa interna, inspirada por el principio constitucional de laicidad, tendente a eliminar símbolos visibles del Islam en la Universidad pública. A su vez, esa normativa había sido reforzada por una decisión de la Corte Constitucional turca, de 1989, que declaraba inconstitucional permitir el uso del velo islámico en los centros de enseñanza superior [17].

La Comisión Europea, en decisión mayoritaria, entendió que la norma universitaria que exigía una fotografía con la cabeza sin cubrir no suponía restricción alguna de la libertad religiosa de las demandantes a tenor del art. 9 CEDH;

---

pp. 709-713; M. Parisi, *Scioglimento di un partito politico ad ispirazione religiosa e garanzia dei diritti fondamentali nelle società democratiche: la Turchia ed il caso «Refah Partisi»,* en «Diritto della famiglia e delle persone» 35 (2006), pp. 1919-1938. *Vid*. también los trabajos de L.B. Lehnhof, C. Moe, A.E. Mayer, P. Macklem & J. Gadirov, en el volumen colectivo *Islam, Europe and Emerging Legal Issues* (ed. por W.C. Durham, D.M. Kirkham, C. Scott & R. Torfs), Aldershot 2012 (en prensa).

[16] *Karaduman c. Turquía,* Dec. Adm. n. 16278/90, 3 mayo 1993; *Bulut c. Turquía,* Dec. Adm. n. 18783/91, 3 mayo 1993. Sobre estos casos, y otros que se citan más adelante, *vid*. A. Vakulenko, *«Islamic Headscarves» and the European Convention On Human Rights: an Intersectional Perspective,* en «Social & Legal Studies» 16-2 (2007), pp. 183-199; P.M. Taylor, *Freedom of Religion. UN and European Human Rights Law and Practice,* Cambridge 2005, pp. 253-254; J. Martínez-Torrón & R. Navarro-Valls, *The Protection of Religious Freedom in the System of the Council of Europe,* cit. en nota 6 de este capítulo, pp. 225-231.

[17] Dicha resolución es mencionada por las propias decisiones de inadmisibilidad de la Comisión de Derechos Humanos, citadas en la nota anterior, al final de sus fundamentos de hecho. Las intervenciones de la Corte Constitucional turca en materia de protección de la laicidad constitucional son legendarias y no exentas de controversia. Alguna de ellas, la disolución del Partido de la Prosperidad, de orientación pro-islámica, dio lugar a un complejo e importante caso ante el TEDH: *Refah Partisi c. Turquía,* cit. en nota 15 de este capítulo (el TEDH mantendría la legitimidad de la posición de la Corte Constitucional turca). Recientemente, la cuestión ha sido revitalizada de nuevo, en 2008, por una decisión de la Corte sobre la compatibilidad del programa del Partido de la Justicia y el Desarrollo (AK), actualmente en el gobierno, con la laicidad constitucional. Una sintética explicación al respecto puede verse en I. Dagi, *The AK Party, secularism and the court: Turkish politics in perspective,* en RGDCDEE 18 (2008), pp. 1-9.

con lo cual se permitía obviar el análisis de la legitimidad de las restricciones según el párrafo 2.º de ese mismo artículo. La Comisión, reflejando un notable formalismo, declaraba que un diploma universitario tiene por función asegurar la identificación del interesado, y no servir de cauce de manifestación de creencias. Junto a ello, hay otras ideas que dominan la decisión de la Comisión, y que vale la pena mencionar, pues aflorarán de nuevo en casos posteriores del Tribunal.

Primero, la afirmación de que el art. 9 CEDH no protege siempre y en todo caso el derecho de comportarse en el ámbito público de acuerdo con las propias convicciones; y que, en concreto, el término «práctica», tal como lo utiliza el art. 9 CEDH, no incluye cualquier acto motivado o inspirado por las propias creencias. Esas afirmaciones, que la Comisión reproduce de casos anteriores [18], y que a nuestro juicio tienen buena parte de verdad, son al mismo tiempo lo suficientemente ambiguas como para producir el efecto, a veces, de posibilitar una excesiva discrecionalidad para interpretar negativamente el contenido protegible de la libertad religiosa, esquivando así la apreciación de los requisitos que el art. 9.2 CEDH establece para las limitaciones que pueden imponerse legítimamente al ejercicio de ese derecho fundamental. En segundo lugar, la Comisión alude, sin mayores precisiones, a la posibilidad de que la vestimenta prohibida pueda constituir una «presión» sobre los estudiantes que no comparten esas creencias, y justifica de esa manera las medidas restrictivas que una Universidad pueda adoptar para impedir que «ciertas corrientes religiosas fundamentalistas perturben el orden público» en el entorno académico. Nótese la implícita identificación entre fundamentalismo religioso y velo islámico femenino, y que en ningún caso se aportan pruebas de la conexión entre la reclamación de las demandantes respecto a su fotografía y la provocación o riesgos mencionados por la Comisión.

Aunque *Karaduman* y *Bulut* eran solamente decisiones de inadmisibilidad tomadas por la Comisión, y por tanto su valor jurisprudencial es limitado, veremos enseguida que una actitud análoga ha dominado la política judicial del TEDH en los últimos años, aquejada en esta temática de un similar formalismo y de una óptica parecida por lo que se refiere a las restricciones impuestas a la libertad religiosa en aras del principio de laicidad.

---

[18] En particular del caso *Arrowsmith c. Reino Unido,* informe de la Comisión sobre la solicitud n. 7050/75, § 71, en D & R 19, p. 5. El caso se refería a una activista británica detenida por repartir propaganda anti-inglesa entre los soldados en Irlanda del Norte.

## II) Prohibición del velo a una profesora de enseñanza primaria: el caso *Dahlab*

En 2001, en el caso *Dahlab* [19], el TEDH declaró inadmisible la demanda de una profesora suiza de una escuela pública primaria. La profesora, de origen católico y conversa al Islam, había decidido cubrir su cabeza con un pañuelo por razones religiosas. Cinco años después de que comenzara esa práctica, y en aplicación de una ley cantonal dirigida a preservar el carácter laico de las escuelas públicas, le fue prohibido el uso del velo durante sus tareas docentes, que afectaban a niños de entre cuatro y ocho años. El Tribunal Europeo reconoció que la prohibición suponía una restricción de la libertad religiosa de la demandante, pero aceptó el razonamiento del gobierno suizo respecto a la necesidad de esa restricción. En concreto, compartía la percepción del gobierno suizo respecto a la importancia y consecuencias de la laicidad en la escuela como medio de protección de las creencias de los estudiantes, sobre todo teniendo en cuenta su juventud y presumible influenciabilidad. En aras de la tutela de los alumnos, y también de un mantenimiento escrupuloso de la «paz religiosa» en la escuela, el personal docente debía estar dispuesto a aceptar ciertas limitaciones en la expresión de sus propias ideas religiosas. Concluía el Tribunal que la prohibición de símbolos religiosos «ostensibles» no excedía el margen de apreciación discrecional que tienen los Estados para aplicar las restricciones a la libertad religiosa previstas por el art. 9.2 CEDH.

En nuestra opinión, el TEDH mostró un respeto excesivo por el margen de apreciación del Estado suizo en este caso. Por un lado, no había prueba alguna de que la «paz religiosa» en la escuela hubiera sufrido ninguna amenaza seria. Al contrario, la demandante había llevado su velo durante unos cinco años antes de que le fuera prohibido formalmente por las autoridades escolares del cantón de Ginebra (curiosamente, eran mujeres todas las autoridades que intervinieron en ese procedimiento administrativo); y, en esos años, no constaba una sola queja de los padres de sus alumnos por razón de su indumentaria religiosa. Por otro lado, resultaba un tanto discutible una interpretación del principio de laicidad de acuerdo con la cual fuera necesario en un país como Suiza, donde no existían tensiones religiosas notables, que los profesores eliminasen los símbolos religiosos de su vestimenta personal. Más bien podría pensarse que una laicidad

---

[19] *Dahlab c. Suiza,* Dec. Adm. n. 42393/98, 15 febrero 2001. *Vid*. un comentario al respecto en B. Rodrigo Lara, *Minoría de edad y libertad de conciencia,* Madrid 2005, pp. 399-403; también en M. Alenda, *Libertad de creencias del menor y uso de signos de identidad religioso-culturales,* en «Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián», vol. 4 (2003), pp. 53 ss.; P.M. Taylor, *Freedom of Religion…,* cit. en nota 16 de este capítulo, pp. 254-256; A. Loretan & K.W. Sahlfeld, *L'Islam pone nuove sfide alla Svizzera. La Corte Europea dei Diritti Umani in due casi contro la Svizzera,* en QDPE (3/2002), pp. 825 ss.

entendida como neutralidad debería impulsar a que los estudiantes pudieran ver en su propio colegio las mismas expresiones de pluralismo religioso que encuentran en la sociedad suiza extramuros de la escuela. Es indudable que la situación de los profesores es distinta a la de los alumnos de un centro educativo, y más susceptible de limitaciones en la expresión de sus ideas religiosas o morales [20]. Pero, mientras los profesores respeten las creencias de sus alumnos y no adopten una actitud proselitista o adoctrinadora, la visibilidad del pluralismo religioso parece más coherente con la posición de un Estado neutral, y también quizá más educativa para los alumnos, que la ausencia ficticia de creencias religiosas por parte del personal docente.

En todo caso, conviene hacer notar que el Tribunal, en *Dahlab,* parte de una presunción análoga a la de la Comisión en *Bulut* y *Karaduman* por lo que se refiere a la supuesta identificación entre Islam y religiosidad reaccionaria e intolerante, especialmente en lo relativo a la igualdad entre varón y mujer. Una presunción que el TEDH simplemente deja caer, casi dándola por sentada y obviando cualquier clase de matices [21], sin preocuparse de analizarla con el rigor que resultaría exigible en el máximo órgano europeo en materia de protección de derechos humanos.

### b) *Turquía y la laicidad del entorno universitario: el caso* Leyla Şahin

En materia de prohibición estatal de simbología religiosa personal, la sentencia de mayor relevancia ha sido sin duda *Leyla Şahin,* que ha constituido un hito en la jurisprudencia del TEDH: no tanto porque aporte principios radicalmente nuevos, sino más bien porque confirma y desarrolla los principios enunciados en *Karaduman, Bulut* y *Dahlab,* y al mismo tiempo los hace explícitos en una sentencia sobre el fondo y no en una mera declaración de inadmisibilidad.

---

[20] Esa diferencia de posiciones, y sus consecuencias restrictivas para la expresión de ideas religiosas o morales por parte de los profesores, había sido ya señalada por la Comisión Europea de Derechos Humanos en *X c. Reino Unido,* Dec. Adm. n. 8010/77, en D & R 16, pp. 101 ss. Se trataba de un profesor de escuela pública, que había sido despedido por impartir formación religiosa en horas de clase —enseñaba lengua y matemáticas—, por organizar «clubs evangélicos» en los locales del colegio, y por llevar vistosos adhesivos en su vestimenta con *slogans* de contenido religioso o contrarios al aborto.

[21] «En effet, la requérante a enseigné dans une classe d'enfants entre quatre et huit ans... Comment dès lors pourrait-on dans ces circonstances dénier de prime abord tout effet prosélytique que peut avoir le port du foulard dès lors qu'il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique qui, comme le constate le Tribunal fédéral, est difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes. Aussi, semble-t-il difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves» (*Dahlab,* En droit, § 1).

El caso, además, fue decidido en dos instancias —sala y Gran Sala [22]— y tuvo un notable impacto en la opinión pública, dentro y fuera de Turquía, por la atención que le prestaron los medios de comunicación, y por la reacción de la doctrina jurídica. Y es que, si en ciertos países de Europa occidental existen dudas acerca de cómo abordar la cuestión de la vestimenta de las mujeres musulmanas en lugares públicos, en Turquía la cuestión del velo se ha convertido en un símbolo, y también en campo de batalla, de las disputas políticas entre quienes defienden el derecho de los ciudadanos a manifestar externamente su religión musulmana en público y quienes sostienen que no puede mantenerse la democracia laica en Turquía sin una firme prohibición de toda expresión visible de la religión, especialmente la islámica, en la esfera pública [23].

El caso se refería a la demanda de una joven turca, estudiante de Medicina, que había sufrido las consecuencias de una normativa universitaria que prohibía tanto el uso de barbas (a los varones) como de pañuelos que cubrieran la cabeza (a las mujeres). Esas normas tenían por objeto restringir la «visibilidad» del Islam en las aulas universitarias, con el declarado fundamento de garantizar el «clima laico» de la Universidad pública. La estudiante terminaría por ser suspendida de la Universidad durante un semestre, después de haber reclamado infructuosa-

---

[22] *Leyla Şahin c. Turquía (Grand Chamber),* 10 noviembre 2005, que reafirma, con razonamiento muy parecido, la previa sentencia que, el 29 de junio de 2004, había adoptado una de las salas del Tribunal. La decisión de la sala fue adoptada por unanimidad, y la de la *Grand Chamber* por dieciséis votos contra uno. *Vid.,* entre la bibliografía en lengua española, S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado,* Pamplona 2005, pp. 179-180; E. RELAÑO & A. GARAY, *Los temores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al velo islámico: Leyla Şahin contra Turquía,* en RGDCDEE 12 (2006), pp. 1-32; Y. CACHO SÁNCHEZ, *La prohibición del uso del velo islámico y los derechos garantizados en el CEDH afectados por la prohibición. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de noviembre de 2005, Leyla Şahin c. Turquía,* en RGDE 9 (2006), pp. 1-35; M. FRAILE, *El velo islámico y el voto de la Juez Tulkens. Comentario a la STEDH de 10 de noviembre de 2005 en el asunto Leyla Şahin c. Turquía,* en REDE 18 (2006), pp. 261-278; D. GARCÍA-PARDO, *El velo islámico en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso turco,* en «El pañuelo islámico en Europa», cit. en nota 3 de este capítulo, pp. 73-81; T. PRIETO ÁLVAREZ, *Libertad religiosa y espacios públicos…,* cit. en nota 1, pp. 104-106. Entre la bibliografía extranjera, *vid*. N. LERNER, *How Wide the Margin of Appreciation? The Turkish Headscarf Case, the Strasbourg Court, and Secularist Tolerance,* en WJILDR 13 (2005), pp. 65-85; B. CHELINI-PONT & E. TAWIL, *Brèves remarques sur l'arrêt Leyla Sahin,* en ADR 2 (2006-2007), pp. 607-611; T.J. GUNN, *Fearful Symbols…,* cit. *supra,* en la nota 13 de este capítulo, pp. 639-665; K. PABEL, *Die Rolle der Grossen Kammer des EGMR bei Überprüfung von Kammer-Urteilen im Lichte der bisherigen Praxis/Kopftuch-Fall Leyla Sahin,* in EuGRZ 33 (2006), pp. 3-11; T. LEWIS, *What Not to Wear: Religious Rights, the European Court, and the Margin of Appreciation,* en ICLQ 56 (2007), pp. 395 ss. También los trabajos de T.J. GUNN, N. HOSTMAELINGEN, T. LINDHOLM & I.T. PLESNER incluidos en el volumen *Islam, Europe and Emerging Legal Issues,* cit. en nota 15 de este capítulo.

[23] *Vid*. al respecto Ö. DENLI, *Between Laicist State Ideology and Modern Public Religion: The Head-Cover Controversy in Contemporary Turkey,* en «Facilitating Freedom of Religion and Belief», cit. en nota 6 de este capítulo, pp. 497-511.

mente contra las normas del Rectorado, tanto en la vía administrativa como judicial. Al final, decidiría concluir sus estudios de medicina en Viena, donde no tuvo problema alguno para vestir las prendas que consideraba obligadas según su religión.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplicó de manera bastante laxa su tradicional doctrina del margen de apreciación nacional, con la consiguiente remisión a la discrecionalidad del Estado turco para aplicar restricciones a los derechos fundamentales. En este caso, reconoció la legitimidad de las políticas contrarias al uso del velo islámico, las cuales estarían justificadas por la finalidad de mantener la vigencia del principio constitucional de laicidad, que el Tribunal aceptaba como necesario en Turquía, de acuerdo con su historia, para mantener la democracia frente a la posible difusión de interpretaciones extremas del Islam. Además, admitía también el Tribunal el argumento del gobierno turco según el cual la prohibición de símbolos religiosos tenía por objeto generar un clima de tolerancia y evitar una presión social sobre aquellas estudiantes femeninas que no desearan llevar el velo (argumento que ya vimos en los casos *Karaduman* y *Bulut*).

Quizá el principal problema de esta sentencia —y la razón por la que ha provocado tantas críticas [24]— es que aplica la doctrina del margen de apreciación sin la suficiente base probatoria. Justificar las restricciones al uso de vestimenta religiosa por causa de la protección del orden público o de los derechos y libertades de los demás tiene, desde luego, pleno sentido en abstracto. Pero en ningún momento el gobierno turco proporciona pruebas de que el uso del velo islámico genere una atmósfera de intolerancia religiosa en la Universidad, o de que haya existido presión alguna sobre las estudiantes musulmanas que no llevan el velo por parte de quienes sí lo llevan o por parte de alumnos varones [25]. Renuncia así el Tribunal a la necesaria función supervisora que ha de realizar respecto a la «necesidad social imperiosa» de las medidas restrictivas de la libertad religiosa adoptadas por las autoridades turcas. Algo que resulta especialmente chocante cuando se considera que Turquía es el único país de Europa en prohibir el uso del velo islámico en las aulas universitarias [26].

En realidad, el TEDH no fue particularmente cuidadoso en la evaluación de los hechos y se mostró demasiado dependiente de la perspectiva del gobierno turco, para el cual permitir que los estudiantes vistieran símbolos personales

---

[24] Comenzando por el voto particular de la juez Tulkens a la sentencia de la Gran Sala. Entre la doctrina, puede verse la literatura citada en nota 22 de este capítulo, especialmente la incluida en el volumen colectivo *Islam, Europe and Emerging Legal Issues.*

[25] *Vid*. J. Gunn, *Fearful Symbols…,* cit. en la nota 13 de este capítulo, pp. 655-661.

[26] Así lo hace notar el propio Tribunal: cfr. *Leyla Şahin* (*Grand Chamber,* 2005), §§ 55-65.

islámicos en la Universidad pública comportaría un grave peligro potencial para la laicidad del Estado. El Tribunal, además, insertaba en su sentencia ambiguas referencias a la protección de los derechos de la mujer y de la igualdad de géneros [27], y utilizaba peculiares e hipotéticos argumentos como «el impacto que llevar esa clase de símbolos, presentados o percibidos como un deber religioso, podría tener en aquellas personas que deciden no utilizarlos» [28]. Curiosamente, el Tribunal para nada menciona ese argumento en sentido opuesto, es decir, el real impacto que la prohibición del velo de hecho tiene en quienes libremente deciden llevarlo.

Los numerosos puntos débiles de la argumentación del TEDH se ponían de relieve en un extenso voto particular discrepante escrito por la juez belga F. Tulkens [29] a la sentencia de la *Grande Chambre*. En él se subraya, entre otras cosas, que el Tribunal no tomó suficientemente en cuenta el derecho de la demandante a expresar libremente sus creencias religiosas mediante un comportamiento que consideraba moralmente obligatorio. Al contrario, el TEDH dio por sentado, contra toda evidencia, que el velo es utilizado necesariamente como un símbolo del Islam político en contra de la noción de Estado laico, y que la demandante lo vestía de manera ostentosa o agresiva, para provocar una reacción, o para hacer proselitismo o propaganda [30].

Todo parece indicar que la sentencia *Leyla Şahin* es una decisión que fue adoptada siguiendo criterios más políticos que estrictamente jurídicos, en la línea de las dos mencionadas sentencias sobre el *Refah Partisi* o Partido de la Prosperidad, en las que el TEDH justificaría la disolución de un partido político de inspiración islámica ante el alegado riesgo de fundamentalismo y ante el hipotético peligro de que, llegado al poder, pudiera imponer una norma religiosa —la *sharia*— como reguladora de ciertas áreas de la vida civil. O también en la línea de las decisiones que, desde la sentencia *Kalaç,* han justificado las cribas ideológicas entre los oficiales del ejército turco [31]. En esas decisiones parece estar presente la sombra de las incógnitas —comprensibles— que suscita la integración del Islam en la Europa democrática, como se vislumbraba también en los otros casos sobre velo islámico ya citados antes.

El modo de argumentar del TEDH en esos casos contrasta con los principios normalmente aplicados a los restantes derechos fundamentales, y con los criterios esenciales de interpretación en materia de derechos humanos. La sen-

---

[27] *Vid*. *Leyla Şahin* (2004), § 107, y *Leyla Şahin* (*Grand Chamber,* 2005), § 115.

[28] *Leyla Şahin* (2004), § 108, y *Leyla Şahin* (*Grand Chamber,* 2005), § 115.

[29] La juez Françoise Tulkens es Catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lovaina.

[30] *Vid*. voto particular de la juez Tulkens, §§ 6-8.

[31] Ambos casos son citados, con bibliografía de referencia, en la nota 15 de este capítulo.

tencia hace hincapié sobre todo en la necesidad de limitaciones a la libertad religiosa más que en la garantía de esta última y en la exigencia de rigurosos controles a tales limitaciones. Así, termina por interpretarse restrictivamente el contenido del derecho de libertad de conciencia al tiempo que se interpretan extensivamente las limitaciones que pueden imponerse al mismo. Además, parecen olvidarse los principios que el Tribunal ha utilizado en otras ocasiones en materia de libertad religiosa (algunos de los cuales, paradójicamente, son mencionados por la propia sentencia *Leyla Şahin* entre los fundamentos de su decisión [32]). Por ejemplo, el valor inapreciable de la libertad religiosa y de conciencia como fundamento de una sociedad democrática y plural, incluido el derecho a difundir las propias creencias [33]. O que, «salvo en casos muy excepcionales, el derecho de libertad religiosa... excluye toda discrecionalidad del Estado para determinar si las creencias religiosas, o los medios empleados para expresar esas creencias, son legítimos» [34].

La sentencia *Leyla Şahin* contrasta además notablemente con un dictamen coetáneo, sobre caso análogo, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas: el caso *Hudoyberganova* [35]. También se abordaba aquí la circunstancia de la expulsión de una estudiante de un instituto universitario en Uzbekistán por rehusar despojarse de su *hijab,* en el contexto de una legislación prohibitiva del uso de atuendos de significado religioso, visiblemente orientada a la eliminación de símbolos islámicos, y no sólo en el entorno educativo. Estimó el Comité que se había producido una violación del art. 18 PIDCP, entendiendo que el Estado uzbeko no había aportado ninguna razón específica que justificara ni las medidas prohibitivas ni la expulsión de la estudiante, y afirmando con claridad que «la libertad de manifestar la propia religión comprende el derecho a llevar

---

[32] *Vid*. especialmente los §§ 104 y 107 de la sentencia de Gran Sala.

[33] Cfr. *Kokkinakis c. Grecia,* 25 mayo 1993, § 31. Fue el primer caso decidido por el TEDH sobre la base del art. 9 CEDH, y se refería al proselitismo religioso y las posibilidades de limitación legítima por parte de las legislaciones nacionales. Para un comentario sobre esa importante sentencia, *vid*. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Libertad de proselitismo en Europa. A propósito de una reciente sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos,* en QDPE (1994/1), pp. 59-71; T.J. GUNN, *Adjudicating Rights of Conscience Under the European Convention on Human Rights,* en «Religious Human Rights in Global Perspective» (ed. por J.D. van der Vyver & J. Witte), The Hague 1996, pp. 305-330; N. LERNER, *Proselytism, Change of Religion, and International Human Rights,* en «Emory International Law Review» 12 (1998), pp. 477-561.

[34] *Manoussakis et al. c. Grecia,* 26 septiembre 1996 (sobre los límites del control gubernativo al autorizar la apertura de lugares de culto). El mismo principio había sido reiterado en *Hasan y Chaush c. Bulgaria,* 26 octubre 2000, § 78 (límites de la intervención del Estado en disputas internas de comunidades religiosas, y concretamente a la elección de líderes religiosos); *Metropolitan Church of Bessarabia c. Moldova,* 13 diciembre 2001, § 123 (ilegítima intervención del Estado en caso de cisma en una iglesia ortodoxa).

[35] Dictamen relativo a la comunicación No. 931/2000: Uzbekistán, 18 enero 2005, CCPR/C/82/D/931/2000, comunicación presentada por la Sra. Raihon Hudoyberganova.

en público un atuendo que esté en consonancia con la fe o la religión de la persona» [36].

En todo caso, es importante hacer notar que, no obstante todas sus deficiencias y pese a las numerosas críticas recibidas, la argumentación utilizada en el caso *Leyla Şahin* no parece en absoluto destinada a quedar como un episodio aislado en la vida del TEDH. Al contrario, ha sido empleada por el Tribunal posteriormente para decidir otros casos relativos al uso de simbología religiosa, entre ellos algunos referentes a la prohibición del velo islámico en el entorno educativo, tanto en Turquía como, más recientemente, en Francia.

### c) *Las secuelas de* Leyla Şahin: *los casos* Köse *y* Kurtulmus

En el caso *Köse y otros* [37], la demanda había sido presentada por un grupo de alumnas de enseñanza secundaria en Estambul, conjuntamente con sus padres: casi un centenar en total. Las demandantes estudiaban en liceos llamados *İmam-Hatip:* centros públicos de enseñanza secundaria concebidos con la función de formar al personal religioso musulmán, como los imanes y los lectores del Corán o *hatips* [38]. A partir de febrero de 2002, se prohibió tajantemente a las alumnas el acceso a la escuela con la cabeza cubierta, a pesar de que ésa había sido la práctica común durante los años anteriores. Sólo se les permitía utilizar el velo, por las características específicas de los liceos *İmam-Hatip,* durante los cursos de Corán. La aplicación de esas normas desencadenó una fuerte protesta, incluidas algunas manifestaciones a la puerta del colegio, que provocarían medidas de acción policial; pero las autoridades turcas se mantuvieron firmes en la prohibición. Las demandantes alegaban una injerencia indebida en su libertad religiosa y la violación de su derecho a la educación.

El TEDH declaró el caso inadmisible por «manifiesta falta de fundamento». Su razonamiento estaba fuertemente influido por la sentencia *Leyla Şahin* y seguía sus mismas coordenadas: carácter relativo y no absoluto del derecho a la educación, con el consiguiente «margen de apreciación» para las autoridades nacionales; necesidad de proteger el principio de laicidad, lo cual aumenta el margen de apreciación del Estado turco; y limitación de la tutela que la libertad religiosa ofrece al comportamiento en la vida ordinaria [39].

---

[36] *Ibid*., § 6.2.

[37] *Köse y otros 93 demandantes c. Turquía,* Dec. Adm. n. 26625/02, 24 enero 2006.

[38] El 40% de las materias se relacionan con la teología islámica, pero en todo caso esos liceos sirven también para preparar el acceso a la enseñanza superior con independencia de su utilidad formativa para los cuadros religiosos musulmanes. *Vid*. la explicación al respecto contenida en *Köse,* En *fait,* B.5.

[39] *Vid*. ulteriores detalles en J. Martínez-Torrón, *La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo,* en «Derecho y Religión» 4 (2009), pp. 98-101.

Hay, además, otros dos rasgos negativos en la argumentación jurídica de esta decisión del TEDH. Uno es la ausencia de rigor en la apreciación del material probatorio presentado al Tribunal como justificativo de las restricciones al uso del velo islámico —aspecto que ya señalamos a propósito de *Leyla Şahin*. No se aduce una sola prueba consistente de los argumentos que pomposamente maneja la Corte, siguiendo las afirmaciones —casi formularias— de las autoridades turcas: el «riesgo para la paz y el orden social en los establecimientos escolares»; o la utilización del pañuelo para cubrir la cabeza como un «acto de ostentación, transmisor necesariamente de un mensaje político de carácter contrario a los derechos fundamentales, que constituiría una fuente de presión y de exclusión» sobre los demás alumnos. El otro elemento negativo es el chocante formalismo con que el Tribunal contempla la función de la norma prohibitiva impugnada. Afirma el TEDH que «la obligación impuesta a los alumnos de... acudir a la escuela con la cabeza desnuda es una norma de orden general, que se aplica a todos los alumnos sin consideración de su convicción religiosa»; lo cual le permite afirmar que no hay interferencia en la libertad religiosa de los demandantes. Es decir, el Tribunal ignora palmariamente que se trata de una norma cuyo objetivo declarado —y recordado por el propio Tribunal al argumentar sobre el principio de laicidad— es impedir una determinada manifestación de ideas religiosas en el contexto de una sociedad mayoritariamente musulmana.

En fin, aún podríamos preguntarnos por qué un caso de cierta complejidad y notable impacto, como *Köse,* en lugar de dar lugar a una sentencia del Tribunal, se ventila mediante una simple declaración de inadmisibilidad por «manifiesta falta de fundamento» de la demanda (tan «manifiesta» que la decisión necesitó veinte páginas). E incluso, más allá de la política interna del TEDH, sería lógico plantearse por qué el Tribunal ignora en esta decisión —como ya hiciera en *Leyla Şahin*— que las políticas restrictivas de expresiones de religiosidad islámica en Turquía constituyen una excepción y no la regla en nuestro Continente. Así, en toda Europa las alumnas musulmanas pueden llevar velo, tanto en el colegio como en la Universidad —salvo, especialmente desde 2004, en la escuela pública en Francia, como veremos enseguida [40]. ¿Son quizá las democracias europeas menos «laicas» que Turquía, donde hay una Presidencia de Asuntos religiosos con más de setenta mil funcionarios [41], donde se imparte obligatoriamente instrucción religiosa para los alumnos musulmanes [42], y donde el

---

[40] *Vid. infra,* epígrafe 2.1.d) de este capítulo.

[41] Cfr. O.F. Harman, *L'administration des cultes en Turquie,* en B. Basdevant-Gaudemet (ed.), «L'administration des cultes dans les pays de l'Union Européenne», Leuven, 2008, pp. 200 ss.

[42] Esa práctica dio origen al caso *Zengin c. Turquía,* decidido por el TEDH el 9 octubre 2007, que ha sido comentado en el capítulo 8, epígrafe 3.2.d). *Vid.* un comentario más detallado

Estado instituye colegios públicos *(İmam-Hatip)* para la formación de personal religioso musulmán? Es sin duda curioso que el Tribunal no considere ese aislamiento de las soluciones turcas para cuestionar el uso de su margen de apreciación en la limitación a derechos fundamentales, cuando precisamente el consenso europeo mayoritario ha sido uno de los criterios que tradicionalmente ha manejado el TEDH para estimar que determinadas restricciones no se ajustaban al principio de proporcionalidad [43].

Observaciones parecidas podrían hacerse en relación con otro reciente caso de sanciones por no cumplir la prohibición de que las mujeres lleven la cabeza cubierta en centros educativos en Turquía: *Kurtulmus,* una demanda también declarada inadmisible —en la misma fecha que *Köse* y por la misma sala— por «manifiesta falta de fundamento» [44]. En esta ocasión la demandante no era alumna, sino una profesora asociada de Economía en la Universidad de Estambul, la cual, por persistir en llevar el velo islámico, sería sometida a procedimiento disciplinario y posterior cese por no someterse a las normas de vestimenta de funcionarios, que imponían a las mujeres llevar la cabeza descubierta en su lugar de trabajo [45].

Poco añade el Tribunal en su argumentación respecto a lo indicado ya en *Köse*. Partiendo de que la regulación en materia de atuendo constituía una injerencia en el derecho de la demandante a manifestar su religión, el TEDH en-

---

al mismo en J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo,* en M. DOMINGO (ed.), «Educación y religión. Una perspectiva de derecho comparado», Granada 2008, pp. 113-134; también A. BARRERO, *Sentencias de 26.06.2007, Folgero y otros c. Noruega, 15472/02, y de 09.10.2007, Hasan y Eylem Zengin c. Turquía, 1448/04,* en RDCE 32 (2009), pp. 259-274.

[43] La argumentación, *sensu contrario,* ha sido utilizada desde antiguo por el TEDH para justificar un más amplio margen de apreciación estatal en la aplicación de límites a la libertad de expresión por causa de la moral pública o de la protección de los sentimientos religiosos de la población. Es decir, el Tribunal ha indicado expresamente que una falta de concepción común entre los Estados miembros respecto a esos conceptos se ha de traducir en el reconocimiento de un mayor margen de apreciación nacional (cfr. *Handyside c. Reino Unido,* 7 diciembre 1976, § 48; *Müller y otros c. Suiza,* 24 mayo 1988, § 35; *Otto-Preminger-Institut c. Austria,* 20 septiembre 1994, § 50). Y por otro lado, la tendencia a un reconocimiento cada vez más extenso al derecho a la constancia registral del cambio de sexo ha servido para justificar la modificación expresa de la jurisprudencia del TEDH en materia tan controvertida como el matrimonio de transexuales (cfr. *Goodwin c. Reino Unido,* 11 julio 2002, §§ 84-85).

[44] *Kurtulmus c. Turquía,* Dec. Adm. n. 65500/01, 24 enero 2006.

[45] Para contextualizar la prohibición del velo, y no mitificar la laicidad «a la turca» comparándola con las situaciones habituales en Europa, vale la pena mencionar otras normas turcas en materia de vestimenta de funcionarios. Según la misma norma reglamentaria (de 1982), las mujeres no pueden llevar pantalón, ni tampoco camisa o vestido sin mangas, ni sandalias. A los varones se les prohíbe la barba y se les impone el afeitado diario y la corbata. Cfr. *Kurtulmus,* En *fait,* B.

tendía que esa restricción era «necesaria en una sociedad democrática», teniendo en cuenta la discreción que han de mostrar los docentes de un centro público respecto a la expresión de sus creencias, especialmente en un contexto en que la laicidad aparece como un principio fundacional del Estado turco. El margen de apreciación estatal para la imposición de restricciones merecía, a juicio del Tribunal, más respeto que el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de religión.

### d) *El respaldo del TEDH a las políticas sobre simbología religiosa en la escuela pública en Francia*

Hay dos sentencias de 2008 particularmente expresivas de la actitud del TEDH propicia a la justificación de políticas nacionales que restringen el uso de simbología religiosa en lugares públicos y que están frecuentemente motivadas, en la práctica, por el interés en limitar la visibilidad del Islam. Si los casos mencionados anteriormente se desarrollaban en el contexto del debate político sobre el significado de la laicidad como principio constitucional en Turquía, las sentencias *Dogru* y *Kervanci* [46] se encuadran en un marco bien diferente. Se trata también de conflictos en un centro educativo público a propósito de la prohibición de llevar velo islámico a las estudiantes del sexo femenino, pero a propósito de la polémica que se desarrolla en Francia, con tensión creciente, desde finales de los años 1980 [47].

---

[46] *Dogru c. Francia,* y *Kervanci c. Francia,* ambas dictadas por la misma sala del TEDH, en la misma fecha, 4 diciembre 2008, y con texto casi idéntico. Un comentario a esas sentencias puede verse en B. Chelini-Pont & D. Girard, *Le voile musulman et la conception française de l'Etat laïc,* en RGDCDEE 19 (2009), pp. 1-11.

[47] El nacimiento y desarrollo de esa polémica, hasta finales de 1996, ha sido bien expuesto y analizado por D. Le Tourneau, *La laïcité à l'épreuve de l'Islam: le cas du port du «foulard islamique» dans l'école publique en France,* en RGD 28 (1997), pp. 275-306. *Vid*. también, en España, I. Briones, *La laicidad en la jurisprudencia francesa,* en IC 71 (1996), pp. 259 ss.; J. Camarasa, *Separatismo y cooperación. La experiencia francesa,* en «Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias» (ed. por V. Reyna y M.A, Félix), Madrid 1996, pp. 85 ss. Para la evolución más reciente de esa cuestión, *vid*. A. Garay, *Laïcité, école et appartenance religieuse: pour un bilan exigeant de la loi n.º 2004-228 du 15 mars 2004,* en «Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux» 4: «Quel avenir pour la laïcité cent ans après la loi de 1905?» (2005), pp. 33-48; S. Cañamares Arribas, *Libertad religiosa, simbología…,* cit. en nota 22 de este capítulo, pp. 68-82; M.T. Areces, *Límites a la expresión individual de la libertad religiosa: el «burka», incompatible con la igualdad de sexos,* en RGDCDEE 18 (2008), pp. 1-31; M. Alenda, *La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas…,* cit. en nota 10 de este capítulo, pp. 11-22; I. Briones, *El uso del velo islámico en Europa…,* cit. en nota 3 de este capítulo, pp. 21-34; T. Prieto Álvarez, *Libertad religiosa y espacios públicos…,* cit. en nota 1, pp. 93-103. El propio TEDH proporciona una sintética visión de conjunto de esa polémica, y de sus datos normativos y jurisprudenciales más relevantes, en los §§ 17-32 de las dos sentencias citadas en la nota anterior.

I) La evolución de las políticas sobre simbología religiosa en Francia

Más precisamente, el debate se desata a nivel nacional en el año 1989 cuando, al comienzo del curso escolar, se suceden diversos incidentes en centros de enseñanza secundaria en relación con alumnas musulmanas que rehúsan quitarse el pañuelo de su cabeza —el cual llevan por motivos religiosos— desoyendo las órdenes recibidas de los profesores y de la dirección del centro. Las situaciones atraen enseguida a la opinión pública. El caso que se hace más conocido es el de tres jóvenes alumnas magrebíes de un colegio de Creil, que terminarán por ser expulsadas. Ante la inquietud de la opinión pública, y la falta de respuesta jurídica clara, el Ministro de Educación —Jospin— pidió al Consejo de Estado, el 6 de noviembre de 2007, que se pronunciara con carácter urgente respecto a las exigencias de la laicidad en la enseñanza pública.

El Consejo de Estado emitió su parecer tres semanas después, en un dictamen consultivo de 27 de noviembre de 1989. Tras invocar los textos constitucionales y legislativos, así como los acuerdos internacionales suscritos por Francia, el Consejo de Estado declaraba:

> «[...] el hecho de que los alumnos lleven signos por los que se manifiesta su pertenencia a una religión no es en sí mismo incompatible con el principio de laicidad, en la medida en que manifiesta el ejercicio de la libertad de expresión y de creencias religiosas; pero esta libertad no podría permitir a los alumnos enarbolar signos que, por su naturaleza, por el modo de llevarlos, o por su carácter ostentoso o reivindicativo, constituyeran un acto de presión, provocación, proselitismo o propaganda que atentara contra la libertad de otros miembros de la comunidad educativa, comprometiera su salud o su seguridad, perturbara el desarrollo de las actividades de enseñanza y la función educativa de los docentes, o que, en fin, perturbara el orden en el establecimiento o el funcionamiento normal del servicio público» [48].

Además, el dictamen indicaba que correspondía a las autoridades de cada centro escolar emitir criterios claros para la regulación de la vestimenta de los alumnos de acuerdo con los principios sentados por el Consejo de Estado, y tomar las decisiones disciplinarias correspondientes, que podrían llegar a la expulsión del alumno o su no admisión, aunque esas decisiones habían de estar necesariamente sujetas a revisión por parte de los tribunales. Y remitía a la autoridad del Ministro de Educación para dictar las orientaciones convenientes para que

---

[48] Avis n.º 346.893 du Conseil d'Etat, Assemblée générale, 27 novembre 1989, § 1 (texto disponible en: http://www.conseil-etat.fr/cde/media/document//avis/346893.pdf - consultado 15 agosto 2010). Puede verse también en QDPE (1990/1), pp. 510 ss.

los centros elaborasen sus reglamentos de régimen interior y supieran cómo actuar en esta materia [49].

El Ministerio recogió la argumentación anterior, y pocas semanas después, indicó en una circular que, si bien debía acudirse primordialmente a la vía del diálogo, era importante garantizar que «el conjunto de la comunidad educativa vive al abrigo de toda presión ideológica o religiosa», para lo cual había de evitarse la proliferación de vestimentas que ostensiblemente mostrasen la religión del alumno y pudieran constituir modos de promover una creencia determinada. El proselitismo se declaraba proscrito, y se especificaba que «el vestido de los alumnos en ningún caso puede impedir el cumplimiento normal de los ejercicios de educación física, deportiva, o de los trabajos prácticos de laboratorio». Igualmente, se insistía en tomar en cuenta las exigencias derivadas de la protección de la seguridad y la salud, y en que no podía permitirse indumentaria susceptible de trastornar la conducta de la clase, o de impedir el buen desarrollo de la actividad pedagógica [50].

El Consejo de Estado francés volvió a intervenir posteriormente en la materia, pero ya en sede contenciosa y no consultiva [51]. En una decisión de 2 de noviembre de 1992 [52], anulaba una decisión del Tribunal de París referente a la legitimidad de la expulsión de tres jóvenes musulmanas de un colegio. El Consejo de Estado estimó que esa medida violaba los principios de no discriminación y de laicidad, indicados por el propio Consejo de Estado en su dictamen consultivo de 27 de noviembre de 1989. La razón era que el reglamento del centro —en aplicación del cual se había decretado la expulsión— preveía en

---

[49] Cfr. *ibid*., §§ 2-3. Parte de la doctrina francesa ha criticado la orientación de este dictamen, alegando que el propio Consejo de Estado había estimado, en 1983, que una pequeña cruz de oro sobre la blusa no justificaba la sanción disciplinaria tomada contra una profesora. Sobre el tema, *vid*. J. Rivero, *Laïcité scolaire et signes d'appartenance religieuse,* en «Revue Française de Droit Administratif» 6 (1), 1990, pp. 1-22.

[50] Circulaire de 12 diciembre 1989, J.O. 15 déc. 1989, p. 15577. La circular llevaba por título «Laïcité, port de signes religieux par les élèves et caractère obligatoire des enseignements», y se dirigía a todas las autoridades educativas inferiores, hasta los directores de centro.

[51] *Vid*. al respecto D. Le Tourneau, *La laïcité à l'épreuve de l'Islam,* cit. en nota 47 de este capítulo, pp. 291 ss.

[52] Decisión n.º 130394, 2 noviembre 1992, disponible en la base de jurisprudencia del *Conseil d'Etat* (http://www.conseil-etat.fr/cde/); también en QDPE (1993/3), pp. 812 ss. *Vid*. al respecto A. Talamanca, *Scuola e fattore religioso: poco di nuovo sul fronte della giurisprudenza,* en QDPE (1993/3), p. 740; D. Kessler, *Neutralité de l'enseignement public et liberté d'opinion del élèves (à propos du port de signes distinctifs d'appartenance religieuse dans les établissements scolaires),* en «Revue Française de Droit Administratif» (1993), pp. 112 ss.; P. Sabourin, *L'affaire du foulard islamique,* en «Revue du Droit Public» (1993), pp. 220 ss.; P. Tedeschi, *Le port du voile islamique comme signe distinctif par des élèves à l'intérieur d'un établissement d'enseignement public,* en «La Semaine Juridique» 67 (1993), pp. 61 ss.

términos absolutos y generales la prohibición de llevar signos distintivos de las propias convicciones religiosas, políticas y filosóficas, con lo cual se lesionaba el derecho de los alumnos [53]. Análogo planteamiento ha presidido otras decisiones posteriores entre 1994 y 1997, en las que no quedaba probado que el porte del velo fuera acompañado de un comportamiento indicativo de proselitismo o incluso presión sobre los demás estudiantes [54]. No obstante, el propio Consejo de Estado ha confirmado la legalidad de expulsiones de alumnas musulmanas cuando el problema estribaba en su negativa a quitarse el velo en ciertas asignaturas o incluso a asistir a esos cursos —normalmente educación física, y a veces también tecnología— sobre la base de que habían incumplido su deber de asiduidad en la asistencia a clase [55].

Entretanto, el Ministerio de Educación había emitido, en 1994, otra circular (la «Circular Bayrou») en términos más restrictivos, que anticipaban la orientación que se materializaría en legislación propiamente dicha diez años más tarde [56]. Tras unas breves consideraciones sobre la noción de ciudadanía en Francia, indicaba esa circular que no era posible aceptar en la escuela la presencia y multiplicación de signos religiosos «ostensibles», ya que «tales signos son, en sí mismos, elementos de proselitismo». Por ello aconsejaba con determinación a las autoridades locales que modificaran los reglamentos de régimen interior de los centros para prohibir esa clase de simbología religiosa personal; e incluso proponía un concreto texto para incluir en esos reglamentos [57].

En el clima de una sociedad francesa dividida sobre la cuestión, el Presidente Chirac nombró en julio de 2003 una «Comisión de reflexión sobre la aplicación del principio de laicidad en la República» (más conocida como «Comi-

---

[53] Esta decisión del Consejo de Estado resulta también interesante por el hecho de que viene a rectificar su propia jurisprudencia anterior, contraria a la admisibilidad de los recursos contra actos organizativos y disciplinares internos de los centros. En concreto, aquí se concluyó que el reglamento del colegio estaba viciado de exceso de poder, porque desbordaba —por el carácter absoluto de la prohibición impuesta— las funciones de organización y disciplina internas, y en consecuencia era lesivo para los derechos de los alumnos.

[54] *Vid*. decisiones n.º 145656, 14 marzo 1994; n.º 169522, 27 noviembre 1996; n.º 173130, 2 abril 1997.

[55] *Vid*. decisiones n.º 159981, 10 marzo 1995; n.º 170209 y n.º 170210, 27 noviembre 1996; n.º 172937, 15 enero 1997; n.º 181486, 20 octubre 1999.

[56] Circulaire de 20 septiembre 1994; su texto puede consultarse en: http://www.crdp-nice.net/editions/supplements/2-86629-368-1/RCF07c2 (visitado 15 agosto 2010).

[57] Éste era el texto propuesto por la circular: «Le port par les élèves de signes discrets, manifestant leur attachement personnel à des convictions notamment religieuses, est admis dans l'établissement. Mais les signes ostentatoires, qui constituent en eux mêmes des éléments de prosélytisme ou de discrimination, sont interdits. Sont interdits aussi les attitudes provocatrices, les manquements aux obligations d'assiduité et de sécurité, les comportements susceptibles de constituer des pressions sur d'autres élèves, de perturber le déroulement des activités d'enseignement ou de troubler l'ordre dans l'établissement».

sión Stasi», por el nombre de quien la presidía), que entregaría al Presidente su informe el 11 de diciembre de ese mismo año [58]. Sobre la base de ese informe sería promulgada, pocos meses más tarde, la controvertida ley de 2004 sobre símbolos religiosos en la escuela pública [59], que introducía, en el art. L.141-5 del Código de la Educación, un nuevo párrafo con la siguiente redacción: «En las escuelas, colegios y liceos públicos, queda prohibido llevar signos o prendas mediante las cuales los alumnos manifiesten ostensiblemente su pertenencia religiosa» [60].

### II) Las sentencias *Dogru* y *Kervanci* y sus secuelas

Volviendo a la jurisprudencia de Estrasburgo, los casos *Dogru* y *Kervanci* se refieren a una situación previa a la promulgación de la ley de 2004. Concretamente, a hechos análogos sucedidos en la misma pequeña localidad francesa, que se sitúan en la polémica nacional recién explicada, cuando la idea de una legislación *ad hoc* ya había surgido, pero aún tardaría cinco años en materializarse. Las demandantes eran, en concreto, dos estudiantes musulmanas, alumnas de una escuela pública, de doce años en el momento de los hechos, que desde principios de 1999 comenzaron a asistir a clase con su cabeza cubierta con un pañuelo, por motivos religiosos. El profesor de educación física, aduciendo razones de higiene y seguridad, no les permitió seguir la clase de deporte con la

---

[58] El texto del Informe Stasi puede consultarse en RGDCDEE 4 (2004). También en: http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000725/0000.pdf (visitado 15 agosto 2010). Para un comentario al mismo en España, *vid*. S. Cañamares Arribas, *El empleo de simbología religiosa en Francia. Las propuestas de la Comisión para la reflexión sobre la aplicación del principio de laicidad,* en ADEE 22 (2006), pp. 249-343, así como el volumen colectivo *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del Informe Stasi* (ed. por I. Lasagabaster), Navarra 2005. En Francia, *vid*. L.B. Tremblay, *Les signes religieuses à l'école: réflexions sur le rapport Stasi et les accommodements raisonables,* en «Archives de Philosophie du Droit» 48 (2005), pp. 169-195.

[59] *Loi n.º 2004-228, du 15 mars 2004, encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.* Una explicación y comentario crítico de dicha ley puede verse en A. Garay, *Laïcité, école et appartenance religieuse: pour un bilan exigeant de la loi n.º 2004-228 du 15 mars 2004,* en «Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux» 4: «Quel avenir pour la laïcité cent ans après la loi de 1905?» (2005), pp. 33-48. En el contexto más amplio de las relaciones entre Estado y religión en Francia, *vid*. B. Chelini-Pont & T.J. Gunn, *Dieu en France et aux Etat-Unis. Quand les mythes font la loi,* Paris 2005. En España, *vid*. S. Cañamares Arribas, *Libertad religiosa, simbología….*, cit. en nota 22 de este capítulo, pp. 70 ss.; A. González-Varas Ibáñez, *Confessioni religiose, diritto e scuola pubblica in Italia. Insegnamento, culto e simbologia religiosa nelle scuole pubbliche,* Bologna 2005, pp. 229 ss; M.J. Ciáurriz, *Laicidad y ley sobre los símbolos religiosos en Francia,* en «El pañuelo islámico en Europa», cit. en nota 3 de este capítulo, pp. 91 ss.

[60] El texto original francés es: «Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit».

cabeza cubierta. En febrero de ese mismo año, y pese a ofrecerse las alumnas a concurrir a clase de educación física vistiendo una boina o un pasamontañas en lugar del tradicional velo, el comité de disciplina las expulsó del colegio, por falta de asistencia a las clases de deporte. Ése fue el comienzo de un itinerario de recursos, administrativo primero y judiciales después, que terminaría con el rechazo de sus recursos por el Consejo de Estado en diciembre de 2004 —después, por tanto, de que hubiera sido promulgada la ley sobre símbolos religiosos en la escuela. Entretanto, las alumnas continuaron su escolarización mediante estudios por correspondencia.

El Tribunal Europeo declaró en sentencia unánime que la medida disciplinaria adoptada por las autoridades educativas estaba justificada de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Por tanto, ni había violación de la libertad religiosa ni tampoco del derecho a la educación garantizado por el art. 2 del Primer Protocolo. La argumentación del TEDH, subrayando la importancia de la laicidad como principio constitucional en Francia, al igual que en Turquía, es expresa y reiteradamente tributaria de la doctrina establecida en los casos *Leyla Şahin* y otros ya mencionados anteriormente, y nada esencial añade a las razones que ya han sido indicadas a ese propósito.

Vale la pena, sin embargo, mencionar lo sorprendente de que el Tribunal parezca compartir la perspectiva de algunos tribunales franceses, que atribuyen a las demandantes la creación de un clima de tensión en la escuela con su actitud intransigente [61]. Es decir, parece que el culpable de la tensión sea quien podría ver vulnerado uno de sus derechos fundamentales como consecuencia de una injerencia externa y no quien interfiere en la libertad ajena, sobre todo teniendo en cuenta que la reclamación de las demandantes no carecía de fundamento, pues el TEDH admitía —como el propio gobierno francés— que había una injerencia en la libertad religiosa, aunque concluyera finalmente que estaba justificada *ad casum*.

Más chocante aún resulta la falta de control del Tribunal del principio de proporcionalidad en el uso del margen de apreciación por el Estado francés: las autoridades escolares habían rechazado la sugerencia de las demandantes de utilizar una boina o un pasamontañas en lugar de velo, y directamente amenazaron con la expulsión si se negaban a descubrir su cabeza en las clases de deporte [62]. Nada hay, en estas sentencias del TEDH, que recuerde, ni de lejos, al criterio de los *least restrictive means* de la doctrina jurídica norteamericana, o del *minimal im-*

---

[61] *Vid*. §§ 13 y 74 de *Dogru* y *Kervanci*. *Vid*., sobre esas sentencias, T. PRIETO ÁLVAREZ, *Libertad religiosa y espacios públicos…,* cit. en nota 1, pp. 106-110.

[62] *Vid*. *Dogru* y *Kervanci,* § 75.

*pairment* de la doctrina canadiense [63], que obliga a buscar, cuando la limitación de la libertad religiosa resulta inevitable, la alternativa menos invasora de la libertad de la persona [64].

En fin, el Tribunal omite mencionar la muy notable diferencia entre la sociedad turca y la francesa, que hace difícil aplicar a ésta el rimbombante —y no probado— discurso que se hace en otras sentencias acerca de los riesgos que el uso del velo puede entrañar para el principio de laicidad y la estabilidad de la democracia en Turquía.

En todo caso, las sentencias *Dogru* y *Kervanci* han desplegado enseguida su eficacia respecto a la jurisprudencia posterior del TEDH, en relación con seis decisiones de 2009, de la misma fecha, y de circunstancias análogas. Todas ellas se referían a expulsiones de alumnos, en diversas localidades francesas, por portar prendas consideradas obligadas por su religión, en aplicación de la ley de 2004 contra el uso de signos religiosos personales en la escuela pública. En cuatro de esas decisiones (*Aktas, Bayrak, Gamaleddyn* y *Ghazal*) se trataba, de nuevo, de un atuendo islámico femenino [65]. Y otras dos (*Jasvir Singh* y *Ranjit Singh*) se referían a la expulsión de dos alumnos de religión sij por vestir el *keski* —un bajo-turbante más discreto, que suele llevarse bajo el turbante propiamente dicho característico de los sijs [66]. En el caso de los sijs, a pesar de tratarse de un objeto masculino de menor visibilidad, la dirección del centro escolar entendió que era un signo «ostensible» en el sentido en que utiliza este término la legislación de 2004. Y la misma actitud se adoptó en relación con el gorro o sombrero *(bonnet, couvre-chef)* que las alumnas habían propuesto como alternativa al uso del velo. Tales apreciaciones fueron compartidas tanto por las autoridades educativas superiores como por los tribunales y por el

---

[63] Una aplicación relativamente reciente de esta doctrina por parte de la Suprema Corte canadiense puede verse en *Multani v. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys,* que será comentada más adelante, en el epígrafe 2.4. de este capítulo.

[64] *Vid*. al respecto, por ejemplo, N. LERNER, *How Wide the Margin of Appreciation?,* cit. *supra,* en nota 22 de este capítulo, pp. 84-85; J. WOEHRLING, *L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la societé à la diversité religieuse,* en «Revue de Droit de McGill» 43 (1998), pp. 325 ss.; W.C. DURHAM JR., *Freedom of Religion: The United States Model,* en «American Journal of Comparative Law Supp.», 42 (1994), pp. 624 ss. La cuestión de las alternativas menos lesivas para la libertad religiosa, en el contexto de un profundo análisis sobre el uso del principio de proporcionalidad en la justificación de limitaciones al ejercicio de la libertad de religión, ha sido estudiada por J. GUNN, *Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis,* en «Emory International Law Review» 19 (2005), pp. 465-498.

[65] *Aktas c. Francia,* Dec. Adm. n. 43563/08; *Bayrak c. Francia,* Dec. Adm. n. 14308/08; *Gamaleddyn c. Francia,* Dec. Adm. n. 18527/08; *Ghazal c. Francia,* Dec. Adm. n. 29134/08; todas ellas de 30 junio 2009.

[66] *Jasvir Singh c. Francia,* Dec. Adm. n. 25463/08, y *Ranjit Singh c. Francia,* Dec. Adm. n. 27561/08, ambas de 30 junio 2009.

propio Consejo de Estado francés, que rechazó los seis recursos entre 2007 y 2008.

El Tribunal Europeo, con decisiones casi idénticas de contenido, y siguiendo explícitamente la huella de la jurisprudencia sentada en *Dogru* y *Kervanci,* encontró justificada la medida disciplinaria contra los alumnos, a pesar de que ahora la prohibición no se refería sólo a la clase de deporte, sino a todo el recinto y horario escolar. Además, como en *Dogru* y *Kervanci,* declaró, sin grandes explicaciones, que aceptar o no la alternativa propuesta por las estudiantes entraba dentro del legítimo margen de apreciación de las autoridades francesas, y no había por tanto lugar a revisión alguna de lo apropiado o no de ese rechazo. La única diferencia es que, en esta ocasión, el TEDH, en lugar de analizar con detalle el fondo del asunto en una sentencia, eligió la vía más expeditiva de declarar las demandas inadmisibles por «manifiesta falta de fundamento». Con ello ha venido a otorgar en la práctica un respaldo completo a la discutida ley francesa de 2004.

Es importante hacerlo notar, porque el apoyo del TEDH cobra ahora una nueva dimensión y va más allá de otras decisiones anteriores en las que el Tribunal había declarado justificado —siempre en aras del margen de apreciación— el rechazo de las autoridades francesas a conceder excepciones a normas o prácticas relativas a la seguridad pública, cuando éstas imponían la necesidad de despojarse por breves momentos de un objeto religioso personal [67]. En tales casos se trataba de normas neutrales concebidas *ab initio* con una finalidad que nada tenía que ver con la religión; su relación con el hecho religioso era tangencial y casual. Al contrario, la legislación francesa de 2004 tiene por objeto explícito la limitación de un aspecto del ejercicio de la libertad religiosa; y además, pese a estar redactada en términos generales y ser ocasionalmente aplicada a otras religiones, su origen es el interés por restringir la visibilidad del Islam en el ámbito escolar.

### 2.2. *Los conflictos sobre vestimenta de estudiantes en Gran Bretaña*

En los últimos años se han producido diversos conflictos en Gran Bretaña relacionados con el atuendo religioso en la escuela, la mayoría en relación con diversas modalidades de indumentaria femenina islámica [68]. Es interesante ob-

---

[67] Me refiero a los casos *Phull, Mann Singh,* y *El Morsli,* que serán mencionados más adelante en este capítulo: *vid. infra,* epígrafe 3.2.

[68] En relación con las sentencias británicas que se mencionarán en las páginas siguientes, *vid.* M. Hill & R. Sandberg, *Muslim Dress in English Law: Lifting the Veil on Human Rights,* en «Derecho y Religión» 1 (2006), pp. 302 ss., y, de los mismos autores, *Is Nothing Sacred? Clashing Symbols in a Secular World,* en «Public Law» (2007), pp. 488 ss.; J. García Oliva, *La cuestión de la*

servar que las cortes británicas han enjuiciado esos casos teniendo en cuenta no sólo su tradicional concepción del precedente en *common law,* sino a la luz de la *Human Rights Act* de 1998 [69], lo cual, entre otras cosas, les ha impulsado a tomar como referencia los precedentes del Tribunal de Estrasburgo. Consecuencia de ello ha sido que las decisiones de la judicatura británica en esta materia se hayan visto influidas por la sentencia *Leyla Şahin,* comentada antes en este capítulo. Tal influencia es muy visible en el primero de esos casos que saltó rápida e intensamente a la opinión pública, *Shabina Begum,* que tuvo un zigzagueante itinerario judicial, y cuyos hechos vale la pena describir con cierto detalle, porque es expresivo de los retos a que se enfrenta la organización de una sociedad pluricultural en Occidente [70].

La protagonista del caso era una adolescente, Shabina Begum, nacida en Inglaterra en el seno de una familia originaria de Bangladesh. Fiel a una interpretación particularmente estricta de la *sharia,* Shabina pensaba que el *jilbab* —una larga túnica que cubre el cuerpo entero salvo la cara y las manos, y sirve para ocultar las formas características del cuerpo femenino— era la única prenda decente para una mujer musulmana que ya ha pasado su primera menstruación. Sin embargo, esa prenda no estaba comprendida dentro de las normas de vestimenta de su colegio, las cuales imponían un uniforme a los alumnos, pero concebido en términos bastante flexibles, que preveían una adaptación a las reglas islámicas en materia de vestimenta femenina. Así, las jóvenes musulmanas podían vestir el *shalwar kameeze:* un conjunto formado por pantalones y por un vestido en forma de gran camisa que llega hasta media pantorrilla, bajo el cual deben llevar el jersey del colegio; y les estaba también permitido llevar un pañuelo en la cabeza, siempre que fuera de color azul marino. Las estudiantes islámicas que deseaban vestir de acuerdo con su tradición religiosa nunca encontraron dificultad para adecuarse a estas normas. Tampoco Shabina tuvo problema alguno durante dos años, hasta que, al cumplir catorce años, decidió que el uniforme escolar era indecoroso porque dejaba al descubierto los tobillos y una

---

*simbología religiosa en el Reino Unido,* en RGDCDEE 15 (2007), 1-14; R. HOPKINS & C.V. YEGINSU, *Religious Liberty in British Courts: A Critique and Some Guidance,* en «Harvard International Law Journal Online» 49 (2008), pp. 28-39.

[69] *Vid*., sobre el impacto de esa ley británica en la tutela de la libertad religiosa, M. HILL (ed.), *Religious Liberty and Human Rights,* Cardiff 2002. Sobre la *Human Rights Act* en general, puede verse la *Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998* (5.ª ed.), Oxford 2009.

[70] La sentencia de la *House of Lords* que puso fin al caso es: *R (Shabina Begum) v. Governors of Denbigh High School,* [2006] UKHL 15. *Vid*. un comentario a la misma, y una descripción de las políticas de integración de las minorías islámicas en el entorno educativo británico, en I. BRIONES, *El uso del velo islámico en Europa…,* cit. en nota 3 de este capítulo, pp. 42-51; A. MOTILLA, *La cuestión del pañuelo y de las vestimentas religiosas en Gran Bretaña,* en «El pañuelo islámico en Europa», cit. en nota 3 de este capítulo, pp. 144 ss.

parte demasiado grande de los brazos. Por eso, al comenzar el curso en septiembre de 2002, acudió a clase con el *jilbab,* acompañada, significativamente, de su hermano y de otro joven musulmán, quienes, al parecer, reaccionaron de modo «poco razonable y amenazador» cuando el personal del colegio indicó a Shabina que debía marcharse y regresar vestida adecuadamente.

Interesa hacer notar el contexto social en que tenía lugar el conflicto. En el colegio de Shabina —Denbigh High School, en Luton— estudiaban jóvenes de entre 11 y 16 años, que procedían de más de veinte etnias y diez religiones diferentes. En el centro se hablaban cuarenta lenguas distintas. Casi el 80% de los alumnos se declaraban musulmanes, en su mayoría con origen en Pakistán o Bangladesh. Es decir, se trataba de una compleja comunidad escolar, lo cual explicaba por qué uno de los valores determinantes para la dirección del centro era la integración. La directora del colegio, también de familia musulmana, era de origen bengalí y había vivido en Pakistán y Bangladesh antes de emigrar a Inglaterra. Se hizo cargo de la dirección del colegio en 1991, y los datos revelan que el progreso de la calidad del centro había sido notable durante su mandato: de estar muy por debajo de la media nacional había pasado a superar con mucho el estándar de los centros con alumnado equivalente. La directora había obtenido varios premios del Ministerio de Educación como reconocimiento a su trabajo.

Una de sus prioridades había sido la política de integración social, dentro de la cual se enmarcaban las normas relativas al uniforme del colegio. La finalidad de esas normas —frecuentes en centros británicos— se resumía en proporcionar un sentido de identidad colectiva a través de una vestimenta que fuera segura y apropiada para la actividad escolar, al tiempo que se evitaban distinciones indebidas entre los alumnos debidas a la calidad —y al coste— de su ropa. Al determinar las normas sobre uniforme escolar, la dirección del centro había mostrado una sensibilidad poco usual para acomodarse, en lo posible, a la diversidad cultural y religiosa de sus alumnos, y en particular a las necesidades de las estudiantes musulmanas. Se consultó a diversos líderes religiosos islámicos afincados en Inglaterra, para encontrar un punto de equilibrio dentro de la variedad de interpretaciones existentes en el complejo mundo del Islam sobre qué atuendo resulta decoroso para la mujer. De hecho, la solución adoptada había sido considerada satisfactoria, durante quince años, para casi todas las posiciones, excepto para las más rigurosas, que no raras veces iban acompañadas de extremismo en otros aspectos.

Sea como fuere, la insistencia de Shabina Begum en vestir el *jilbab,* y la correlativa firmeza de las autoridades escolares en no eximirla de las normas comunes sobre uniforme, determinó que no se le permitiera acceder al colegio con esa indumentaria. Se produjo un *impasse* que terminaría con la inscripción

de la demandante en otro colegio, en 2004, donde sí se le permitía ir ataviada como deseaba. Ha de aclararse que parte importante de la firmeza del colegio en su posición provenía no tanto de considerar que su política en materia de uniforme era ya bastante flexible, sino de la fundada convicción de que permitir el *jilbab* podría traducirse en una presión indebida para los demás alumnos, tanto los musulmanes como los no musulmanes. En efecto, mientras para Shabina se trataba de una cuestión de mero rigor en la interpretación de un deber religioso, muchos alumnos identificaban el *jilbab* con posiciones extremistas de tipo político-religioso; varios estudiantes no musulmanes habían confesado que su sola vista les inspiraba temor, y que les inquietaba la posibilidad de tenerlo presente a diario en la escuela; a su vez, alumnas musulmanas de opinión análoga, y que vestían el uniforme aprobado, manifestaban con claridad que, siendo de religión islámica, no deseaban ser asociadas a las mujeres que llevaban ese atuendo, y temían sufrir presiones por parte de otros musulmanes —sobre todo varones— si se permitía el *jilbab* en el recinto escolar [71].

Shabina Begum recurrió a la vía judicial, viendo su demanda rechazada en primera instancia pero aceptada por la *Court of Appeal* en decisión unánime de sus tres jueces [72]. La sentencia de apelación reconocía expresamente, y alababa, la positiva búsqueda de un clima de integración y tolerancia por parte de las autoridades del centro escolar. Por otro lado, intentaba adaptar los principios de la decisión *Leyla Şahin* del TEDH al contexto social, jurídico y religioso de Gran Bretaña, netamente diverso al de Turquía, al tiempo que proponía una interpretación del art. 9 CEDH más generosa con su ámbito de protección que con las limitaciones a la libertad. Por ello, reconoció que se había violado la libertad religiosa de la demandante, aun siendo consciente de que «hay claramente una tensión potencial entre los derechos y libertades enunciados en una Convención acordada hace más de 50 años entre países de Europa occidental que pertenecían en su totalidad a la tradición judeo-cristiana, y algunos de los principios de la fe islámica que se refieren a la posición de la mujer en la sociedad» [73]. La razón no estribaba en que el punto de vista de la escuela no fuera respetable, e incluso que pudiera imponerse a la posición adoptada por la alumna, sino en que la dirección del colegio no había seguido un procedimiento adecuado en la toma de su decisión: su planteamiento había sido simplemente

---

[71] *Vid*. la descripción que hace al respecto la sentencia de apelación: [2005] EWCA Civ 199, §§ 50-56.

[72] *Vid*., sobre esa sentencia, A. García Ureta, *El velo islámico ante los tribunales británicos. Comentario a «The Queen on the application of SB v. Headteacher and Governors of Denbigh High School». Sentencia de la Court of Appeal (civil division), de 2 de marzo de 2005,* en «Actualidad Jurídica Aranzadi» 666 (2005), pp. 5 ss.

[73] [2005] EWCA Civ 199, §§ 50-56.

rechazar *tout court* y sin justificación formal la pretensión de la demandante sobre la base de que las normas sobre vestimenta eran razonables y tolerantes, aplicables a todos los alumnos por igual, y añadiendo que la alumna podía fácilmente acudir a otro colegio público donde sus preferencias fueran aceptadas. En realidad, puntualizaba la Corte, debía haber analizado la injerencia que realmente se producía en la libertad religiosa de la alumna a tenor del art. 9.1 CEDH y, después de analizar las alternativas disponibles, haber justificado de manera convincente, a la luz del art. 9.2 CEDH y por tanto del principio de proporcionalidad [74], su negativa al permiso solicitado para vestir el *jilbab* en el contexto de su política sobre uniformes e integración educativa; algo —agregaban los jueces de apelación— que no le hubiera resultado difícil al colegio.

No obstante, apenas un año más tarde, en marzo de 2006, la *House of Lords* revocaría la sentencia de apelación y volvería a la solución dada en primera instancia, aunque con un razonamiento ciertamente más elaborado que se inspira en las soluciones aportadas por la jurisprudencia del TEDH, con particular énfasis en *Leyla Şahin*. Es interesante observar que tres de los cinco jueces no consideraron que había existido propiamente una injerencia en la libertad religiosa de la alumna que exigía permiso para vestir el *jilbab,* debido a que, entre otras cosas, constaba que la joven podía haberse inscrito sin problema en escuelas próximas donde su atuendo le habría sido permitido; en otras palabras, su deber de vestir un atuendo determinado por razones religiosas podía haberse hecho efectivo, sin grandes dificultades, cambiando ella de centro en lugar de exigir que su colegio cambiara las normas sobre uniforme. En todo caso, los cinco jueces consideraron que la hipotética injerencia estaría justificada, en aras del art. 9.2 CEDH, por las necesidades de la convivencia escolar, y entendieron que la política del colegio en materia de uniforme era más que suficientemente flexible. A ese propósito, algunos de los miembros de la Corte efectuaban una suerte de «adaptación local» de la doctrina del margen de apreciación nacional, que fue clave en la sentencia *Leyla Şahin,* indicando que un análogo margen de discrecionalidad debía ser reconocido a los responsables del colegio en la aplicación de restricciones al comportamiento de los alumnos [75]. Al mismo tiempo, los lores rectificaron el elemento más importante sobre el que se fundaba la decisión de la *Court of Appeal:* lo que importa en casos de posible violación de de-

---

[74] Esta idea, a juicio de M. HILL & R. SANDBERG, *Is Nothing Sacred?…,* cit. en nota 68 de este capítulo, p. 497, es excesiva, pues, aunque los tribunales han de revisar las limitaciones a la libertad religiosa a la luz del principio de proporcionalidad, nada hay —indican— ni en el CEDH ni en la jurisprudencia de Estrasburgo que sugiera que las autoridades locales deban adoptar la misma perspectiva que la judicatura en su proceso decisorio.

[75] *Vid*. R. HOPKINS & C.V. YEGINSU, *Religious Liberty in British Courts,* cit. en nota 68 de este capítulo, p. 37.

rechos humanos no es tanto el procedimiento seguido por la autoridad cuya decisión se impugna, sino su sustancia; en este caso, determinar si la limitación de la libertad religiosa, con independencia de cómo haya formado su opinión la dirección del centro, resultaba objetivamente justificada en razón del principio de proporcionalidad.

Menos de un año después, en febrero de 2007, se planteaba en los tribunales un caso que ofrecía notables analogías con *Shabina Begum,* y que, de hecho, sería decidido siguiendo su estela: *X v. Y* [76]. Se trataba de una joven musulmana que, al cumplir 12 años, decidió acudir a la escuela ataviada con un *niqab,* es decir, un velo que cubre completamente la cabeza y el rostro, dejando visibles solamente los ojos; así lo habían hecho antes que ella sus tres hermanas mayores, en el mismo colegio, un *selective all-girls school* (colegio femenino de admisión selectiva) [77]. Poco antes de que la demandante entrara en el colegio, la dirección había modificado su política de uniforme escolar en relación con el *niqab,* después de un cuidadoso proceso de reflexión y consultas, y había decidido no permitirlo; por otro lado, al parecer, nadie había vestido *niqab* en ese centro desde hacía años excepto sus hermanas. La directora intentó la vía del diálogo con los padres de la alumna para que cambiara de actitud, pero éstos terminaron por acudir a la vía judicial.

El juez de instancia de la *High Court* que decidió el caso consideró que no había existido propiamente injerencia en la libertad religiosa de la demandante, a pesar de que su interés en vestir el *niqab* estaba inequívocamente fundado en razones religiosas. La razón, siguiendo la doctrina de la sentencia *Begum* y su interpretación de la jurisprudencia de Estrasburgo, era que a la demandante se le había ofrecido la posibilidad de trasladarse a una escuela próxima, de nivel académico equivalente, incluso siéndole costeado el traslado en transporte público desde su casa. Es decir, estimaba el juez que podía haber adaptado la práctica de sus convicciones religiosas sin grandes dificultades y sin exigir una excepción en las reglas de uniforme escolar del colegio. El argumento, que ya había sido utilizado por los lores en *Begum* [78], es sin duda interesante, pero plantea algunos

---

[76] *R (X) v Headteachers of Y School,* [2007] EWHC 298 (Admin).

[77] El término *selective school* designa en Reino Unido a los colegios que realizan alguna clase de selección para la admisión de alumnos basada en su rendimiento o aptitudes, y se opone a las *comprehensive schools,* que admiten a los alumnos sin utilizar criterio de selección alguno que tenga que ver con sus capacidades. Estas últimas son actualmente la mayoría en Reino Unido, y las únicas en Escocia y Gales.

[78] El *Appellate Committee* de la *House of Lords,* por su parte, había tomado ese argumento de una sentencia del Tribunal de Estrasburgo: *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia,* 27 junio 2000, un caso relativo al trato desigual de distintas organizaciones israelitas respecto a la concesión de permisos para sacrificar animales siguiendo normas distintas de las generalmente aplicables. Para un

problemas desde la perspectiva de la discriminación indirecta, en cuya eliminación la Unión Europea tiende a poner cada vez más énfasis [79]; y es, además, probablemente incompleto, pues parece que el mismo criterio debería aplicarse a la dirección del colegio: debería reclamársele probar que tiene dificultades de relieve para acomodar las exigencias de conciencia de la demandante.

En todo caso, aun en la hipótesis de que pudiera apreciarse una interferencia en la libertad religiosa a tenor del art. 9.1 CEDH, el juez de instancia se ocupó de efectuar el examen de proporcionalidad de la medida restrictiva a la luz de los principios del art. 9.2 CEDH. Y, al igual que el *Appellate Committee* de la Cámara de los Lores en *Shabina Begum,* concluyó que la dirección del centro había actuado legítimamente dentro del margen de apreciación que debía reconocérsele en la materia. Particular peso prestaba el juez a las consideraciones de la política de uniforme relacionadas con tres factores: la igualdad e integración en la vida escolar; la calidad de la enseñanza e interacción profesor-alumno en el proceso docente, dificultadas por la ocultación del rostro tras el *niqab;* y la seguridad en la escuela, que aconsejaban la fácil y rápida identificación de los estudiantes.

Los dos casos citados sobre vestimenta islámica son reveladores de las dubitaciones y el esfuerzo de los responsables de la educación en Gran Bretaña cuando se trata de encontrar un equilibrio entre, por un lado, el respeto de las tradiciones culturales no occidentales y sus convicciones religiosas, y por otro, lo que se entienden como exigencias elementales de una enseñanza de calidad y orientada a la educación en determinados valores, que incluyen la igualdad de sexos. El problema, a nuestro entender, es que el razonamiento seguido por los tribunales británicos en esos casos termina por poner el listón demasiado alto para quienes, saliéndose de comportamientos convencionales, reclaman la protección de su libertad, y demasiado bajo para las autoridades escolares a quienes compete aceptar o rechazar sus peticiones de adaptación; es decir, demasiado difícil para quienes han de probar la violación de un derecho fundamental, y demasiado fácil para quienes tienen la posibilidad de restringirlo en la práctica [80].

---

comentario a ese caso, *vid*. J. MARTÍNEZ-TORRÓN & R. NAVARRO-VALLS, *The Protection of Religious Freedom…,* cit. en nota 6 de este capítulo, pp. 220-221.

[79] *Vid*. *infra,* notas 86 y 87 de este capítulo, y texto correspondiente. Cfr. también la Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 noviembre 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

[80] En este sentido, *vid*. M. HILL & R. SANDBERG, *Is Nothing Sacred?…,* cit. en nota 68 de este capítulo, pp. 497 ss.; y R. HOPKINS & C.V. YEGINSU, *Religious Liberty in British Courts,* cit. en nota 68 de este capítulo, p. 35, quien insiste en que la carga de la prueba recae casi exclusivamente en quien invoca una violación de su libertad religiosa.

Las consecuencias de ese planteamiento pueden observarse en un caso posterior de encuadre formal análogo, pero de perfil material muy diverso, pues el conflicto no estaba ya provocado por una vistosa prenda destinada a ocultar parte importante de la fisonomía femenina, sino por una discreta pieza de joyería que una joven llevaba como resultado de sus creencias cristianas. Se trata del caso *Playfoot* [81], relativo a una adolescente que estudiaba en un colegio no confesional y financiado con fondos públicos *(maintained school)*, cuyas normas en materia de uniforme prohibían radicalmente las piezas de joyería, excepto dos pequeños pendientes planos en el caso de chicas con los lóbulos de las orejas perforados. En aplicación de esas normas se le había prohibido llevar el *silver purity ring,* un discreto anillo de plata que simbolizaba su compromiso de mantener virginidad con anterioridad al matrimonio. La estudiante, y su padre, tras fracasar en sus conversaciones con la dirección del colegio, llevaron el caso a los tribunales, alegando violación de su libertad religiosa, puesto que —precisaban— el anillo no era propiamente una pieza de joyería sino sólo un símbolo religioso de sus creencias cristianas en materia de sexualidad, de las cuales se sentía obligada en conciencia a dar testimonio visible en un contexto social en el que a su entender había arraigado una concepción trivial del sexo. Además, alegaban los demandantes que la joven había sido discriminada con respecto a otras alumnas, musulmanas o sijs, respecto de las cuales se habían concedido exenciones de las reglas sobre uniforme por razón de su religión.

El juez de instancia de la *High Court* entendió que no había signos de injerencia en la libertad religiosa de la demandante, tras llevar a cabo un análisis de la situación en términos objetivos a la luz del precedente de *Shabina Begum*. Ese análisis le llevó, entre otras, a las siguientes conclusiones. Por un lado, rechazaba el argumento de la demandante de que el anillo era un objeto religioso y que, por tanto, no entraba dentro de la prohibición escolar relativa a la joyería; para el juez, el anillo era de hecho, objetivamente, una pieza de joyería con independencia del simbolismo religioso o moral que la portadora deseara atribuirle. Por otro lado, consideraba el juez que, por respetable que fuera la posición moral y religiosa de la alumna, el anillo de pureza no constituía una expresión necesaria de sus convicciones; no era de suyo un símbolo cristiano, ni la demandante alegaba obligación propiamente dicha de llevarlo. A lo que se creía obligada era a dar testimonio de su compromiso moral en materia de virginidad pre-matrimonial, pero eso es algo que podía haber hecho —como la dirección del colegio expresamente había sugerido— llevando el anillo sujeto a un bolso o mochila, al igual que hacían otros alumnos que deseaban hacer visibles emblemas

[81] *R (Playfoot) v. Governing Body of Millais School,* [2007] EWHC 1698 (Admin), decidido el 16 julio 2007.

de causas diversas que defendían. Ese factor de la necesidad moral, y de la ausencia de identidad propiamente cristiana del anillo constituía, a ojos de la Corte, una diferencia esencial respecto a objetos típicamente obligatorios de una tradición religiosa, para los cuales el colegio sí había concedido exenciones: el velo islámico, un brazalete sij llamado *kara* [82], o incluso un velo a una alumna perteneciente a los Hermanos de Plymouth [83]; de ahí que tampoco admitiera el argumento del trato discriminatorio respecto a alumnos de otras religiones.

En fin, un año después se decidía otro caso análogo, *Sarika Singh,* pero referido a una alumna sij de otra escuela —en Gales— a quien se había prohibido precisamente llevar el *kara,* de nuevo por razón de las normas del colegio en materia de indumentaria [84]. Esta vez, en cambio, y a diferencia de los tres casos anteriormente mencionados, el juez de la *High Court* dio la razón a la demandante. El propio juez indica, al inicio de su sentencia, que un factor esencial en la decisión fue que, mientras los otros casos fueron argumentados al hilo de la libertad religiosa, sobre la base de la *Human Rights Act 1998* en relación con el art. 9 CEDH, el caso de Sarika Singh fue sustancialmente argumentado, y decidido, en torno a la noción de discriminación racial, sobre la base de la *Race Relations Act 1976,* modificada por la *Equality Act 2006.* Ya existía un antiguo precedente parecido, el caso *Mandla,* de 1983, en el que la *House of Lords* falló a favor de un joven sij al que se pretendía obligar a cortarse el pelo y despojarse de su turbante [85].

El fallo de los casos *Sarika Singh* y *Mandla* pone de manifiesto que, más allá de las deficiencias que puedan observarse en la protección de la libertad de conciencia en cuanto tal por parte de la judicatura británica, parece existir un trato jurídico desigual entre las religiones que están en condiciones de ofrecer un componente racial más o menos claro, y aquellas otras que, careciendo de ese elemento, no pueden acogerse a la protección reforzada que otorgan en Gran Bretaña las leyes en contra de la discriminación racial, las cuales, siguiendo las pautas de la Unión Europea [86], utilizan como medio de tutela, entre otros, la noción de discriminación indirecta [87].

---

[82] El *kara* es un brazalete de acero, que se lleva normalmente en la mano derecha y constituye uno de los cinco «artículos de fe» de los sijs, también conocidos como las cinco «kas»: *kesh,* o cabello sin cortar; *kanga,* un peine de madera; *kara; kachhera,* una prenda de ropa interior de algodón; y *kirpan,* una pequeña daga de metal.

[83] Los Hermanos de Plymouth son un movimiento cristiano, iniciado en Dublín en los años 1820, que se extendió rápidamente de Irlanda a Gran Bretaña.

[84] *R (Sarika Angel-Watkins Singh) v. Governing Body of Aberdare Girl's High School,* [2008] EWHC 1865 (Admin), decidido el 29 julio 2008. El juez, Silber, era el mismo que decidió el caso del *niqab,* antes comentado.

[85] *Mandla v. Dowell Lee,* [1983] 2 AC 548.

[86] En especial la Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 junio 2000, relativa a la aplica-

*(Nota 87 en pág. sig.)*

### 2.3. *Los casos sobre velo de profesoras en Gran Bretaña, Alemania y Estados Unidos*

Citemos ahora otro conflicto sobre velo islámico en la escuela británica, pero esta vez referido a personal docente y no a alumnos: el caso *Azmi* [88], fallado por un tribunal laboral de apelación, a la luz tanto de la legislación laboral británica como de la normativa comunitaria sobre igualdad en el empleo [89]. La recurrente era una musulmana que, habiendo sido contratada como «asistente de docencia bilingüe», manifestó a los pocos días de ser contratada que, en presencia de otros varones, sólo estaba dispuesta a ejercer sus tareas docentes con su rostro tapado por el *niqab,* según su fe religiosa. Y ello a pesar de que, durante su entrevista para el contrato y en los contactos inmediatamente posteriores con personal masculino del colegio, la recurrente no había utilizado el *niqab* y había comparecido con la cara descubierta (su cambio de actitud parecía ser debido a indicaciones recibidas de su marido). La dirección del colegio intentó durante meses hacerle notar que su actitud creaba serios problemas para la labor docente en la escuela: primero, porque con frecuencia tenía que compartir las tareas de enseñanza con personal masculino en la misma aula, sin que fuera sencillo reorganizar los horarios escolares; y segundo, porque en esas circunstancias el velo sobre su rostro dificultaba la comunicación con los alumnos (de entre 10 y 11 años). De hecho, una inspección en vivo de la docencia de la Sra. Azmi había revelado que su labor era mucho más eficaz en las clases en que trabajaba sin velo.

Las reuniones subsiguientes de la dirección de la escuela con la recurrente serían infructuosas y, a partir de un cierto momento, de cierta tensión. La Sra. Azmi, tras su despido, demandó a la escuela por trato discriminatorio y acoso, y sus argumentos fueron rechazados tanto en primera instancia como en apelación. Entendieron los jueces británicos que no había discriminación directa ni indirecta, pues la razón de su suspensión había sido su insistencia en mantener el velo sobre su cara, con el inconveniente que eso generaba en la eficacia de su

---

ción del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

[87] «Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios» [*ibid.*, art. 2.2.b)].

[88] *Azmi v. Kirklee Metropolitan Council,* [2007] UKEAT 0009_07_3003.

[89] En concreto, las *Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003,* que son el resultado de la transposición al derecho interno británico de la Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 noviembre 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

enseñanza, y no sus ideas religiosas en sí mismas; y la eficacia en la enseñanza era considerada un motivo suficientemente válido como para justificar la adopción de medidas que supusieran una limitación en la expresión de creencias de la recurrente. De hecho, las pruebas aportadas en juicio demostraron que la dirección del colegio no le hubiera puesto problema alguno para que permaneciera en su trabajo vistiendo simplemente una larga túnica y el *hijab* —como se presentó en la entrevista— o aceptando que podía llevar el *niqab* en el recinto escolar, pero siempre que no estuviera dando clase.

En Alemania también se han planteado situaciones problemáticas relativas al velo islámico de profesoras, aunque no en relación con el *niqab* —que parece lejos de las prácticas posibles y de la realidad social en ese país— sino con el *hijab,* o pañuelo que cubre cabello, orejas y cuello, dejando visible solamente la formal oval del rostro de la mujer. El caso más conocido es *Ludin,* que generó un intenso debate en la opinión pública germana y llegaría a ser decidido por el Tribunal Constitucional federal, donde el tema central —al contrario que en *Azmi* y a semejanza del caso *Dahlab* [90]— sería la neutralidad del Estado y de su sistema escolar, y no la competencia de la profesora para sus tareas docentes [91].

El conflicto surgía de la demanda de Fereshta Ludin, una musulmana nacida en 1972 en Afganistán y residente en Alemania desde 1987. Tras haber superado las pruebas para poder ocupar la posición de profesora de enseñanza primaria, las autoridades educativas del *Land* de Baden-Württemberg la excluyeron

---

[90] Mencionado *supra,* en el epígrafe 2.1.a).II) de este capítulo.

[91] BVerfG, 2 BvR 1436/02 vom 3.6.2003, Absatz-Nr. (1-140). En España, la sentencia ha sido analizada por M.A. Martín Vida & S. Müller-Grune, *¿Puede una maestra portar durante las clases en una escuela pública un pañuelo en la cabeza por motivos religiosos?,* en REDCo 70 (2004), pp. 313-336; y también por I. Briones, *El uso del velo islámico en Europa…,* cit. en nota 3 de este capítulo, pp. 35-42; A. López-Sidro, *Breve comentario sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, de 24 de septiembre de 2003 (2 BvR 1436/02), sobre el velo islámico de una profesora en centro escolar público,* en RGDCDEE 3 (2003), pp. 1-3; y J. Rossell, *La cuestión del velo islámico y la vestimenta religiosa en la República Federal de Alemania,* en «El pañuelo islámico en Europa», cit. en nota 3 de este capítulo, pp. 187-193. Entre la bibliografía alemana, *vid*. G. Robbers, *Muslimische Lehrerinnen, das Kopftuch und das deutsche Bundesverfassungsgericht*, en «Österreichisches Archiv für Recht & Religion» 50 (2003), pp. 405-417; S. Muckel, *Der Islam im Staatskirchenrecht des Bundesrepublik Deutshcland,* en H. Kress (ed.), «Religionsfreiheit als Leitbild», Münster 2004, pp. 119-139; J. Bader, *Cuius regio, eius religio - Wessen Land, dessen Religion,* en NJW 43 (2004), pp. 3092-3094; y, antes del pronunciamiento del Constitucional federal, S. Mückl, *Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse - Kopftuchverbot für Lehrerinnen?,* en «Der Staat» 40 (2001), pp. 96-127. Para una reflexión más general sobre la jurisprudencia reciente relativa al Islam en Alemania, *vid*. W. Bock, *Der Islam in der aktuellen Entscheidungspraxis des Öffentlichen Rechts,* en NVwZ 11 (2007), pp. 1250-1257. Algunos interesantes comentarios sobre la situación en Alemania, comparándola con Austria, se contienen en el trabajo de M. Prisching, *The Headscarf as a Symbol of Non-Integration? Integration of Muslims in Austria,* en «European Diversity and Autonomy Papers» (EDAP) 3/2006, especialmente pp. 16 ss. (www.eurac.edu/edap).

de la posibilidad de acceso a la función pública, al considerarla inhábil para el desempeño de sus tareas docentes por causa de su decisión indiscutible de llevar el *hijab* durante sus tareas docentes —a pesar de que la recurrente se comprometía a evitar todo adoctrinamiento o proselitismo—. Se alegaba como razón que ese símbolo, político además de religioso, era incompatible con la neutralidad del Estado que ha de inspirar el sistema de la escuela pública alemana. La Sra. Ludin, por su parte, rechazaba en su argumentación un concepto de la neutralidad estatal que supusiera la erradicación de signos visibles de ideas religiosas o filosóficas, y entendía que la verdadera neutralidad no puede conducir a ocultar a los alumnos la pluralidad religiosa realmente existente en la sociedad. Además, añadía, en su experiencia docente nunca se había producido situación de tensión alguna con los alumnos o con sus padres por ese motivo.

El Tribunal Constitucional federal se pronunció en favor de la recurrente, en una decisión nada unánime (cinco votos frente a tres), con un razonamiento y con un fallo que han suscitado algunas dudas en la doctrina jurídica alemana. Hacía notar el Tribunal que la protección constitucional de la libertad religiosa, que se extiende a la no discriminación en el acceso a cargos públicos [92], sólo conoce limitaciones que, además de estar fundadas en otros derechos o valores constitucionales, posean una base legal suficientemente determinada. En el caso de la Sra. Ludin, el Tribunal reconocía que había derechos y valores que podían justificar una limitación en el uso de su libertad, llegando incluso a descalificarla para la función de la enseñanza en la escuela pública: la neutralidad del Estado y sus consecuencias para el sistema de educación pública, los derechos de los padres sobre la orientación religiosa de la educación de sus hijos, y los propios derechos de los alumnos. La tutela de bienes jurídicos —continuaba el Tribunal— podría legitimar una restricción a la libertad de la profesora que persistía en utilizar su *hijab* en clase, pero sólo si existiera la necesaria base legal; sin ese fundamento legislativo, el mero «peligro abstracto» para tales bienes no era suficiente para justificar la restricción del derecho constitucional a la libertad religiosa [93].

Uno de los elementos más distintivos de la sentencia *Ludin* es, precisamente, la referencia al fundamento legislativo como factor clave para apreciar o no la existencia de violación de la libertad religiosa en este caso y en otros análogos. El Tribunal Constitucional no niega que haya bienes jurídicos que puedan justificar una prohibición del *hijab* a una profesora de escuela pública, pero señala con claridad que esa prohibición ha de ser establecida por ley de los *Länder,* por

---

[92] Cfr. arts. 4.1 y 33.3 de la *Grundgesetz*.

[93] La suficiencia o no de ese peligro abstracto sin fundamento legislativo concreto era uno de los elementos de discrepancia en el voto particular de los tres magistrados que se oponían a la decisión mayoritaria, y también en las sentencias de los tribunales inferiores.

razón de sus competencias en materia de enseñanza. Los estados, indicaba el Constitucional alemán, son libres para legislar en una materia tan sensible a la pluralidad creciente de la sociedad germana: una pluralidad que es sin duda positiva, en la medida en que puede propiciar la tolerancia y la apertura, pero que tiene también un aspecto más problemático, al constituir una fuente potencial de conflictos.

Con tanta claridad se pronunciaba el Tribunal sobre la libertad de acción de los estados que sus indicaciones fueron entendidas casi como una invitación a los estados a legislar sobre la cuestión, de la manera que estimaran oportuna. De hecho, tras la sentencia *Ludin,* se ha producido un notable movimiento legislativo de los *Länder,* comenzando por el propio Baden-Württemberg, que modificó su ley de educación [94] a los seis meses del fallo del Tribunal Constitucional, prohibiendo que los profesores lleven a cabo cualquier clase de expresiones que puedan perjudicar la neutralidad del estado hacia los estudiantes y sus padres; en particular, se prohíbe todo comportamiento que pueda generar la impresión de que el profesor viola la dignidad humana, la igualdad de derechos, los derechos fundamentales o el orden democrático. Actualmente, ocho de los dieciséis *Länder* han promulgado leyes al respecto y otros tres tienen en proyecto hacerlo [95].

Por otra parte, esa legislación alentada por la doctrina constitucional no necesariamente eliminará la conflictividad judicial al respecto, como lo muestra la experiencia alemana de estos años, de rumbo no del todo claro. Así, por ejemplo, en 2006 el tribunal administrativo de Stuttgart estimó que prohibir a una profesora musulmana vestir su velo, en aplicación de la reforma legal de Baden-Württemberg, violaba su derecho a un trato igualitario, a la vista de que en alguna escuela de Baden-Baden se permitía a monjas católicas dar clase con su hábito, siendo éste un atuendo también de clara significación religiosa [96]. La sentencia, sin embargo, fue revocada por el tribunal de apelación, que interpretaba de manera distinta el principio «no hay igualdad en la ilegalidad» *(keine Gleichheit im Unrecht)*, observando que las autoridades tienen un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación de la norma según las circunstancias, y que

---

[94] Concretamente el art. 38 de su *Schulgesetz*. *Vid*. A. TORRES, *Neutralidad del Estado y empleo de los símbolos religiosos en centros públicos en Alemania: la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 24 de septiembre de 2003,* en «Laicidad y libertades» 5 (2005), pp. 295-297.

[95] Una interesante fuente de documentación sobre la evolución del derecho de los *Länder* tras la sentencia del Constitucional puede encontrarse en las páginas de Internet del *Institut für europäisches Verfassungsrecht* de la Universidad de Trier: http://www.uni-trier.de/index.php?id=24373 (visitada 22 agosto 2010). *Vid*. también, en España, J. ROSSELL, *La cuestión del velo islámico…,* cit. en nota 91 de este capítulo, pp. 193 ss.

[96] VG Stuttgart 18 K 3562/05, 07.07.2006. *Vid*. un comentario a la sentencia en J. BADER, *Gleichbehandlung von Kopftuch und Nonnenhabit?,* en NVwZ 12 (2006), pp. 1333 ss.

no constaba una aplicación arbitraria de la ley en perjuicio de la demandante [97]. La casación fue rechazada por el Tribunal Administrativo federal [98], el cual, no obstante, había declarado unos meses antes que la descalificación de una profesora en prácticas para dar clase en la escuela pública por negarse a enseñar sin el velo, en aplicación de la ley de Bremen, violaba su derecho constitucional a la libre elección de profesión. Aunque del tenor literal de la ley de ese estado se deducía que, como regla general, una amenaza abstracta a la paz en el centro escolar bastaba para la prohibición de signos religiosos, podía interpretarse también, a la luz de la intención del legislador, que el texto legal exigía probar que ese riesgo abstracto tenía fundamento en las circunstancias particulares del caso y que no era posible contrarrestarlo con otras medidas apropiadas [99].

Bastante antes que en Alemania y Gran Bretaña, la cuestión de la indumentaria religiosa de profesoras de escuelas públicas se había planteado en Estados Unidos. Ya en una sentencia de 1990 [100], un tribunal federal de apelación decidió en favor de la restricción del uso del velo islámico. La protagonista del caso era una mujer musulmana, Alima Delores Reardon, persuadida de que estaba moralmente obligada a ocultar su cuerpo en público, excepto la cara y las manos. Al buscar trabajo como profesora sustituta en colegios públicos, la dirección de los diversos centros con los que se puso en contacto le informó de que, en aplicación de una ley del estado de Pensilvania que se remontaba a 1895, no podían permitir que ningún profesor llevara en la escuela pública «ningún vestido, marca, emblema o insignia indicativo de que ese profesor es miembro o seguidor de alguna orden religiosa, secta o confesión». Rechazada por los colegios, y decidida a cumplir con lo que entendía una obligación moral grave, acudió al EEOC *(Equal Employment Opportunity Commission)*, el cual concluyó que la Sra. Reardon había sido víctima de discriminación por motivos religiosos e instó al Departamento de Justicia a que iniciara el oportuno proceso judicial. La Corte de Apelación federal admitió que el *Garb Statute* de Pensilvania generaba una carga o limitación sobre la libertad religiosa, pero al mismo tiempo justifi-

---

97 VGH Baden-Würtemmberg 4 S 516/07, 14.03.2008.

98 BVerwG 2 B 46.08, 16.12.2008.

99 BVerwG 2 C 22.07, 26.06.2008. Aunque, como se ha indicado, la jurisprudencia todavía tiene un rumbo incierto, entre otras cosas por la diversidad de los textos legales aprobados por los *Länder,* hay una relativa tendencia a justificar las prohibiciones del velo islámico en las docentes. *Vid.*, por ejemplo, LAG Hamm 11 Sa 280/08, 16.10.2008; LAG Hamm 11 Sa 572/08, 16.10.2008; LAG Düsseldorf 5 Sa 1836/07, 10.04.2008; VG Düsseldorf 2 K 1752/07, 14.08.2007.

100 *United States of America v. Board of Education for the School District of Philadelphia,* 911 F.2d 882 (3rd Cir. 1990). *Vid*. sobre esta sentencia, y otras que se citan a continuación en este epígrafe, R. Palomino, *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano,* Madrid 1994, pp. 227-231; A. Castro Jover, *La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el derecho de Estados Unidos,* Madrid 2005, pp. 113-134.

caba esa limitación por la presencia de un «interés prevalente del estado» *(compelling state interest)* en garantizar la neutralidad del sistema público de enseñanza. El empleador, por tanto, podía alegar que su trato desigual a la Sra. Reardon era legítimo en virtud de una «carga indebida» *(undue hardship)* para la escuela, pues ésta se hallaba implícita en la noción de *compelling state interest*.

La propia Corte hacía notar que su decisión estaba notablemente influida por el razonamiento de otra sentencia anterior de la Corte Suprema de Oregón, que abordaba una situación de hecho muy parecida y cuya apelación al Tribunal Supremo federal había sido inadmitida por «ausencia de cuestión federal» [101]. Se trababa del caso *Cooper* [102], relativo a una profesora conversa al sijismo que había sido suspendida, y se le había revocado su certificado de docencia, por llevar turbante y túnica blanca durante sus funciones docentes. También en Oregón se hallaba vigente una antigua ley, similar a la de Pensilvania, que prohibía a los profesores los signos externos de identidad religiosa en la escuela. Además, en *Cooper,* la Corte había rechazado una argumentación dirigida a mostrar la inconstitucionalidad de la ley sobre atuendo de profesores sobre la base del matiz anticatólico, y por tanto discriminatorio, que inspiraba esa antigua legislación de 1923 (dificultar el acceso de clérigos y religiosos a la docencia). Aunque el hecho era cierto, se hacía notar que la ley había sido mantenida ulteriormente en el contexto de una extensa revisión de las leyes educativas del estado, operada en 1965 y sin matices entonces de hostilidad hacia religión alguna. Idéntico planteamiento siguió la Corte de Apelación federal del tercer circuito, cuatro años más tarde, en el caso de la Sra. Reardon, observando que el contenido del *Garb Statute* de Pensilvania había sido incluido en el Código de Escuelas Públicas del estado, que databa de 1949.

Interesa hacer notar que el mismo Tribunal federal, trece años más tarde, en el caso *Nichol* [103], adoptaba una posición opuesta en relación con un discreto símbolo cristiano. La demandante era una profesora de sinceras convicciones cristianas, que había sido suspendida, en aplicación del ya citado *Garb Statute* de Pensilvania, por llevar en el cuello un colgante con una pequeña cruz, y negarse a ocultarlo bajo sus ropas, como le había sido indicado —la Sra. Nichol alegaba, como causa de su negativa a tapar la cruz, que no podía avergonzarse del símbolo cristiano, y que exigirle que se lo quitara o lo ocultara era como pedirle que se despojara de su alianza de matrimonio. La Corte distinguía el presente caso del precedente relativo a la Sra. Reardon, aludiendo a que en este último sólo se planteaba una cuestión de discriminación laboral y de acomodación de

---

[101] *Appeal dismissed* in 480 U.S. 942 (1987).
[102] *Cooper v. Eugene School District No. 4J,* 301 Or. 358, 723 P.2d 298 (1986).
[103] *Nichol v. ARIN Intermediate Unit 28,* 268 F.Supp.2d 536 (2003).

las creencias de una trabajadora. Aquí, en cambio, la disputa se situaba en un contexto más amplio, que incluía el juego recíproco de las dos cláusulas religiosas de la Constitución, la *establishment clause* y la free *exercise clause* [104], lo cual permitía al Tribunal un mayor margen de acción, al tiempo que se tomaban en cuenta los cambios en la doctrina del Tribunal Supremo federal sobre el separatismo constitucional. Desde esa perspectiva, la Corte entendía que la política del estado de Pensilvania en materia de simbología religiosa en la escuela pública no era neutral: se prohibía radicalmente todo signo externo religioso, incluidas las piezas de joyería discretas, pero se permitía cualquier signo equivalente de naturaleza no religiosa, aunque transmitiera un claro mensaje ideológico. Una tal diferencia de trato constituía una limitación a la libertad religiosa de la demandante, que no se hallaba justificada por ningún interés prevalente del Estado, sobre todo teniendo en cuenta que, durante los más de seis años en que la Sra. Nichol había llevado el colgante con la cruz durante sus tareas docentes, no había constancia de problema alguno con los alumnos o sus padres, o de que se hubiera producido algún gesto de proselitismo; el origen de la inspección, y posterior suspensión, a que la Sra. Nichol había sido sometida era, al parecer, la denuncia de un miembro de un sindicato de profesores.

Mucho antes de *Nichol,* en 1990, la Corte Suprema de Mississippi, en el caso *McGlothin* [105], había ya adoptado una sentencia en dirección parecida pero en relación con símbolos no cristianos. Se trataba de una mujer de origen judío etíope, que había sido despedida de su puesto de profesora por vestir ocasionalmente un pañuelo en la cabeza de acuerdo con su tradición cultural y religiosa; algo que hacía, según sus propias palabras, «especialmente en tiempos de crecimiento espiritual». En este caso no había legislación estatal prohibitiva de signos religiosos en los docentes. Su despido se debió, concretamente, a que había desobedecido una orden clara del director del colegio público donde trabajaba, quien, disgustado por la indumentaria de la demandante, había persuadido al comité de gobierno del centro para que aprobara una norma que vetaba al personal de la escuela vestir con *blue jeans* y cubrir su cabeza. Un factor importante en esta sentencia es que la Sra. McGlothin no solicitaba su readmisión, sino simplemente poder percibir las ayudas estatales por desempleo, que le habían sido denegadas. Así, la Corte aceptaba que las autoridades escolares estaban legitimadas para imponer códigos de vestimenta en el centro —siempre, naturalmente, con base en un «interés prevalente del estado» y cuidando de buscar los

---

[104] *Vid.*, sobre la evolución de la interpretación jurisprudencial de esas dos cláusulas, el riguroso estudio de J.I. Rubio López, *Hacia la primera libertad. Libertad religiosa en los Estados Unidos: de las Colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986)* (en prensa, cuyo manuscrito hemos podido consultar por cortesía del autor).

[105] *Mississippi Employment Security Commission v. McGlothin,* 556 So.2d 324 (1990).

medios menos lesivos para las libertades. Pero afirmaba al mismo tiempo que no podía excluirse de los beneficios sociales por desempleo a una persona por negarse a abandonar creencias religiosas sinceramente asumidas. Y, además, interpretaba la noción de creencias, y de sinceridad, desde una perspectiva individual, declarando que era irrelevante que las prácticas de la Sra. McGlothin no fueran típicas de su religión, y que tampoco frecuentara de manera regular sinagoga o templo alguno.

Mencionemos, en fin, como curiosidad, que la Corte Suprema de Mississipi citaba en *McGlothin,* como ejemplo significativo de esfuerzos de acomodación de las creencias en el ámbito escolar, una sentencia de un tribunal federal relativa al caso de un equipo de baloncesto de una escuela de Illinois en el que un jugador judío ortodoxo insistía en vestir su *yarmulke,* lo cual chocaba con el *compelling interest* de la seguridad. El tribunal, aun compartiendo la importancia de las reglas de seguridad que prohibían jugar con la cabeza cubierta, advertía que su imposición indiscriminada podía incentivar a los jugadores judíos ortodoxos a incumplir un precepto religioso. Por ello, terminaría buscando una solución que hiciera compatibles seguridad y religión, requiriendo al jugador que vistiera una prenda especialmente diseñada para estar firmemente sujeta a la cabeza [106].

### 2.4. *Multiculturalidad y políticas de adaptación en Canadá*

En contraste con una parte notable de las soluciones que hemos visto en páginas anteriores, el ordenamiento canadiense ha puesto desde hace tiempo un claro empeño en la acomodación de las obligaciones de conciencia individuales, en gran medida como consecuencia de su sensibilidad hacia la posición de las minorías, que se refleja, entre otras cosas, en la cláusula de multiculturalismo de la Carta de Derechos y Libertades [107]. La concepción canadiense de la libertad religiosa implica el deber de acomodarse las creencias de los ciudadanos,

---

[106] La sentencia es *Menora v. Illinois High School Athletic Ass'n,* 683 F.2d 1030 (7th Cir.1982). *Vid*. al respecto M. McConnell & R. Posner, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom,* en «University of Chicago Law Review» 56 (1989), pp. 42-43 (el propio Richard Posner fue el juez ponente en esa sentencia federal).

[107] Esa cláusula se contiene en el art. 27 de la Carta, que establece: «Toda interpretación de esta Carta habrá de ser coherente con el objetivo de promover la conservación y valoración del patrimonio multicultural de los canadienses». *Vid*. sobre el tema, en España, E. Relaño, *El pluralismo religioso: el modelo canadiense,* en RGDCDEE 1 (2003), especialmente pp. 54 ss.; S. Mosquera, *Las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas en el sistema jurídico canadiense: el multiculturalismo como solución,* en «Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña» 7 (2003), pp. 583 ss.; E.J. Ruiz Vieytez, *Constitución y multiculturalismo: una valoración del artículo 27 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades,* en REDCo 80 (2007), pp. 169 ss.

que obliga tanto a los poderes públicos —sobre todo en la prestación de bienes y servicios— como a los empresarios privados. La jurisprudencia ha ido elaborando una serie de principios dirigidos a precisar el alcance y límites del deber de acomodación para que ésta pueda considerarse «razonable». En todo caso, para que entes públicos o empresarios puedan eximirse del deber de acomodación, no sólo han de justificar la necesidad de restringir la libertad religiosa individual o, en su caso, de adoptar medidas que impliquen una discriminación, aun indirecta, del ciudadano. Tienen que probar, además, que han utilizado los medios menos lesivos para la libertad religiosa de acuerdo con las circunstancias: es lo que se ha llamado la doctrina del *minimal impairment* [108].

Hay un caso relativamente reciente de la Corte Suprema, *Multani,* de 2006, que pone de relieve la importancia con que se concibe esa adaptación en el ámbito de los símbolos religiosos en la escuela [109]. La situación conflictiva surgió cuando Gurbaj Singh Multani, un alumno de doce años de edad de religión sij, dejó caer accidentalmente su *kirpan,* que normalmente llevaba bajo la ropa, en el patio de su colegio. El *kirpan* es una pequeña daga ceremonial, metálica, que constituye un importante símbolo religioso para los sijs: es uno de sus cinco artículos de fe [110]. La Comisión Escolar a la que pertenecía el colegio —Marguerite-Bourgeoys [111]— escribió a los padres, haciendo notar que admitirían una «acomodación razonable» a sus creencias, consistente en que el *kirpan* estuviera firmemente precintado bajo la ropa de su hijo. Los padres aceptaron, pero el consejo de centro, de acuerdo con su *code de vie,* rehusó ratificar el acuerdo alegando razones de seguridad en la escuela, y prohibió tajantemente que el alumno volviera a llevar el *kirpan* a la escuela. En una decisión posterior, la Comisión Escolar hizo suya la decisión del consejo de centro, y ofreció a los padres la solución de que sustituyeran el *kirpan* por un objeto de igual forma pero menor tamaño, como un colgante, fabricado con un material que lo hiciera inofensivo.

---

[108] El planteamiento jurisprudencial canadiense ha sido bien analizado por J. WOEHRLING, *L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la societé à la diversité religieuse,* en «Revue de Droit de McGill» 43 (1998), pp. 325-401.

[109] *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys,* 2006 SCC 6, 2 marzo 2006. Un comentario a esta decisión puede verse en S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Simbología religiosa en la escuela. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá Singh-Multani c. Marguerite-Bourgeoys (Commission Scolaire),* en RGDCDEE 11 (2006), pp. 1-11. Entre la doctrina extranjera puede verse A. DECROIX, *Les symboles religieux au sein des établissements scolaires: l'exemple du port du kirpan dans les écoles canadiennes,* en ADR 2 (2006-2007), pp. 337-343.

[110] *Vid. supra,* nota 82 de este capítulo.

[111] Las comisiones escolares son, en Quebec, órganos de gobierno locales que gestionan los centros de enseñanza preuniversitaria, con un ámbito competencial determinado según criterios territoriales o lingüísticos, o por una combinación de ambos. La *Commission Scolaire Marguerite-Bourgeoys* gestiona, según sus propios datos, casi noventa colegios, con unos 44.000 alumnos.

Esta última solución resultaba inaceptable para los Multani, y padre e hijo acudieron a los tribunales. La *Cour Supérieur* acogió en primera instancia su pretensión, y ordenó que el *kirpan* fuera permitido al alumno, siempre que cumpliera con ciertas condiciones encaminadas a hacer compatibles la práctica religiosa del estudiante sij con las medidas de seguridad razonables en el colegio [112]. La Corte de Apelación, en cambio, restableció la decisión del consejo de centro, considerando justificada la injerencia en la libertad religiosa del alumno. La Corte Suprema, en decisión unánime [113], volvió a la solución de primera instancia y reconoció el derecho del alumno sij a llevar su objeto religioso en el colegio.

La Corte, tras afirmar que se había producido una clara restricción de la libertad religiosa del demandante, pasó a analizar si esa restricción —según requiere el art. 1 de la Carta de Derechos y Libertades canadiense— era «razonable» y si podía «demostrarse su justificación en el contexto de una sociedad libre y democrática». Para ello, indicaba la Corte, a tenor de la jurisprudencia anterior debía cumplir dos exigencias. Primero, el objetivo legal perseguido debía ser lo suficientemente importante como para legitimar la restricción de un derecho constitucional. Y segundo, los medios elegidos debían ser proporcionados al objetivo en cuestión [114].

Como puede verse, hasta aquí las similitudes con los planteamientos habituales del Tribunal de Estrasburgo son muy visibles. Las diferencias comienzan cuando se observa el rigor con que la Corte Suprema canadiense analizaba los hechos y estudiaba qué otras posibles acciones podrían haberse emprendido que no mermaran la libertad del demandante. Así, la Corte consideraba cumplida la condición de la importancia del objetivo perseguido: la seguridad en el centro escolar. Y, al abordar la cuestión de la proporcionalidad, consideraba con toda justicia que existía una relación racional entre el objetivo que se buscaba y

---

[112] Las condiciones eran las siguientes: el *kirpan* había de llevarse debajo de la ropa, en estuche que fuera de madera y no de metal, y además envuelto y cosido firmemente a una tela sólida. El personal de la escuela estaba autorizado a comprobar que se respetaban esas condiciones, y el alumno se obligaba a no despojarse del *kirpan* en ningún momento así como, en su caso, a denunciar inmediatamente su desaparición. Si incumplía esas condiciones, perdería definitivamente su derecho a llevar el *kirpan* al colegio.

[113] De los nueve jueces, sólo ocho tomaron parte en la decisión. Tres de los jueces, aunque compartían el fallo, discrepaban del planteamiento jurídico adoptado por la mayoría, considerando que debía haberse llevado a cabo un análisis sobre la base del derecho administrativo y no del derecho constitucional.

[114] Recientemente, la jurisprudencia penal italiana ha acudido a la doctrina del caso *Multani* para resolver el caso de un ciudadano indio detenido en Italia por portar el *kirpan*. *Vid*. S. Cañamares Arribas, *Simbología religiosa y Derecho penal en Italia,* en RGDCDEE 20 (2009), pp. 1-6.

los medios que se empleaban: la prohibición. El elemento clave, sin embargo, afloraba cuando se iniciaba el siguiente paso del análisis de proporcionalidad (que suele faltar en la jurisprudencia del TEDH): si la limitación impuesta a la libertad del alumno constituía la «restricción mínima» posible, o bien existían otras posibilidades menos invasivas. A este propósito, la sentencia examinaba una serie de datos diversos, que iban desde el nivel de seguridad esperable en un colegio —que no puede ser ni mínimo ni máximo— a la creencia espiritual y pacifista subyacente al porte del *kirpan* como símbolo, la ausencia total de conflictos relacionados con el *kirpan* en escuelas canadienses o la presencia habitual en el colegio de otros objetos que podrían ser utilizados mucho más eficazmente como armas en caso de violencia estudiantil (por ejemplo, tijeras, compases, cuchillos de mesa o bates de béisbol). En fin, la Corte Suprema rechazaba el argumento de que permitir el *kirpan* en el colegio suponía transmitir un mensaje de legitimación de la violencia; al contrario, dado el contexto de la religión sij, el mensaje que verdaderamente se transmitía al aceptar el *kirpan* era el de la importancia de conciliar las normas de seguridad con el respeto de las tradiciones religiosas minoritarias, pues todas las creencias merecían el mismo respeto. De todo ello concluía que la medida prohibitiva absoluta era sin duda desproporcionada, y por tanto violaba la libertad religiosa del alumno; de ahí que restaurase la validez de la decisión de primera instancia, cuya decisión sobre las condiciones que había de reunir el porte del *kirpan* para ser aceptable resultaba mucho más equilibrada.

*Multani* no es una solución aislada. Al contrario, ya había precedentes jurisprudenciales en el mismo sentido en relación con los símbolos de la religión sij. En 1987, en el caso *Tuli* [115], se enjuiciaba también la prohibición a un joven alumno sij de que llevara al *kirpan* al colegio, bajo pena de expulsión. La Corte de *Queen's Bench* de la provincia de Alberta reconoció su derecho a llevar el *kirpan,* siempre que se cumplieran estrictamente ciertas condiciones: que no estuviera afilado, que la punta fuera roma, que se llevara dentro de su estuche y cosido a la ropa, y que el alumno lo llevara siempre consigo sin poder dejarlo a tercera persona. Análoga solución, incluso más flexible para las prácticas sijs, recibió el caso *Pandori* [116], decidido por la *Ontario Divisional Court* en 1991. La dirección del colegio había determinado prohibir el *kirpan* en el recinto escolar, en el contexto de un endurecimiento de las medidas de seguridad a la vista del incremento de violencia y uso de navajas en la escuela, y teniendo en cuenta que se habían producido algunos incidentes de violencia con *kirpan* en el área

---

[115] *Tuli v. St. Albert Protestant Board of Education* (1987), 8 C.H.R.R. D/3906 (Alta. Q.B.).

[116] *Pandori v. Peel (County) Board of Education* (1991), 47 O.A.C. 234 [sub nom. *Peel Board of Education v. Ontario (Human Rights Commission)*], 80 D.L.R. (4th) 475, 3 O.R. (3d) 531, 14 C.H.R.R. D/403.

metropolitana de Toronto, donde se encontraba el colegio. La Corte, aun entendiendo que la preocupación y el refuerzo de las medidas de seguridad en el colegio estaban justificadas, estimó que la prohibición del *kirpan* en concreto no lo estaba, ya que no constaba que ningún incidente violento con *kirpan* hubiera estado relacionado con el entorno escolar. Compartía, en ese sentido, el dictamen de un *board of inquiry* por encargo de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario, según el cual la acomodación de las creencias de los sijs no suponía una «carga indebida» *(undue hardship)* para el colegio, y bastaba que el *kirpan* tuviera una medida razonable, que no fuera visible al llevarse bajo la ropa, y que estuviera firmemente sujeto a su estuche de modo que fuera difícil sacarlo de él.

Sin relación con el *kirpan,* pero en el mismo contexto de signos religiosos en el entorno escolar, puede mencionarse aquí el caso *Sehdev* [117]: una decisión de 1988 de un *board of inquiry,* también de Ontario, en favor de un alumno sij de seis años cuya admisión había sido rechazada en un colegio de Toronto, de gestión privada pero con financiación pública; la razón alegada era que el uso del turbante —un pequeño pañuelo, al tratarse de un niño— no se adecuaba a las normas de uniforme del colegio. La decisión, al analizar las normas de vestimenta del colegio, y tras examinar cuidadosamente la exigencia de turbante para los sijs, trazaba una distinción entre aquellos símbolos religiosos que son meramente accesorios y aquellos otros que constituyen parte esencial de la propia identidad religiosa. Además, afirmaba que permitir a los alumnos sijs el turbante, como la *kippa* a los judíos, constituía una adaptación mínima de las normas sobre uniforme, que no podía poner en riesgo la declarada finalidad de promover un clima de libertad entre estudiantes de credos diversos. Es más, añadía que esa adaptación «haría verdaderamente más efectiva la política de tolerancia y respeto para todas las religiones y todos los pueblos», de acuerdo con el ideario de la escuela. En consecuencia, ordenaba a la dirección del colegio, entre otras cosas, que «permitiera a los estudiantes sijs, y a los estudiantes de otras religiones que están en el colegio, que mantengan su atuendo y apariencia en conformidad con sus prácticas religiosas», incluso si ello requería apartarse de las reglas sobre uniforme aplicables a la generalidad de los estudiantes [118].

Interesa hacer notar que, pese a la similitud del resultado final de estos casos con otros ya citados de la jurisprudencia británica [119], el razonamiento de los casos canadienses discurre al hilo de la tutela de la libertad de religión, mientras que la judicatura del Reino Unido —como vimos— se centraba en las normas

---

[117] *Sehdev* c. *Bayview Glen Junior Schools* (1988), 9 C.H.R.R. D/4881.

[118] Cfr. *ibid.*, §§ 73-76.

[119] *Vid. supra,* notas 84-85 de este capítulo, y texto correspondiente.

legislativas sobre igualdad racial, siendo más restrictiva en sus decisiones cuando el punto de mira se centraba exclusivamente en la libertad religiosa [120].

Ese planteamiento más abierto del derecho canadiense en la interpretación de la libertad de religión y creencias explica que su posición haya sido la misma cuando, en lugar de un símbolo sij, se trataba de signos visibles de la religión islámica. Así, la cuestión del velo islámico, fuera de los tribunales, ha recibido un tratamiento equivalente por parte de órganos defensores de los derechos humanos, en concreto por la Comisión de derechos de la persona de Québec, una suerte de Ombudsman provincial [121]. Dicha Comisión elaboró en 1995 un *avis* sobre el pluralismo religioso en esa provincia canadiense, en el que se abordaba por extenso la cuestión del *hijab* a la luz de la Carta de derechos y libertades de la persona de Québec [122]. En ese documento se hacía notar con rotundidad que una prohibición del velo islámico en cuanto tal en las escuelas públicas no sería compatible con la Carta. Y, en el caso de una prohibición indirecta derivada de las normas generales de vestimenta escolar, la Comisión recordaba que el centro está obligado a buscar acomodaciones razonables del atuendo de los alumnos de fe musulmana, de manera que tales normas no les afecten de manera discriminatoria. Por ello, la utilización del velo «debe, en principio, ser considerada lícita, salvo que se inscriba en un contexto de presión sobre los alumnos, de provocación o de incitación a la discriminación por razón del sexo»; sin perjuicio, además, de posibles limitaciones derivadas de las exigencias de seguridad [123]. Téngase en cuenta que, ya desde hace años, la Corte Suprema canadiense ha sentado como doctrina que incluso una norma aparentemente neutra y de aplicación general puede implicar un atentado contra la igualdad [124]; añadiendo que la libertad religiosa es «el derecho de creer lo que se quiera en materia religiosa, el derecho de profesar abiertamente las creencias religiosas sin el temor de la imposición o las represalias, y el derecho de manifestar las creencias religiosas a través de su práctica, culto, enseñanza y propagación» [125].

---

[120] *Vid. supra,* epígrafe 2.2. de este capítulo.

[121] Actualmente, esa comisión, desde hace años, forma parte de la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse,* que reúne en una sola dos comisiones que antes funcionaban de manera independiente.

[122] *Le pluralisme religieux au Québec: un défi d'ethique sociale. Document soumis à la réflexion publique,* febrero de 1995, Québec. Se trata de un documento adoptado en la 389.ª sesión de la Comisión, celebrada el 3 de febrero de 1995. Texto disponible en: http://www.cdpdj.qc.ca/fr/publications/docs/hidjab.pdf (consultada 21 agosto 2010).

[123] *Vid. ibid.*, *deuxiéme partie, I, conclusions,* pp. 25-26.

[124] Cfr. *O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.,* [1985] 2 S.C.R. 536, 551, § 18.

[125] *R. v. Big M Drug Mart,* [1985] 1 R.C.S. 295, 336, § 94.

## 3. Indumentaria religiosa y espacios públicos

Los conflictos relativos a la indumentaria de significación religiosa no se han limitado al ámbito educativo, sino que se ha extendido a otros espacios públicos e incluso a ese entorno de carácter híbrido que son las relaciones de trabajo. Veremos ahora los primeros y dejaremos los segundos para el epígrafe siguiente.

### 3.1. *La cuestión del atuendo de significación islámica en los ámbitos político y mediático de Turquía*

Ya pudimos observar antes el decidido apoyo prestado por el TEDH a las políticas pro-laicidad y anti-velo en el entorno educativo en Turquía [126]. Es interesante comprobar que ese apoyo, sin embargo, quiebra cuando la cuestión se traslada a los ámbitos político y mediático. El Tribunal Europeo, en efecto, ha enjuiciado algunos supuestos relativos a apologías del pañuelo islámico y a críticas de las políticas oficiales al respecto, y ha considerado excesivas las sanciones impuestas a las expresiones de diversos personajes públicos a favor del velo de las mujeres [127].

Tres de esos casos —*Kavakçi, Ilicak* y *Silay* [128]— se refieren a hechos coetáneos: la actuación de unas parlamentarias turcas que acudieron a su toma de posesión ataviadas con velo, y de un parlamentario autor de un libro, en el contexto de la disolución de su partido político —el *Fazilet*— por actividades contrarias al principio de laicidad. La Corte Constitucional turca, además de disolver ese partido, despojó a algunos diputados de su escaño parlamentario teniendo en cuenta su actuación y declaraciones públicas, y decretó una restricción de sus derechos políticos durante un período de cinco años. El Tribunal Europeo no cuestionaba la importancia del principio de laicidad para la preservación de la democracia en Turquía, pero decidió soslayar los aspectos más difíciles de esas demandas. Por ello, evitó hacer consideración alguna respecto a la libertad de expresión y de asociación (arts. 10 y 11 CEDH) o respecto a la libertad religiosa (art. 9 CEDH), y resolvió, a favor de los demandantes, a la luz exclusivamente del art. 3 PCEDH, que establece el deber estatal de organizar periódicamente elecciones libres garantizando la libertad de expresión de los ciudadanos [129].

---

[126] Cfr. *supra,* epígrafe 2.1 de este capítulo.

[127] *Vid*. D. García-Pardo, *El velo islámico en la jurisprudencia…,* cit. en nota 22 de este capítulo, pp. 81 ss.

[128] *Kavakçi c. Turquía, Ilicak c. Turquía,* y *Silay c. Turquía,* todas ellas de 5 abril 2007, y decididas sobre la base de fundamentos de derecho casi idénticos.

[129] «*Artículo 3.- Derecho a elecciones libres.* Las Altas Partes Contratantes se comprometen a celebrar elecciones libres en intervalos razonables por votación secreta, en condiciones que aseguren la libre expresión de la opinión del pueblo sobre la elección del legislativo».

Hay también otros casos en los que personajes de la vida política, religiosa o mediática habían sido sancionados por la expresión de ciertas ideas religiosas que los tribunales turcos consideraron constitutivas del delito de incitación al odio y a la hostilidad por causa de una diferencia basada en la religión. Una parte de tales expresiones criticaba en duros términos la política gubernamental de prohibición, en determinados ámbitos, del velo islámico a las mujeres.

En *Gündüz* [130], el demandante era líder de una secta islámica que, durante una entrevista en televisión, expresó su parecer favorable al establecimiento de un régimen político basado en la *sharia,* al tiempo que manifestaba duras opiniones contra la noción de democracia laica y el matrimonio civil. A lo largo de su intervención, llegaría a afirmar su confianza en el triunfo de la *sharia* sobre la democracia y a llamar bastardos a los hijos nacidos de matrimonio civil. El procedimiento criminal iniciado por la fiscalía terminaría en una condena penal, pecuniaria y de prisión (dos años), como culpable de un delito de incitación al odio y a la hostilidad por causa de una diferencia basada en la religión. El caso *Erbakan* [131] se refería a un político y ex primer ministro de Turquía [132] que, durante la campaña para las elecciones municipales, pronunció un discurso contra el «infiel» —es decir, contra los no musulmanes— con acusaciones de explotación y opresión del mundo islámico, y con una abierta invitación a instaurar una fraternidad basada sobre el Islam. El discurso, que incluía referencias al velo islámico y su prohibición, fue interpretado por los tribunales como incitación al odio y a la hostilidad, y Erbakan sería condenado a penas pecuniarias y de prisión —las cuales, por lo demás, nunca serían ejecutadas por decisión de la propia jurisdicción penal turca—. El caso *Güzel* [133] también respondía a la demanda de un político turco de alto nivel, que había criticado duramente la política gubernamental contra el uso de símbolos religiosos personales en lugares públicos, vertiendo sobre el gobierno acusaciones de actuar contra las creencias religiosas de los ciudadanos turcos. Condenado a penas pecuniarias y de prisión, el cumplimiento de esta última fue también suspendido por los tribunales. En fin, la sentencia *Kutlular* decidía sobre la legitimidad de la condena penal a un periodista turco que, durante un acto conmemorativo en la principal mezquita de Ankara, había expresado, oralmente y por escrito, duros juicios contra las conductas que entendía contrarias al Islam y contra las políticas encaminadas a

---

130 *Gündüz c. Turquía,* 4 diciembre 2003.

131 *Erbakan c. Turquía,* 6 julio 2006.

132 En el momento de los hechos era, además, presidente del *Refah Partisi,* partido político disuelto por la Corte Constitucional, hecho que daría lugar a las dos importantes sentencias del TEDH ya mencionadas: *vid. supra,* nota 15 de este capítulo.

133 *Güzel c. Turquía,* 27 julio 2006.

favorecerlas, con especial énfasis en la prohibición legal de la costumbre del velo femenino vestido por razones religiosas [134].

En los cuatro casos citados, y por unanimidad o por amplia mayoría, el TEDH daría la razón a los demandantes, entendiendo que no se trataba propiamente de lenguaje de odio o *hate speech,* y que se había producido una vulneración de la libertad de expresión.

A esos casos hay que añadir otro más reciente y de características bien distintas, *Ahmet Arslan* [135], que no hacía referencia al pañuelo islámico femenino, sino que planteaba la cuestión de un particular atuendo religioso islámico masculino en espacios públicos. Los demandantes formaban parte de un grupo religioso musulmán que se denominaba a sí mismo como *Aczimendi tarikatı,* formado en 1986 bajo la guía de su líder espiritual, Müslim Gündüz. En 1996, procedentes de varias regiones de Turquía, se reunieron en Ankara para participar en una ceremonia religiosa en una mezquita. Vestían el hábito característico de su comunidad: un turbante, un amplio pantalón *(saroual)* y una túnica, todos de color negro, además de un bastón en recuerdo del profeta Mahoma. Pasearon por la ciudad ataviados de esa manera, y terminarían siendo arrestados. En la posterior vista judicial, la gran mayoría de ellos rehusó descubrir su cabeza ante el juez como signo de respeto, a pesar de haber sido amonestados a tal efecto. Los demandantes terminarían por ser condenados a una moderada multa pecuniaria [136], en aplicación de dos antiguas leyes de 1925 (sobre el uso del sombrero) y de 1934 (sobre la utilización de vestimenta religiosa). La condena, en todo caso, sería suspendida años más tarde y finalmente anulada con efectos retroactivos.

El gobierno turco alegaba ante el TEDH que la doctrina de ese grupo religioso predicaba la sustitución del régimen democrático en Turquía por otro régimen fundado en la *sharia,* y justificaba la detención y proceso penal de los demandantes en la aplicación de las citadas leyes sobre indumentaria religiosa, y en la necesidad de velar por el orden público evitando actos de provocación o proselitismo religioso. El Tribunal Europeo, no obstante, después de comprobar que la indumentaria de los *Aczimendi* era obligada según sus creencias, y aun insistiendo en la importancia del principio de laicidad para la democracia turca, falló en favor de los demandantes, por entender que la injerencia en su libertad

---

[134] *Kutlular c. Turquía,* 29 abril 2008. El periodista, además, había establecido un directo nexo de unión entre esas actuaciones «inmorales» y el seísmo que en 1999 causó decenas de miles de muertos en Turquía, el cual, en su opinión, no sería sino un castigo por traicionar la voluntad divina.

[135] *Ahmet Arlan y otros c. Turquía,* 23 febrero 2010.

[136] Por un montante equivalente a unos 4 dólares USA en el momento de los hechos.

religiosa no estaba amparada por una justificación proporcionada. En concreto, no consideraba debidamente probado el supuesto riesgo para los principios democráticos o el orden público alegado por el gobierno, ya que los demandantes eran simples ciudadanos —y no funcionarios con algún tipo de representatividad o responsabilidad pública— que se habían limitado a vestir su indumentaria religiosa en lugares abiertos a todos, como calles o plazas públicas. A ese propósito, el Tribunal se cuidaba de distinguir este caso de otros relativos al uso de indumentaria de significado religioso en entornos especiales como el educativo, que ya han sido mencionados en páginas anteriores [137].

### 3.2. *Atuendo religioso y normas relativas a la seguridad pública*

La jurisprudencia de Estrasburgo se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre conflictos entre atuendo religioso y normas relativas a la seguridad pública, decantándose en todas ellas por respetar las decisiones tomadas por las autoridades nacionales en uso de su margen de apreciación discrecional, y sin cuestionar en manera alguna la posibilidad de que el conflicto pudiera haber sido evitado, sin perjuicio del objetivo de la seguridad, utilizando medios menos restrictivos de la libertad personal.

En el caso *Phull* [138], en 2005, el demandante era un ciudadano británico de religión sij que, al pasar por los controles de seguridad del aeropuerto (precisamente el aeropuerto de Estrasburgo), fue obligado a despojarse de su turbante, a pesar de que no había rehusado pasar por el arco de detección de metales y se había ofrecido a ser reconocido con un detector manual. Sin grandes análisis de los hechos, el TEDH declararía la demanda inadmisible por manifiesta falta de fundamento, aduciendo el margen de discrecionalidad estatal en materia de medidas de seguridad, que constituyen uno de los límites previstos por el art. 9.2 CEDH a la libertad religiosa. En su decisión, el Tribunal citaba como precedente una antigua declaración de inadmisibilidad por parte de la Comisión Europea de Derechos Humanos, en 1978, en relación con la demanda de un sij residente en el Reino Unido, al que habían sido impuestas repetidas multas de tráfico por negarse a cumplir con la norma que imponía a los conductores de motocicleta el uso obligatorio de un casco de protección [139]. Alegaba entonces el demandante que, para poder cumplir con la norma, habría debido quitarse el turbante que resulta obligatorio para los varones de su religión; y que, si debía elegir entre la ley divina y la ley humana, su conciencia le impulsaba a inclinar-

---

[137] *Vid. supra,* epígrafe n. 2 de este mismo capítulo. El Tribunal enfatizaba particularmente la distinción respecto al caso *Leyla Şahin*.

[138] *Phull c. Francia,* Dec. Adm. n. 35753/03, 11 enero 2005.

[139] *X c. Reino Unido,* Dec. Adm. n. 7992/77, 12 julio 1978 (en D & R 14, pp. 234-235).

se por la primera [140]. La Comisión, en una decisión aún más lacónica que *Phull,* se limitaría a declarar que una hipotética injerencia en la libertad religiosa del demandante estaría en todo caso justificada por la protección de la salud, según el art. 9.2 CEDH [141].

Más recientemente, en *Mann Singh* [142], el Tribunal examinaba la demanda de un varón sij, conductor de vehículos pesados, que había solicitado un duplicado de su permiso de conducir por haberle sido sustraído el anterior durante un robo a mano armada. Su solicitud fue rechazada por aportar fotografías con turbante en lugar de con cabeza descubierta; aunque no había tenido problemas para renovar su permiso de conducción en ocasiones anteriores en esas condiciones, la normativa había cambiado en 1999. El TEDH también rechazaría la admisibilidad de su demanda como manifiestamente infundada, por las mismas razones que en el caso *Phull,* que se cita como precedente junto a la sentencia *Leyla Şahin* [143]. Aparte de otras consideraciones más profundas que podrían hacerse sobre la discutible postura adoptada en esta decisión, vale la pena mencionar una cuestión de índole práctica: la razón por la que las autoridades francesas habían rehusado emitir un permiso de conducir si no se proporcionaba una fotografía sin turbante —posibilitar la identificación del titular del permiso— parece de dudoso sentido cuando se considera que el demandante siempre viajaba con el turbante y nunca con la cabeza descubierta. Pero, una vez más, el TEDH en estos casos nunca entra a valorar las medidas de seguridad adoptadas a nivel nacional.

Pocos meses antes, en el caso *El Morsli* [144], el Tribunal Europeo había también declarado inadmisible, por razones análogas, la demanda de una mujer musulmana marroquí a quien se había negado el visado para poder viajar a Francia y reunirse con su marido, por rehusar presentarse en el consulado francés y ser identificada sin su velo. Como en los casos anteriores, la demandante había sugerido medidas que posibilitaran la conciliación entre sus deberes religiosos y las normas de seguridad: de hecho, alegaba que no se había negado a despojarse

---

[140] Aunque sólo un caso de esa clase llegó a Estrasburgo, los conflictos en Reino Unido —donde hay una importante población sij— habían sido numerosos; hasta el punto de que la legislación inglesa de tráfico fue modificada, como resultado de la presión política de la comunidad sij, para permitir una excepción al uso obligatorio del casco de protección en el caso de motociclistas varones de esa religión. De hecho la legislación fue modificada antes de que el demandante presentara su solicitud en Estrasburgo: cfr. *Motor-Cycle Crash Helmets (Religious Exemption) Act 1976,* Section 2A.

[141] Significativamente, la Comisión se refería literalmente a la «salud», no a la «salud pública», que es realmente el motivo mencionado por el art. 9.2 CEDH.

[142] *Mann Singh c. Francia,* Dec. Adm. n. 24479/07, 13 noviembre 2008.

[143] Comentada *supra,* en el epígrafe 2.1.b) de este capítulo.

[144] *El Morsli c. Francia,* Dec. Adm. n. 15585/06, 4 marzo 2008.

de su velo, sino que había reclamado poder hacerlo sólo en presencia de una mujer. Pero el TEDH ni siquiera consideró la posibilidad de que el Estado francés hubiera excedido su margen de apreciación discrecional al rechazar esas sugerencias *tout court* y sin alternativa posible [145].

La trivialidad del TEDH al aceptar, casi rutinariamente, cualquier restricción del atuendo religioso por parte de las autoridades nacionales, siempre que se aleguen motivos de seguridad pública, contrasta con la praxis jurídica norteamericana en una vertiente concreta —y ciertamente muy sensible— de la seguridad: aquella que tiene lugar en el ámbito penitenciario. En Estados Unidos hay una abundante jurisprudencia a este propósito. Y, si bien es cierto que hay una relativa tendencia a aceptar que las normas de seguridad carcelaria, tal como son interpretadas por las autoridades competentes, prevalecen sobre el derecho de los internos a vestir la indumentaria o los símbolos requeridos por sus convicciones religiosas, no es menos cierto que esas sentencias —ya sean de tribunales estatales o federales— alcanzan esa conclusión después de un análisis pormenorizado de los hechos. Y se exige, además, que las medidas restrictivas respondan a *legitimate penological interests.*

Así, por citar algunos casos recientes, en *Singh* [146], el tribunal realizaba un cuidadoso análisis de las circunstancias y terminaba por aceptar en parte y rechazar en otra parte las pretensiones de un interno sij respecto al uso de sus cinco artículos de fe. En *Jefferson* [147], el tribunal concluía, a la vista de los hechos, que no era inconstitucional rehusar a un interno musulmán que vistiera turbante, cuando se le dan otras opciones de cubrir su cabeza normalmente aceptadas por personas de fe islámica; la diferencia de trato con los sijs vendría justificada por el hecho de que esta religión no acepta sustitutivos, y también por el diverso impacto que tienen en las medidas de seguridad la muy diferente cantidad de sijs y musulmanes en instituciones penitenciarias federales: poco más de 50 en el caso de los primeros y más de 10.000 en el de los segundos. En *Zargary* [148], se consideró que exigir a una interna que se despojara momentáneamente de su velo para tomarle una fotografía de identificación no violaba su libertad religiosa, a pesar de que sus convicciones eran que una mujer judía casada, o que hubiera estado casada, debe tener siempre la cabeza cubierta salvo en

---

[145] La argumentación de la demandante no mereció por parte del Tribunal más respuesta que la siguiente: «Par ailleurs, quant à la proposition faite par l'intéressée de retirer son voile uniquement en présence d'une femme, à supposer que les autorités consulaires aient été saisies de cette question, le fait pour ces dernières de ne pas avoir chargé un agent féminin de procéder à l'identification de la requérante n'excède pas la marge d'appréciation de l'Etat en la matière».

[146] *Singh v. Goord,* 520 F.Supp.2d 487 (2007).

[147] *Jefferson v. Gonzalez,* 2006 WL 1305224 (D.D.C.) (2006).

[148] *Zargary v. The City of New York,* 607 F.Supp.2d 609 (2009).

la intimidad del baño. En *Brunskill* [149], se justificaba el corte de pelo a un interno indio nativo y la denegación del permiso para conservar ciertos «objetos religiosos», que incluían algunos vegetales, cuentas, plumas, etc.

Otras veces, el análisis de los hechos ha impulsado precisamente a los jueces norteamericanos a fallar en sentido contrario, es decir, a reconocer *ad casum* la primacía de las exigencias religiosas respecto a simbología externa, cuando no se prueba suficientemente que es imposible, o muy complicado, garantizar la seguridad necesaria en una prisión al tiempo que se respetan las creencias religiosas de los internos. Por ejemplo, en *Sasnett* [150], el tribunal concluyó que impedir a los internos llevar colgantes con crucifijos, en el contexto de una prohibición general de piezas de joyería, era una medida desproporcionada, pues no se probaba que fuera el medio menos restrictivo para mantener ciertos objetivos de seguridad en la prisión. En *Campos* [151], se ordenó a las autoridades penitenciarias que no prohibieran a dos seguidores de la santería llevar determinados objetos religiosos, siempre que no superasen cierto precio y dimensiones, y distinguiendo entre aquellos objetos que podían llevarse visibles (como medallas o cruces) y aquellos otros que sólo podían utilizarse para culto u oración (como ciertos rosarios de cuentas). Y más recientemente, en *Gartrell,* se garantizó al derecho de algunos internos rastafaris y musulmanes a que no se les cortara el cabello ni la barba [152]. Una solución análoga en relación con las prácticas penitenciarias de rasurado de barba había adoptado una corte de distrito en Nueva York muchos años antes, en el caso *Monroe,* en relación con internos musulmanes, indicando que, si se preveía la posibilidad de autorizar la barba por razones médicas, la libertad religiosa exigía que la misma excepción debía concederse por razones religiosas [153].

Fuera ya del ámbito penitenciario, pero igualmente por razones de seguridad, un tribunal de primera instancia de Nueva York justificaba en 1987 la detención de un sacerdote sij en una estación de metro, al comprobar la policía que llevaba visiblemente un *kirpan,* sobre la base de una disposición del Código

---

[149] *Brunskill v. Boyd,* 141 Fed.Appx. 771, 2005 WL 1208632 [C.A.11 (Fla.)] (2005). Otra demanda referida a indios nativos americanos había sido resuelta mucho antes en *Standing Deer v. Carlson,* 831 F.2d 1525 (1987), también en sentido favorable a las autoridades penitenciarias, que exigían a los internos llevar la cabeza descubierta, y prohibían las bandas que algunos querían llevar en la frente por razones religiosas.

[150] *Sasnett v. Sullivan,* 908 F.Supp. 1429 (1995).

[151] *Campos v. Coughlin,* 854 F.Supp. 194 (1994). La juez era Sonia Sotomayor, actualmente magistrada del Tribunal Supremo federal.

[152] *Gartrell v. Ashcroft,* 191 F.Supp.2d 23 (2006).

[153] *Monroe v. Bombard,* 422 F.Supp. 211 (1976). En cambio, otra *district court* de Arizona llegaba a la conclusión opuesta veinte años más tarde en circunstancias análogas: *Sutton v. Stewart,* 22 F.Supp.2d 1097 (1998).

Administrativo neoyorquino que prohibía llevar a la vista armas blancas en los lugares públicos de la ciudad [154]. Aun admitiendo el tribunal la importancia de la práctica religiosa del sij, consideraba que las medidas de seguridad debían prevalecer: tolerar esa excepción en una ciudad tan compleja en cuanto a su población generaría grandes dificultades prácticas para el trabajo de la policía, incluida la nada fácil comprobación de si la persona que porta el *kirpan* es realmente un sij practicante y sincero.

También en derecho canadiense, a pesar de su sensibilidad hacia los deberes de acomodación de las creencias religiosas, las medidas de seguridad han sido estimadas como motivo suficiente para justificar la prohibición de ciertos símbolos religiosos que entrañaban un peligro potencial en ciertas circunstancias, que los tribunales analizan cuidadosamente. Un ejemplo de ese modo de proceder es *Nijjar* [155], una decisión de 1999 del Tribunal Canadiense de Derechos Humanos, que se refería a la negativa a permitir que el pasajero de un avión subiese a cabina con un *kirpan* sij de características determinadas [156]. El Tribunal aceptó el razonamiento de la compañía aérea, tomando en consideración especialmente dos factores. Primero, que el demandante no había demostrado que llevar un *kirpan* que se ajustara a las normas de la aerolínea fuera incompatible con sus convicciones; al contrario, parecía que su exigencia respondía a una preferencia personal más que a las creencias religiosas de los sijs. Y segundo, que la acomodación de creencias religiosas está limitada por la singularidad del avión como espacio humano: un entorno donde las condiciones de seguridad son esenciales, donde no hay fácil acceso a servicios médicos o policía, y donde —contrariamente a lo que sucede en la escuela— no existe una relación estable entre los responsables de la seguridad y la persona que reclama la acomodación, que permita una evaluación detallada de las circunstancias (de hecho, el personal de la compañía aérea encargado del embarque, calculaba el Tribunal, apenas tenía contacto con los pasajeros durante un tiempo máximo de minuto y medio).

Esa misma clase de planteamiento, no obstante, cuando las circunstancias son distintas, ha movido a los tribunales canadienses a decidir en sentido contrario. Así, un *board of inquiry* de Ontario declaraba en 1981 que las normas de seguridad de un hospital han de ceder ante las creencias religiosas si se puede

---

[154] *People v. Singh,* 135 Misc.2d 701, 516 N.Y.S.2d 412 (1987). *Vid.* al respecto S. Cañamares Arribas, *Libertad religiosa, simbología…,* cit. en nota 22 de este capítulo, pp. 142-143.

[155] *Nijjar v. Canada 3000 Airlines Ltd.,* [1999] C.H.R.D. No. 3 (QL).

[156] El *Canadian Human Rights Tribunal* es un órgano judicial encargado de la aplicación de la *Canadian Human Rights Act,* que data de 1977, y tiene por objeto velar por que no se produzcan situaciones de discriminación. Conoce los casos que le remite la *Canadian Human Rights Commission,* y sus decisiones son apelables ante la Corte Suprema federal.

buscar una acomodación razonable. En concreto, respondiendo a la demanda de un sij al cual se había rehusado el ingreso en el hospital para efectuar unas pruebas médicas a menos que se despojara de su *kirpan,* se ordenaba al hospital que en lo sucesivo debía permitirse a los sijs conservar ese objeto religioso durante su estancia en el centro, siempre que no superase unas dimensiones razonables [157].

En España, la cuestión de la seguridad pública se ha planteado respecto a las fotografías para documentos oficiales de identificación, pero no existe, por lo que nos consta, casuística judicial al respecto. La normativa en vigor sobre documento nacional de identidad y pasaporte requiere que la fotografía sea reciente y en color, y además «con fondo uniforme blanco y liso, tomada de frente con la cabeza totalmente descubierta y sin gafas de cristales oscuros o cualquier otra prenda que pueda impedir o dificultar la identificación de la persona» [158]. Idéntica prescripción se contiene en las normas relativas al permiso de conducción de vehículos [159]. Las comunidades islámicas han reclamado que se reconozca una excepción por motivos religiosos para aquellas mujeres musulmanas que deseen vestir el *hijab* [160]. Al parecer, el Ministerio del Interior ha accedido a esa petición, siempre que en la fotografía pueda distinguirse con claridad el rostro y las facciones de la persona [161].

### 3.3. *La prohibición de signos religiosos en entornos públicos que representan la autoridad del Estado*

El uso de símbolos personales ha suscitado también conflictos en el contexto de entornos o lugares públicos que, de una u otra manera, representan la autoridad del Estado, tales como el ejército, la policía o la sala de juicios.

---

157 *Singh v. Workmen's Compensation Board Hospital Rehabilitation Centre* (1981), 2 C.H.R.R. D/459.

158 Art. 5.1.b) del R.D. 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica, en su redacción dada por el real decreto 1586/2009, de 16 de octubre. *Vid.* también art. 4.1.c) del R.D. 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características.

159 *Vid.* R.D. 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores, Anexo III, A.1.b). *Vid.* al respecto S. Cañamares Arribas, *Tratamiento de la simbología religiosa…,* cit. en nota 10 de este capítulo, pp. 13-15.

160 *Vid.* I. Briones, *El uso del velo islámico en Europa…,* cit. en nota 3 de este capítulo, pp. 58-61.

161 Webislam hace referencia a una instrucción de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil en tal sentido: http://www.webislam.com/?idn=15443 (visitado 18 octubre 2010). Según información oralmente transmitida por Junta Islámica, la praxis al respecto es muy desigual en función de las distintas comisarías.

Un caso importante de ese estilo, en Estados Unidos, es *Goldman,* decidido por el Tribunal Supremo federal en 1986 [162]. El protagonista era un oficial médico en funciones de las Fuerzas Aéreas norteamericanas, judío ortodoxo y rabino, que trabajaba como psicólogo clínico en una base californiana, y gozaba además de una alta consideración como médico y como militar. Durante años no tuvo problema en vestir su *yarmulke:* un pequeño gorro en forma de casquete, que habitualmente llevaba bajo la gorra militar, y que como judío ortodoxo debía llevar siempre (excepto en el agua, en estado de inconsciencia, o en inminente peligro de muerte). Los problemas, sin embargo, comenzaron tras prestar testimonio, en 1981, ante un tribunal militar, con el *yarmulke* puesto. Esa conducta fue origen de una posterior reclamación de uno de los letrados ante el coronel al frente del hospital militar, basada en la aplicación de las normas de las Fuerzas Aéreas, que prohibían vestir cualquier clase de prenda que cubriera la cabeza en el interior de los centros militares, con excepción de la policía de seguridad mientras estuviera de servicio. El coronel exigió a Goldman que se quitara el *yarmulke* siempre que estuviera en un área fuera del hospital; ante su negativa, amplió su orden también al interior del hospital, y más tarde formularía una recomendación escrita de que su período de servicio activo no fuera renovado a su término. Debe advertirse que la cuestión en disputa no era tanto la obligación de descubrirse ante el juez cuanto más bien la normativa militar que obligaba a llevar la cabeza descubierta; de hecho, fuera del entorno militar, parece detectarse una tendencia jurisprudencial a reconocer el derecho a vestir indumentaria religiosa en la sala de vistas, al menos por lo que se refiere a las partes del proceso [163].

Un Tribunal Supremo muy dividido falló, por cinco votos a cuatro, a favor de los órganos disciplinares militares, aunque con una argumentación que no aportó un criterio claro de evaluación del problema planteado. En efecto, la sentencia indica que no cabía examinar la cuestión según los parámetros habituales en materia de objeción de conciencia religiosa, pues, aunque el contexto militar no elimina los derechos fundamentales, sujeta el ejercicio de los mismos de manera muy distinta a lo que sucede en el ámbito civil. Las exigencias de disciplina y jerarquía inherentes a la sociedad militar no tienen equivalente en la civil, y de ahí que —según el parecer de la Corte— las medidas disciplinares

---

[162] *Goldman v. Weinberger,* 475 U.S. 503 (1986). *Vid*. al respecto, entre la bibliografía española, R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia,* pp. 224-227, y A. CASTRO JOVER, *La utilización de signos…,* pp. 152-161, ambos citados en nota 100 de este capítulo; G. MORÁN, *Jurisprudencia comentada: sentencias decididas por el Tribunal Supremo norteamericano sobre libertad religiosa en 1986, 1987 y 1988,* en QDPE (1989/1), pp. 316-319.

[163] *Vid*. al respecto S.J. LEVINE, *Religious Symbols and Religious Garb in the Courtroom: Personal Values and Public Judgments,* en «Fordham Law Review» 66 (1997-1998), pp. 1505-1540.

contra el oficial judío resultaran procedentes, pues había que dejar un amplio margen de «deferencia» a las autoridades militares a la hora de interpretar las exigencias de la normativa militar en materia de uniforme y sus posibles excepciones (obsérvese que esa «deferencia» actúa aquí como un aproximado equivalente a la doctrina del TEDH del margen de apreciación de las autoridades nacionales).

La sentencia recibió cuatro duros votos particulares por parte de los jueces discrepantes, quienes, desde diversas perspectivas, criticaban la total ausencia de motivación racional de las autoridades militares respecto al hipotético impacto negativo que permitir el *yarmulke* podría tener en la disciplina militar o en la percepción que la opinión pública tiene del ejército, especialmente teniendo en cuenta el real impacto negativo que la prohibición tenía en el derecho constitucional del demandante a su libertad religiosa: se vería obligado a actuar contra su conciencia la mayor parte del día. La falta de racionalidad de la prohibición era aún más clara cuando se consideraba que la norma contemplaba otras posibilidades de afirmar la propia individualidad junto al uniforme, mediante el uso de ciertas piezas discretas de joyería, como anillos o pulseras (posibilidad frecuentemente usada para llevar emblemas de instituciones educativas). Además, dos de los jueces señalaban que el Tribunal, en lugar de limitarse a afirmar generalmente que el ámbito militar requiere un análisis de la acomodación a las creencias religiosas distinto al de la sociedad civil, debería haber aprovechado el caso precisamente para determinar cuáles son las condiciones de esa acomodación en el contexto del ejército, que es sin duda un entorno muy específico [164].

Un planteamiento análogo al de *Goldman,* pero quizá más riguroso en su argumentación, se encuentra en una reciente sentencia de una corte de apelación federal, *Webb,* relativa a la prohibición de uso de velo islámico femenino en el cuerpo de policía de Filadelfia [165]. Una oficial de policía con años de servicio, musulmana, solicitó permiso para llevar velo junto con su uniforme mientras estaba de servicio; el pañuelo no le cubriría ni la cara ni las orejas, sino sólo el cabello y la parte posterior del cuello. El permiso le fue denegado, en aplicación de las directivas sobre uniforme de la policía, cuya justificación era muy similar a las del ejército en Goldman: entre otras razones, servía para crear una identidad colectiva homogénea que fomentara el espíritu de cuerpo hacia el interior, y la confianza en el cuerpo hacia el exterior. Al insistir la oficial en vestir su velo en todo caso, fue sancionada con una suspensión temporal.

---

[164] Así lo afirmaba en concreto la juez O'Connor, con la adhesión del juez Marshall (cfr. *Goldman,* 475 U.S. 503, 529).

[165] *Webb v. City of Philadelphia,* 562 F.3d 256 (3d Cir. 2009).

Aunque ciertamente la policía no es lo mismo que el ejército, en ambos cuerpos la disciplina y la obediencia en el cumplimiento de las órdenes tienen notable importancia. En este caso la Corte, en lugar de limitarse a mostrar una actitud de deferencia hacia la decisión de las autoridades policiales, realizó un análisis de la situación a la luz de la *Civil Rights Act* de 1964, que prohíbe la discriminación por causa de la religión y obliga al empleador a «acomodar razonablemente» las creencias religiosas de los empleados salvo que eso le suponga una «carga excesiva» *(undue hardship)*. La Corte federal entendió que la restricción de la libertad religiosa de la demandante estaba justificada por la existencia de un interés estatal en mantener no sólo la neutralidad sustantiva del cuerpo de policía, sino también su apariencia de cara a la sociedad en general; y citaba como precedente la sentencia de otro tribunal federal de apelación, en la que se legitimaba el despido de un oficial de policía evangélico, en una ciudad tejana, por negarse a quitar de su uniforme un pin con una cruz dorada [166]. En *Webb,* además, se hacía notar que la política de uniformes de la policía de Filadelfia no conocía excepciones. Ese factor distinguía este caso de otra sentencia de la misma Corte, diez años antes, en la que se había declarado que dos oficiales musulmanes sunitas tenían derecho a que se les dejara crecer la barba por razones religiosas: las normas de policía prohibían la barba, pero preveían la posibilidad de permitir excepciones por razones médicas, y el mismo trato debía darse a una obligación de carácter religioso [167].

En Canadá, una vez más, puede comprobarse el afán del ordenamiento jurídico por buscar la acomodación a las prácticas religiosas o deberes de conciencia hasta el límite de lo razonable. A nivel de legislación sobre el uniforme de los cuerpos de seguridad, resulta significativo el contraste con Estados Unidos. El derecho canadiense, más atento a la tutela de la libertad que a la apariencia de una neutralidad entendida como «asepsia religiosa», ha establecido desde hace tiempo la posibilidad de que, en la Guardia Montada, los sijs sustituyan el característico sombrero *stetson* por su tradicional turbante. Frente a una impugnación de esa medida por un grupo de veteranos de la Guardia, la jurisprudencia ha mantenido la legitimidad de esa particular excepción en favor de los sijs desde la perspectiva tanto de la libertad religiosa como de la igualdad [168].

---

166 *Daniels v. City of Arlington,* 246 F.3d 500 (5th Cir. 2001).

167 *Fraternal Order of Police Newark Lodge No. 12 v. City of Newark,* 170 F.3d 359 (3d Cir.1999). Este caso, y el citado en la nota anterior, son comentados por A. Castro Jover, *La utilización de signos…,* cit. en nota 100 de este capítulo, pp. 144-148.

168 Se trata del caso *Grant v. Canada (Attorney General),* [1995] 1 F.C. 158 (Fed. T.D. Jul 08, 1994) (1.ª instancia), afirmado en apelación: [1995] F.C.J. No. 830 (Fed. C.A. May 31, 1995); y recurso a la Corte Suprema inadmitido: [1995] S.C.C.A. No. 394 (S.C.C. Feb 15, 1996). *Vid*. S. Cañamares Arribas, *Libertad religiosa, simbología…,* cit. en nota 22 de este capítulo, p. 159.

También en relación con símbolos religiosos de los sijs, pueden citarse otras dos interesantes decisiones de la jurisprudencia canadiense. Una fue pronunciada en 1990 por un *board of inquiry* de Alberta en relación con ciertas normas sobre atuendo en la Legión Real [169]. Un varón sij, cuya esposa trabajaba en la Legión, fue informado de que los reglamentos internos del cuerpo no permitían estar en el interior de sus locales con la cabeza cubierta. No estando dispuesto a quitarse el turbante, canceló su participación en la fiesta de Navidad organizada por los compañeros de su esposa, y presentó demanda por discriminación religiosa ante la Comisión de derechos de la persona. El resultado fue que, habiendo apreciado efectivamente la existencia de discriminación, al ser considerada la fiesta de Navidad equivalente a un servicio abierto al público, se ordenó a la Legión que modificara sus reglamentos al respecto.

La otra sentencia es *Hothi* [170], y se refiere a un juez provincial que había prohibido al acusado de un delito de agresión física que llevara el *kirpan* en la sala de vistas durante el juicio. La *Court of Queen's Bench* de Manitoba confirmó que la prohibición judicial del *kirpan* era adecuada, teniendo en cuenta que, aun siendo un objeto religioso, era al mismo tiempo un arma y susceptible de ser utilizada como tal. Aunque se aludía a cuestiones de seguridad, el énfasis de la Corte no era tanto en la posibilidad real de un uso violento del *kirpan,* sino más bien en la protección de la dignidad del proceso judicial: ésta exigía que se administrara justicia en un ambiente libre de toda influencia perturbadora, lo cual a su vez reclamaba la exclusión de toda arma en la sala.

Si nos trasladamos ahora a Europa, en Alemania también el clima apropiado para la celebración de un juicio ha dado lugar a conflictos sobre si puede permitirse o no que un miembro del jurado lleve una prenda claramente visible y de inequívoca significación religiosa. Se trata, en concreto, de la cuestión de si cabe excluir del jurado a una mujer que desea cumplir su función judicial ataviada con un *Kopftuch* islámico. La respuesta de la jurisprudencia alemana hasta ahora ha sido poco uniforme [171]. Un tribunal de segunda instancia de Bielefeld

---

La posición de la jurisprudencia canadiense fue confirmada ulteriormente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas: *Riley v. Canada,* Opinión sobre la Comunicación N.º 1048/2002, 8 febrero 2001.

169 *Singh v. Légion royale canadienne, Jasper Place (Alberta), Branche no 255* (1990), 11 C.H.R.R. D/357 (Alta. Board of Inquiry). *Vid*. al respecto J. WOEHRLING, *L'obligation d'accommodement raisonnable…,* cit. en nota 64 de este capítulo, p. 343.

170 *R. v. Hothi,* [1985] 3 W.W.R. 256 (B.R. Man.), confirmada en apelación: [1986] 3 W.W.R. 671 (C.A. Man.).

171 *Vid*. al respecto, entre otros, y con posicionamientos diferentes, B. KRETSCHMER, *Schöffin mit Kopftuch: Persona non grata?,* Berlin 2007, donde se contiene un estudio pormenorizado de la cuestión; J. BADER, *Die Kopftuch tragende Schöffin,* en NJW 41 (2007), pp. 2964-2966; K. GROH, *Angewandte Verfassungsrechtsprechung? - Die Schöffin mit Kopftuch,* en NVwZ 9 (2006), pp. 1023-

indicaba en 2006 que una prohibición del velo, y la consiguiente exclusión de la mujer que lo porta, no estando expresamente prevista por la ley, atenta contra el derecho constitucional de la mujer a la libertad religiosa; no obstante, deja abierta la posibilidad de que, en las circunstancias del caso concreto, alguna de las partes del proceso penal pueda formular recusación a la jurado por desconfianza hacia su imparcialidad [172]. Diferente, y más drástica, ha sido la posición de otro tribunal de segunda instancia, esta vez de Dortmund, que unos meses más tarde declaraba que una mujer con *Kopftuch* ha de ser excluida del jurado, sobre la base de que el velo islámico constituye una expresión religiosa o ideológica que va contra la dignidad del tribunal, y lesiona la imparcialidad, objetividad y neutralidad del mismo, en la medida en que personifica una concepción restrictiva de la posición y los derechos de la mujer en la sociedad [173]. El mismo tribunal, en 2007, declaraba inhábil para ejercer la función de jurado a una mujer musulmana que, por sus creencias, consideraba que hay diferencias esenciales entre varón y mujer; hacía notar el tribunal que, si la mujer no había sido capaz de despojarse de una expresión externa como el velo ni un solo momento durante el procedimiento, con mayor razón debía presumirse que sería incapaz de liberarse de sus creencias religiosas internas, que le impedían apreciar la igualdad esencial entre sexos [174].

También el Tribunal Constitucional federal se ha pronunciado sobre la presencia del velo islámico en una sala de juicios, en una decisión de 2006 [175], pero con una importante diferencia en cuanto a los hechos. La portadora del *Kopftuch* no formaba parte del tribunal, sino que era una simple espectadora. Era, en concreto, una mujer turca musulmana que asistía a un juicio de menores en el cual su hijo era el acusado y que, ante la orden del juez de que debía quitarse el velo o abandonar la sala, se decidió por esto último. El *Bundesverfassungsgericht* hacía constar que el juez de menores había violado la libertad religiosa de la mujer y su derecho a la igualdad de trato, ya que no podía dictar una orden que limitara sus derechos constitucionales sin una previa comprobación de que su indumentaria representaba un peligro concreto para la buena marcha del juicio.

---

1026; R. Feldman, *Religiöse Symbole in Gerichten und Gerichtsverfahren,* en «Betriff Justiz» (2008), pp. 216-219; K. Wiese, *Richterinnen mit Kopftuch,* en «Betrifft Justiz» (2008), pp. 223-227.

172 LG Bielefeld 3221b E H 68, 16.3.2006.

173 LG Dortmund 14 (VIII) Gen Str K, 7.11.2006.

174 LG Dortmund 14 Gen Str K 12/06, 12.2.2007.

175 BVerfG, 2 BvR 677/05 vom 27.6.2006, Absatz Nr. (1-25).

### 3.4. *La prohibición del* burka *o* niqab *en lugares públicos*

Fuera ya del estricto ámbito de los lugares públicos que representan la autoridad del Estado, pero en conexión con las normas que regulan el comportamiento que puede considerarse aceptable en el espacio público, vale la pena mencionar el debate público, y las distintas soluciones jurídicas que hasta ahora se han adoptado, sobre la utilización de ciertos tipos de indumentaria femenina que suele observarse habitualmente como relacionada con interpretaciones extremas del Islam, lesivas para los derechos de la mujer. Se trata en concreto del *burka* y del *niqab,* prendas que, como se sabe, ocultan por completo la cabeza y el rostro de la mujer, en el caso del primero, y dejan sólo visibles los ojos, en el caso del segundo. Muchas mujeres musulmanas —y ésa es también la interpretación de muchos varones— se sienten obligadas a llevar el velo integral por razones morales inspiradas en una determinada visión del Islam. Naturalmente, son aún más las mujeres y varones musulmanes que afirman rotundamente que nada en el Corán o en la ley islámica genuina sugiere esa obligación, pero ésa es una disputa teológica en la que el Estado, por razón de su neutralidad hacia la religión, ha de abstenerse de tomar partido. Lo que al derecho estatal corresponde es decidir si debe o no actuar en relación con el uso de esa vestimenta, y en qué términos.

En Francia, cuya política de eliminación de símbolos religiosos visibles en el ámbito escolar ya ha sido comentada [176], el uso del *burka* dio origen a una decisión del Consejo de Estado en 2008. Una mujer marroquí había solicitado la concesión de la ciudadanía francesa por razón de matrimonio, pero las autoridades francesas decidieron oponerse debido a que vestía habitualmente el *burka* —el Código Civil francés, en su art. 21.4, prevé que el gobierno puede denegar la solicitud de naturalización del cónyuge de un ciudadano francés «por falta de asimilación, además de la lingüística»—. El Consejo de Estado confirmó el rechazo de la solicitud, haciendo notar que la solicitante no cumplía las condiciones de «asimilación» requeridas por el Código Civil: si bien tenía un conocimiento adecuado de la lengua francesa, había adoptado «una práctica radical de su religión, incompatible con los valores esenciales de la comunidad francesa, y en particular con el principio de igualdad de sexos». Y añadía que la resolución denegatoria no tenía «ni por objeto ni por efecto atentar contra la libertad religiosa de la interesada» [177]. Parte de la doctrina española ha justificado la decisión del Consejo de Estado, subrayando que en realidad el *burka* no constituía una verdadera expresión de libertad religiosa, sino más bien de sumisión al varón. La solicitante había declarado que no lo vestía en Marruecos, sino que comenzó a

---

[176] *Vid. supra,* epígrafe 2.1.d).I) de este capítulo.

[177] Conseil d'Etat, décision N.º 286798, 27 junio 2008.

hacerlo en Francia por indicación de su marido, y que lo consideraba materia de costumbre más que de religión [178].

Durante los últimos años ha ido *in crescendo* en Europa el debate público sobre la conveniencia, e incluso la necesidad, de prohibir el *burka* y el *niqab* en lugares públicos. Holanda fue uno de los primeros países en lanzar la idea de prohibir esa clase de vestimenta en público, desde 2006 [179], pero la iniciativa se ralentizó posteriormente. Otros países europeos, sin embargo, la han llevado a término, respondiendo —quizá por motivaciones más políticas que estrictamente jurídicas— a la presión de grupos que defienden la igualdad de derechos de la mujer y que perciben el *burka* y el *niqab* como claros atentados a su dignidad. Se trata en concreto de Bélgica y Francia, y el apoyo legislativo obtenido por esas prohibiciones parece haber alentado a quienes defienden propuestas análogas en Holanda [180].

Así, en Bélgica, en abril de 2010, la Cámara de Representantes aprobó por abrumadora mayoría (136 votos a favor y 2 abstenciones) un proyecto de ley que prohíbe «portar cualquier vestimenta que oculte el rostro totalmente o en gran medida» [181]. Aunque la iniciativa tiene por clara finalidad extirpar la presencia de esas prendas femeninas del ámbito público, ni el *burka* ni el *niqab* son mencionados explícitamente. Se trata de un breve texto que modifica el Código Penal en los siguientes términos: se castiga con multa de 15 a 25 euros, o con prisión de 1 a 7 días, a quienes «se presenten en lugares accesibles al público con la cara enmascarada o disimulada, en todo o en parte, de manera que no puedan ser identificados». Quedan exceptuadas de esta medida aquellas personas que ocultan su rostro en cumplimiento de un reglamento de trabajo o de una ordenanza de policía, o con ocasión de manifestaciones festivas. El proyecto de ley, antes de ser promulgado, ha de ser aún ratificado por el Senado.

Poco después, en julio de 2010, en Francia, y también de manera casi unánime, la Asamblea Nacional aprobaba una ley similar [182], en la que se indica taxativamente que «nadie puede llevar, en el espacio público, una prenda destinada a

---

[178] *Vid*. M.T. Areces, *Límites a la expresión individual de la libertad religiosa: el «burka», incompatible con la igualdad de sexos,* en RGDCDEE 18 (2008), pp. 1-31.

[179] *Vid*., por ejemplo: http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6160620.stm (consultado 18 octubre 2010).

[180] *Vid*., por ejemplo: http://jurist.org/paperchase/2010/10/dutch-lawmaker-announces-plans-to-ban-burqa.php (consultado 18 de octubre 2010).

[181] *Projet de loi visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage,* aprobado el 29 abril 2010. Texto disponible en: http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/52/2289/52K2289008.pdf (consultado 20 septiembre 2010).

[182] *Projet de Loi Adopté par l'Assemblée Nationale, interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public,* aprobado el 13 julio 2010. Texto disponible en http://www.senat.fr/leg/pjl09-675.html (consultado 20 septiembre 2010).

disimular su rostro». Precisa la norma que por espacio público han de entenderse «las vías públicas así como los lugares abiertos al público o afectados a un servicio público». Y, a semejanza de la ley belga, exceptúa de esta regla a quienes cubran su rostro en cumplimiento de una norma legal, por razones de salud o profesionales, o bien en el contexto de prácticas deportivas, fiestas o manifestaciones artísticas o tradicionales. Las sanciones que establece la ley francesa en caso de incumplimiento son mucho más duras que las de la legislación belga, especialmente para quienes obliguen a llevar esa clase de prendas a otras personas, por razón de su sexo, mediante violencia, amenaza o abuso de autoridad: esa conducta se castiga con multa de 30.000 euros y un año de prisión, pena que se duplica si la persona a quien se impone la prenda es menor de edad. Como puede observarse, el objetivo implícito de la ley francesa lo constituyen los varones musulmanes que ordenan a sus esposas o a sus hijas vestir el *burka* o *niqab.* El texto fue ratificado por el Senado en septiembre de 2010 [183].

Conviene advertir que el proyecto de ley aprobado por el legislativo francés recoge sólo parcialmente las conclusiones del informe emitido por el Consejo de Estado francés en marzo de 2010 [184]. Por ejemplo, sigue sus recomendaciones en cuanto a endurecer las penas para quienes obligan a otros a vestir el velo integral, pero ignora la clara advertencia del Consejo de Estado de que una prohibición absoluta del *burka* o *niqab* sería poco justificable jurídicamente, y generaría importantes dudas respecto a su compatibilidad con ciertos derechos fundamentales, aunque sí sería sostenible exigir que se lleve el rostro descubierto en ciertos lugares públicos cuando la naturaleza o circunstancias del lugar así lo aconsejen.

No obstante, sometida a dictamen por parte del Consejo Constitucional antes de su promulgación, la ley fue declarada constitucional por dicho órgano, en octubre de 2010 [185]. En su razonamiento, el Consejo Constitucional consideraba legítimas las motivaciones que han impulsado al legislador francés a establecer la prohibición de esos símbolos religiosos, con particular referencia no sólo a razones de seguridad pública, sino al hecho de que «las mujeres que ocultan su

---

[183] La ratificación se produjo el 14 septiembre 2010, casi por unanimidad: 246 votos a favor y 1 en contra). El expediente legislativo puede consultarse en: http://www.senat.fr/les_actus_en_detail/article/dissimulation-du-visage-dans-lespace-public.html (visitado 20 septiembre 2010).

[184] *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral. Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'Etat le jeudi 25 mars 2010.* Texto disponible en http://www.conseil-etat.fr/cde/media/document/avis/etude_vi_30032010.pdf (visitado 20 septiembre 2010). Sobre ese estudio, *vid.,* en España, el pormenorizado análisis de M.T. Areces, *La prohibición del velo integral, burka y niqab: el caso francés. A propósito del informe del Consejo de Estado,* en RGDCDEE 24 (2010), pp. 1-44.

[185] Décision n.º 2010-613 DC, 7 octubre 2010.

rostro, voluntariamente o no, se encuentran en una situación de exclusión y de inferioridad manifiestamente incompatible con los principios constitucionales de libertad y de igualdad» [186]. A la vista de ello, y teniendo también en cuenta la naturaleza de las penas impuestas en caso de infracción de la ley, el Consejo concluía que el legislador ha llevado a cabo una conciliación de intereses diversos que no es «manifiestamente desproporcionada». Por lo que la ley ha de considerarse constitucional, con una reserva: siempre que se interprete que la prohibición de ocultar el rostro en el espacio público no puede extenderse a los lugares de culto abiertos al público [187]. En otras palabras, el Consejo Constitucional francés daba luz verde a la prohibición del *burka* y *niqab* en espacios públicos, pero sin que tal prohibición pueda aplicarse a las mezquitas u oratorios de acceso público. La ley entró en vigor en abril de 2011.

El éxito de las prohibiciones legales en Bélgica y Francia ha tenido, entre otros, el efecto de revitalizar la paralela, y hasta entonces aletargada, iniciativa legislativa en Holanda. A semejanza de las leyes belga y francesa, el veto al *burka* y *niqab* se extendería a la vía pública. El gobierno, trazando una analogía con la desnudez en público, justifica su propuesta mediante el recurso a la protección de la moral pública más que de la seguridad pública. Sobre la base de que no se trata en propiedad de una norma religiosa islámica sino impuesta por determinadas tradiciones culturales y regionales, afirma que tales prendas son incompatibles con la noción de igualdad de sexos y con la naturaleza misma de la interacción social, la cual reclama que las personas puedan reconocerse mutuamente. El proyecto de ley ha sido enviado para dictamen al Consejo de Estado y podría ser sometido a tramitación parlamentaria a partir de finales de 2011 [188].

El debate político sobre la prohibición del *burka* y *niqab* ha llegado también a España, tanto a nivel nacional como local. En el primero, el Senado aprobó por escaso margen (131 votos contra 129), en junio de 2010, una moción por la que se instaba al gobierno a realizar las reformas legales y reglamentarias necesarias para prohibir el uso de atuendos que cubran completamente el rostro en espacios o acontecimientos públicos que no tengan una finalidad estrictamente reli-

---

186 *Ibid.*, considérant 4.

187 Cfr. *ibid.*, considérant 5.

188 Para un análisis actualizado de la cuestión en Holanda, *vid*. A. Overbeeke, *Towards a General Burqa Ban in The Netherlands?,* en «*The Burqa Affair across Europe: between Private and Public,* Ashgate, forthcoming 2012» (ed. por A. Ferrari & S. Pastorelli), Aldershot 2012 (en prensa); publicado asimismo en versión italiana, con el título *Verso un divieto generale del burqa nei Paesi Bassi?,* en QDPE 1 (2012) (en prensa). También, desde la perspectiva de un estudio comparativo con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, y con referencias a las leyes belga y francesa, G. van der Schyff & A. Overbeeke, *Exercising Religious Freedom in the Public Space: A Comparative and European Convention Analysis of General Burqa Bans,* en «European Constitutional Law Review» 7 (2011), pp. 424-452.

giosa [189]. Sin embargo, el 20 de julio de 2010 el Congreso rechazaba dicha moción, aunque una semana más tarde admitía a trámite una proposición no de ley, presentada un mes antes por el Grupo Parlamentario Catalán, instando al gobierno a «solicitar al Consejo de Estado un estudio acerca de la regulación de la utilización del velo integral, en el marco del ordenamiento jurídico vigente» [190].

A nivel local, varios ayuntamientos catalanes han adoptado normas que prohíben, bajo sanción de multa, el uso del *burka* y *niqab* en edificios y equipamientos municipales [191]. Y han instado al gobierno autonómico a establecer un marco legislativo común que regule el uso de esas prendas en la vía pública. En el momento de escribir estas páginas, han adoptado esa normativa los ayuntamientos de Barcelona, Tarragona, Lleida, El Vendrell, Manresa, L'Hospitalet de Llobregat, Mollet del Vallès, Cunit, Santa Coloma, Roses y Martorell. Esta clase de iniciativas, lejos de decrecer, parece ir cobrando auge, como lo muestra la norma análoga aprobada por el ayuntamiento de Galapagar, en Madrid.

La cuestión de la prohibición del *burka* y *niqab* es de todo menos sencilla. La inquietud que suscita la utilización de esa indumentaria tiene su fundamento, como también lo tiene la previsible presión que muchas mujeres pueden sufrir al respecto por parte de sus esposos. Pero desde el punto de vista jurídico, y al margen de otras medidas que puedan ser adoptadas en otros planos, como el educativo, no es fácil regular esta materia sin lesionar derechos fundamentales largamente consolidados. Parte de la dificultad del problema reside en dos factores.

El primero es la intangibilidad de las decisiones que afectan al ámbito de la privacidad, la cual incluye tomas de posición en cuestiones morales y legitima a la persona para realizar voluntariamente actos que otras personas pueden considerar absurdos, incomprensibles o denigrantes, ya sea por el acto en sí o por la significación que se le atribuye —y que no necesariamente ha de coincidir con la justificación que impulsa a su autor— [192]. Ha de respetarse esa intangibilidad

---

[189] La iniciativa de la moción fue presentada por el Partido Popular, y se opuso a ella el Partido Socialista. *Vid*. el texto de las intervenciones orales en el Diario de Sesiones del Senado (Pleno), IX Legislatura, Núm. 85, 23 junio 2010.

[190] *Vid*. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie D. Núm. 432, 27 julio 2010, p. 8.

[191] *Vid*. al respecto A. Seglers & I. Jiménez Aybar, *El debate sobre la presencia del «velo integral» en el espacio público en Cataluña: una aproximación socio-jurídica,* en RGDCDEE (2012) (en prensa). También, sobre la temática del velo integral en relación con la utilización de símbolos religiosos institucionales, *vid.,* recientemente, I. Briones, *Los símbolos religiosos como signos de identidad y de discordia. De la libertad de conciencia y de expresión del individuo a las tradiciones religiosas de un pueblo,* en ADEE 28 (2012) (en prensa).

[192] Que el problema de la significación del velo es clave para la comprensión (y tolerancia) social del velo se advierte al considerar otras motivaciones posibles para cubrir el rosro el públi-

respecto al uso del *burka* o del *niqab* por la misma razón que debe respetarse el recurso voluntario al hábito monacal de hombres y mujeres, y, más allá de lo religioso, a tatuajes, tocados o abalorios de diverso estilo por motivos culturales, étnicos, deportivos, etc. En este ámbito, es el respeto de la voluntad personal lo que ha de predominar, y no la imposición de patrones socialmente admitidos como superiores o más evolucionados. Ciertamente, la real voluntariedad del uso del *burka* o *niqab* por parte de las mujeres puede ser puesta en duda en muchas ocasiones, pero el derecho tiene sus límites, y son evidentes los riesgos potenciales de invadir legítimas esferas de privacidad aun con la loable intención de liberar a la mujer de yugos históricos.

El segundo factor, en relación con lo anterior, es la delimitación de qué espacios públicos admiten una legítima restricción de indumentarias —y en general de comportamientos— que han sido libremente asumidos por la persona. Algunas distinciones elementales son aquí necesarias. Naturalmente, no tendría sentido prohibir el uso del velo integral en lugares privados —al estilo de aquellas antiguas leyes penales, en Inglaterra o Estados Unidos, que castigaban la práctica de la homosexualidad en el propio domicilio. Pero tampoco parece justificable una prohibición del velo indiscriminadamente en lugares públicos, incluida la vía pública, según la solución de la reciente ley francesa o belga, o al modo de la propuesta del Senado español, que reclamaba permitir su uso solamente en lugares de finalidad estrictamente religiosa. Sin duda, en algunos lugares públicos la prohibición del velo integral puede cobrar sentido, por razones de seguridad o de comunicación interpersonal [193]: por ejemplo, edificios desti-

---

co: por ejemplo, por razones estéticas (enfermedad cutánea), de seguridad (casco integral de motocicleta) o de salud (pasamontañas para protegerse del frío). El debate social acerca de esos otros supuestos es inexistente, porque la sociedad acepta mayoritariamente los motivos que mueven a las personas a llevar esas prendas.

[193] Éste es también el planteamiento adoptado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en dos recientes documentos (ambos adoptados por unanimidad el 23 junio 2010): la Resolución 1743 (2010): Islam, Islamismo e Islamophobia en Europa, y la Recomendación 1927 (2010): Islam, Islamismo e Islamophobia en Europa. Este último (§ 3.13) pide a los Estados miembros «no establecer una prohibición general del velo integral o de otras indumentarias religiosas o especiales», y recomiendan al mismo tiempo «proteger a las mujeres de toda violencia física y psicológica, así como proteger su libertad de decisión para vestir indumentaria religiosa o especial, y garantizar la igualdad de oportunidades de las mujeres musulmanas para participar en la vida pública y proseguir su educación y sus actividades profesionales». Añadiendo que «las restricciones legales a esta libertad pueden ser justificadas cuando sean necesarias en una sociedad democrática, en concreto por razones de seguridad o en los casos en que la función pública o profesional de las personas reclama su neutralidad religiosa o que su rostro sea visible». En el mismo sentido se pronuncia la Resolución 1743 (2010), subrayando, por una parte, que «ninguna mujer debe ser obligada por su comunidad o su familia a vestir atuendo religioso» (§ 15), y, por otra, que «una prohibición general de vestir el *burka* y *niqab* privarían del derecho a cubrir su rostro a las mujeres que libremente desean hacerlo» (§ 16).

nados a oficinas públicas, aeropuertos o estaciones, o centros educativos (el rostro es, para la inmensa mayoría de los seres humanos, el primer elemento que posibilita la identificación de las personas y también la comunicación entre personas, que es parte esencial de la dinámica de la educación).

En todo caso, lo importante es recordar que la prohibición de un signo religioso ha de ser justificada —recuérdense los términos del art. 9.2 CEDH— como «necesaria en una sociedad democrática», en el caso concreto, sin que sean suficientes vagas alusiones al orden público o a la dignidad de la mujer. De ahí que resulte más equilibrada la posición adoptada por el Consejo de Estado francés, en su informe antes citado [194], cuando recomienda hacer las necesarias distinciones entre lugares públicos según su naturaleza y sus circunstancias, y acentúa la importancia de perseguir no a las portadoras del *burka* o *niqab,* sino a quienes, en su caso, les obligan a llevarlo contra su voluntad.

## 4. La indumentaria de significación religiosa en el ámbito laboral

El ámbito de las relaciones laborales, en el que las consideraciones de derecho privado se entremezclan con otras más propias del derecho público, tampoco ha estado exento de conflictos entre el uso de signos religiosos externos y normas de la empresa.

En Canadá encontramos un caso decidido por la Corte Suprema en 1985, *Bhinder* [195], que parece apartarse de la jurisprudencia anterior de la Corte —y también posterior— en lo que se refiere a la exigencia de acomodación de las creencias religiosas salvo que pueda demostrarse la existencia de una carga indebida o excesiva para el empleador. El protagonista del caso era un empleado sij, electricista, que rehusaba cumplir con una nueva norma de seguridad impuesta por la compañía ferroviaria canadiense, según la cual todos los trabajadores de un área determinada debían llevar casco de protección. Su negativa a cumplir la nueva regulación provenía de sus convicciones religiosas, que le impedían llevar sobre la cabeza otra cosa distinta de su turbante. No habiendo puestos vacantes de electricista en lugares que no requiriesen el casco de protección, el trabajador sij debió abandonar su empleo unos días después. Bhinder inició un proceso judicial por discriminación basada en la religión, y obtuvo sentencia favorable en primera instancia, que sería revocada sin embargo en apelación y en la Corte Suprema.

---

[194] *Vid. supra,* nota 184 y texto correspondiente. *Vid.* especialmente sección III de ese informe.

[195] *Bhinder v. Canadian National Railway,* [1985] 2 S.C.R. 561. Para un comentario al mismo, *vid.* S. Cañamares Arribas, *Libertad religiosa, simbología…,* cit. en nota 22 de este capítulo, pp. 157-159.

Esta última dio la razón a la compañía ferroviaria, entendiendo que, si el empresario puede probar que la desigualdad de trato proviene de la aplicación de una condición para el desempeño del trabajo impuesta de buena fe *(bona fide occupational requirement)*, queda liberado de la necesidad de acomodar las creencias religiosas del trabajador que resulte perjudicado, o en su caso de probar que dicha acomodación le causaría una *undue hardship.* Además, la noción de «buena fe» en relación con los requisitos de trabajo había de ser interpretada en relación con la generalidad de los trabajadores y no con la situación singular de cada trabajador en particular. En este caso, resultaba claro para la mayoría de la Corte que las razones de seguridad y la aplicación indiscriminada de la nueva regla demostraban su buena fe. La Corte hacía una referencia explícita a la excepción establecida para los sijs por la legislación británica que decreta la obligatoriedad del casco de protección para los conductores de motocicleta [196], y concluía que el legislador es libre para crear excepciones análogas en favor de quienes sufren discriminación indirecta por esa causa en el lugar de trabajo, pero que «esta Corte no puede crear judicialmente ese tipo de exenciones» [197]. Dos magistrados suscribieron una opinión conjunta discrepando de la mayoría, haciendo constar que, según la jurisprudencia anterior del Tribunal, era la noción de *bona fides* la que debía ser interpretada a la luz de la obligación de acomodar las creencias del trabajador, y no a la inversa. En otras palabras, sólo podía entenderse que el desigual trato a un trabajador era consecuencia legítima de un *bona fide occupational requirement* cuando el empleador había demostrado que no era posible acomodar las exigencias religiosas del empleado sin incurrir en una «carga indebida» para la empresa.

También en Estados Unidos la jurisprudencia ha considerado que las condiciones de seguridad en el trabajo tienen primacía sobre los preceptos religiosos en materia de indumentaria, sobre todo cuando el comportamiento de la empresa muestra un sincero esfuerzo por acomodar las creencias religiosas del trabajador. Así, en el caso *Bhatia* [198], una Corte de Apelación federal falló a favor de la empresa cuando cambió de puesto a un empleado, con reducción de sueldo, por su negativa a cumplir con una nueva norma de seguridad en el trabajo. En concreto, se trataba del uso de una mascarilla facial hermética, que en deter-

---

[196] *Vid. supra,* nota 140 de este capítulo y texto correspondiente.

[197] La decisión de la Corte Suprema fue posteriormente confirmada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas: *Bhinder v. Canada,* Opinión sobre la Comunicación No. 208/1986, 9 noviembre 1989.

[198] *Bhatia v. Chevron U.S.A., Inc.,* 734 F.2d 1382 (9th Cir. 1984). *Vid.* R. Palomino, *Las objeciones de conciencia,* cit. en nota 100 de este capítulo, pp. 215-216. *Vid.* también, sobre este y otros casos estadounidenses relacionados con indumentaria religiosa en el ámbito laboral, relativos a conflictos bien con las normas de seguridad o bien con las normas de imagen de la empresa, A. Castro Jover, *La utilización de signos…,* cit. en nota 100 de este capítulo, pp. 167-185.

minado momento se impuso como obligatoria en California para todas aquellas personas expuestas a gases o sustancias tóxicas. El recurrente, de religión sij, rehusaba tajantemente afeitarse, lo cual era requisito imprescindible para que la mascarilla resultara eficaz. La empresa había negociado durante varias semanas con el empleado y había buscado, infructuosamente, la posibilidad de recolocarlo en un puesto de trabajo con el mismo sueldo y en el que no fuera necesaria la mascarilla; el puesto que finalmente le ofrecieron comportaba una reducción salarial del 17%, e iba acompañado del compromiso de restaurarlo en su posición anterior si se desarrollaba una mascarilla cuyo uso no requiriese estar afeitado.

En Europa, dos casos de alegada discriminación indirecta por causa de la religión han atraído la atención de la opinión pública, respectivamente, en Reino Unido [199] y en Alemania.

Uno es el caso *Eweida* [200], relativo al conflicto de una trabajadora de British Airways por insistir en portar en el cuello una cadena con una cruz de plata, de entre 3 y 4 cm. de largo. La empleada reconocía que llevar una cruz no era necesariamente un deber de la fe cristiana, pero explicaba que era un testimonio personal de sus creencias de cristiana, y alegaba discriminación respecto al personal de religión islámica o sij, a los cuales la empresa sí les permitía llevar atuendo de significación religiosa. En efecto, las normas de indumentaria de la aerolínea permitían llevar signos religiosos siempre que no fueran externamente visibles. No obstante, se establecía una excepción cuando determinados símbolos religiosos debieran llevarse de manera obligatoria según los preceptos de algunas religiones y no fuera posible dejarlos ocultos bajo el uniforme reglamentario; e incluso en esas circunstancias se requería una autorización *ad casum*. Entre las prendas religiosas aprobadas estaban el *hijab,* el turbante sij y la kipá judía.

La Sra. Eweida, como resultado de su persistencia en utilizar el colgante con la cruz, fue suspendida en su empleo durante varios meses, e inició de inmedia-

---

[199] Hay otros casos relativos a conflictos entre uso de indumentaria religiosa y normas de la empresa en el Reino Unido, no infrecuentes entre sijs. Algunas de las sentencias más conocidas, normalmente dando prioridad a las normas de higiene y de uniformidad en el trabajo sobre los deberes religiosos, son *Singh v. Lyons Maid Ltd.,* [1975] I.R.L.R. 328; *Gill v. The Walls Meat Co.,* (1977) H.S.I.B. 12; *Singh v. Rowntree Mackintosh Ltd.,* [1979] I.C.R. 554; *Panesar v. Nestlé Co. Ltd.,* [1980] I.C.R. 144. Sobre esos y otros casos, *vid*. M. Hill, *The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion or Belief in the United Kingdom,* en «Emory International Law Review» 19 (2005), pp. 1160 ss.; P. Cumper, *Religious Liberty in the United Kingdom, in* «Religious Human Rights in Global Perspective» (ed. por J.D. van der Vyver & J. Witte), The Hague 1996, pp. 227 ss.

[200] *Eweida v. British Airways,* [2008] UKEAT 0123_08_2011. *Vid*. un comentario a esta sentencia en R. Sandberg, *Eweida v. British Airways,* en «Law and Justice» 160 (2008), pp. 56-59.

to procedimientos judiciales contra British Airways por discriminación indirecta. Su suspensión se prolongó durante varios meses, durante los cuales se desarrolló un agrio debate en la opinión pública en la que la aerolínea británica llegó a ser acusada de anti-cristiana, y se criticó duramente que desplegara un notable esfuerzo para acomodar la legislación a las prácticas de religiones orientales —Islam y sijismo en particular— al mismo tiempo que mostraba un aparente desinterés por una adaptación paralela a las reclamaciones de conciencia de ciudadanos pertenecientes a la tradición cristiana. Finalmente, la compañía aérea decidió cambiar sus reglas de uniforme y permitir —siempre con sujeción a una solicitud específica— que el personal pudiera llevar un discreto símbolo religioso o análogo sobre el uniforme, apresurándose a autorizar las cruces y las estrellas de David.

Respecto a la concreta reclamación de la empleada, la jurisdicción laboral británica dio la razón a la aerolínea, tanto en primera instancia como en apelación. En esta última sentencia, aun reconociendo que la Sra. Eweida había sufrido personalmente una concreta desventaja u obstáculo en su vida laboral por razón de su creencia, rechazó que se hubiera producido discriminación indirecta de carácter religioso en el sentido en que usa ese término la legislación sobre igualdad [201], ya que no constaba que los cristianos, o un particular grupo de entre ellos, hubiera sido puesto en situación desfavorable respecto a los fieles de otras religiones. La Court of Appeal ha confirmado ese parecer en 2010 [202], indicando que la apreciación de un caso de discriminación indirecta, según la legislación laboral británica, requiere que haya un grupo identificable, por pequeño que sea, en situación de desigualdad, añadiendo que en este caso las pruebas mostraban que sólo se trataba de un caso individual, que no afectaba a los cristianos, o a una parte de ellos, en su conjunto. Además, dos de los jueces hacían notar que, incluso en el supuesto de reconocer que la discriminación indirecta puede aplicarse a situaciones individuales, la desigualdad estaría aquí justificada por legítimos intereses empresariales.

Anteriormente, en Alemania, en el contexto de otros casos sobre velo islámico femenino que ya han sido mencionados anteriormente, había suscitado amplio interés en la opinión pública una sentencia del Tribunal Constitucional federal, de 2003, relativa al despido de una trabajadora de unos grandes almacenes por vestir el velo en su trabajo [203]. Los hechos tuvieron lugar en una peque-

---

[201] *Vid. supra,* nota 89 de este capítulo.

[202] *Eweida v. British Airways plc,* [2010] EWCA Civ 80, [2010] ICR 890 (12 febrero 2010).

[203] BVerfG, 1 BvR 792/03 vom 30.7.2003, Absatz-Nr. (1 - 27). Un comentario a la sentencia, en España, puede verse en A. López-Sidro, *Despido improcedente de una dependienta de grandes almacenes por llevar velo islámico,* en RGDCDEE 3 (2003), pp. 1-9. Entre la doctrina alemana, *vid.* S.R. Laskowski, *Der Streit um das Kopftuch geht weiter,* en «Kritische Justiz» (2003), pp. 420-444;

ña ciudad alemana del *Land* de Hesse. La empleada, de origen turco, llevaba varios años contratada en la empresa como vendedora en la sección de cosméticos y perfumería. Durante ese tiempo había vestido al estilo occidental, sin signo visible que revelara su fe musulmana. Sin embargo, al retornar de un permiso por maternidad, afirmó que había experimentado un cambio interior que le había persuadido de la necesidad de cubrir su cabeza de acuerdo con la costumbre y las normas del Islam. Su firmeza en no prescindir del velo motivó que la empresa finalmente la despidiera, alegando el perjuicio que esa imagen causaría a las ventas, por ser su clientela de una población pequeña y en gran parte de origen rural, poco aficionada a cambios en sus tradiciones.

En primera y segunda instancia prevaleció la decisión de la empresa. Sin embargo, el Tribunal Laboral federal *(Bundesarbeitsgericht)* llegó a la conclusión contraria y declaró el despido improcedente, con razonamiento que recuerda bastante la doctrina de la acomodación de la jurisprudencia canadiense, y que fue aceptado por el Tribunal Constitucional federal al inadmitir el recurso de la empresa. Sustancialmente, la argumentación se centraba en realizar una ponderación de los derechos fundamentales en conflicto: la libertad religiosa y el derecho al trabajo de la empleada por un lado, y la libertad de empresa del empleador por otro. La conclusión fue que debía darse prioridad a los derechos de la trabajadora, ya que los grandes almacenes no habían probado de manera concreta el perjuicio que se derivaría para el negocio de la decisión de la vendedora de vestir el *Kopftuch* en ejercicio de su libertad religiosa. Además, se hacía notar que, siendo su especialidad las ventas, podría haber sido trasladada a otra sección donde se minimizara el alegado impacto comercial negativo de su indumentaria.

En España, muy distinta ha sido la actitud del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en una sentencia sobre caso parecido, de 1997, a propósito de la demanda de una trabajadora musulmana que había sido contratada como vendedora por Aldeasa, empresa gestora de tiendas *duty free* en el aeropuerto de Madrid-Barajas [204]. Tres semanas después de comenzar su contrato, la empleada dirigió una carta a la empresa solicitando algunas medidas que hicieran compatible su empleo con sus convicciones religiosas. No pedía autorización para vestir el velo, pero sí que se le eximiera de la obligación de vestir falda corta —por encima de las rodillas, requerían las normas de uniforme de la empresa— así como que se le permitiera ausentarse del trabajo durante tres horas en la tarde

---

C. BITTNER, *Islamisches Kopftuch als Grund zur ordentlichen Kündigung einer Verkäuferin?,* en Jura (2004), pp. 39-44; y, desde una perspectiva comparativa con el Reino Unido, G. THÜSING & D. WEGE, *Kündigungsschutz und Schutz vor rassischer Diskriminierung als Rechtsinstitute zur Sicherung der Religionsfreiheit in Deutschland und im Vereinigten Königreich,* en «Zeitschrift für Europäisches PrivatRecht» (2004), pp. 404-423.

[204] STSJ Madrid (Sala de lo Social, sección 5.ª), 27 octubre 1997 (rec. n.º 2170/1997).

de los viernes para el rezo colectivo, y que se le dispensara de trabajar en establecimientos donde se manipularan productos derivados del cerdo y del alcohol. Todas las peticiones fueron denegadas por la empresa, y confirmadas por el Tribunal, que insistía en exigir «a la parte trabajadora una conducta especial de lealtad y buena fe», consistente en indicar previamente, al solicitar el puesto de trabajo, «su confesión religiosa y el horario especial que ello implica, a fin de que esa futura empleadora estudie si puede encajar tal situación especial en su infraestructura específica». Parte de la doctrina [205], creemos que con razón, ha criticado la rigidez tanto de la empresa como de los tribunales, que en ningún momento se refieren a obligación alguna del empleador de acomodar las creencias religiosas del trabajador, o a la noción de discriminación indirecta que poco después aparecería en las directivas de la Unión Europea sobre igualdad en las relaciones laborales [206].

Otro Tribunal Superior de Justicia, el de Baleares, adoptaba la posición opuesta pocos años después, siguiendo criterios que nos parecen mucho más justos [207]. El caso se refería a un trabajador judío, conductor de autobús de la Empresa Municipal de Transportes de Palma de Mallorca, quien, tras varios años llevando gorra durante su trabajo por razones religiosas, como señal de respeto a Dios, fue sancionado por la empresa por no respetar las reglas sobre uniforme. Al dar la razón al trabajador, el Tribunal hacía notar que el derecho a imponer un determinado uniforme a los empleados constituye una manifestación concreta del derecho del empresario a dirigir la actividad laboral, pero no es un derecho ilimitado y puede entrar en conflicto con otros derechos, y así sucedía en este caso respecto al derecho fundamental del trabajador a la libertad religiosa. Esa clase de conflictos —continuaba el Tribunal— no admite una solución única, y habrán de ser decididos teniendo a la vista las circunstancias singulares del caso, en particular considerando si el comportamiento religiosamente motivado del trabajador causa algún perjuicio a los intereses de la empresa. En esta ocasión —concluía el Tribunal— no sólo no constaba trastorno alguno para la empresa, sino que ésta ni siquiera había alegado tal circunstancia. Y añadía la sentencia que la sanción impuesta al empleado, que calificaba de «rayana

---

[205] *Vid*. al respecto S. Cañamares Arribas, *Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho español…,* cit. en nota 10 de este capítulo, pp. 10-12.

[206] Nos referimos a la Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 noviembre 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La rigidez del TSJ de Madrid tenía ya el precedente de una discutible sentencia del Tribunal Constitucional relativa al descanso sabático por motivos religiosos: STC 19/1985, 13 febrero 1985, comentada en el capítulo 10, epígrafe 5.3, de este libro.

[207] STSJ Baleares 457/2002 (Sala de lo Social, sección 1.ª), 9 septiembre 2002 (rec. n.º 390/2002). *Vid*. S. Cañamares Arribas, *Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho español…,* cit. en nota 10 de este capítulo, pp. 12-13.

en el autoritarismo», era aún menos aceptable por tratarse de «una empresa municipal y por tanto perteneciente al sector público, y puede que, por ello, más comprometida que las de puro carácter privado con el cumplimiento efectivo de los valores constitucionales».

De perfiles distintos es un caso decidido en 2010 por un Juzgado de Trabajo de Chile [208]. La cuestión enjuiciada no era un despido sino una situación de acoso laboral a una trabajadora de religión musulmana, que era conocida por su religión y por vestir públicamente el velo en su lugar de trabajo. La demanda había sido presentada por la Inspección de Trabajo, en nombre de la trabajadora, contra el empleador, una empresa de telecomunicaciones. El tribunal consideró probado que los superiores de la trabajadora la habían sometido reiteradamente a humillaciones y discriminación, en presencia de sus compañeros, por causa de sus creencias y prácticas religiosas, hasta el punto de que requirió tratamiento psicológico. En consecuencia, condenaba a la empresa a: pedir disculpas públicamente a la trabajadora; pagarle una indemnización por daños morales (unos 8.000 euros) además de una fuerte multa; cambiar de supervisores a la trabajadora afectada, destinando a los antiguos a un diferente lugar físico de trabajo e impidiéndoles en lo sucesivo cualquier contacto con ella.

## 5. Algunas observaciones sobre las políticas occidentales en materia de simbología religiosa

De cuanto se ha dicho en las páginas anteriores puede inferirse que existe una aparente tendencia en Occidente a justificar las limitaciones a la utilización de signos religiosos de carácter personal en entornos públicos, o en el ámbito laboral, aunque las condiciones exigidas para legitimar esas limitaciones varían considerablemente de unos países a otros.

En un extremo encontramos a Francia o Turquía, donde el principio constitucional de laicidad ha sido empleado para poner en marcha medidas legislativas, y en su caso judiciales, que tienen por objeto reducir la visibilidad de la religión en la vida pública, con particular atención al Islam. El éxito de esas medidas desde la perspectiva del respeto a los valores democráticos —y, en Francia, de la integración de las minorías musulmanas— está todavía por comprobar, pero la dureza de esas políticas, sobre todo en el ámbito educativo, ha suscitado no pocas perplejidades e interrogantes. En el extremo opuesto podemos situar a Canadá, cuyo ordenamiento jurídico, tanto por vía de legislación como de jurisprudencia, tiende a ser mucho más cuidadoso en cuanto a los requisitos exi-

---

[208] Sentencia del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 26 abril 2010 (RIT: T-38-2010, RUC: 10-4-0017832-7).

gibles a los poderes públicos, o a los dadores de trabajo, para que puedan imponer restricciones a la expresión externa de creencias por medio de prendas de significación religiosa. Con excepciones, el acento se pone no en el derecho a prohibir el símbolo religioso, sino en la obligación de acomodar las creencias religiosas de quien sufre las consecuencias de reglas que, aun siendo *prima facie* neutrales, pueden ser constitutivas de discriminación indirecta. En España, donde la conflictividad por este motivo ha sido hasta el momento mucho menor que en otros países, la situación está todavía por definir: junto a una tradicional insensibilidad para la acomodación de símbolos religiosos, se observan también indicios que —como en el caso de la recién citada sentencia de Baleares— hacen pensar en una posible evolución de esta temática más atenta a la tutela de los derechos fundamentales de la persona.

Mención aparte debemos hacer de la opinión que, en líneas generales, nos merece la actuación del TEDH en esta materia, especialmente en los casos relativos a Turquía y a Francia: ha sido una actuación desafortunada, a veces trivial, inconsistente con otros principios jurisprudenciales de Estrasburgo, y con poca visión de futuro. No es una opinión halagüeña, pero el respeto que se debe a una institución como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reclama claridad al criticar aquellos aspectos de su jurisprudencia que pueden derivar en detrimento de la tutela de derechos fundamentales. Entre otras cosas porque el alcance futuro de sus decisiones no se limitará a esos dos países, y la debilidad de la argumentación seguida por el Tribunal en esos casos puede ser una bomba de relojería.

A nuestro entender, esas deficiencias pueden explicarse por distintos factores. Uno es, naturalmente, la dificultad de encontrar razones lógicas precisas en un órgano judicial de dinámica interna tan compleja como el TEDH: un tribunal que está compuesto por 47 jueces de nacionalidades y currículos profesionales diversos, elegidos por mandatos de seis años mediante un procedimiento no exento de un componente político —nacional y europeo— en su nombramiento, que opera normalmente mediante salas de siete jueces, y que tiene una notable sobrecarga de trabajo que no facilita el análisis cuidadoso de cada caso por parte de los jueces y quizá lo hace demasiado dependiente, por tanto, de la aplicación formularia de decisiones anteriores y del trabajo de los letrados del Tribunal.

Junto a ello, pueden tal vez identificarse otros dos factores menos etéreos relacionados con la jurisprudencia del TEDH. Por una parte, la tradicional escasa receptividad del Tribunal Europeo a aceptar que el art. 9 CEDH protege el derecho a comportarse en la vida ordinaria de acuerdo con los deberes morales enraizados en las propias creencias, religiosas o no [209]. Con la consecuencia de

[209] *Vid*. J. Martínez-Torrón & R. Navarro-Valls, *The Protection of Religious Freedom in the System of the Council of Europe,* cit. en nota 6 de este capítulo, pp. 228 ss.

que, cuando esa conducta moralmente obligada entra en conflicto con alguna ley «neutral», el Tribunal se muestra reticente a reconocer el derecho a ser eximido del cumplimiento de la norma, sobre la base de que el art. 9 «no protege en todo caso cualquier clase de acto motivado o inspirado por una religión o convicción y no siempre garantiza el derecho a comportarse de la manera dictada por una convicción religiosa» —una frase tomada por la sentencia *Leyla Şahin* de una antigua decisión de inadmisibilidad relativa a una activista anti-inglesa que repartía propaganda entre soldados británicos destinados en Irlanda del Norte, y que ha sido repetida después por el Tribunal en sus decisiones posteriores sobre indumentaria religiosa [210]. El problema, que el TEDH parece ignorar por completo, es que las normas anti-simbología religiosa en Turquía, como en Francia, no tienen nada de neutrales. Afirman la defensa del principio de laicidad, que es un principio neutral, pero su finalidad expresa es impedir ciertas manifestaciones de ideas religiosas, con un no explícito pero bien conocido énfasis en la religión islámica.

Un posible segundo factor, cuyo fundamento hemos de reconocer no pasa de la simple conjetura, es que la actuación del TEDH podría estar influida por la sospecha de que una sentencia tuitiva del derecho a portar, en concreto, el velo islámico quizá contribuiría indirectamente a legitimar posiciones radicales que, amparadas en determinadas interpretaciones de la *sharia,* no universalmente compartidas en el mundo musulmán, intentan generar movimientos populistas en contra de las libertades que Europa entiende esenciales para la democracia y que van unidas a un reconocimiento de la autonomía recíproca de religión y Estado en sus relaciones. En otras palabras, un cierto temor a que una interpretación escrupulosamente garantista de este aspecto de la libertad de religión pueda ser instrumentalizado por un cierto Islam «político» con fines que nada tienen que ver en realidad con la defensa de las libertades individuales. Éste era, en el fondo, el planteamiento del gobierno turco cuando defendía sus posiciones tajantes en la prohibición de simbología religiosa, y el TEDH parece haberlo aceptado sin grandes exigencias de prueba respecto al supuesto peligro que, en el caso concreto, trataba de atajar. Con naturalidad y sin escrutinio alguno se ha aceptado que el uso del velo islámico, más allá de su vertiente estricta de obligación religiosa, necesariamente transmite un mensaje político incompatible con la democracia. Y la misma actitud se ha adoptado en relación con la legislación francesa, a pesar de que el contexto social es muy distinto al de Tur-

---

[210] *Vid. Leyla Şahin (Grand Chamber),* § 105, y el informe de la Comisión sobre la solicitud n. 7050/75, *Arrowsmith c. Reino Unido,* § 71, en D & R 19, p. 5. El Tribunal ya había utilizado esa misma frase, sin ocuparse de precisar su versatilidad o ambigüedad, en la sentencia *Kalaç,* un peculiar caso relativo a las purgas de militares supuestamente fundamentalistas en el Ejército turco (*vid. supra,* nota 31 de este capítulo y texto correspondiente).

quía y el discurso sobre los riesgos de alentar el radicalismo islámico es aún menos creíble.

En todo caso, tratándose de normas directamente encaminadas a restringir una manifestación religiosa, el respeto mostrado por el TEDH hacia el margen discrecional de apreciación por parte de las autoridades nacionales resulta excesivo, a nuestro juicio, y viene a constituir una virtual renuncia del Tribunal a ejercer su función de control del uso del principio de proporcionalidad en la imposición de limitaciones a derechos fundamentales. No son precedentes positivos para el futuro. Sobre todo cuando el TEDH se muestra tan poco exigente en cuanto a la argumentación teórica, y también en cuanto a las pruebas mismas de los hechos que, según los gobiernos turco o francés, justificarían las medidas restrictivas de la libertad religiosa, tanto en lo concerniente a los peligros que declaradamente intentan evitar como a los bienes que en principio ha de producir la prohibición.

La preocupación del TEDH —como de Turquía o Francia, y otros países europeos incluida España— respecto al radicalismo musulmán es sin duda comprensible [211]. Pero la decisión de un tribunal no puede basarse en la mera sospecha o en el apoyo a determinadas líneas de acción política, sino que ha de fundarse en claros principios jurídicos y en un examen cuidadoso e imparcial del material probatorio aportado en el proceso. Y los casos antes analizados suscitan la doble inquietud de que el TEDH no ha sido ni particularmente escrupuloso en cuanto a la prueba ni especialmente riguroso en cuanto a los principios. A este último propósito, por ejemplo, su noción de la laicidad del Estado y sus consecuencias es —ya desde el caso *Dahlab* [212]— demasiado tributaria de una concepción que entiende la laicidad no como neutralidad del Estado ante el hecho religioso o ideológico, sino como ausencia de visibilidad de la religión, es decir, como una situación artificial que garantiza entornos «libres de religión» pero no, sin embargo, libres de otras ideas no religiosas de impacto ético equiparable. Lo cual, como veremos en el siguiente epígrafe, ha tenido su reflejo posterior en la actitud del Tribunal Europeo acerca del uso institucional de símbolos religiosos —lo cual, a su vez, pone de relieve que ambos aspectos de la utilización de simbología religiosa, la personal y la institucional, y su correlativo análisis jurídico, no están tan distantes como a veces se pretende.

---

[211] No queremos sugerir con esto, naturalmente, que Islam y radicalismo vayan necesariamente unidos, pero no puede ignorarse que, en determinados ámbitos del Islam, la noción de libertad individual, y la interacción entre religión y poder político secular, es distinta de la que impregna el concepto europeo de democracia. *Vid*. al respecto Z. COMBALÍA, *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico,* Pamplona 2001.

[212] *Vid*. *supra,* epígrafe 2.1.a).II) de este trabajo.

En fin, no deja de ser significativo que casi todos los casos en que el TEDH ha legitimado la restricción de indumentaria religiosa personal se refieren al entorno educativo o a la seguridad pública. ¿Pueden extrapolarse sus conclusiones, y los principios jurisprudenciales adoptados por el Tribunal, o bien debemos entender que la política de apoyo del TEDH se refiere exclusivamente al sensible entorno de la seguridad y a un cierto concepto de laicidad en el ámbito de la educación pública? Aún es pronto para saberlo. De momento, lo que sí parece claro es que también resulta significativa la enorme cantidad de críticas que esta línea jurisprudencial ha generado entre numerosos juristas de diversos países y de muy diversas orientaciones [213].

## 6. Las objeciones «laicas» a símbolos religiosos institucionales

Debemos referirnos finalmente a los conflictos derivados del uso de símbolos religiosos en lugares institucionales o representativos. En rigor, es una cuestión que excede del objeto de estas páginas, pues normalmente se aborda desde la perspectiva de la neutralidad religiosa e ideológica del Estado, lo cual, a su vez, remite a los muy diversos planteamientos nacionales sobre cómo han de regularse las relaciones entre Estado y factor religioso. Sin entrar aquí en cuál deba, o pueda, ser la concepción más apropiada de la neutralidad estatal en esta concreta materia, quizá conviene apuntar que, tantas veces, cuando se examina la legitimidad del uso de simbología religiosa en «lugares públicos», se pierde de vista que ese término no es de significación unívoca, y que por tanto el análisis de compatibilidad de un determinado signo religioso ha de tomar en consideración la particular naturaleza del edificio o institución de que se trate. No es lo mismo, en otras palabras, la sede de un tribunal o un parlamento que un colegio o un hospital públicos. Los primeros constituyen una expresión material y visible de los poderes del Estado, mientras que los segundos son públicos, digámoslo así, «por accidente», en el sentido de que la enseñanza y la sanidad no son funciones privativas del Estado, y en consecuencia admiten probablemente una

---

[213] Y también por parte de la *United States Commission on International Religious Freedom,* que ha manifestado su «preocupación» por el apoyo que el TEDH está dando a la política anti-símbolos religiosos en la escuela francesa, sin que haya constancia del riesgo que esos símbolos pueden implicar para el orden público (declaración de prensa de 7 agosto 2009, disponible en: http://www.uscirf.gov/- visitado 15 agosto 2010). El significado político y diplomático de esa declaración no ha de pasar inadvertido. La USCIFR es una comisión asesora del gobierno federal, que tiene por objeto analizar la situación de la tutela de la libertad religiosa en el exterior de Estados Unidos y formular recomendaciones al gobierno y al legislativo federal norteamericano en relación con su posible actuación en esa materia. Se trata de una comisión bipartidista y políticamente equilibrada, integrada por ocho miembros que son expertos en cuestiones religiosas.

mayor flexibilidad por lo que se refiere a la acomodación de símbolos religiosos que responden a la particular historia o sensibilidad de una sociedad.

En todo caso, la neutralidad del Estado y sus consecuencias es temática compleja que no es nuestra intención examinar ahora en sus distintos perfiles [214]. Nos limitaremos únicamente a mencionar la existencia de ciertos conflictos que han llegado a los tribunales y que muchas veces tienen su origen en personas que formulan lo que podrían considerarse objeciones «laicas» frente a símbolos religiosos que les resultan agresivos u ofensivos.

### 6.1. *Neutralidad estatal y acomodación en Estados Unidos y Canadá*

En Estados Unidos y en Canadá, esta clase de conflictos son ya antiguos y han sido resueltos de manera diferente, de acuerdo con la comprensión de sus respectivos principios constitucionales.

La aproximación judicial estadounidense ha estado presidida sobre todo por la consideración de si la simbología religiosa utilizada en espacios públicos —por ejemplo decoración navideña, los diez mandamientos o la cruz— respetaba o no la *establishment clause* de la primera enmienda constitucional, tradicionalmente entendida como constitutiva del separatismo norteamericano. Los resultados de ese análisis han sido diversos y no necesariamente armónicos cuando se los considera en su conjunto, aunque puede observarse una inclinación a limitar o eliminar la visibilidad de símbolos cristianos —frecuentemente demandados por la sociedad norteamericana en ciertos contextos institucionales o festivos— sobre todo cuando no es posible apreciar con claridad su utilización secular o no van acompañados de signos laicos o de otras religiones [215]. Buena

---

[214] Consideraciones más pormenorizadas al respecto, con particular referencia al derecho español, se contienen en J. Martínez-Torrón, *Religión, derecho y sociedad. Antiguos y nuevos planteamientos en el derecho eclesiástico del Estado,* Granada 1999, pp. 177 ss.

[215] *Vid.*, por ejemplo, las críticas de M.W. McConnell, *Religious Freedom at a Crossroads,* en «University of Chicago Law Review» 59 (1992), pp. 126 ss. También, comentando la jurisprudencia más reciente, W.L. Darnell, *First Amendment Establishment Clause Analysis of Permanent Displays on Public Property as Government Speech,* en «Thurgood Marshall Law Review» 35 (2010), pp. 217-238. En España, *vid.* S. Cañamares Arribas, *Libertad religiosa, simbología…,* cit. en nota 22 de este capítulo, pp. 149 ss.; y, en el contexto de un comentario sobre las contradicciones de la jurisprudencia estadounidense al interpretar el separatismo constitucional, J. Martínez-Torrón, *Separatismo y cooperación en la experiencia jurídica norteamericana,* en «Los acuerdos del Estado español con las confesiones religiosas minoritarias» (ed. por V. Reyna y M.A. Félix), Madrid 1995, pp. 114 ss.; J.I. Rubio, *La primera de las libertades. La libertad religiosa en EE.UU. durante la Corte Rehnquist: una libertad en tensión,* Pamplona 2006, pp. 132-145; y O. Celador, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense. Luces y sombras sobre las repercusiones de la futura composición del Tribunal,* en «Laicidad y libertades» 5 (2005), pp. 314-320.

parte de las decisiones judiciales de esa clase en Estados Unidos, por lo demás, son resultado del activismo de algunas organizaciones inspiradas en principios agnósticos o ateos que muestran una especial determinación en intentar borrar todo símbolo religioso de lugares públicos, considerando que así lo reclama la separación entre religión y Estado, concebida a su vez como una garantía de la libertad de creencias [216].

Entre los casos de los últimos años, hay dos resueltos por el Tribunal Supremo que atrajeron especialmente la atención tanto de los medios de comunicación como del entorno académico [217]. Parte del interés que suscitaron era consecuencia de que ambos casos se referían a la colocación de los diez mandamientos en lugares bien visibles de edificios públicos y fueron decididos por el Tribunal Supremo en la misma fecha y en sentido contrario [218]. En *McCreary* [219], el Tribunal abundaba en la importancia de la neutralidad estatal en materia religiosa, y consideraba que la colocación del texto de los diez mandamientos en la pared de algunos tribunales de condado bien podía interpretarse como un respaldo expreso del gobierno local a una determinada concepción religiosa, violando así el separatismo constitucional. Clarificaba la sentencia, en

---

[216] Ese activismo data de antiguo, y la *American Civil Liberties Union* (ACLU) ha sido uno de sus principales adalides. Entre algunos casos recientes que revelan o al menos sugieren ese activismo organizado, *vid.,* por ejemplo, *American Atheists, Inc. v. Duncan,* 528 F.Supp.2d 1245 (2007) (sobre la erección de cruces memoriales de accidentes a un lado de la carretera); *Weinbaum v. Las Cruces Public Schools,* 465 F.Supp.2d 1182 (2006), y *Weinbaum v. City of Las Cruces,* N.M., 541 F.3d 1017 (2008) (relativo a la existencia de tres cruces en una escuela pública como emblema del nombre del colegio); *American Civil Liberties Union of Kentucky v. Mercer County,* KY, 219 F.Supp.2d 777 (2002), y *American Civil Liberties Union of Kentucky v. McCreary County, Kentucky,* 354 F.3d 438 (2003) (sobre un cartel con el texto de los diez mandamientos en el edificio del tribunal del condado).

[217] De entre la abundante bibliografía, *vid.* T.R. O'Connell, *How Did the Ten Commandments End up on Both Sides of the Wall of Separation between Church and State -The Contradicting Opinions of Van Orden v. Perry and McCreary v. ACLU,* en «Montana Law Review» 69 (2008), pp. 263-282; G. Abbott, *Upholding the Unbroken Tradition: Constitutional Aknowledgment of the Ten Commandments in the Public Square,* E. Chemerinsky, *Why Justice Breyer Was Wrong in Van Orden v. Perry,* y J.A. Sekulow & F.J. Manion, *Supreme Court and the Ten Commandments: Compounding the Establishment Clause Confusion,* todas ellas en «William & Mary Hill of Rights Journal» 14 (2005), pp. 43-52, 1-16 y 35-50, respectivamente; B. Clement, *Public Displays of Affection… for God: Religious Monuments alter McCreary and Van Orden,* en «Harvard Journal of Law and Public Policy» 32 (2009), pp. 263-282; y S.A. Mota, *Competing Judicial Philosophies and Differing Outcomes: the U.S. Supreme Court Allows and Disallows the Posting of the Ten Commandments on Public Property in Van Orden v. Perry and McCreary County v. ACLU,* en «Willamette Law Review» 42 (2006), pp. 99-122.

[218] En las dos ocasiones por cinco votos contra cuatro, siendo el Juez Breyer el voto oscilante que inclinó la mayoría en uno u otro sentido en cada caso. *Vid.*, sobre ambas sentencias, J.I. Rubio, *La primera de las libertades…,* cit, en nota 215, pp. 137 ss.

[219] *McCreary County v. American Civil Liberties Union of Kentucky,* 545 U.S. 844 (2005).

todo caso, que la separación entre Estado y religión no impedía siempre la integración constitucional de símbolos o textos religiosos, y ponía como ejemplo la propia sala de vistas del Tribunal Supremo federal, cuyo friso incluye una imagen de Moisés sosteniendo las tablas de la ley con parte del texto hebreo de los mandamientos; en ese caso, matizaba la sentencia, el hecho de que Moisés se mostrara junto con otros grandes legisladores históricos, en su gran mayoría personajes laicos, evitaba el riesgo de ser interpretado como una quiebra de la neutralidad religiosa del Estado. Ese mismo modo de razonar movió al Tribunal a apreciar, en *Van Orden v. Perry* [220], que no violaba el separatismo la existencia de un monumento dedicado a los diez mandamientos entre los muy diversos objetos decorativos que rodean el edificio del Capitolio del estado de Texas, porque el contexto de dicho monumento hacía que predominara su interpretación en clave histórica más que como signo de una pretendida imposición de ideas religiosas por parte del Estado. En otras palabras, su presencia constituía sobre todo un testimonio de la importancia que los diez mandamientos han tenido en el desarrollo de la historia de los Estados Unidos, como lo revela el abundante número de monumentos similares que se encuentran por todo el país (incluida el área de edificios públicos conmemorativos de Washington D.C., entre los que la sentencia menciona unos cuantos ejemplos relevantes).

Otro caso reciente y polémico sobre simbología religiosa en terrenos de propiedad pública es *Salazar v. Buono,* decidido por el Tribunal Supremo norteamericano en 2010 [221]. El centro de la polémica lo constituía la presencia de una cruz de madera en el parque nacional del desierto de Mojave, California, erigida en 1934 por una asociación de veteranos de guerra como memorial a los caídos en la Primera Guerra Mundial, y que durante décadas no había originado controversia o división social alguna. El conflicto surgió cuando Frank Buono, un trabajador jubilado de ese parque nacional, exigió que se retirase esa cruz, cuya presencia entendía incompatible con la *establishment clause* y le hacía sentirse ofendido. No era la cruz en sí lo que generaba el sentimiento de ofensa en Buono —por lo demás católico practicante— sino el hecho de que se hallara situada en terreno público, lo cual transmitía, a juicio del demandante, un mensaje de preferencia gubernamental por una religión por encima de las demás.

El itinerario del litigio es complejo [222] e incluye, entre otras cosas: decisiones de tribunales de instancia y de apelación ordenando la retirada de la cruz; ac-

---

[220] *Van Orden v. Perry,* 545 U.S. 677 (2005).

[221] *Salazar v. Buono,* 130 S.Ct. 1803, 559 U.S (2010), No. 08-472.

[222] Para un comentario a esa sentencia en España, *vid*. R. Palomino, *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica, Salazar v. Buono, de 28 de abril de 2010,* en RGDCDEE 23 (2010), pp. 1-5. El contexto del litigio, antes de la decisión del Supremo,

ciones gubernamentales y legislativas encaminadas a eludir el cumplimiento de la orden judicial por considerar que sería lesivo para la memoria de los caídos y sus descendientes, en especial una ley del Congreso que ordenaba la transmisión a la asociación de veteranos de guerra, mediante una permuta de terrenos, la propiedad de la parcela donde la cruz estaba situada; y ulteriores —y exitosas— demandas de Buono dirigidas a invalidar esa transferencia de propiedad a manos privadas, claramente realizada con intención de obviar los posibles problemas derivados de la interpretación judicial de las consecuencias de la separación entre religión y Estado. Aclaremos que la propiedad de la tierra se había transferido a la asociación de veteranos de guerra con la condición de que la propiedad revertiría a manos públicas si en algún momento la cruz fuera retirada de su lugar [223]. Fue precisamente la alegada nulidad de la transmisión de propiedad pública el centro de la atención del Supremo, el cual, en una sentencia nada unánime (cinco votos contra cuatro), entendió que no podía afirmarse tal nulidad pues el estado no había excedido su legítimo campo de competencias ni violado la *establishment clause;* y decretaba que el caso debía retornar a las cortes inferiores para ulterior consideración —con la consecuencia de que, no estando ya la cruz en propiedad estatal sino privada, difícilmente podrá reclamarse su retirada por violación del separatismo.

Sin ánimo de entrar aquí en los vericuetos de la sentencia y las distintas opiniones particulares —concurrentes o discrepantes— de los miembros del Tribunal, sí vale la pena subrayar brevemente algunos de sus aspectos. Uno de ellos es la dificultad de poner en práctica el criterio del *reasonable observer* que el Supremo ha elaborado en el pasado para dictaminar si una cierta presencia de lo religioso en la vida pública puede ser interpretada como apoyo oficial *(endorsement)* a la religión o a una particular noción de lo religioso —algo que sería incompatible con el separatismo. La idea de «observador razonable» implica de suyo un determinado concepto de lo razonable, a menudo excluyente, en una materia que suele resistirse a una consideración en meros términos de razón y

---

está sucintamente y bien explicado en las páginas del Pew Forum: http://pewforum.org/Church-State-Law/In-Brief--Salazar-v-Buono.aspx (visitado 12 agosto 2010). Entre la bibliografía norteamericana *vid*. C.M.A. McCauliff, *Religion and the secular state in the Unites States,* en «Religion and the secular state» (ed. por J. Martínez-Torrón & W.C. Durham), en prensa (este volumen recoge los *rapports* general y nacionales al XVIII Congreso Internacional de Derecho Comparado; hay una edición provisional, en 2010, de ese volumen, publicado por *The International Center for Law and Religion Studies Brigham Young University; vid*. pp. 51-52 & 751-753 de ese volumen).

[223] Más allá de lo judicial, y más próximo a lo esperpéntico, la cruz fue robada de su lugar en mayo de 2010, tras la sentencia del Tribunal Supremo. La asociación de veteranos ofreció una recompensa para quien permitiera encontrar el paradero de los ladrones, y otra cruz fue colocada en lugar de la antigua.

prescindiendo de elementos culturales, históricos e incluso emocionales. Como se ha hecho notar, «en el terreno de las creencias, ¿es realmente posible imaginar un espectador razonable, sin que su propia razonabilidad suponga ya la adopción de una perspectiva concreta?» [224]. Por otro lado, es interesante observar que el juez ponente (Kennedy) afirma claramente que la neutralidad del Estado no implica necesariamente la erradicación de todo símbolo religioso del espacio público, porque la Constitución no impide que se reconozca públicamente la función de la religión en la sociedad; al contrario, lo que sería incompatible con la Constitución es un esfuerzo sistemático por excluir la religión de la vida pública [225]. Lo anterior, por su parte, está íntimamente relacionado con la complejidad de significado de los símbolos, que va mucho más allá de su contenido estrictamente religioso y hunde sus raíces en la percepción social de una pluralidad de valores, religiosos unos y seculares otros, sin que tantas veces sea posible perfilar una clara línea divisoria entre ambos [226].

Si pasamos a Canadá, la tendencia jurisprudencial en este país puede resumirse en una doble dirección. Por un lado, se aplica la doctrina de la acomodación de las creencias cuando se trata de tutelar a las minorías religiosas, y se pone empeño en que la neutralidad estatal no se entienda como excluyente de aquellas confesiones que necesitan visibilizar su identidad religiosa y no responden al modelo mayoritario de matriz judeo-cristiana. Y por otro lado, en lo que se refiere a la mayoría cristiana, el énfasis se ha puesto más bien en evitar que la

---

[224] R. Palomino, *Comentario a la sentencia…,* cit. en nota 222 de este capítulo, p. 4.

[225] «The goal of avoiding governmental endorsement does not require eradication of all religious symbols in the public realm. A cross by the side of a public highway marking, for instance, the place where a state trooper perished need not be taken as a statement of governmental support for sectarian beliefs. The Constitution does not oblige government to avoid any public acknowledgment of religion's role in society» (*Salazar v. Buono,* 130 S.Ct. 1803, 1818). Y añade, citando la sentencia *Lee v. Weisman,* 505 U.S. 577, 598 (1992): «A relentless and all-pervasive attempt to exclude religion from every aspect of public life could itself become inconsistent with the Constitution». Una interpretación diferente de la presencia del símbolo de la cruz, en clave más radicalmente separatista, es propuesta en una reciente sentencia de un tribunal federal de apelación, relativa a la colocación de cruces por parte de la *Utah Highway Patrol Association,* en los márgenes de algunos lugares de las carreteras del estado de Utah, para conmemorar la muerte de agentes fallecidos en actos de servicio: *American Atheists, Inc. v. Duncan,* 616 F.3d 1145 (2010), 2010 WL 3239486 (C.A. 10, Utah). *Vid*. al respecto S. Cañamares arribas, *Nuevos desarrollos en materia de simbología religiosa,* en RGDCDEE 24 (2010), pp. 13 ss.

[226] «A Latin cross is not merely a reaffirmation of Christian beliefs. It is a symbol often used to honor and respect those whose heroic acts, noble contributions, and patient striving help secure an honored place in history for this Nation and its people. Here, one Latin cross in the desert evokes far more than religion. It evokes thousands of small crosses in foreign fields marking the graves of Americans who fell in battle» (*Salazar v. Buono,* 130 S.Ct. 1803, 1820). La pluralidad de significados de los símbolos religiosos ha sido puesta de relieve, recientemente, y con referencia a esta clase de temáticas, por M. Meléndez-valdés, *Reflexiones jurídicas en torno a los símbolos religiosos,* en RGDCDEE 24 (2010), pp. 1 ss.

presencia de ciertas ceremonias cristianas simbólicas en el entorno público pueda contrariar las convicciones no religiosas de quienes se oponen a esos actos, con una orientación no muy diferente a la del separatismo radical estadounidense (pese a que en Canadá no existe separatismo constitucionalmente establecido).

A la primera dirección corresponden, por ejemplo, la antes mencionada adaptación de las normas de la Guardia Montada a la exigencia sij de llevar turbante [227], o el derecho reconocido a los judíos ortodoxos a instalar los llamados *eruvin:* unos finos cables que unen distintos edificios, creando la ficción de que diversas propiedades se integran en una sola, y haciendo así compatible el traslado de personas y cosas dentro de una estricta observancia sabática [228].

En la segunda dirección transitan sentencias como *Zylberberg* [229], en la que la Corte de Apelación de Ontario declaró inconstitucional el rezo de oraciones cristianas en la escuela pública al inicio de la jornada escolar, a pesar de que los padres podían obtener una exención para sus hijos. Y también dos decisiones, de 1999 y 2006 respectivamente, en las que se prohibía a dos corporaciones municipales comenzar sus sesiones con el rezo de una oración. En la primera de ellas, *Freitag* [230], la misma Corte de Apelación de Ontario consideraba que la invitación del Alcalde de una pequeña población a ponerse de pie y rezar el Padrenuestro, al empezar las sesiones del Consejo Municipal, siguiendo una tradición centenaria, violaba la libertad religiosa y de creencias del demandante. Éste era un ciudadano no creyente y que no formaba parte del Consejo, pero que gustaba de asistir habitualmente a sus sesiones, que son públicas [231]. Afirmaba que debía mantenerse sentado durante la oración, lo cual le hacía sentirse estigmatizado, intimidado e incómodo —algo que fue puesto en duda por algunos

---

[227] *Vid. supra,* nota 168 de este capítulo y texto correspondiente.

[228] Así, la sentencia de la Corte Superior de Quebec en *Rosenberg v. Outremont (City),* [2001] R.J.Q. 1556. *Vid.* sobre el tema A. SEGLERS, *Simbología religiosa y espacio público,* en IC 86 (2003), pp. 697-213.

[229] *Zylberberg v. Sudbury (Bd. of Education),* (1988) 65 O.R. (2d) 641, comentada más pormenorizadamente en el capítulo 8, epígrafe 1.1.b). *Vid.* G.M. DICKINSON & W.R. DOLMAGE, *Education, Religion and the Courts in Ontario,* en «Canadian Journal of Education» 21, 4 (1996), pp. 368 ss.

[230] *Freitag v. Penetanguishene (Town),* (1999) 1999 CarswellOnt 2911, 4 M.P.L.R. (3d) 1. Penetanguishene es una antigua ciudad de Ontario de unos 10.000 habitantes.

[231] Tan de cerca seguía el Sr. Freitag la vida del municipio que presentó en los años siguientes otras dos demandas a la corporación municipal: una porque su normativa anti-tabaco era en su opinión demasiado permisiva, y la otra porque consideraba inadecuada la colocación de algunas señales de tráfico. Cfr., respectivamente, *Freitag v. Penetanguishene (Town),* (2005) 2005 CarswellOnt 1976, 9 M.P.L.R. (4th) 288; y *Freitag v. Penetanguishene (Town),* (2005) 2005 CarswellOnt 4559, 202 O.A.C. 227.

testigos en primera instancia [232]. En idéntica línea se pronuncia una decisión de 2006 del Tribunal de Derechos de la Persona de Québec [233], dictada a consecuencia de la demanda de una ciudadana atea que afirmaba sentirse «incómoda» por la breve oración con que se iniciaban las sesiones del Consejo Municipal de la ciudad de Laval desde 1965 [234]. Como en *Freitag,* la Sra. Payette no era miembro de la corporación municipal, pero era asidua a sus sesiones. Aducía que permanecer sentada durante la oración le obligaba a singularizarse entre los demás y a revelar sus creencias, que pertenecían al ámbito de su privacidad. Esto último resulta algo desconcertante, hemos de decir, considerando que nadie le obligaba ni a asistir a las reuniones del Consejo Municipal ni a sentarse durante los pocos segundos que duraba la plegaria [235], y considerando también que sus creencias eran bien conocidas debido a su activa participación en el «Movimiento laico quebequés» —el cual, naturalmente, se había constituido como parte—. En todo caso, el Tribunal determinó que la práctica de la corporación era contraria a la neutralidad del Estado y constituía una discriminación religiosa de la demandante, ordenando en consecuencia al Ayuntamiento que interrumpiera esa práctica, pese a que la mayoría de los expertos consultados por el Tribunal afirmaba que el texto de la oración no favorecía concretamente a la religión católica y resultaba aceptable para los fieles de otras religiones.

### 6.2. *La cuestión del crucifijo en el entorno escolar en Europa*

Dentro de Europa, especialmente en Alemania y en Italia se han suscitado polémicas importantes en relación con la presencia del crucifijo en lugares públicos, en particular en las escuelas, como consecuencia de conflictos planteados por objetores «laicos» que se sentían ofendidos o turbados —ellos o sus hijos— por la presencia del símbolo cristiano [236].

---

[232] En efecto, esa afirmación del demandante fue contradicha en el juicio de primera instancia por otro residente de la misma ciudad, que tampoco era cristiano. Afirmaba esta otra persona que, pese a no sentir obligación alguna de ponerse de pie ante la invitación del alcalde para la oración inicial, tenía por costumbre hacerlo, por respeto, y aprovechar esos instantes para su propia reflexión. Añadía que, en su opinión, el demandante no mostraba signo alguno de embarazo o inquietud en esos momentos.

[233] *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Ville de Laval,* (2006) 2006 QCTDP 17.

[234] Al parecer, la costumbre existía desde antes, al menos desde mediados de los 1930, en las diversas poblaciones que, en 1965, dieron nacimiento a la actual ciudad de Laval.

[235] Éste era el texto de la oración en cuestión: «Daignez Seigneur, nous vous en supplions, nous accorder votre grâce et les lumières nécessaires pour la conduite de notre assemblée et la bonne administration de notre ville. Amen».

[236] Entre la literatura jurídica española al respecto, con abundantes referencias a la doctrina y jurisprudencia alemanas, *vid*. M. Roca, *La jurisprudencia y doctrina alemana e italiana sobre simbología religiosa en la escuela y los principios de tolerancia y laicidad. Crítica y propuestas para el derecho*

En Alemania, el conflicto principal se suscitó cuando unos padres de convicciones antroposóficas impugnaron la normativa de Baviera según la cual debía haber un crucifijo en cada aula de las escuelas públicas, alegando que no querían que sus hijos se enfrentaran diariamente y recibieran la influencia de un símbolo religioso consistente en la representación de «un cuerpo humano agonizante». El Tribunal Constitucional federal declaró inconstitucional ese aspecto de la legislación bávara, con una decisión que ha recibido numerosas críticas entre la doctrina alemana [237], entre otras razones porque, como se ha hecho notar, el alegado conflicto moral de los alumnos podría haberse evitado —o «acomodado»— de otras maneras más propicias para generar un clima de tolerancia recíproca entre posiciones ideológicas diversas (por ejemplo, quitando el crucifijo de ese aula concreta, o situándolo en un lugar no visible para los afectados); algo que, por lo demás, había sido la tónica en las decisiones del Tribunal hasta entonces [238]. De hecho, el gobierno bávaro modificó, pocos meses después de la sentencia, la normativa sobre escuelas públicas: se mantiene la presencia de los crucifijos en las aulas, pero, en caso de objeción por parte de algún alumno, habrá de buscarse una solución acordada o bien, de no ser ésta posible, un equilibrio entre las distintas concepciones religiosas e ideológicas de los alumnos, sin perder de vista la posición mayoritaria [239].

---

*español,* en ADEE 23 (2007), pp. 257-291 y G. Moreno Botella, *Libertad Religiosa y neutralidad escolar: a propósito del crucifijo y de otros símbolos de carácter confesional,* en REDC 58 (2001), pp. 185-196. Manteniendo una posición diferente, M. Alenda, *Libertad de creencias del menor…,* cit. en nota 19, quien analiza la situación y perspectivas en España (pp. 58 ss.) antes de las sentencias que citamos más adelante, al final de este capítulo. También, entre la doctrina italiana, F. Patruno, *Reflexiones sobre el valor de los pronunciamientos extranjeros en materia de exhibición de crucifijos,* en RGDCDEE 4 (2004), pp. 1-7.

[237] BVerfG, 1 BvR 1087/91 vom 16.05.1995. Para un análisis cuidadoso de la decisión, su contexto y sus efectos, *vid*. A. Hollerbach *et al., Das Kreuz im Widerspruch: der Kruzifix-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts in der Kontroverse* (ed. por H. Maier), Freiburg i. Br. 1996. *Vid*. también A. von Campenhausen, *Zur Kruzifix-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts,* en AöR 121 (1996), pp. 448-464; J. Isensee, *Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation. Der Kruzifix-Beschluß des BVerfG,* en «Zeitschrift für Rechtspolitik» (1996), pp. 10 ss.; D. Merten, *Der Kruzifix-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts aus grundrechtsdogmatischer Sicht,* en «Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag» (ed. por J. Burmeister), München 1997, pp. 987 ss.; D. Pirson, *Kruzifix in Unterrichtsräumen,* en «Bayerische Verwaltungsblätter» (1995), pp. 755-758. En España, T. Prieto Álvarez, *Libertad religiosa y espacios públicos…,* cit. en nota 1, pp. 81-88 y 126-129.

[238] *Vid*. G. Robbers, *Religious Freedom in Germany,* en «La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional» (ed. por J. Martínez-Torrón), Granada 1998, pp. 203-204.

[239] Art. 7.3 de la *Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen* (BayEUG): «Angesichts der geschichtlichen und kulturellen Prägung Bayerns wird in jedem Klassenraum ein Kreuz angebracht. Damit kommt der Wille zum Ausdruck, die obersten Bildungsziele der Verfassung auf der Grundlage christlicher und abendländischer Werte unter Wahrung der Glaubensfreiheit zu verwirklichen. Wird der Anbringung des Kreuzes aus ernsthaften und einsehbaren Gründen des Glaubens oder der Weltanschauung durch die Erziehungsberechtigten widers-

En Italia, la llamada *questione del crocifisso* ha experimentado un itinerario más alambicado, por las diversas normas superpuestas y por la jurisprudencia, a veces de signo contrario, que incluye una decisión del Consejo de Estado de 2006, en la que se subraya que el crucifijo en el entorno escolar no ha de entenderse como un objeto de culto, sino como «un símbolo idóneo para expresar el elevado fundamento de los valores civiles... que delinean la laicidad en el actual ordenamiento del Estado» —valores como la «tolerancia, el respeto mutuo, la valoración de la persona y la afirmación de sus derechos, el respeto de su libertad, la autonomía de la conciencia moral en sus relaciones con la autoridad, la solidaridad humana, o el rechazo de la discriminación», que tienen un origen religioso pero que han pasado a ser acervo común de la civilización italiana [240].

Conviene notar que una parte notable de la doctrina jurídica ha expresado no pocas reticencias a la admisión indiscriminada de cualquier reclamación de un objetor ateo que vaya encaminada a la eliminación de todo símbolo religioso o —como ha ocurrido alguna vez en Italia— de un objetor de religión no cristiana que pretende la supresión de los signos específicamente cristianos [241]. La razón no es tanto que se desee apoyar la imposición, desde instituciones estatales, de una particular iconografía o fraseología que transmitan subliminalmente un mensaje cristiano, sino más bien que no se comparte una noción de neutralidad estatal y de tolerancia que parecen diseñadas a la medida del ateísmo y que pueden privilegiar en la práctica las opciones irreligiosas sobre las re-

---

prochen, versucht die Schulleiterin bzw. der Schulleiter eine gütliche Einigung. Gelingt eine Einigung nicht, hat sie bzw. er nach Unterrichtung des Schulamts für den Einzelfall eine Regelung zu treffen, welche die Glaubensfreiheit des Widersprechenden achtet und die religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen aller in der Klasse Betroffenen zu einem gerechten Ausgleich bringt; dabei ist auch der Wille der Mehrheit, soweit möglich, zu berücksichtigen».

[240] Consiglio di Stato - Sez. VI. Sentenza n. 556/2006, 13 febrero 2006. Una importante fuente de documentación sobre la cuestión del crucifijo en Italia, con interesantes aportaciones de literatura jurídica desde distintas perspectivas, puede verse en *La questione del «crocifisso»* (a cura de A.G. Chizzoniti), en el *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose:* http://www.olir.it/areetematiche/75/index.php (visitado 16 agosto 2010). *Vid*. también, V. Turchi, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea,* Napoli 2009, pp. 185 ss.; y F. Patruno, *La última aproximación jurisprudencial y normativa en relación con la exposición del crucifijo, símbolo de identidad cultural en italia,* en RGDCDEE 8 (2005), pp. 1-7. En España: S. Cañamares Arribas, *Libertad religiosa, simbología y laicidad…,* cit. en nota 22 de este capítulo, pp. 106 ss.; M. Roca, *La jurisprudencia y doctrina alemana e italiana sobre simbología religiosa…,* cit. en nota 236 de este capítulo, pp. 280 ss.; A. González-Varas, *Confessioni religiose, diritto e scuola pubblica in Italia: Insegnamento, culto e simbologia religiosa nelle scuole pubbliche,* Bologna 2005, pp. 203 ss.

[241] Ése era el llamado «caso de Ofena», que dio lugar a dos decisiones del Tribunal de L'Aquila, de 23 octubre 2003 y 19 noviembre 2003, respectivamente. El impulsor del caso era un ciudadano de religión islámica. En España, *vid*. al respecto R. Coppola, *El símbolo del crucifijo después del caso de Ofena,* en RGDCDEE 4 (2004), pp. 1-5.

ligiosas [242]. A eso se añade el hecho de que, en ciertas opciones pro-laicidad del Estado, no siempre se traza la necesaria línea divisoria entre los casos en que un símbolo religioso, como el crucifijo, se impone obligatoriamente como algo que la comunidad escolar percibe como un cuerpo extraño, y aquellos otros en que, al contrario, la simbología viene a exteriorizar en un entorno institucional educativo un sentimiento religioso que se corresponde con las opciones de conciencia reales de los alumnos y sus familias [243].

La cuestión del crucifijo en Italia adquirió una dimensión nueva, «europea», cuando fue objeto de una controvertida sentencia del Tribunal de Estrasburgo en 2009: *Lautsi c. Italia* [244]. El caso tenía su origen en la demanda de una ciudadana italiana de origen finlandés y madre de dos hijos (11 y 13 años), alumnos de un colegio público en una pequeña localidad de la región del Veneto. La Sra. Lautsi intentó persuadir a la dirección del colegio de que quitara los crucifijos de las aulas, por entender que esa práctica era contraria al principio de laicidad, en el que deseaba educar a sus hijos. La presencia de crucifijos en los centros públicos obedece a una normativa de 1924 y de 1928, que impone su instalación en cada aula. La dirección del colegio rechazó su solicitud, como también lo hicieron los tribunales: primero el tribunal administrativo del Veneto, y más tarde el propio Consejo de Estado, en 2005 [245]. Ante la jurisdicción de Estrasburgo, la demandante insistía en que la imposición por norma del crucifijo en las clases era un residuo de la época del Estado confesional católico en Italia, incompatible con la neutralidad estatal ante el hecho religioso y con el respeto del derecho de los padres a decidir sobre la orientación religiosa o ideológica de la educación que reciben sus hijos. El gobierno italiano, por su parte, subrayaba que el crucifijo, además de no ser un símbolo exclusivamente católico sino compartido por la herencia de las religiones cristianas, era compatible con la laicidad del Estado, pues contenía un importante mensaje humanista, que constituía la base de la tradición democrática occidental, y además era concebido por la norma escolar como un símbolo meramente pasivo, sin que se impusiera o impulsara comportamiento activo alguno de reverencia o aceptación.

El TEDH, en una decisión de sala unánime, dio la razón a la demandante considerando que se había producido una violación del art. 2 del Primer Protocolo en conexión con el art. 9 CEDH. En su razonamiento, el Tribunal re-

---

242 *Vid*. al respecto R. Puza, *La Cour constitutionnelle, la Bavière et le crucifix dans les écoles,* en «Revue de droit canonique» 45 (1995), pp. 373 ss.

243 *Vid*. al respecto P. Cavana, *La questione del crocifisso in Italia,* en «La questione del crocifisso», cit. en nota 240, pp. 16-17.

244 *Lautsi c. Italia,* 3 noviembre 2009.

245 La decisión del Consejo de Estado es la citada en la nota 240 de este capítulo. La Corte Constitucional no llegó a pronunciarse, por haberse declarado incompetente.

cordaba los principios generales que han de dominar el análisis jurídico de esta materia. Entre ellos, que el respeto de las convicciones religiosas o filosóficas de los padres ha de compatibilizarse con un entorno escolar abierto e inclusivo; que el Estado ha de adoptar una actitud neutral en ese ámbito, velando por la pluralidad y objetividad de la educación y sin incurrir en el adoctrinamiento; y que han de protegerse por igual las creencias religiosas y las no religiosas [246]. Al aplicar esos principios al caso en cuestión, el TEDH hacía notar que el crucifijo constituye un símbolo de significación poderosa, con remarcable capacidad de impacto sobre estudiantes jóvenes; y, aunque su significado es múltiple, sin duda predomina su aspecto religioso. Por ello —continuaba la sentencia— la presencia del crucifijo puede fácilmente conducir a los alumnos a pensar que están siendo educados en un ambiente católico: algo que puede ser estimulante para unos pero emocionalmente perturbador para otros que no comparten esa creencia, especialmente para quienes pertenecen a minorías religiosas. «La libertad negativa no se limita a la ausencia de servicios religiosos o de enseñanza religiosa. Se extiende también a las prácticas y a los símbolos que expresan, en particular o en general, una creencia, una religión o el ateísmo» [247]. Como el Estado se halla obligado a la neutralidad en la enseñanza pública obligatoria, el TEDH concluía, probablemente con demasiada rotundidad, que «la exposición obligatoria de un símbolo de una confesión determinada en el ejercicio de la función pública [...], en particular en las aulas, restringe el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones, así como el derecho de los alumnos a creer o no creer» [248].

La sentencia *Lautsi* de 2009 produjo, creemos que con razón, una importante controversia social en Europa acerca de la política judicial de Estrasburgo en relación con la presencia de lo religioso en la vida pública, y en especial en relación con las religiones mayoritarias cuya proyección social tiende a ser, con toda lógica, mucho mayor que la de otras opciones en materia de creencias. Prueba de ello es el hecho —inédito en la historia del TEDH— de que diez Estados miembros del Consejo de Europa solicitaran intervenir como terceros interesados en el proceso de apelación ante la *Grand Chamber* del Tribunal, y que un número notable de organizaciones privadas tratasen de hacer lo mismo [249]. Sin entrar aquí en el análisis detallado de la sentencia, hay algunos as-

---

[246] *Vid. Lautsi,* § 47.

[247] *Lautsi,* § 55.

[248] *Lautsi,* § 57.

[249] Los Estados son concretamente Armenia, Bulgaria, Chipre, Grecia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumania, Rusia y San Marino. Información al respecto puede obtenerse en http://www.icj.org/dwn/database/Lautsi%20Final%20010610.pdf y en http://www.strasbourgconsortium.org/index.php?blurb_id=890&page_id=9 (visitados 17 octubre 2010). A estos diez países se les han añadido otros diez (Albania, Austria, Croacia, Hungría, Antigua

pectos de su argumentación que nos resultan deficientes e incluso algo inquietantes [250].

Por una parte, la sentencia de sala insiste explícita y reiteradamente en una noción de la enseñanza como parte de la función pública, e implícitamente en un concepto de escuela pública que, por estar bajo control estatal, sería representativo de la actitud del Estado en relación con el hecho religioso, sin ulteriores matices o distinciones. Como ya hemos hecho notar al inicio de este epígrafe, se está partiendo de un presupuesto equivocado. La educación de la juventud es responsabilidad directa de la sociedad y sólo indirecta del Estado, en la medida en que los poderes públicos actúan como representantes de la sociedad. Equiparar la enseñanza en centros públicos con la función pública *stricto sensu,* entendida como consecuencia necesaria del ejercicio de los poderes del Estado, es un error de bulto, abocado a traducirse en correlativos desenfoques respecto a cómo ha de concebirse la neutralidad del Estado como responsable último, en la práctica, del sistema educativo público. Por la misma razón, no pueden situarse en el mismo plano el edificio de una escuela (o un hospital) y el de un juzgado o un parlamento, por lo que se refiere a la conexión entre la presencia en

---

República Yugoslava de Macedonia, Moldavia, Polonia, Serbia, Eslovaquia y Ucrania), cuyos gobiernos han criticado públicamente en tela de juicio la sentencia de la Corte y han pedido que las identidades y tradiciones religiosas nacionales sean respetadas (cfr. ZENIT.org, 21 julio 2010).

[250] Para un comentario crítico a la sentencia, *vid*. S. Cañamares Arribas, *La cruz de Estrasburgo. en torno a la sentencia Lautsi v. Italia, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* en RGDCDEE 22 (2010), pp. 1-13; T. Prieto Álvarez, *Libertad religiosa y espacios públicos…,* cit. en nota 1, pp. 88-92 y 129-131; J.H.H. Weiler, *Crucifix in the Classroom Redux,* in «European Journal of International Law» 21,1 (2010), pp. 1-6; S. Mückl, *Crucifijos en las aulas: ¿lesión a los derechos fundamentales?,* en RGDCDEE 23 (2010), pp. 1-15 (este último trabajo analiza el caso *Lautsi* a la luz del precedente del Tribunal Constitucional federal alemán, antes mencionado: *vid*. nota 237 de este capítulo y texto correspondiente). *Vid*. también, con referencias al derecho alemán, suizo y español, M.J. Parejo Guzmán, *Orden público europeo y símbolos religiosos: la controversia sobre la exposición del crucifijo en las escuelas públicas,* en RGDCDEE 24 (2010), pp. 1 ss.; D. Ranieri, *Notable reacción europea ante otro intento laicista. El crucifijo en las escuelas italianas y la Corte de Estrasburgo,* en «Prudentia Iuris» 68-69 (2010), pp. 247-280; P. Annicchino, *Is the glass half empty or half full? Lautsi v. Italy before the European Court of Human Rights,* in «Stato, Chiese e Pluralismo confessionale», maggio 2010, pp. 1-19 (compartiendo el resultado pero no el razonamiento ni el potencial impacto futuro de algunas afirmaciones del TEDH). Para una interpretación menos crítica de la sentencia y su planteamiento de fondo, *vid*. N. Colaianni, *Il crocifisso in giro per l'Europa: da Roma a Strasburgo (e ritorno),* en RGDCDEE 24 (2010), pp. 1 y ss. Es sintomático que un ex magistrado del TEDH haya sido uno de los más duros críticos de la sentencia. En efecto, para el español Javier Borrego Borrego —juez del TEDH hasta 2008— «la sentencia Lautsi es una decisión forzada, externa e internamente, que tiene mucho de previa opinión (no quiero hablar de previa ideología) y muy poco de sentencia adoptada por jueces en aplicación del Convenio y sus Protocolos a un caso concreto» (*Estrasburgo y el crucifijo en las escuelas,* en el diario «El Mundo», 17 septiembre 2009).

ellos de un símbolo (religioso o no) y la neutralidad (o falta de neutralidad) del Estado.

En segundo lugar, sorprende lo terminantemente que el TEDH afirma que la dimensión negativa de la libertad religiosa y de creencias incluye el derecho a no quedar expuesto a la presencia de un símbolo religioso que puede resultar extraño e incluso ofensivo, aunque sea en el ámbito escolar, sobre todo cuando de la presencia meramente pasiva o estática de ese símbolo no puede deducirse ninguna intención o efecto adoctrinador o proselitista [251]. Tal afirmación, en efecto, es extraña y contradictoria con la —muy acertada— doctrina anterior del propio Tribunal Europeo respecto a que la libertad religiosa de los creyentes de una determinada religión, ya pertenezcan a una mayoría o minoría religiosa, no les confiere el derecho a quedar libres de toda crítica o sustraerse a la influencia de ideas contrarias e incluso hostiles [252]. El margen de apreciación habitualmente reconocido a las autoridades nacionales para organizar la coexistencia de posiciones diversas en materia de derechos fundamentales es aquí virtualmente ignorado por el TEDH, lo cual resulta particularmente chocante cuando se observa, en contraste, el escrupuloso —y tal vez excesivo— respeto mostrado hacia ese margen de apreciación nacional cuando lo que se enjuiciaba era la prohibición de simbología religiosa personal en entornos educativos [253]. Resulta difícil no concluir que el mensaje último que transmiten estas sentencias es que la neutralidad del Estado comporta, como consecuencia necesaria, la ausencia de elementos religiosos que sean visibles en público.

Lo anterior significa, a su vez, que la religión parece ser considerada como factor potencial de conflicto, fácilmente abocada a producir confrontación. De ahí que —desde esa perspectiva, a nuestro entender errónea— lo mejor sea eliminar sus rasgos visibles, identificando la neutralidad del Estado con un derecho individual a crear entornos libres, no «contaminados», de religión. En otras pala-

---

[251] Cfr. *Lautsi,* § 54. *Vid*. sobre este punto los trabajos, citados en la nota anterior, de S. Cañamares Arribas, pp. 6-7, y S. Mückl, pp. 8-10.

[252] Cfr. la sentencia del TEDH *Otto-Preminger-Institut c. Austria,* 20 septiembre 1994, § 47. *Vid*. al respecto J. Martínez-Torrón, *Freedom of Expression versus Freedom of Religion in the European Court of human Rights,* en «Censorial Sensitivities: Free Speech and Religion in a Fundamentalist World» (ed. por A. Sajó), Budapest 2007, especialmente pp. 238-239. En esa dirección, el Tribunal Constitucional Federal alemán, en octubre de 2003, rechazó el recurso de amparo de un padre que exigía la supresión de la bendición de la mesa en la escuela infantil municipal que frecuentaba su hijo, alegando que él era de ideología atea y veía lesionado su derecho de libertad ideológica. Entre otras cosas, el Tribunal afirmaba «que no es inconstitucional que todos los niños desde su infancia —también los hijos de padres de ideología atea— conozcan que hay en la sociedad personas con creencias religiosas, y que desean practicarlas». BVerfGE, 1BvR 1522/03 vom 2.10.2003, Absatz-Nr. (1-11).

[253] *Vid*. *supra,* epígrafe 2 de este capítulo.

bras, como el ejercicio de los derechos de todos reclama un entorno libre de conflictividad, lo más adecuado sería evitar la ocasión del conflicto mediante la prohibición de todo signo religioso ostensible —cuando en realidad el conflicto y la confrontación suelen ser provocados no por el símbolo religioso, sino por quienes afirman su radical derecho a eliminar ese símbolo de su vista y a no quedar «expuestos» a su presencia o supuesta influencia. Por otro lado, no se entiende muy bien cómo una tal concepción de la neutralidad estatal —tanto en lo relativo a símbolos personales como institucionales— puede contribuir a construir ese entorno educativo pluralista y objetivo al que se refiere el TEDH en *Lautsi,* pues con la eliminación de la visibilidad de lo religioso se oculta una parte importante de ese pluralismo y se crea un ambiente escolar ficticio, separado de la vida real [254]. De nuevo, el mensaje que el TEDH parece transmitir es el siguiente: la religión tiene su lugar fuera de la escuela, pero dentro no es admisible porque es conflictiva —con la natural e implícita consecuencia de que el ateísmo o agnosticismo son situados en el extremo opuesto, es decir, como no conflictivos.

En realidad, la sentencia *Lautsi* de 2009 no es tan distinta en sus planteamientos de las otras sentencias del TEDH relativas a simbología religiosa personal. En el fondo de todas ellas se encuentra latente una comprensión de la neutralidad del Estado como «asepsia» religiosa e ideológica, incompatible por definición con la presencia de simbología religiosa. Esto es, naturalmente, imposible, pues los símbolos, con su significación pluriforme y abiertos a percepciones subjetivas impredecibles, son la expresión de la historia y cultura de un país, que está cargada de elementos religiosos e ideológicos.

Hay, además, un adicional factor inquietante en esa utópica noción de neutralidad utilizada por el Tribunal, y es su conexión con una argumentación jurídica centrada en las hipotéticas percepciones subjetivas de los individuos: los símbolos religiosos no tendrían cabida en el centro escolar público porque podrían generar en los alumnos la percepción de que son educados en un entorno educativo dominado por una determinada religión, que sería la preferida por el Estado, con la consiguiente «perturbación emocional» para quienes no comparten esa religión mayoritaria [255]. Esta argumentación jurídica en clave emocional y de subjetividad es, a nuestro entender, un terreno resbaladizo y no exento de riesgos e imprecisiones, que recuerda al criterio del «observador razonable» empleado por la jurisprudencia norteamericana. El TEDH asume que la presencia del símbolo «objetivamente» puede provocar «perturbación emocional» en

---

[254] *Vid*. a este respecto las palabras del manual del Consejo de Europa sobre el uso de atuendo religioso en lugares públicos citadas en la nota 8 de este capítulo.

[255] *Vid*. *Lautsi,* §§ 54-55.

alumnos que no comparten la creencia mayoritaria. Pero, en la realidad, cada persona tiene a ese respecto sentimientos y reacciones distintos (y mudables). De hecho, la gran mayoría de quienes poseen creencias ateas o agnósticas no expresa objeción alguna por los símbolos religiosos. Su reacción es más habitualmente la indiferencia, unida quizá al respeto por las creencias de otros y a la constatación de que son frecuentemente una minoría en un lugar donde las convicciones mayoritarias son otras —lo cual no es de suyo negativo, siempre que los poderes públicos cuiden de que las minorías no sean discriminadas en la práctica—. Muy pocas veces, el ateísmo o agnosticismo se articulan como radical intolerancia hacia la presencia de objetos visibles que simbolizan ideas religiosas que odian o simplemente creen falsas. Garantizar a estas personas el derecho de eliminar un símbolo religioso de aceptación mayoritaria significa concederles la posibilidad de imponer su voluntad, y su concepto de «hábitat educativo», a la mayoría. La cual —si entramos en la dinámica del razonamiento subjetivo y emocional— podrá percibir, no sin fundamento, que el Estado se sitúa en una perspectiva más próxima al ateo o agnóstico que al creyente religioso. Como se ha afirmado, «una pared desnuda en la escuela... no es de suyo más neutral que tener un crucifijo en la pared» [256]. Y es que, sea cual sea la solución que el Estado adopte respecto a la presencia de símbolos religiosos en un centro educativo, la percepción de cuál sea su actitud respecto a la religión será muy diversa según el «observador». Por ello, centrar la argumentación judicial en una determinada perspectiva de observación implica descartar las demás como poco «razonables».

En fin, respecto al argumento de que es necesario eliminar el símbolo religioso porque se opone al derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus convicciones religiosas o filosóficas, debemos recordar que la doctrina del TEDH nunca ha aceptado, ya desde el caso *Kjeldsen,* en 1976, que los padres tengan un derecho absoluto a modelar el sistema educativo a la medida de sus creencias. La obligación fundamental del Estado es garantizar que no se produce un adoctrinamiento de los alumnos contrario a los deseos de los padres. Y en *Lautsi* el TEDH no parece exigir prueba alguna para afirmar que ese adoctrinamiento tiene lugar por la mera presencia estática y pasiva del crucifijo en las instalaciones escolares. Además, el Tribunal parece aceptar con demasiada facilidad el argumento de la supuesta influencia de los símbolos cristianos sobre las mentes de los estudiantes jóvenes, a quienes se refiere como «particularmente vulnerables», cuando en realidad no consta conversión alguna al cristianismo como consecuencia de la presencia del crucifijo en las aulas [257].

---

[256] J.H.H. Weiler, *Il crocefisso a Strasburgo: una decisione «imbarazzante»,* en «Quaderni costituzionali» (2010), p. 153.

[257] *Vid*. al respecto, S. Mückl, *Crucifijos en las aulas…,* cit. en nota 250 de este capítulo, p. 11.

En última instancia, lo que verdaderamente resulta estridente es que un tribunal pueda atribuirse el derecho de cambiar la percepción social mayoritaria de cuál es la función de la religión en la vida pública, en casos en que no exista una clara violación del derecho de personas o grupos a la libertad de religión y de creencias —y, permítasenos insistir en ello, nos resulta muy difícil aceptar que esa libertad incluye el derecho a no «ver» ciertos símbolos, religiosos o no, salvo que sean objetivamente transmisores de un mensaje de odio o discriminación—. En nuestra opinión, lo apropiado es que esta materia sea resuelta mediante la decisión de los competentes órganos colegiados democráticos, ya sea a nivel nacional, regional o local. Y, cuando surjan conflictos reales —no meramente hipotéticos— habrá de buscarse una solución ponderada *ad hoc,* preferiblemente en el ámbito local, que atienda a las circunstancias del caso concreto. Por eso, la postura adoptada por la legislatura bávara nos parece más adecuada en orden a equilibrar los intereses de la mayoría y de las minorías [258]. Al contrario de lo que parece indicar el TEDH, pensamos que la solución no tendrá que ser necesariamente la misma en cada país europeo, ni habrá de consistir siempre en la erradicación de todo símbolo religioso. Pero, incluso cuando se considere que este último es el procedimiento más eficaz, se trata de una decisión fundada sobre criterios de oportunidad, que corresponde adoptar a los órganos competentes en materia educativa, y no a un juez que debe decidir sobre criterios de legalidad.

A la vista de lo anterior, no es de extrañar, que la sentencia *Lautsi* de 2009 haya provocado una reacción tan adversa en amplios sectores sociales y jurídicos. Algo que podría haberse evitado si el TEDH hubiera aprendido de la experiencia precedente del Tribunal Constitucional federal alemán [259]. Tampoco sorprende que, en 2011, la *Grand Chamber* del TEDH dictara una nueva sentencia (*Lautsi II* [260]) que revocaba la de 2009 [261].

---

[258] *Vid*. nota 239 de este capítulo y texto correspondiente. No compartimos, por ello, la posición del trabajo, por lo demás muy sugerente, de N. COLAIANNI, *Il crocifisso in giro…,* cit. en nota 250 de este capítulo, cuando se muestra escéptico respecto a los procedimientos abiertos de mediación, y considera que la mera reclamación de una persona debería dar lugar a la inmediata retirada del símbolo por parte de las autoridades escolares. No obstante, el propio autor italiano admite que la neutralidad del Estado no obliga a retirar los símbolos religiosos en todo caso, sino sólo bajo petición de un alumno o sus padres.

[259] *Vid*. al respecto, S. MÜCKL, *Crucifijos en las aulas…,* cit. en nota 250 de este capítulo, pp. 12-15.

[260] *Lautsi c. Italia* (Grand Chamber), 18 marzo 2011. La sentencia fue adoptada por quince votos contra dos. Los dos jueces que votaron en contra escribieron una opinión discrepante conjunta. Otros cuatro jueces escribieron opiniones concurrentes separadas. De entre ellos, nos parecen de particular interés las escritas, respectivamente, por los jueces Bonello y Power.

[261] *Vid*. V. TURCHI, *La pronuncia della Grande Chambre della Corte di Strasburgo sul caso Lautsi C. Italia: post nubila Phoebus,* en «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», octubre 2011

En *Lautsi II,* el Tribunal rechazaba que la noción de neutralidad del espacio público propuesta por la sala en *Lautsi I* fuera la única aceptable, y subrayaba que la neutralidad puede lograrse también mediante un entorno escolar que sea inclusivo y abierto, por tanto, hacia las expresiones visibles de religiones u otras filosofías de vida, tanto mayoritarias como minoritarias [262]. Según la Gran Cámara del Tribunal, la decisión acerca de si deben o no exhibirse símbolos religiosos en los espacios comunes de las escuelas públicas cae dentro del legítimo margen de apreciación del Estado. Añadía la Corte que la simple presencia de un crucifijo en las aulas, como un signo de la religión a la que pertenece la mayoría de la población, no era suficiente como para concluir que existía un proceso de adoctrinamiento en la escuela pública italiana, y aún menos teniendo en cuenta que el ambiente de los colegios públicos de ese país se mostraba abierto hacia la práctica y las manifestaciones visibles de otras religiones minoritarias. Por ejemplo, las estudiantes podían libremente vestir su pañuelo islámico, y los colegios podían ofrecer asignaturas optativas de enseñanza de otras religiones distinta de la católica [263]. Por lo demás, puntualizaba también el Tribunal, el sentimiento *subjetivo* que algunos alumnos puedan experimentar respecto al crucifijo no bastaba para cuestionar la legitimidad de un entorno escolar que estaba *objetivamente* diseñado de acuerdo con un concepto abierto e inclusivo de neutralidad [264].

---

(www.statoechiese.it), donde pueden encontrarse ulteriores referencias bibliográficas, sobre todo a la doctrina jurídica italiana. *Vid*. también el interesante trabajo, comparando el planteamiento de Estrasburgo con la jurisprudencia norteamericana en materia de símbolos religiososo institucionales, escrito por J. Witte, Jr. & N.L. Arold, *«Lifth High the Cross»? Contrasting the New European and American Cases on Religious Symbols on Government Property,* en «Emory International Law Review» 25 (2011), pp. 5-55. En España, *vid*. I. Briones, *Los símbolos religiosos…,* cit. en nota 191 de este capítulo; S. Cañamares Arribas, *Los símbolos religiosos en el espacio público: entre la amenaza real y la mera sospecha,* en «El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho» 20 (abril 2011), pp. 60-67; S. Meseguer Velasco, *Símbolos religiosos en colegios públicos: ¿hacia dónde camina la jurisprudencia europea?,* en «Anuario Jurídico Villanueva» 5 (2011), pp. 202-213; T. Prieto Álvarez, *Crucifijo y escuela pública tras la sentencia del TEDH Lautsi y otros contra Italia,* en «Revista Española de Derecho Administrativo» 150 (2011), pp. 443-468; A. Ollero, *La Europa desintegrada: Lautsi contra Lautsi,* en «Nueva Revista de Política, Cultura y Arte» 134, pp. 74-83; R. Navarro-Valls, *Lautsi contra Lautsi. Simbología religiosa y Tribunal de Derechos Humanos,* en Zenit, 21 marzo 2011 (http://www.zenit.org/article-38672?l=spanish (visistado 15 diciembre 2011). Desde una posición contraria a *Lautsi II* y favorable a *Lautsi I, vid*. J.I. Solar Cayón, *Lautsi contra Italia: sobre la libertad religiosa y los deberes de neutralidad e imparcialidad del Estado,* en «Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho» 23 (2011), pp. 543-563. La sentencia *Lautsi II* ha tenido notable repercusión en Latinoamérica. *Vid.,* por ejemplo, en Argentina, N. Padilla, *El respeto a la legítima diversidad. El caso Lautsi II,* y D. Ranieri, *El viraje producido por la CEDH en el caso del crucifijo en las escuelas públicas de Italia: la puesta en escena de dos modelos jurídico-políticos irreconciliables,* ambos en «El Derecho», 12 abril 2011.

262 *Vid*. especialmente *Lautsi II,* §74.

263 *Vid*. especialmente *Lautsi II,* §§ 70-72, 74.

264 *Vid*. especialmente *Lautsi II,* § 66.

En nuestra opinión, la sentencia *Lautsi II* habría sido aún mejor si hubiera desarrollado de manera más amplia algunos aspectos que sí resaltaron las opiniones concurrentes escritas por dos de los jueces. Por un lado, la idea de que el criterio para juzgar si se ha producido una violación de la libertad de religión y creencia ha de ser la coerción, y no el sentimiento subjetivo de ofensa que pueda sufrir una persona ante la presencia de ciertos símbolos religiosos. Al igual que los creyentes religiosos no tienen derecho a librarse de toda crítica, los creyentes ateos no tienen derecho a asegurarse de que no quedan «expuestos» a percibir la exitencia de símbolos —personales o institucionales— que pueden resultar ofensivos para sus convicciones o sentimientos [265]. Junto a ello, habría resultado conveniente que la Corte indicase con mayor claridad que el valor tutelado por el Convenio Europeo es la libertad religiosa y no la estricta laicidad del Estado, por legítima y tradicional que esta última pueda ser en algunos países europeos [266]. El separatismo no forma parte del contenido del CEDH: solamente la neutralidad del Estado en la medida en que constituye una condición para el respeto de la libertad religiosa, es decir, cuando es entendida como incompetencia para pronunciarse sobre la verdad o falsedad de las doctrinas o dogmas religiosos [267].

En fin, pensamos que hubiera sido también de agradecer un pronunciamiento más explícito del TEDH acerca de que la eliminación de todo símbolo religioso del «panorama» escolar no es en absoluto un acto neutral, sino que en realidad constituye una manifestación favorable a ideologías que se definen como laicistas *(secularist)*, en detrimento de otras concepciones del mundo, incluidas las de carácter religioso [268]. De hecho, una vez que el Tribunal ha reconocido que el laicismo *(secularism)* es una «convicción filosófica» a los efectos del artículo 9 CEDH y del artículo 2 PCEDH [269], probablemente la opción más coherente y apropiada es la creación de un entorno escolar pluralista e inclusivo, en lugar de un entorno supuestamente «neutral» que excluya la visibilidad de la religión, otorgando por tanto preeminencia a las concepciones laicistas. Lo anterior, a nuestro entender, resulta aplicable no sólo a la presencia institucional del crucifijo o de otros símbolos religiosos, sino también al uso

---

265 *Vid*. la opinión concurrente de la Juez Power.

266 *Vid*. la opinión concurrente del Juez Bonello.

267 Así lo ha declarado, además, el Tribunal en una ya bien asentada jurisprudencia: «the right to freedom of religion as guaranteed under the Convention excludes any discretion on the part of the State to determine whether religious beliefs or the means used to express such beliefs are legitimate» (*Manoussakis c. Grecia,* 26 septiembre 1996, § 47). *Vid*. también *Hasan and Chaush c. Bulgaria,* 26 octubre 2000, § 78, que alude, sin mayores precisiones, a «casos muy excepcionales» en los que este principio podría no aplicarse.

268 *Vid*. la opinión concurrente de la Juez Power.

269 *Vid*. *Lautsi II,* § 58.

personal de prendas u objetos de significación religiosa, como el velo islámico o el turbante sij. En efecto, si el concepto de neutralidad que satisface al laicismo militante fuese la única opción legítima en el diseño del espacio de la escuela pública, eso significaría que el Estado quedaría en la práctica obligado a organizar la enseñanza pública en concordancia con una particular convicción filosófica, con exclusión de las demás, lo cual iría en contra de la deseable neutralidad del Estado en materia religiosa y rayaría en la intolerancia [270].

### 6.3. *La cuestión del crucifijo en España, dentro y fuera del ámbito escolar*

Una análoga y poco precisa noción de la neutralidad estatal parece dominar una sentencia de 2008 de un tribunal de primera instancia de Valladolid, que atendía la petición de la Asociación Cultural Escuela Laica de esa ciudad castellana de que se retirasen los crucifijos de las aulas y espacios comunes de un colegio público, la cual había sido previamente rechazada por el consejo escolar del centro [271]. El Juzgado ordenó al consejo escolar la inmediata remoción de todo símbolo religioso de las aulas. El motivo fundamental por la que se acogía la pretensión era que la presencia de símbolos religiosos en un centro educativo de menores podía generar en ellos el «sentimiento» de que el Estado estaba «más próximo» a la religión cristiana que a otras concepciones de la vida [272]. Se

---

[270] A eso se refería la Juez Power en su opinión concurrente cuando hacía notar: «To prohibit in public schools, regardless of the wishes of the body politic, the display of a symbol representative of that (or indeed any other religious) tradition and to require of the State that it pursues not a pluralist but a secularist agenda, risks venturing towards the territory of intolerance —a concept that is contrary to the values of the Convention».

[271] Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2, sentencia n.º 288/2008, 14 noviembre 2008. La sentencia de Valladolid no es el único caso suscitado en España sobre presencia de símbolos religiosos en espacios públicos, aunque es cierto que la conflictividad en esta materia ha sido hasta hace poco escasa en nuestro país. Recientemente, la STSJ de Murcia, 948/2009, 30 octubre 2009, ha resuelto un caso relativo a la petición por parte de un profesor del IED Ramón y Cajal de Murcia de retirar el Belén situado en uno de los vestíbulos del centro al entender que suponía un atentado contra la laicidad de la escuela pública y la aconfesionalidad del Estado. El Tribunal ha resuelto en contra de la apreciación de violación alguna, dado que «[...] la neutralidad del Estado y de las Administraciones no debe llegar al extremo de limitar o restringir las libertades o derechos de los ciudadanos, ya que podría darse en ese caso una discriminación negativa, con la consiguiente vulneración del art. 14 CE. Otra cosa sería que el Estado o la Administración hubiera permitido la realización de determinadas actividades o manifestaciones religiosas a una confesión y a su vez hubiera prohibido las mismas u otras análogas a otras confesiones» (FJ 3.º). Entre la literatura jurídica sobre la utilización de símbolos religiosos, físicos o ceremoniales, en espacios públicos en España, *vid.,* entre otros, S. Cañamares Arribas, *Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho español: propuestas ante la reforma de la Ley orgánica de libertad religiosa,* en RGDCDEE 19 (2009), pp. 1-29; A. González-Varas Ibáñez, *Los actos religiosos en las escuelas públicas en el derecho español y comparado,* en RGDCDEE 19 (2009), pp. 1-28; G. Moreno Botella, *Crucifijo y escuela en España,* en RGDCDEE 2 (2003), pp. 1-34.

[272] Así se expresaba literalmente la sentencia: «La presencia de estos símbolos en estas zonas

trata de un argumento peculiar, como hemos indicado antes a propósito de *Lautsi*. Desde nuestra perspectiva, es posible, y deseable, un debate acerca de cómo haya de interpretarse la neutralidad e imparcialidad del Estado en un contexto tan sensible como el escolar, en relación con las concretas raíces éticas de la sociedad en que se inserta un centro de enseñanza, y en cómo desea exteriorizarlas, teniendo en cuenta que una escuela no sólo representa al Estado sino también, y primariamente, a la sociedad civil. Sin embargo, una argumentación como la empleada por el tribunal de Valladolid, centrada en algo tan subjetivo e hipotético como los «sentimientos de proximidad del Estado», nos parece fuera de lugar y jurídicamente confusa.

Esa sentencia fue revocada parcialmente en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León [273], que tomaba en consideración la decisión *Lautsi* del TEDH de 2009 pero no entendía que hubiera de sentirse necesariamente vinculada por sus conclusiones a la vista del contexto constitucional español, aunque sí por su concepción de la neutralidad del Estado en la organización de los centros públicos de enseñanza. En síntesis, la argumentación del Tribunal de Castilla y León gira en torno a dos elementos clave. Uno es la comprensión del principio constitucional de laicidad, que en ningún caso ha de identificarse con la necesidad de eliminar todo vestigio de la presencia religiosa en la esfera pública, ciertamente abundante en España por obvias razones históricas y sociales, ni siquiera en el concreto ámbito escolar. Hace notar el Tribunal a ese propósito que una concepción extrema o maximalista de la laicidad del Estado, que no se adecúa a la doctrina del Tribunal Constitucional ni al propio texto del art. 16 CE, llevaría a cambiar, por ejemplo, el nombre de multitud de centros públicos de enseñanza, que denotan una clara impronta cristiana [274]. El segundo elemento es el concepto de neutralidad estatal, que —como acaba de indicarse— comparte con *Lautsi,* y que obligaría al Estado a retirar cualquier símbolo religioso cuya presencia pueda resultar «emocionalmente perturbadora» para los alumnos, y contraria al derecho de los padres a la educación de sus hijos de acuerdo con sus convicciones. Sin embargo, el Tribunal Su-

---

comunes del centro educativo público en el que reciben educación menores de edad en plena fase de formación de su voluntad e intelecto, puede provocar en éstos el sentimiento de que el Estado está más cercano a la confesión con la que guardan relación los símbolos presentes en el centro público que a otras confesiones respecto de las que no está presente ningún símbolo en el centro público, con lo que el efecto que se produce, o puede producirse, con la presencia de símbolos religiosos es la aproximación a la confesión religiosa representada en el centro por considerar que es la más próxima al Estado y una forma de estar más próximo a éste» (fundamento de derecho 4.º).

[273] STSJCL 3250/2009, 14 diciembre 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª).

[274] *Vid. ibid.*, FJ 6.º

perior de Justicia, abordando la cuestión desde una perspectiva más realista que el TEDH, intentaba encontrar un equilibrio entre esa noción de la neutralidad y sus consecuencias, por un lado, y la legítima competencia de los consejos escolares como representantes de los actores sociales, por otro. De ahí que su fallo consistiera en ordenar la retirada de los crucifijos solamente en las zonas de uso común del colegio y en las aulas frecuentadas por los alumnos cuyos padres lo hubieran reclamado, mientras que expresamente permitía —si así lo decidía el consejo escolar— la presencia de símbolos religiosos en otras aulas. Hagamos notar, en todo caso, que no está clara la fuerza persuasiva de esta parte del razonamiento del TSJ de Castilla y León, en la medida en que su fuente inspiradora —la primera sentencia *Lautsi* del TEDH— fue revocada en apelación por la Gran Cámara del Tribunal de Estrasburgo, según acabamos de ver, así como la noción de neutralidad del espacio público escolar en que se fundamentaba.

Fuera del ámbito escolar, la oposición a la presencia del crucifijo en un área pública ha sido objeto, en 2010, de otra interesante sentencia de un tribunal de primera instancia de Zaragoza [275]. El conflicto surgió cuando un grupo de concejales de izquierda del Ayuntamiento de Zaragoza exigió al alcalde que retirase del salón de plenos un crucifijo del siglo XVII, y vinculado desde entonces a la historia del consistorio zaragozano, por entender que contrariaba las características de un Estado laico. El alcalde, secundado por la gran mayoría de los concejales, desestimó la solicitud, aludiendo al valor histórico del crucifijo y a la importancia del respeto a la tradición en la vida de las instituciones. El caso fue llevado a los tribunales por una asociación privada [276].

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, pensamos que muy acertadamente, situaba la cuestión en los siguientes términos: «La perspectiva de análisis... no es la de justificar por qué el Ayuntamiento de Zaragoza puede tener en el salón de plenos el crucifijo que nos ocupa, sino... dilucidar por qué este Juzgador debe prohibir al Ayuntamiento de Zaragoza que tenga un crucifijo en su salón de plenos. De esta forma, se plantea el siguiente interrogante: ¿existe alguna norma jurídica vigente en el ordenamiento jurídico español que prohíba a una corporación municipal tener un crucifijo con un relevante valor histórico y artístico en el salón de plenos del Ayuntamiento?» [277]. Y es que, en efecto, no es lo mismo imponer un símbolo religioso *ex novo,* con la intención de respaldar públicamente una determinada confesión religiosa, que mantener signos de identidad de contenido religioso que forman parte de la evolución histórica de una sociedad y de una institución. Por eso, el Juzgado concluía que el principio

---

[275] Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3, sentencia n.º 156/10, 30 abril 2010.
[276] Concretamente la Asociación HUEL, Movimiento hacia un Estado laico.
[277] FJ 5.º

constitucional de laicidad no llevaba a excluir la presencia de lo religioso en la esfera pública, y que el derecho de libertad religiosa y de creencias de quien no comparte el contenido doctrinal o moral anejo a un símbolo religioso no podía imponerse sobre la voluntad mayoritaria de la corporación municipal, pues en ningún caso la presencia del crucifijo respondía a la intención de afirmar la superioridad de unas creencias sobre otras, sino que reflejaba la evolución de un consistorio con más de 900 años de historia. Además, marcaba las diferencias con la cuestión de los símbolos religiosos en la escuela pública, donde el derecho de los padres a la educación de sus hijos puede tener una relevancia que está ausente aquí.

Por lo demás, esta sentencia del tribunal zaragozano es conforme con la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha mostrado una actitud flexible cuando se trata de admitir la posibilidad de elementos religiosos en el emblema de corporaciones públicas cuando obedecen a razones históricas, considerando que en nada contradicen la laicidad o neutralidad del Estado y sus instituciones [278]. Y, en cambio, ha sido tajante al declarar inconstitucional, como contraria a la libertad religiosa, la obligada participación personal de un servidor público —militar o policía, en los casos enjuiciados— en actos institucionales de carácter religioso en contra de sus convicciones de conciencia [279]. Dicha jurisprudencia ha sido recientemente confirmada por el Tribunal Constitucional al fallar que el Colegio de Abogados de Sevilla no viola ni la neutralidad de las instituciones públicas ni la libertad religiosa de los no cristianos por el hecho de mantener como patrona, «por secular tradición», a «la Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada» [280]. Hacía notar la sentencia que los símbolos reflejan la historia de las instituciones a las que representan, y por ello es natural que en una cultura como la española los haya con connotaciones religiosas, lo cual no significa que los poderes públicos, por el mero hecho de preservar esas tradiciones, transmitan «respaldo o adherencia a postulados religiosos». Añadía el Tribunal, en una encomiable muestra de realismo, que en las

---

[278] STC 130/1991, 6 junio 1991. *Vid*. J. Martínez-Torrón, *Una metamorfosis incompleta. La evolución del derecho español hacia la libertad de conciencia en la jurisprudencia constitucional,* en «Persona y Derecho» 45 (2001), pp. 209-213. En la misma dirección se pronuncian otros tribunales andaluces. *Vid*. el trabajo de S. Cañamares Arribas citado en la nota 271, pp. 22-23, y también, del mismo autor, *Religious Symbols in Spain: A Legal Perspective,* en «Ecclesiastical Law Journal» 11 (2009), pp. 189-191.

[279] *Vid*. STC 177/1996, 11 noviembre 1996, y STC 101/2004, 2 junio 2004, relativas, respectivamente, a las objeciones de un sargento del Ejército que se oponía a formar parte de una compañía de honores que debía rendir homenaje a la Virgen de los Desamparados, y de un subinspector del Cuerpo Nacional de Policía que rehusaba acompañar a una hermandad en su estación de penitencia durante la Semana Santa malagueña.

[280] STC 34/2011, 28 marzo 2011.

sociedades actuales los símbolos pasivos difícilmente influyen, positiva o negativamente, en las creencias de las personas, y que la libertad religiosa individual queda a salvo siempre que nadie resulte obligado a participar en ritos o actos en honor del símbolo en cuestión. En ausencia de una tal coerción, la mera percepción subjetiva —indicaba el Tribunal citando la sentencia *Lautsi II* del TEDH— no basta para apreciar violación de la libertad ideológica o religiosa [281].

En la misma dirección, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia ha rechazado recientemente el recurso presentado por la asociación «Preeminencia del Derecho» —de inspiración humanista secular— en la que se exigía la retirada de la Cruz de la Muela, una gran cruz metálica situada en un monte de la Sierra de Orihuela cuyos antecedentes se remontan al siglo XVIII y que ha sido reconstruida varias veces por iniciativa popular local [282]. El TSJ de Valencia, razonaba sobre la base de que la neutralidad del Estado, reclamada por su aconfesionalidad según disposición constitucional, implica el respeto por la pluralidad de opciones ante lo religioso, y por tanto es incompatible con la exclusión de la religión de la vida pública. Puntualizaba acertadamente la sentencia que «en nuestro país, como en tantos otros de similares tradiciones culturales y religiosas [...], se aprecia en multitud de lugares públicos la presencia de símbolos de carácter religioso [...] cuyo mantenimiento no es sino manifestación del respeto a dichas tradiciones y no imposición de unas particulares creencias religiosas, y en tal sentido no pueden entenderse como representativos de posturas de intolerancia hacia el no creyente» [283].

---

[281] *Vid*. especialmente, *ibid.,* FFJJ 4.º y 5.º En relación con esa sentencia, *vid*. el interesante y detallado comentario de T. PRIETO ÁLVAREZ, *Colegios profesionales, aconfesionalidad y patronazgo religioso. Comentario a la STC 28 de marzo de 2011,* en «Revista Andaluza de Administración Pública» 79 (2011), pp. 137-156.

[282] STSJ Valencia 648/2011 (Sala de lo Contencioso-Administravivo, Sección 5.ª), 6 septiembre 2011.

[283] *Ibid.,* FJ 9.º

Capítulo 10

# Los conflictos de conciencia en el ámbito de las relaciones laborales

SUMARIO: 1. Observaciones previas.—2. el zigzagueante itinerario de las objeciones laborales en Estados Unidos: 2.1. *La doctrina* Sherbert *y sus consecuencias.* 2.2. *Un cambio de dirección: el caso* Smith. 2.3. *La objeción de conciencia a la sindicación.*—3. La tutela del trabajador en la jurisprudencia de Canadá: 3.1. *Un decidido interés en erradicar la discriminación indirecta en los casos de descanso sabático.* 3.2. *La objeción a pagar las cuotas sindicales.*—4. La jurisprudencia de las instituciones europeas.—5. La legislación y jurisprudencia de algunos países europeos: 5.1. *Discriminación religiosa y discriminación racial en el Reino Unido.* 5.2. *La garantía del descanso sabático en Francia, Bélgica e Italia.* 5.3. *El predominio de la posición del empresario en derecho español.*

## 1. Observaciones previas

La conexión entre libertad religiosa y legislación estatal en el ámbito de las relaciones laborales ha ido produciendo un número creciente de escenarios conflictivos potenciales de muy distinto estilo. Entre ellos, los relacionados con situaciones de discriminación directa o indirecta. De ahí, por ejemplo, el esfuerzo desplegado por la Unión Europea, dentro de sus políticas de promoción de la igualdad real, para garantizar que la religión o creencias de una persona —entre otros factores— no constituyen causa de trato discriminatorio en la práctica, ni siquiera como consecuencia de normas neutrales y de aplicación general que no tienen de suyo finalidad discriminatoria. Ese es el sentido de la Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 noviembre 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación [1], cuyo declarado objetivo es luchar contra la discriminación y promover que los Estados apliquen el principio de igualdad de trato [2]. Por discriminación entiende la Directiva tanto la directa —trato menos favorable de una persona en relación con

[1] Texto en Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 2.12.2000, L 303 16 ss.

[2] El art. 1 de la Directiva indica: «La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato».

otras— como la indirecta. Esta última tiene en la práctica mayor interés, y el art. 2.2.b) se ocupa de dar importantes pautas de definición y criterios de actuación a ese propósito:

> «Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros puedan ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que [...] dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios».

Entre la variedad de conflictos que el derecho comparado ofrece en este área, aquí nos centraremos en aquellos que contemplan la colisión entre los principios religiosos o morales del trabajador y su obligación de desarrollar una determinada actividad. Normalmente esa obligación se encuentra contractualmente definida, de manera que el conflicto entre conciencia y ley no se produce de manera directa, sino sólo indirecta, en la medida en que el contrato está respaldado por la legislación. No ha de olvidarse, en todo caso, que la contratación laboral, aun siendo en rigor una relación de derecho privado, se halla sometida a una normativa que presenta algunas de las características del derecho público, por el acentuado interés social que tiene esa clase de contratos. Lo cual determina que en el mundo de las relaciones de trabajo la voluntad de las partes sea menos autónoma, y esté sometida a determinados condicionantes que serían poco concebibles en la dinámica contractual ordinaria. Esto resulta especialmente visible en lo concerniente al respeto de los derechos fundamentales del trabajador y su derecho a un trato igualitario. En otras palabras, la contratación laboral está especialmente afectada por los principios constitucionales, y eso explica —según veremos— que algunos ordenamientos jurídicos, como el norteamericano o canadiense, exijan explícitamente al empleador un esfuerzo de «acomodación» de las creencias de sus trabajadores —como también lo hace, más implícitamente, el art. 2, recién citado, de la Directiva europea de 2000.

En el ámbito de las relaciones laborales, los conflictos entre ley y conciencia se derivan, sobre todo, de la negativa de algunas personas a trabajar en días declarados festivos o de descanso obligado por la propia religión, o bien de la insistencia del trabajador en vestir un determinado atuendo religioso en su lugar de trabajo en contra de las normas de la empresa o de concretas directrices recibidas de sus superiores. Recuérdese que el Comentario General del Comité de Derechos Humanos al art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos especifica que la libertad de manifestar la propia religión o creencia mediante el culto incluye el derecho a «la observancia de fiestas religiosas y días

de descanso» [3]. A los casos de este tipo dedicaremos este capítulo, pues los derivados del uso de indumentaria de significación religiosa son analizados en otro lugar de este trabajo [4]. Interesa advertir que, en la práctica, los supuestos de descanso sabático suelen tener su base en directas y casi exclusivas motivaciones religiosas. Han sido planteados, fundamentalmente, por fieles de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, Testigos de Jehová, judíos ortodoxos y también por personas pertenecientes a otros grupos religiosos menores (por ejemplo, *Wordlwide Church of God* o *Seventh-Day Baptists*). Con un perfil diverso, veremos que también los musulmanes han planteado algunas situaciones de este tipo, en la medida en que la obligación del rezo colectivo de los viernes por la tarde o la observancia del ayuno del Ramadán pueden dar lugar a ocasionales incompatibilidades laborales.

Por razones de economía y de coherencia sistemática dejaremos fuera de nuestro estudio en este capítulo cuestiones de indudable interés que, aun teniendo en algún caso relación indirecta con conflictos de conciencia individuales —que es nuestra perspectiva de estudio—, afectan más directamente a la comprensión de la autonomía de las confesiones religiosas y sus consecuencias, o bien a la autonomía de empresas de carácter no religioso, pero que están presididas por ciertas tendencias que inciden en la libertad ideológica. Por ejemplo, la regulación de la llamada cláusula de conciencia periodística [5]; los conflictos que se han producido, en países como España o Italia, en relación con la retirada del permiso para impartir clases de religión católica en colegios públicos a profesores que incurrían públicamente en conductas contrarias a los preceptos morales del catolicismo [6]; o al despido, por causas análogas, de personas que trabajaban para determinadas iglesias [7].

---

[3] *Vid*. § 4 del General Comment No. 22: The right to freedom of thought, conscience and religion (Art. 18): 30/07/93; CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, General Comment No. 22.

[4] *Vid*. capítulo 9.

[5] *Vid*. al respecto, entre otros, J. Capseta Castellá, *La cláusula de conciencia periodística,* Madrid 1998; M. Carrillo, *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas,* Madrid 1993; T. de la Quadra-Salcedo, *La cláusula de conciencia: un Godot constitucional,* en REDCo 22-23 (1988), pp. 53 ss.

[6] Hay a este propósito, como se sabe, una interesante jurisprudencia constitucional. *Vid*. STC 38/2007, 15 febrero 2007; SSTC 80/2007, 81/2007, 82/2007, 83/2007, 84/2007, 85/2007, 86/2007, 87/2007, 88/2007, 89/2007, 90/2007, todas de 19 abril 2007; STC 128/2007, 4 junio 2007; ATC 385/2007, 9 octubre 2007; ATC 426/2007, 6 noviembre 2007. En relación con el estatuto jurídico de los profesores de religión en España, *vid*. S. Cañamares Arribas, *El control jurisdiccional de la autonomía de la Iglesia Católica en la designación de los profesores de religión,* en REDC 66 (2009), pp. 275-292; A. López-Sidro, *Dimensión colectiva del derecho de libertad religiosa en los centros docentes públicos: la designación de los profesores de religión,* en RGDCDEE 14 (2007), pp. 1-33; J. Otaduy, *Estatuto jurídico laboral de los profesores de religión católica en España,* en «Puntos de especial dificultad en derecho matrimonial canónico, sustantivo y procesal, y cuestiones actuales de derecho eclesiástico y relaciones Iglesia-Estado» (coord. por R. Rodríguez

*(Nota 7 en pág. sig.)*

Razones análogas nos mueven a dejar también fuera de nuestro trabajo situaciones en las que el punto central lo constituye la neutralidad del Estado al organizar el entorno laboral, a pesar de que a veces se hayan planteado ante los tribunales como discriminación religiosa indirecta. Nos referimos, en concreto, a los denominados por la jurisprudencia norteamericana y canadiense *Sunday closing laws cases,* en los que se impugnaban las leyes que obligaban al cierre de los comercios en domingo. Con frecuencia los demandantes eran comerciantes de religión judía, que alegaban ser discriminados porque, por un lado, su religión les obligaba a cerrar en sábado, y por otro, la legislación estatal les impedía abrir en domingo, un día de descanso cuyo origen se encuentra en la religión cristiana, en la que no creían; la combinación de ambos elementos —afirmaban— les causaba un perjuicio económico de entidad en comparación con los comerciantes de otras religiones. Nos parece que estos casos no son estrictamente conflictos entre ley y conciencia, pues ni su religión impedía a los demandantes que cerrasen su negocio en domingo ni ley alguna les obligaba a abrir en sábado. El punto crucial a decidir era si el Estado, al establecer el domingo como día único de cierre, actuaba de manera neutral y perseguía una finalidad secular legítima, a pesar de que la elección del domingo estuviera inspirada históricamente en el carácter sagrado de ese día para el cristianismo. A este propósito es interesante hacer notar que la jurisprudencia norteamericana y la canadiense han llegado a soluciones no coincidentes sobre esa cuestión, entendiendo la primera que el domingo había adquirido con el tiempo un carácter y finalidad meramente seculares en cuanto día festivo [8]; mientras que la segunda

---

Chacón), Madrid 2007, pp. 201-222; R. Rodríguez Chacón, *Los profesores de religión católica en la jurisprudencia,* en ADEE 21 (2005), pp. 243-274; I. Briones, *Profesores de religión católica según el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales: el derecho a la intimidad y la autonomía de las confesiones, dos derechos en conflicto,* en «Aranzadi Social» 5 (2004), pp. 749-788; A.I. Ribes, *Reflexiones en torno a la idoneidad de los profesores de religión católica en los centros docentes públicos,* en RGDCDEE 3 (2003), pp. 1-18; M. Rodríguez Blanco, *El régimen jurídico de los profesores de religión en centros docentes públicos,* en DE 112-2 (2001) pp. 482 ss. En Italia y Alemania, respectivamente, *vid*. A. González-Varas, *El régimen jurídico de los profesores de religión en Italia,* y M. Roca, *Régimen jurídico del nombramiento de los profesores de religión en las escuelas públicas alemanas,* ambos en «Educación y religión: una perspectiva de derecho comparado» (coord. por M. Domingo Gutiérrez), Granada 2008, pp. 149-198 y 199-220, respectivamente.

[7] Hay, en el momento de escribir estas páginas, varios casos pendientes ante el Tribunal de Estrasburgo: *Baudler c. Alemania,* App. Num. 38254/04; *Fernández Martínez c. España,* App. Num. 56030/07; *Obst c. Alemania,* App. Num. 425/03; *Reuter c. Alemania,* App. Num. 39775/04; *Schüth c. Alemania,* App. Num. 1620/03; *Siebenhaar c. Alemania,* App. Num. 18136/02. El caso contra España se refiere a un profesor de religión católica en colegio público. Información sobre esos casos puede encontrarse en las páginas de Internet de Strasbourg Consortium: http://www.strasbourgconsortium.org (visitado 17 agosto 2010).

[8] Los principales casos decididos por el Tribunal Supremo son: *McGowan v. Maryland,* 366 U.S. 420 (1961); *Braunfeld v. Brown,* 366 U.S. 599 (1961); *Gallagher v. Crown Kosher Super Market,* 366 U.S. 617 (1961); y *Two Guys from Harrison Allentown v. McGinley,* 366 U.S. 582 (1961). Entre

consideraba que, en virtud del origen religioso del domingo, el Estado podía actuar de manera no neutral e indirectamente discriminatoria si no establecía exenciones para personas de otras religiones [9].

## 2. El zigzagueante itinerario de las objeciones laborales en Estados Unidos

En el derecho norteamericano, los tribunales han sentado precedentes favorables a los objetores de conciencia en un conjunto de supuestos a los que la doctrina encuadra bajo la convencional denominación de *sabbatarian cases* [10]. Es decir, casos en los que la pretensión versa sobre la negativa de un sujeto a realizar cualquier actividad laboral en sábado, por considerarlo día de descanso conforme a sus creencias religiosas. La tendencia de la jurisprudencia y legislación estadounidense, ante el conflicto de conciencia, ha sido obligar a los sujetos de la relación laboral (empresario, trabajador y, en su caso, sindicato) a buscar un arreglo o acuerdo denominado «acomodación razonable» *(reasonable accomodation)*. Esta adaptación normalmente ha exigido una conducta activa del empleado, una oferta del empresario y, en caso de desavenencia, una contraoferta que no debe producir «carga o gravamen excesivo» (*undue hardship,* en la terminología jurisprudencial) en el desarrollo normal del trabajo y en las relaciones con los demás trabajadores.

Las pretensiones de los *sabbatarian* encontraron tutela legislativa en la llamada «enmienda Randolph» al Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 [11] (así lla-

---

la literatura jurídica norteamericana, *vid*. T.R. Mann & M. Garfinkel, *Sunday Closing Laws Decisions - A Critique,* en «Notre Dame Lawyer» 37 (1962), pp. 323-339; J.E. Donaldson, *Freedom of Religion and the Recent Sunday Closing Laws Cases,* en «William and Mary Law Review» 3 (1962), pp. 384-394; y, desde una perspectiva cronológica más distante, después de que las leyes de cierre en domingo fueran entrando en desuso por razones económicas y sociales, A. Raucher, *Sunday Business and the Decline of Sunday Closing Laws: A Historical Overview,* en JCS 36 (1994), pp. 13-34.

[9] Los principales casos decididos por la Corte Suprema canadiense son: *R. v. Big M Drug Mart Ltd*. [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Videoflicks Ltd*. [1986] 2 S.C.R. 713 (versión francesa como *R. c. Edwards Books and Art Ltd*. [1986] 2 R.C.S. 713). Estos casos son comentados, en el contexto de un análisis global de la actitud del derecho canadiense hacia la libertad religiosa, por J. Woehrling, *L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse,* en «Revue de droit de McGill» 43 (1998), pp. 325 ss.; y, del mismo autor, en español, *La libertad de religión, el derecho al acomodamiento razonable y la obligación de neutralidad religiosa del estado en el derecho canadiense,* en «Revista catalana de dret públic» 33 (2006), pp. 1 ss. En España, *vid*. E. Relaño, *El pluralismo religioso: el modelo canadiense,* en RGDCDEE 1 (2003), pp. 24 ss.

[10] Una visión de conjunto de esos casos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hasta 1990, puede verse en B.J. Redman, *Sabbatarian Accommodation in the Supreme Court,* en JCS 33 (1991), pp. 495-523.

[11] *Vid*. R. Palomino, *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el derecho*

mada por haber sido patrocinada por el senador Randolph, miembro de un pequeño grupo religioso que adopta el sábado como día de descanso). La ley de derechos civiles ya prohibía la discriminación del trabajador a causa, entre otras cosas, de su religión. Con la citada enmienda, de 1972 —basada a su vez en unas normas administrativas de 1967—, la ley pasaba además a indicar a los tribunales cuáles eran las líneas maestras para sopesar los intereses en juego en esta materia: primero, la obligación por parte de la empresa de hacer una «adaptación razonable» a las creencias religiosas de sus empleados; y segundo, el límite para dicha adaptación, situado en el «gravamen indebido» o «excesivo» para la propia empresa [12].

### 2.1. *La doctrina* Sherbert *y sus consecuencias*

Ya antes de esa legislación, el Tribunal Supremo federal había dictado una importante sentencia, cuyos efectos irían mucho más allá del ámbito laboral y marcarían algunas pautas interpretativas fundamentales acerca de la protección de la libertad religiosa, con una doctrina que ha influenciado durante décadas la jurisprudencia del Supremo. Se trata del caso *Sherbert,* decidido en 1963 [13]. En ella se calificaba como objeción de conciencia tutelable el comportamiento de una trabajadora perteneciente a la Iglesia Adventista del Séptimo Día [14] que ha-

---

*norteamericano,* Madrid 1994, pp. 159 ss.; A. Castro Jover, *La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el derecho de Estados Unidos,* Madrid 2005, pp. 76 ss.

[12] La jurisprudencia se ha planteado la compatibilidad entre dicha legislación y el separatismo establecido en la Constitución —recuérdese que la llamada *establishment clause* de la primera enmienda constitucional prohíbe el apoyo institucional dirigido a imponer o favorecer una religión—, concluyendo que la *religious accommodation* efectuada en el Título VII de la *Civil Rights Act* no era inconstitucional, pues a través de ella se trataba de minimizar los sacrificios económicos que se impondrían a los ciudadanos a causa de sus principios espirituales. Este efecto positivo no se oponía a la Constitución, pues el Título VII no exigía una total preferencia de las prácticas religiosas de los empleados, sino que permitía examinar la carga que implicaba para los demás miembros de la empresa, y facultaba para evaluar si la empresa había intentado adaptarse razonablemente a las demandas de los empleados. El posible efecto que pudiera tener de promoción de la religión aparecía como incidental respecto a su efecto primario, que es promocionar la libertad de conciencia y proscribir la discriminación en el mundo laboral. *Vid*. la sentencia dictada en el caso *Protos v. Volkswagen of America, Inc.* por la Corte Federal de Apelación, tercer circuito, 797 F.2d 129 (1986). Sobre el tema, con detalle, *vid*. R. Palomino, *Objeción de conciencia y relaciones laborales en el derecho de los Estados Unidos,* en «Revista Española de Derecho del Trabajo» 50 (1991), pp. 901-930.

[13] *Sherbert v. Verner,* 374 U.S. 398 (1963). Un comentario más amplio a la sentencia, entre la doctrina española, puede verse en J. Martínez-Torrón, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano,* en ADEE 1 (1985), pp. 436 ss.

[14] La Iglesia Adventista del Séptimo Día tiene su origen en el siglo xix en Estados Unidos. Entre los preceptos morales de la Iglesia Adventista —siguiendo una interpretación literal de la Biblia— se encuentra la observancia del *sabbath* como día de reposo semanal, extendiéndose

bía sido despedida de su empleo en una empresa textil ya que, al ampliarse el calendario laboral semanal, se negaba, por motivos de conciencia, a trabajar en sábado. Por esta misma razón no pudo obtener trabajo en otra empresa, y solicitó subsidio de desempleo, que le fue denegado en aplicación de las leyes de Carolina del Sur, que descalificaban para el subsidio a quienes, sin justa causa, rechazasen una oferta de trabajo «disponible y apropiado» —las autoridades del estado consideraron que los motivos religiosos no constituían justa causa *(good cause)*.

El Tribunal Supremo dio la razón a la trabajadora demandante, afirmando que la aplicación de la legislación laboral le situaba ante el difícil dilema de actuar conforme a las propias convicciones internas o quebrantar éstas para obtener un empleo. Ese dilema implicaba una restricción de su libre ejercicio de la religión, pues, aunque de manera indirecta, se penalizaban de manera notoria sus opciones religiosas. La imposición de restricciones a la libertad religiosa —añadía la sentencia— sólo era legítima cuando las autoridades estatales probasen que existía un «interés prevalente del estado» *(compelling state interest):* tratándose de derechos fundamentales no bastaba un mero interés racional o de conveniencia, sino que hacía falta fundamentar la restricción en la presencia de un grave peligro o un interés de la máxima importancia [15]. En el caso presente —indicaba la sentencia— no se demostraba ese interés: las autoridades del estado sólo aludían a la necesidad de eliminar la posibilidad —bastante improbable— de que un número notable de objeciones de conciencia fraudulentas agotaran el fondo público de compensación por desempleo y obstaculizaran la organización del trabajo en sábado por parte de los empresarios. Incluso admitiendo esa remota posibilidad, las autoridades estatales estarían obligadas a demostrar que no existían formas alternativas de regulación que evitaran tales abusos sin coartar al mismo tiempo el derecho de libertad religiosa. En consecuencia, la trabajadora tenía derecho al subsidio de desempleo solicitado, no obstante sus escrúpulos de conciencia para trabajar en sábado.

---

desde el anochecer del viernes al amanecer del domingo. Además, desde principios de este siglo, la Iglesia adventista prohíbe a sus fieles la afiliación o contribución a organizaciones sindicales. Esta prohibición encuentra su fundamento en la particular interpretación que hace del mandato evangélico del amor al prójimo: siendo así que trabajadores y empleados son prójimo unos de otros, la actividad sindical —que promueve huelgas y piquetes— quebranta dicho mandato. Para los adventistas, la afiliación sindical o la contribución a los sindicatos son actos que ponen en peligro la salvación eterna del alma.

[15] «It is basic that no showing merely of a rational relationship to some colorable state interest would suffice; in this highly sensitive constitutional area, "(o)nly the gravest abuses, endangering paramount interest, give occasion for permissible limitation"» (*Sherbert v. Verner,* 374 U.S. 398, 406).

La doctrina *Sherbert,* por influyente que haya sido en el derecho estadounidense, no siempre ha propiciado un posicionamiento automático del Tribunal en favor del objetor al trabajo en sábado. Un caso revelador a este respecto es *Hardison,* en 1977 [16]. Larry G. Hardison, empleado de las extintas líneas aéreas TWA en un departamento abierto permanentemente y dedicado al mantenimiento y reparación de aeronaves, era miembro de la *Worlwide Church of God,* cuyas creencias le obligaban moralmente a guardar descanso en el día de sábado. En TWA los turnos laborales, en virtud de un acuerdo sindical, eran elegidos por los propios trabajadores según criterios de antigüedad. Durante un tiempo la empresa no tuvo dificultad para acomodar sus turnos de trabajo a sus creencias, pero los problemas comenzaron cuando Hardison pidió y obtuvo el traslado a otro departamento donde su antigüedad era menor. Ni la empresa ni el sindicato se mostraron proclives a distorsionar el sistema de antigüedad en la elección de turnos para facilitar las opciones religiosas del trabajador, que terminaría por ser despedido al insistir en su negativa al trabajo en día de sábado. La Corte de Apelación falló en favor del trabajador, considerando que TWA podía haber acomodado razonablemente las creencias de su empleado aceptando la oferta que él mismo había hecho de trabajar cuatro días por semana, o bien supliendo parte de su turno aunque fuera pagando horas extraordinarias a otros empleados.

El Tribunal Supremo, sin embargo, revocó esa decisión, estimando que TWA había respetado debidamente las prescripciones de la *Civil Rights Act* y que no estaba obligada a introducir excepciones en el funcionamiento del *seniority system* de la empresa para ayudar a Hardison a cumplir sus obligaciones religiosas: indicaba la sentencia que, cuando un sistema de antigüedad no tiene finalidad discriminatoria, es legítimo respetar su funcionamiento aunque produzca consecuencias que de hecho son discriminatorias. Exigir a TWA que actuara de otra manera, además, sería obligarla a soportar una *undue hardship,* teniendo en cuenta que ese «gravamen indebido» se produciría siempre que se forzara a la empresa a asumir algo más que un «coste mínimo» *(de minimis cost).* Por otro lado, tampoco se podía reclamar a la empresa que tratara desigualmente a sus empleados por razón de su religión: no se podía interpretar la ley de modo que se exigiera a un empresario discriminar a algunos trabajadores para posibilitar que otros observasen el día festivo de su religión [17]. Este último aspecto de la sentencia fue especialmente criticado por la opinión discrepante del

---

[16] *Trans World Lines, Inc. v. Hardison,* 432 U.S. 63 (1977).

[17] Aun así, los criterios sentados en *Hardison* han sido utilizados por otros tribunales federales para decidir, en casos análogos, en favor del trabajador. Es el caso de *Protos v. Volkswagen,* citada en nota 12 de este capítulo, y comentada por R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia…,* cit. en nota 11 de este capítulo, Madrid 1994, pp. 187 ss.

juez Marshall (con la adhesión de Brennan, quien había sido ponente en *Sherbert*). La acomodación de las creencias religiosas de los trabajadores —aducían los jueces en minoría— no podía ser rechazada simplemente porque implicara un trato desigual, pues ésa era precisamente la finalidad de la Ley de Derechos Civiles: ajustar las reglas de aplicación general a las convicciones religiosas personales, concediendo en su caso las oportunas exenciones de manera que esos creyentes no sufrieran discriminación por su práctica religiosa. Una actitud, como vemos, muy parecida a la que inspira la Directiva de la Unión Europea de 2000 sobre igualdad en el empleo, que citábamos al inicio de este capítulo.

En todo caso, la doctrina sentada en *Sherbert* ha permitido a la jurisprudencia constitucional estadounidense decidir, en otros casos posteriores, en favor del trabajador que alegaba una objeción religiosa al trabajo en un determinado día de la semana —sábado o domingo— estando en cuestión el derecho a percibir el subsidio de desempleo. En esa dirección se pronunciaban las sentencias del Supremo *Hobbie* y *Frazee,* añadiendo la segunda un nuevo e interesante matiz, consistente en que la cobertura de la objeción de conciencia ha de extenderse a personas que actúan por motivos religiosos, pero sin adscripción a una confesión religiosa concreta [18].

No puede decirse, sin embargo, que la jurisprudencia del Supremo norteamericano en materia de objeción de conciencia a trabajar en día festivo y derecho al subsidio de desempleo haya sido siempre lineal. Así lo muestra la breve sentencia *Thornton v. Caldor* [19], que pone de manifiesto cómo a veces la complejidad del razonamiento jurisprudencial tiene que ver con la descoordinada interpretación de las dos «cláusulas religiosas» de la primera enmienda a la Constitución estadounidense: la que garantiza el libre ejercicio de la religión *(free exercise clause)* y la que prohíbe el establecimiento de religión alguna *(establishment clause)* [20]. En *Thornton,* el trabajador —de religión presbiteriana— ocupaba un puesto de responsabilidad, en una ciudad de Connecticut, como gerente en

---

[18] *Hobbie v. Unemployment Appeals Commision of Florida,* 480 U.S. 136 (1987); *Frazee v. Illinois Department of Employment Security,* 489 U.S. 829 (1989). *Vid*. al respecto R.A. DESTRO & G.M. MORÁN, *Sentencias decididas por el Tribunal Supremo norteamericano sobre libertad religiosa en 1986, 1987 y 1988,* en ADEE 5 (1989), pp. 333 ss.; y R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia…,* cit. en la nota 11, pp. 194 ss.

[19] *Estate of Thornton v. Caldor, Inc.,* 472 U.S. 703 (1985).

[20] Sobre esta cuestión *vid.,* en España, G. MORÁN, *La protección jurídica de la libertad religiosa en U.S.A.,* Santiago de Compostela 1989, pp. 32 ss.; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia…,* cit. en nota 13, especialmente pp. 400 ss. y 448 ss.; A. CASTRO JOVER, *La utilización de signos de identidad religiosa…,* cit. en nota 11 de este capítulo, pp. 72 ss. Recientemente, la evolución de la interpretación judicial de esas dos cláusulas de la primera enmienda constitucional ha sido objeto de un tratamiento riguroso y extenso por J.I. RUBIO LÓPEZ, *Hacia la primera libertad. Libertad religiosa en los Estados Unidos: de las Colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986)* (en prensa, cuyo manuscrito hemos podido consultar por cortesía del autor).

una cadena de almacenes que operaba en Nueva Inglaterra. En un momento determinado había rehusado continuar trabajando en domingo, considerándose obligado moralmente a respetar ese día como sagrado. Como alternativas para acomodar sus deberes de conciencia, la empresa le ofrecía ser trasladado a una tienda de Massachusetts que cerraba en domingo, o bien continuar en su localidad, pero en una posición de inferior rango y salario. Thornton decidió rechazar ambas y dimitir, presentando al mismo tiempo una demanda ante el órgano de arbitraje y mediación del estado. Se amparaba para ello en una ley de Connecticut, según la cual «ninguna persona que declara observar un particular día de la semana como su descanso religioso *(sabbath)* puede ser obligado por su empleador a trabajar en ese día»; añadiendo que «la negativa del empleado a trabajar en su día religioso de descanso no podrá constituir causa de despido». Significativamente, la argumentación del Tribunal Supremo, que decidió a favor de la empresa, no adoptaba como perspectiva la libertad religiosa del trabajador sino que giraba en torno a la constitucionalidad o no de la ley de Connecticut. El Supremo estimó que la ley era inconstitucional por oponerse a la *establishment clause:* su efecto primordial era una promoción de la religión *(advancement of religion)* en la medida en que ordenaba que los escrúpulos de conciencia derivados de la observancia religiosa del *sabbath* habían de prevalecer automáticamente sobre otros legítimos intereses seculares presentes en la organización del trabajo; y, además, en ese predominio automático no se preveía la ponderación de los posibles esfuerzos que el empleador hubiera realizado para acomodar las creencias del trabajador.

Por otro lado, y volviendo a los planteamientos jurisprudenciales más tuitivos de la libertad religiosa del trabajador, interesa hacer notar que, más allá de la negativa a trabajar en determinado día de la semana, los principios establecidos en *Sherbert* se han aplicado también a supuestos en que la objeción era contra el contenido de la actividad laboral en sí. El caso más significativo es *Thomas* [21], decidido por el Tribunal Supremo en 1981, y en el que se planteaba también una denegación del subsidio de desempleo. El recurrente era un testigo de Jehová que, impulsado por sus convicciones pacifistas, rehusaba ocupar el puesto al que había sido trasladado en una reorganización de su empresa, en una sección directamente dedicada a la manufactura de torretas para carros de combate —antes del reajuste, el objetor trabajaba en la fabricación de láminas de acero. Los tribunales del estado de Indiana dictaminaron que Thomas no tenía derecho al subsidio, por considerar que su actitud se debía a motivos personales,

---

[21] *Thomas v. Review Board of the Indiana Employement Security Division,* 450 U.S. 707 (1981). En España, esa sentencia ha sido comentada con mayor detalle en J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia…,* cit. en nota 13, pp. 440 ss.; y R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia…,* cit. en la nota 11, pp. 192 ss.

y no a la «justa causa» *(good cause)* que la ley exigía en los casos de abandono voluntario del empleo. El Tribunal Supremo, por el contrario, dio la razón al objetor aplicando la doctrina de *Sherbert:* cuando una ley «neutral» incide sobre la conducta religiosamente motivada de una persona, condicionando la obtención de un beneficio social a una conducta prohibida por su religión o denegándolo por causa de un comportamiento prescrito por su creencia, se coloca una carga sustancial sobre el derecho a la libertad religiosa, pues, aun indirectamente, se está impulsando a esa persona a quebrantar sus principios morales. Y eso es algo que sólo puede hacerse cuando resulta necesario para preservar un *compelling state interest*. Clarificaba además la sentencia que sólo «intereses del más alto orden» pueden prevalecer sobre las exigencias de la libertad de religión, y que el estado está obligado a probar que no hay otro modo de proteger el interés público en juego que sea menos restrictivo para los derechos fundamentales.

En una dirección análoga, dentro de los *sabbatarian cases,* la jurisprudencia estadounidense ha insistido en la obligación que tienen los organismos públicos de adaptarse razonablemente a las necesidades religiosas de los potenciales empleados en los supuestos de oposiciones o concursos públicos. Así, en el caso *Minkus* [22] el conflicto fue planteado por un judío ortodoxo que solicitó un cambio de día para la realización de unas oposiciones fijadas en sábado por el *sanitary district* de la ciudad de Chicago. Ante la negativa del organismo a cambiar de día las oposiciones, Minkus presentó una demanda, que fue acogida favorablemente en apelación. El organismo oficial responsable del concurso había argumentado que la ley del Estado ordenaba que «los exámenes sean públicos y competitivos», lo cual exigiría que todos los concursantes se encontrasen en condiciones de igualdad que sólo son posibles en los exámenes simultáneos. Frente a ello, el tribunal replicaba que, siguiendo ese razonamiento, resultaría que los exámenes orales que se efectuaran por el organismo público nunca serían conformes con la ley, ya que no son simultáneos. Además, hacía notar que el distrito sanitario de Chicago había mantenido una práctica continuada de exámenes en sábado, con el consiguiente perjuicio para los judíos ortodoxos y los fieles de otras religiones que tienen ese día de la semana como de descanso preceptivo. Y concluía que el cambio de día solicitado por el objetor no constituía un gravamen excesivo para el Estado, pues éste debería realizar las adaptaciones necesarias en sus concursos y oposiciones de modo que las personas con motivaciones religiosas razonables pudieran efectuar las pruebas en el día de la convocatoria sin problemas para su conciencia.

---

[22] *Minkus v. Metropolitan Sanitary District of Greater Chicago,* 600 F.2d 80 (1979).

### 2.2. *Un cambio de dirección: el caso* Smith

Como hemos indicado antes, la sentencia *Sherbert* ha influido de manera firme durante varias décadas en la jurisprudencia norteamericana, no sólo en lo relativo a cuestiones de objeciones de conciencia laborales, sino en el entero ámbito de los conflictos entre leyes «neutrales» y deberes morales de la persona. A partir del caso *Smith* [23], sin embargo, y precisamente con ocasión de otro supuesto de reclamación de subsidio por desempleo, el Tribunal Supremo parece haber iniciado un rumbo distinto [24]. En síntesis, se trataba de dos indios americanos que habían sido despedidos de su puesto de trabajo —curiosamente, un centro de rehabilitación de toxicómanos— y se habían visto privados del subsidio de desempleo, por consumir *peyote:* una sustancia moderadamente alucinógena, extraída de un cactus que se da en ciertas zonas de Estados Unidos y México, que es calificada como droga y, por tanto, penalizada por las leyes de Oregon. No se trataba, sin embargo, de drogadictos, sino de personas cuyo consumo de peyote se limitaba únicamente al marco ritual de las ancestrales ceremonias de su religión, la *Native American Church*. Lo verdaderamente relevante del caso

---

[23] *Employment Div., Dept. of Human Resources of Oregon v. Smith,* 494 U.S. 872 (1990). El cambio de rumbo del Tribunal había sido ya anticipado por los casos *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association,* 485 U.S. 439 (1988), relativo a la construcción de una autopista a través de los antiguos territorios sagrados de ciertas tribus californianas, y *Bowen v. Roy,* 476 U.S. 693 (1986), sobre la objeción de conciencia a ser asignado un número identificativo de seguridad social como condición para recibir una ayuda pública. *Vid*. al respecto, en España, J. Martínez-Torrón, *Separatismo y cooperación en la experiencia jurídica norteamericana,* en «Los acuerdos del Estado español con las confesiones religiosas minoritarias» (ed. por V. Reyna y M.A. Félix), Madrid 1995, pp. 105 ss.

[24] La doctrina *Smith* ha generado abundantes críticas en la doctrina norteamericana. *Vid.*, por ejemplo, M.W. McConnell, *Free Exercise Revisionism and the* Smith *Decision,* en «University of Chicago Law Review» 57 (1990), pp. 1109 ss. (1990), y, del mismo autor, *Religious Freedom, Separation of Powers, and the Reversal of Role,* en BYULR (2001), pp. 611 ss.; D. Laycock, *The Remnants of Free Exercise,* en «Supreme Court Review» (1990), pp. 1 ss.; F.M. Gedicks, *The Normalized Free Exercise Clause: Three Abnormalities,* en «Indiana Law Journal» 75 (2000), pp. 77 ss.; A. Adamczyk, J. Wybraniec, & R. Finke, *Religious Regulation and the Courts: Documenting the Effects of Smith and RFRA,* en JCS 46 (2004), pp. 237 ss. Parte de la doctrina americana, aun criticando la decisión *Smith,* ha relativizado su importancia histórica como pretendido punto de arranque para una renovación jurisprudencial: *vid*. M.A. Glendon & R.F. Yanes, *Structural Free Exercise,* en «Michigan Law Review» 90 (1991), pp. 477 ss.; J.E. Ryan, Smith *and the Religious Freedom Restoration Act: An Iconoclastic Assessment,* en «Virginia Law Review» 78 (1992), pp. 1429 ss. Para una perspectiva más favorable al cambio jurisprudencial, *vid*. E.P. Fronzuto, *An Endorsement for the Test of General Applicability:* Smith II, *Justice Scalia, and the Conflict Between Neutral Laws and the Free Exercise of Religion,* en «Seton Hall Constitutional Law Journal» 6 (1996), pp. 713 ss.; y R.F. Duncan, *Free Exercise is Dead, Long Live Free Exercise:* Smith, Lukumi *and the General Applicability Requirement,* en «University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law» 3 (2001), pp. 850 ss.; W.P. Marshall, *In Defense of* Smith *and Free Exercise Revisionism,* en «The University of Chicago Law Review» 58 (1991), pp. 308 ss.; y, en Europa, F. Onida, *La libertà religiosa nella giurisprudenza della Suprema Corte americana dell'ultimo decennio,* en DE (1993), pp. 313 ss.

no es tanto la solución a que llegaba la Corte, sino la argumentación aportada al negar el derecho de los indios y el preocupante precedente que sentaba para el futuro [25].

En efecto, el Supremo venía virtualmente a descartar que el criterio del *compelling state interest,* en combinación con el *balancing process* (ponderación o equilibrio de intereses), pudiera ser empleado de manera generalizada en los casos de conflicto entre libertad religiosa y norma jurídica civil. Al contrario, la regla sería más bien que «el derecho al libre ejercicio de la religión no releva al individuo de cumplir con una "norma válida y neutral de aplicabilidad general sobre la base de que la norma proscribe (o prescribe) una conducta que su religión prescribe (o proscribe)"» [26]. En tales situaciones, por tanto, quien resulta exonerado no es el individuo, sino el Estado, que no queda obligado a probar que persigue un «interés prevalente» cuando no concede exenciones al cumplimiento de la legislación y puede ignorar las restricciones que dicha legislación provoque de hecho respecto a la libertad religiosa de los ciudadanos: restricciones —afirma el Supremo— que serían simplemente «una ineludible consecuencia del gobierno democrático» [27].

La reacción del legislativo federal frente a la doctrina *Smith* no se hizo esperar, y resultaba muy significativa del estado de opinión en Estados Unidos en esta materia. En noviembre de 1993, el presidente Clinton sancionaba con su firma una ley federal aprobada por el Congreso —de manera casi unánime— con el expresivo nombre de *Religious Freedom Restoration Act* [28] (RFRA) con la clara finalidad de interrumpir el cambio de rumbo jurisprudencial de la sentencia *Smith*. El núcleo fundamental de su parte dispositiva condicionaba a un do-

---

[25] Los casos de peyote ya se habían planteado en la jurisprudencia americana, a nivel estatal: *vid*. F. Onida, *Uguaglianza e libertà religiosa nel separatismo statunitense,* Milano 1970, pp. 151 ss. Conviene hacer notar que el estado de Oregon despenalizó el uso ritual del peyote pocos meses después de la decisión del Supremo, en junio de 1991: cfr. *Notes on Church-State Affairs,* en JCS 33 (1991), pp. 859-860. Lo cual parece confirmar la tesis de McConnell, de que en Estados Unidos el poder legislativo ha estado más atento a la tutela de las minorías que el poder judicial: *vid*. M.W. McConnell, *Religious Freedom, Separation of Powers…,* cit. en la nota anterior.

[26] 494 U.S. 872, 879 (con cita de *United States v. Lee,* 475 U.S. 252, 263 n.3: un caso de rechazo del pago de las cuotas de seguridad social de sus empleados por parte de un empresario de religión *Amish*).

[27] 494 U.S. 872, 890.

[28] 42 U.S.C. §§ 2000bb to 2000bb-4 (1994). La ley fue aprobada en la Cámara de Representantes por unanimidad y en el Senado por 97 votos contra 3. Para un comentario a esa ley entre la doctrina española, *vid*. I. Briones, *La conciencia religiosa en la Religious Freedom Restoration Act de 1993 y la jurisprudencia norteamericana,* en «La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional» (ed. por J. Martínez-Torrón), Granada 1998, pp. 385 ss.; J.I. Rubio, *La primera de las libertades. La libertad religiosa en EE.UU. durante la Corte Rehnquist (1986-2005): una libertad en tensión,* Pamplona 2006, pp. 327 ss.

ble requisito la legitimidad de toda restricción «sustancial» de la libertad religiosa de la persona, incluso cuando se produce como efecto de normas que son aplicables con carácter general. En concreto, los poderes públicos deben demostrar no sólo que dicha restricción se justifica por la promoción de un «interés primordial del gobierno», sino que además constituye «el medio menos restrictivo» para la libertad religiosa de promover ese interés [29]. Lo que tal vez resultaba más insólito en esa ley era que, en su exposición de motivos, declaraba explícitamente que tenía como objetivo contrarrestar los efectos de la jurisprudencia sentada en el caso *Smith,* y retornar a los criterios que el propio Tribunal Supremo había enunciado en *Sherbert* y *Yoder* [30]. Su presupuesto básico era que «las leyes "neutrales" hacia la religión pueden gravar el ejercicio de la religión de modo tan indudable como las leyes que intencionadamente pretenden interferir en el ejercicio de la libertad religiosa». Eso explicaba que la nueva ley fuera concebida con la finalidad de servir de medio de defensa para aquellas «personas cuya libertad religiosa ha sido sustancialmente gravada por el gobierno», estatal o federal, restableciendo para ello el criterio del *compelling state interest,* que inspiraba las dos sentencias recién mencionadas.

Si la reacción del legislativo federal había sido rápida, la del Tribunal Supremo no lo fue menos. En el primer caso en que tuvo ocasión, declaró la RFRA inconstitucional, al menos por lo que se refiere a las acciones adoptadas por los gobiernos estatales y locales —no a nivel federal [31]. Esto, sin embargo, no significó el fin de la RFRA, como lo muestra alguna sentencia posterior del Supremo [32]; ni tampoco el fin de las iniciativas legislativas para garantizar la libertad religiosa frente a injerencias de la administración pública, como lo muestra una ley federal de 2000 —la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* [33]—

---

[29] El tenor literal de la ley era el siguiente: «*Section 3. Free Exercise of Religion Protected. (a) In general*. Government shall not substantially burden a person's exercise of religion even if the burden result from a rule of general applicability, except as provided in subsection (b). *(b) Exception*. Government may substantially burden a person's exercise of religion only if it demonstrates that application of the burden to the person (1) is in furtherance of a compelling governmental interest; and (2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest».

[30] El caso *Yoder,* también de gran impacto en el derecho norteamericano, se refiere a un supuesto de objeción a la escolarización obligatoria y es comentado en el capítulo 8, epígrafe 2, de este libro.

[31] *City of Boerne v. Flores,* 521 U.S. 507 (1997). *Vid*. J.I. Rubio López, *La primera de las libertades. La libertad religiosa en EE.UU…,* cit. en la nota 28, especialmente pp. 319 ss.

[32] En especial, *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal,* 546 U.S. 418, 126 S.Ct. 1211 (2006). Para un comentario a la misma *vid.,* en España, S. Cañamares, *La protección de las minorías religiosas en el derecho norteamericano. A propósito de la sentencia Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos,* en RGDCDEE 12 (2006), pp. 1 ss.

[33] *Vid*. al respecto J.I. Rubio López, *La nueva protección de la libertad religiosa en Estados Uni-*

y también el hecho de que un número no pequeño de estados han ido promulgando sus propias versiones de la RFRA con la intención de tutelar la libertad religiosa contra posibles restricciones derivadas de «leyes neutrales» en el ámbito de sus jurisdicciones [34].

### 2.3. *La objeción de conciencia a la sindicación*

Hagamos finalmente una breve referencia a la situación de los objetores de conciencia al pago de cuotas sindicales, que tiene una larga historia en el derecho estadounidense [35], como consecuencia de la doctrina de algunas iglesias de radicación norteamericana, especialmente los Adventistas del Séptimo Día, que consideran inmoral contribuir a un sistema que prima la confrontación sobre la caridad [36]. Alguna jurisprudencia aislada —de una corte federal de distrito— se decantó inicialmente por la desprotección de los objetores, estimando que la posible injerencia en su libertad religiosa quedaba justificada por la presencia de un importante interés público: la búsqueda de la paz social en el ámbito laboral mediante los acuerdos entre sindicatos y empresarios a través de acuerdos cerrados *(union shop agreements)* que exigieran el pago obligatorio de cuotas para cubrir los gastos de la negociación sindical [37]. Pocos años después, sin embargo, y estando ya en vigor la «enmienda Randolph» a la Ley de Derechos Civiles [38], algunos tribunales federales de apelación afirmaron que la necesidad de buscar una «acomodación razonable» no se limitaba a los *sabbatarians,* sino que había de aplicarse también a quienes tenían escrúpulos de conciencia para contribuir económicamente al mantenimiento de los sindicatos y su proceso negociador. De manera que la restricción de su libertad religiosa sólo podría justificarse por la presencia de un «gravamen indebido» *(undue hardship)* para el empresario. Es más, en 1976 uno de esos tribunales de apelación afirmaba que la ponderación de intereses había de limitarse a la relación entre empleador y empleado, y que los posibles efectos negativos de la acomodación de las creencias del trabajador para el sindicato eran irrelevantes para el análisis judicial de estos conflictos [39]. Este último aspecto, no obstante, fue contradicho por las decisiones de otros tri-

---

*dos: la «Religious Land use and Institutionalized Persons Act» (RLUIPA) del 2000,* en RGDCDEE 10 (2006), pp. 1 ss.

[34] *Vid*. A.E. Brownstein, *State RFRA Statutes and Freedom of Speech,* en «University of California Davia Law Review» 32 (1999), pp. 605 ss.

[35] Esta temática es analizada por extenso en R. Palomino, *Las objeciones de conciencia…,* cit. en la nota 11, pp. 199-210.

[36] *Vid. supra,* nota 14 de este capítulo.

[37] *Linscott v. Millers Falls Co.,* 316 F.Supp. 1369 (1970).

[38] *Vid. supra,* nota 12 de este capítulo y texto correspondiente.

[39] *Cooper v. General Dynamics, Convair Aerospace Division, Ft. Worth Operation,* 533 F.2d 163 (Corte de Apelación 5.º Circuito, 1976).

bunales federales de apelación, dos años más tarde, aunque manteniendo que tanto el empresario como el sindicato debían buscar de manera activa la acomodación razonable de las creencias del trabajador y probar de manera clara la existencia de *undue hardship* en caso de negativa [40].

La protección de los objetores a cuotas sindicales se vio clarificada cuando, en 1980, se introdujo un importante cambio legislativo en la *National Labor Relations Act*. El texto de su art. 19 fue modificado para tutelar explícitamente el derecho de objeción para los fieles de una religión «que haya defendido históricamente la objeción de conciencia a unirse a un sindicato o a contribuir económicamente a su sostenimiento». Al mismo tiempo, se permitía al empresario que impusiera contractualmente al trabajador un pago sustitutivo de la cuota sindical, consistente en la aportación de una cantidad equivalente a actividades no confesionales de beneficencia [41].

Como se ha hecho notar acertadamente [42], la reforma legal de 1980 suponía un importante avance en la protección de la libertad de conciencia de los trabajadores, pero, por su referencia marcadamente institucional a las confesiones religiosas, dejaba abierto el interrogante de cómo actuar cuando el objetor no perteneciera concretamente a una religión que se caracterizase tradicionalmente por este tipo de objeción. De hecho, ya ha habido algunas sentencias de tribunales federales que han declarado inconstitucional ese artículo de la NLRA, o sus equivalentes en la legislación estatal, por no prever la tutela de la objeción que proviene de motivos estrictamente individuales y sin vinculación a la doctrina institucional de una religión determinada. Su argumentación se fundamentaba en la *establishement clause:* en la medida en que la ley hacía una distinción de algunas religiones en particular, servía para «promover» *(advance)* esas religiones en detrimento de otras actitudes similares de personas sin esa filiación religiosa. Adviértase, en todo caso, que esa jurisprudencia se ha limitado a declarar inconstitucional esos preceptos legales, y ha rehusado proporcionar una interpretación constitucional de los mismos en el sentido de hacerlos extensivos a toda clase de objetores con independencia de su *pedigree* religioso [43].

---

[40] *Vid. Burns v. Southern Pac. Transp. Co.,* 589 F.2d 403 (Corte de Apelación 9.º Circuito, 1978); *McDaniel v. Essex Intern., Inc.,* 571 F.2d 338 (Corte de Apelación 6.º Circuito, 1978).

[41] Así quedaba redactado el art. 19: «Any employee who is a member of and adheres to established and traditional tenets or teachings of a bona fide religion, body, or sect which has historically held conscientious objections to joining or financially supporting labor organizations shall not be required to join or financially support any labor organization as a condition of employment; except that such employee may be required in a contract between such employees' employer and a labor organization in lieu of periodic dues and initiation fees, to pay sums equal to such dues and initiation fees to a nonreligious, nonlabor organization charitable fund [...]».

[42] Así, R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia…,* citada en la nota 11, pp. 207-208.

[43] *Vid. Wilson v. N.L.R.B.,* 920 F.2d 1282 (Corte de Apelación del 6.º Circuito, 1990), en

## 3. La tutela del trabajador en la jurisprudencia de Canadá

El fundamento normativo de la protección de la libertad religiosa del trabajador en Canadá se encuentra, sobre todo, en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, de 1982, y en ocasiones también en documentos análogos existentes a nivel provincial; entre estos últimos es particularmente significativa la Carta de Derechos y Libertades de la Persona de Quebec. Uno y otro reconocen la libertad de religión y de conciencia [44], y declaran ilegítima la discriminación por razón de la religión, entre otras circunstancias [45]. Por su parte, la Carta Canadiense insiste en dos aspectos que han sido relevantes en la jurisprudencia sobre esta materia. Por un lado, una noción restrictiva de las limitaciones que pueden imponerse a los derechos y libertades fundamentales, que siempre habrán de ser «razonables» e «inequívocamente justificadas en una sociedad libre y democrática» [46]. Y por otro lado, la necesidad de interpretar las normas de la Carta «de manera coherente con la protección y promoción de la herencia multicultural de los canadienses» [47].

Sobre esas bases, y en contraste con los vaivenes experimentados por la jurisprudencia de Estados Unidos, la judicatura canadiense ha sido mucho más lineal y ha contribuido a una amplia protección de los derechos de la libre con-

---

relación con el art. 19 NLRA (el demandante pertenecía a una iglesia cristiana minoritaria, y su objeción a la sindicación se basaba en su personal interpretación de la Biblia); *Katter v. Ohio Employment Relations Bd.,* 492 F.Supp.2d 851 (Corte Federal de Distrito, S.D.Ohio, 2007), en relación con una ley de Ohio que recogía casi literalmente el texto del art. 19 NLRA (la demandante era una maestra católica cuya objeción se fundaba en que el sindicato defendía el derecho al aborto; pensaba, por tanto, que contribuir económicamente a ese sindicato constituía una grave inmoralidad que ponía en peligro su alma). Este último caso es analizado pormenorizadamente por S. IRION, *The [Un]Constitutionality of the NLRA's Religious Accommodation Provision,* en «Gonzaga Law Review» 44 (2008-2009), pp. 325-362.

[44] *Vid*. art. 2 de la Carta Canadiense y art. 3 de la Carta de Quebec. Para una breve síntesis al respecto, en España, *vid*. E. RELAÑO, *El pluralismo religioso…,* cit. en nota 9 de este capítulo, pp. 16 ss.

[45] *Vid*. art. 15 de la Carta Canadiense y art. 10 de la Carta de Quebec. Este último precepto es especialmente exigente en cuanto al respeto de la igualdad; así reza su texto: «Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap. [...] Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit».

[46] Art. 1: «The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society».

[47] Art. 27: «This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians».

ciencia del trabajador frente a posibles imposiciones, directas o indirectas, derivadas de la organización del trabajo. En su análisis de los diversos conflictos la atención hacia las cuestiones sustantivas implicadas predomina sobre el formalismo: su punto de mira se centra en comprobar si la libertad religiosa del trabajador se ve o no realmente afectada por determinadas decisiones del empresario, y, correlativamente, en clarificar si el empresario puede evitar razonablemente la presión sobre la libre elección personal en materia de religión y de creencias [48].

Los conceptos que utiliza —especialmente los de *reasonable accommodation* y *undue hardship*— son idénticos a los del derecho norteamericano, pero son manejados con mayor sensibilidad hacia el respeto de los derechos fundamentales. De manera que, en nuestra opinión, el derecho canadiense constituye en la actualidad quizá el principal referente en materia de tutela de la libertad religiosa en el ámbito de las relaciones laborales [49]. Las dos principales temáticas abordadas por la jurisprudencia han sido el descanso sabático y la objeción de conciencia a pagar las cuotas sindicales. Veamos a continuación los principales casos.

### 3.1. *Un decidido interés en erradicar la discriminación indirecta en los casos de descanso sabático*

Una primera y fundamental sentencia de la Corte Suprema canadiense sobre descanso sabático es *O'Malley,* en 1985 [50]. La protagonista del caso era una trabajadora cuyo puesto laboral le requería trabajar los viernes por la tarde y los sábados. Después de su conversión a los Adventistas del Séptimo Día, y en cumplimiento de las normas morales de su iglesia, la Sra. O'Malley toma la decisión de no trabajar en esa franja de tiempo, circunstancia de la que informa enseguida a su empleador. El empresario inicialmente la despide por no estar en condiciones de continuar cumpliendo las obligaciones de su contrato, pero enseguida le ofrece recontratarla a tiempo parcial, con la consiguiente reducción salarial. La trabajadora interpone demanda por discriminación, en la que pedirá sólo compensación económica por la diferencia de salario durante unos meses, ya que, desde su matrimonio, ocurrido poco después de los hechos, ya no sigue estando interesada en mantener su dedicación a tiempo completo. La Corte Su-

---

[48] Entre la doctrina canadiense ha prestado especial atención a este aspecto de la jurisprudencia J. Woehrling: *vid*. sus trabajos citados en nota 9 de este capítulo.

[49] *Vid*. À. Seglers Gómez-Quintero, *La «acomodación» de las festividades religiosas y la nueva protección por discriminación indirecta en el orden laboral,* en IC 88 (2004), pp. 652-667.

[50] *Ontario (Human Rights Commission) v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536. El nombre por el que es conocido el caso proviene de su protagonista, aunque la demanda ante la Corte Suprema fuera presentada en su nombre por la Comisión de Derechos Humanos de Ontario.

prema decidirá en favor de la trabajadora, en un razonamiento que interesa contrastar, por su radical divergencia de planteamientos, con el caso análogo decidido en fechas parecidas por el Tribunal Constitucional español, mucho menos tuitivo de la libertad religiosa [51].

Distinguía la Corte Suprema canadiense entre discriminación directa e indirecta. La primera *(direct discrimination)* proviene de una norma o práctica empresarial que distingue y es de aplicación directa a las personas que se encuentran en las circunstancias del trabajador afectado. La segunda *(adverse effect discrimination),* en cambio, tiene su origen en una regla neutral de aplicación indiscriminada que, por las características —aquí creencias— de una persona o grupo, los sitúa de hecho en posición de desventaja respecto a los demás (nótese la analogía con el planteamiento de la Directiva de la UE sobre igualdad en el trabajo [52]). Afirma la sentencia que, para apreciar la existencia de discriminación indirecta no se requiere probar que el empresario ha actuado con intención discriminatoria en contra de la legislación aplicable: porque lo importante es el efecto discriminatorio que se produce respecto al trabajador con determinada creencia, y porque de otro modo se harían inviable en la práctica demandas por este motivo, dadas las dificultades para probar fehacientemente la intención subjetiva del empleador.

Así las cosas, entiende la Corte que la Sra. O'Malley se encuentra en un supuesto de discriminación *prima facie.* No obstante, eso no le garantiza automáticamente un derecho a ser compensada, pues los derechos del trabajador han de ser contrastados con el legítimo derecho del empresario a gestionar su negocio. Lo que el principio de igualdad impone al empleador es que lleve a cabo una «acomodación razonable» de las creencias del trabajador siempre que ello no le cause «gravamen excesivo» *(undue hardship).* Ese esfuerzo de acomodación, añade la Corte Suprema, reclama una actitud y proceder activos por parte del empresario, en busca de una solución apropiada que haga compatibles sus intereses y las creencias religiosas del trabajador. Como, en el presente caso, no constaba que el empresario hubiera estudiado otras posibles formas de acomodación más allá de la oferta de trabajo a tiempo parcial, la Corte estimaba la demanda y dictaminaba que la Sra. O'Malley tenía derecho a la compensación económica solicitada.

Una segunda e importante sentencia de la Corte Suprema en materia análoga es *Central Alberta Dairy Pool,* en 1990 [53], también favorable a los intereses de un trabajador que, después de casi tres años trabajando en una central lechera, se convierte a la *World Wide Church of God*. Como consecuencia de su nueva

---

[51] *Vid. infra,* nota 113 de este capítulo y texto correspondiente.

[52] *Vid. supra,* notas 1-2 de este capítulo y texto correspondiente.

[53] *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission),* [1990] 2 S.C.R. 489.

opción religiosa, y aunque su iglesia no imponía sanciones por incumplimiento, había de observar un estricto descanso los sábados y algunos otros días festivos al año, por su singular importancia. Su petición de no trabajar en turno de sábado le fue concedida sin problema. Más tarde solicitó otros dos días libres sin sueldo, correspondientes a días sagrados para su iglesia. Uno le fue concedido, pero no el otro —se trataba de un lunes, día de trabajo particularmente intenso en la central lechera—. Al no comparecer en su puesto en esa fecha, fue despedido de manera expeditiva —al acudir a la empresa la mañana siguiente, encontró otra persona trabajando en su lugar—. En esta segunda sentencia, la Corte Suprema reitera la doctrina de *O'Malley* sobre la discriminación directa e indirecta, e insiste en que el empresario carga con la prueba de que ha intentado activamente encontrar una acomodación razonable de las creencias del trabajador que no le suponga *undue hardship.* Concepto, este último, matiza la Corte, que incluye naturalmente el coste económico derivado de la acomodación, pero también otros factores como la organización del trabajo, el respeto de los convenios colectivos o la seguridad.

Al analizar si el empresario ha actuado correctamente o no —continúa la sentencia— es preciso considerar dos factores. Primero, si la norma o práctica empresarial que causa la discriminación indirecta está racionalmente relacionada con el trabajo a realizar por el empleado, lo cual sin duda ocurre en este caso, ya que las necesidades derivadas del ingente trabajo en lunes son objetivas y fundamentadas. Segundo, si existe alguna alternativa razonable para el empleador que le permita evitar el efecto adverso para el trabajador por sus creencias religiosas. Y aquí la cuestión es mucho menos clara para la Corte Suprema, pues el empresario no prueba que no haya tenido oportunidad razonable de acomodar la práctica religiosa del descanso sabático de su empleado. Toma en cuenta la sentencia, a este propósito, que su solicitud de día libre —sin sueldo— se refería a un lunes aislado y no a un cambio de turno regular o permanente; además, constaba que el empresario tenía mecanismos previstos para sustituciones por causa de enfermedad o vacaciones de sus trabajadores: «si el empleador podía arreglárselas en lunes cuando un empleado se ponía enfermo o estaba de vacaciones, seguramente podía acomodar la análoga ausencia aislada de un empleado a causa de una obligación religiosa» [54]. En esas condiciones, concluye, no puede afirmarse que al empresario le fuera imposible efectuar una acomodación razonable sin «gravamen excesivo».

La doctrina jurisprudencial de estas dos sentencias era confirmada por la Corte Suprema, dos años más tarde, en el caso *Renaud* [55]. El demandante, de re-

---

[54] *Ibid.,* § 75.

[55] *Renaud v. Central Okanagan School District No. 23,* [1992] 2 S.C.R. 970.

ligión adventista y por tanto obligado a descansar desde la puesta de sol del viernes al amanecer del domingo, estaba contratado por una comisión escolar de distrito y en un momento determinado había elegido, haciendo valer su antigüedad, un nuevo destino laboral, pasando a trabajar como guarda de seguridad en una escuela. Como las instalaciones de esa escuela eran alquiladas a un grupo comunitario los viernes, su nuevo trabajo incluía un turno de 3 a 11 de la tarde cada viernes, lo cual le generaba una incompatibilidad con sus deberes religiosos. Solicitó la oportuna acomodación, pero rechazando soluciones que implicaran un contrato a tiempo parcial, para no ver disminuido su sueldo. En esas circunstancias, la única solución que el empleador consideraba posible consistía en crear un turno específico para él, de domingo a jueves, pero hacía falta la aprobación de su sindicato, pues tal solución podía ir en contra de un convenio colectivo. El sindicato se opuso radicalmente y amenazó con demandar a la comisión escolar si se incumplían los términos del convenio colectivo. El conflicto terminaría con el despido del trabajador por no respetar su horario.

Esta nueva decisión de la Corte Suprema canadiense reitera la doctrina anterior sobre discriminación indirecta, y subraya al mismo tiempo algunos matices interesantes que vale la pena mencionar. Por una parte, y en aparente contradicción con la argumentación de la sentencia *Bhinder* [56], se hace notar que el empresario no está eximido de intentar la «acomodación razonable» ni siquiera cuando prueba que la discriminación indirecta del trabajador es consecuencia de la aplicación de una condición para el desempeño del trabajo impuesta de buena fe *(bona fide occupational requirement)*. Además, indica que el deber de acomodación exige del empresario mucho más que un esfuerzo «insignificante» o *de minimis,* rechazando expresamente la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Hardison* [57], que considera «particularmente inapropiada en el contexto Canadiense» [58].

Por otra parte, y dado que estaba en juego en este caso la vigencia de un convenio colectivo y su interpretación por una organización sindical, la Corte Suprema especifica que, a la hora de apreciar la existencia o no de *undue hardship,* puede y debe tomarse en consideración el posible impacto negativo de la acomodación de las creencias religiosas de un empleado en el resto de los trabajadores, siempre que ese impacto sea sustancial y no trivial —inconvenientes de orden menor causados por la acomodación, indica la sentencia, «son el precio que ha de pagarse por la libertad religiosa en una sociedad multicultural» [59]—.

---

[56] Comentada en el capítulo 9, epígrafe 4, de este libro.
[57] *Vid. supra,* notas 16-17 y texto correspondiente.
[58] *Renaud,* § 26.
[59] *Ibid*., § 27.

No obstante lo anterior, los convenios colectivos también se hallan sometidos a las normas que regulan la discriminación indirecta, y los sindicatos están obligados a evitar esos supuestos de discriminación. Por tanto, no es legítimo que traten de impedir la acomodación propuesta por el empresario sin probar que esa proposición tendrá una clara incidencia negativa en el estatus de los demás trabajadores. En otras palabras, los sindicatos comparten con el empresario la responsabilidad de la «acomodación razonable»: aunque es el empleador quien debe iniciar el proceso, el sindicato ha de prestar su cooperación. También, por último, está obligado a colaborar el trabajador que solicita la acomodación de sus creencias: no porque tenga el deber de encontrar una solución por sí mismo, pero sí porque ha de facilitar la ejecución de las propuestas razonables que reciba de su empleador.

La Corte concluía que, en este caso, tanto el sindicato como el empresario eran culpables de que Renaud no hubiera obtenido la acomodación requerida. Aquél porque no cumplió con su deber de cooperar con el empresario, y éste porque hizo mal al abstenerse de poner en marcha su propuesta de turno de trabajo *ad hoc* ante la amenaza de demanda por parte del sindicato: tenía que haber asumido que tal demanda habría sido rechazada por los tribunales y que los inconvenientes derivados de la litigación formaban parte de su deber de acomodación.

Estos precedentes jurisprudenciales permitieron al Tribunal de Derechos de la Persona de Quebec decidir de manera análoga, en 1993, un interesante caso de objeción de conciencia al trabajo en domingo (en contraste con lo que, como veremos, ha hecho más recientemente la judicatura británica [60]). Se trata del caso *Smart* [61], planteado por una empleada católica de grandes almacenes. Tras una modificación de las leyes de Quebec, se permitió la apertura de comercios en cuatro domingos de diciembre. La Sra. Smart hizo notar enseguida que no podría trabajar en domingo, ya que, según sus creencias, era un día de descanso que debía aprovechar para sus obligaciones religiosas y familiares. No obstante, dos meses más tarde, en el propio mes de diciembre, la empresa le anunció que habría de trabajar dos días en domingo ese año, a lo cual se opuso la trabajadora a pesar de que se le ofreció liberarla de su trabajo el tiempo necesario para que pudiera asistir a misa.

La Comisión de Derechos de la Persona de Quebec estimó que la oferta de acomodación por parte de la empresa era razonable, entendiendo que la religión católica no obliga a sus fieles a no trabajar en domingo. La interpretación

---

[60] Me refiero al caso *Copsey: vid. infra* notas 88-91 de este capítulo y texto correspondiente.

[61] *Smart c. T. Eaton ltée,* J.E. 93-446 (T.D.P.Q.) (1993).

del Tribunal de Derechos de la Persona, sin embargo, fue muy distinta, y daría la razón a la trabajadora al tiempo que condenaba a la empresa a pagarle una indemnización [62]. El Tribunal, en efecto, consideraba que se trataba de un caso típico de discriminación indirecta por razón de la religión y procedió de acuerdo con las pautas fijadas al respecto por la Corte Suprema en casos anteriores de descanso sabático. Precisaba el Tribunal que, si bien las convicciones de la Sra. Smart sobre el rigor con que ha de observar el domingo no se corresponden con la práctica de la mayoría de los católicos, su misión no es enjuiciar la validez teológica o moral de sus creencias sino sólo su sinceridad —algo, añade, que en circunstancias normales no ha de revestir particular dificultad, y que en este caso no ofrece duda alguna, como de hecho reconocía la empresa demandada—. Su análisis de los hechos permitía al Tribunal concluir que la empresa Eaton no había realizado un esfuerzo razonable por acomodar las creencias de la demandante, sobre todo teniendo en cuenta que siempre había puesto ese esfuerzo cuando el descanso por razones religiosas había sido invocado por judíos o por adventistas. Además, tampoco constaba que la empresa hubiera intentado encontrar otros trabajadores dispuestos a ocupar el lugar de la Sra. Smart en esos dos domingos de diciembre: algo que probablemente no le hubiera resultado difícil, ya que esas horas de trabajo se pagaban mucho mejor que las ordinarias (un 50% más). En fin, no podía alegarse que la demandante hubiera rehusado colaborar con la ejecución de una acomodación razonable propuesta por el empresario, porque ésta no había llegado a producirse [63].

Mencionemos, en fin, otro interesante caso de obligación de descanso por motivos religiosos con perfiles distintos a los que hemos señalado hasta ahora: *Bergevin,* decidido por la Corte Suprema en 1994 [64]. Los demandantes eran tres maestros de colegio de religión judía que habían pedido un día libre para celebrar la fiesta del Yom Kippur. El convenio colectivo que regía su contrato permitía que pudieran tomarse algunos días para asuntos propios, sin reducción de sueldo, por circunstancias diversas enumeradas con detalle, que incluían desde

---

[62] La Comisión de Derechos de la Persona de Québec es una suerte de Ombudsman provincial integrado, desde hace años, en la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse,* la cual reúne desde 1995 en una sola dos comisiones que antes funcionaban de manera independiente, y que tienen por objeto velar por el respeto y la aplicación de la Carta de derechos y libertades de la persona de Quebec. Sus decisiones pueden ser recurridas ante el Tribunal de Derechos de la Persona, compuesto por siete personas: un juez de la Corte de Quebec designado por el gobierno y seis asesores.

[63] Hagamos notar, finalmente, que la legislación quebequesa fue modificada durante la tramitación de la demanda, en diciembre de 1992, en el sentido de prohibir expresamente al empresario sancionar a un trabajador por el mero hecho de rehusar trabajar en domingo, con independencia de cuáles fueran sus motivos. Cfr. *Smart,* § 11.

[64] *Chambly (Commission scolaire régionale) c. Bergevin,* [1994] 2 S.C.R. 525.

bodas o fallecimientos de familiares próximos hasta situaciones de fuerza mayor o cambio de vivienda. Al final de esa enumeración, el convenio contemplaba la posibilidad de que la comisión escolar responsable de su contrato pudiera reconocer al trabajador el derecho a tomarse hasta tres días libres por año, sin pérdida salarial, por cualquier otra razón que la comisión escolar considerase válida. La comisión escolar decidió que podían disponer de ese día libre para su celebración religiosa, pero sin paga. Presentada la correspondiente demanda por los maestros, la comisión de arbitraje correspondiente dictaminó que había existido discriminación indirecta, pues el calendario escolar tenía efectos adversos en la práctica de religiones como la hebrea y la comisión escolar no había adoptado las oportunas medidas de acomodación. La Corte de Apelación de Quebec (que sólo podía revocar la decisión de la comisión arbitral si era claramente no razonable, en el sentido de irracional) afirmó que el calendario escolar era de naturaleza secular y no religiosa —simplemente refleja la realidad social canadiense— y que, por tanto, la decisión de arbitraje había sido tomada sobre un fundamento falso y debía ser revocada. Añadía, por otro lado, que reconocer a los demandantes el derecho a un día libre extra al año implicaría discriminación de los demás docentes *(reverse discrimination),* los cuales se verían obligados a trabajar un día más para ganar el mismo salario.

La Corte Suprema retornaría a la decisión de la comisión de arbitraje, haciendo las siguientes precisiones. Coincidía con la Corte de Apelación de Quebec en que el fundamento del calendario escolar es hoy día secular, pero matizaba que el calendario se inspiraba, por razones históricas, en el calendario litúrgico católico y producía de hecho un efecto discriminatorio en los demandantes por causa de su práctica religiosa, haciéndoles perder un día de sueldo. El efecto mínimo de esa discriminación, por otro lado, no obstaba para su adecuado análisis jurídico, pues de otro modo se vaciaría de sentido la finalidad de la legislación, que es acabar con la discriminación en cuanto tal. En opinión de la Corte, esta materia no es susceptible de un análisis *de minimis* por lo que se refiere al efecto negativo que una posible discriminación indirecta produzca en quien la sufre, por las mismas razones que no se toleraría una discriminación directa aunque fuera mínima (la Corte ponía expresivamente como ejemplo que no sería tolerable quitar un día de sueldo a los trabajadores de origen asiático por el hecho de ser asiáticos). A la vista de las circunstancias, la Corte Suprema concluía que no hubiera sido difícil para la comisión escolar acomodar las creencias de los demandantes para que pudieran celebrar su fiesta religiosa sin ver reducido su salario: la mera interpretación razonable del convenio colectivo hubiera permitido tal acomodación sin problema alguno. Y añadía que esa acomodación no implicaba privilegio para los profesores judíos o discriminación de los demás docentes, pues lo que únicamente reclamaban los demandantes

era poder utilizar para la observancia del Yom Kippur uno de los tres días libres que el convenio colectivo les reconocía.

### 3.2. *La objeción a pagar las cuotas sindicales*

La misma actitud protectora de la libertad de conciencia del trabajador ha mostrado desde antiguo la jurisprudencia canadiense en relación con las objeciones religiosas a pagar las cuotas de sindicatos o contribuir de cualquier modo al sostenimiento económico de organizaciones sindicales. Dos casos hay particularmente significativos a este propósito: *Funk* (1976) y *Kurvits* (1991) [65].

En *Funk,* la demanda procedía de un trabajador de religión menonita que se oponía a la sindicación, razón por la que fue despedido, a pesar de haber expresado su disposición a entregar una cantidad equivalente a la cuota sindical a una organización de beneficencia. La Corte de Apelación de la provincia de Manitoba fallaría a favor del trabajador, sobre la base de una interpretación que nos parece correcta de la legislación aplicable. En efecto, la legislación laboral de Manitoba reconocía explícitamente el derecho a la objeción de conciencia en esta materia, y no requería pertenencia a una religión cuyas normas se opusieran expresamente a la sindicación sino solamente la comprobación de que el trabajador tenía serios problemas de conciencia por razón de sus creencias religiosas [66] —lo cual supone, a nuestro entender, un planteamiento más correcto que el de la NLRA norteamericana [67]. La Corte de Apelación comprobó que la solicitud de exención del demandante había sido rechazada porque la comisión laboral que revisó su solicitud había centrado su atención en la creencia institucional y no en la personal. Así, era cierto que la iglesia menonita del demandante no se oponía a la sindicación y dejaba esta cuestión a la libre decisión de sus fieles, pero la comisión laboral, al investigar los hechos, había formulado al

---

[65] *Funk v. Manitoba (Labour Board),* 66 D.L.R. (3d) 35; *Kurvits v. Canada (Treasury Board),* 14 C.H.R.R. D/469, [1991].

[66] La Labour Relations Act de Manitoba establecía en su art. 68(3): «Where an employee in a unit in respect of which a collective agreement is in effect has satisfied the board that by reason of his religious beliefs he is by conscience opposed *(a)* to joining a union; and *(b)* paying dues to a union; the employer shall not remit to the bargaining agent the amounts deducted from that employee's wages in compliance with a provision required or deemed to be included in the collective agreement under this section, but shall remit the amounts so deducted to a charity agreed upon by the employee and the bargaining agent, or if no agreement can be concluded, designated by the board; and in that case the employer is not in breach of any provision of the collective agreement that requires as a condition of obtaining employment membership in a specified union or granting a preference of employment to members of a specified union, by reason only of employing that person or giving preference to that person in employment». Cfr. *Funk,* § 1.

[67] *Vid. supra,* notas 41-43 de este capítulo y texto correspondiente.

trabajador una «pregunta equivocada»: se le interrogó acerca de los dogmas de su iglesia y no acerca de sus creencias personales, que es lo que ampara la legislación y que no necesariamente han de coincidir al 100% con los primeros. Por lo demás, la Corte subrayaba que en estos temas es esencial la prueba de la sinceridad de las convicciones de conciencia alegadas por el objetor, que consideraba en este caso suficientemente contrastadas.

En *Kurvits,* el Tribunal de Derechos Humanos de Canadá [68] pronunció igualmente una decisión favorable al objetor a la sindicación obligatoria. En este caso se trataba de un miembro de la *Marathon Baptist Church,* en Ontario. El convenio colectivo aplicable preveía la exención del pago de cuotas sindicales —y la correspondiente contribución por igual cantidad a una *charity*— solamente cuando el objetor fuera miembro de una iglesia inscrita como ente religioso a efectos fiscales. La iglesia del demandante había estado inscrita, pero decidió renunciar a esos beneficios fiscales por razones teológicas y solicitó que su inscripción fuera revocada. El Tribunal afirmó que se había producido discriminación indirecta y decidió sobre la base de los precedentes de la Corte Suprema, ya mencionados, relativos a problemas laborales por razón de descanso sabático. Para el Tribunal, estaban suficientemente probadas tanto las creencias de la iglesia del demandante como su propia sinceridad al alegarlas. Por ello, aunque aceptaba que la norma del convenio colectivo no era irrazonable, pues pretendía simplificar las indagaciones en esta materia y evitar el fraude para eludir el pago de cuotas sindicales, debía ceder en este caso en virtud del deber que tienen tanto el empresario como el sindicato de buscar la acomodación de las creencias del trabajador. Por lo demás, no parecía que tal acomodación pudiera acarrear graves perjuicios económicos para el sindicato, pues del sumario se infería que la situación sólo afectaba al demandante.

## 4. La jurisprudencia de las instituciones europeas

La sensibilidad de la jurisprudencia canadiense —y en menor medida la norteamericana— hacia la libertad de conciencia del trabajador contrasta con los planteamientos, bastante menos receptivos, del derecho supranacional europeo. Nos referimos, sobre todo, a la jurisprudencia, pues en el plano normativo ya se ha mencionado la Directiva de 2000 de la Unión Europea dirigida a eliminar situaciones de discriminación indirecta por causa de la religión, entre otros factores [69].

---

[68] El Tribunal de Derechos Humanos de Canadá se encarga de resolver conflictos relacionados con la aplicación de la *Canadian Human Rights Act,* una ley aprobada en 1977 con la finalidad de promover el principio de igualdad de oportunidades.

[69] Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 noviembre 2000, relativa al establecimiento

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Unión Europea —entonces todavía de las Comunidades Europeas— hay una ya antigua, pero significativa sentencia: *Prais,* dictada en 1976 [70]. Los hechos eran los siguientes. En febrero de 1975, la Secretaría del Consejo de las Comunidades Europeas había publicado una convocatoria de concurso para cubrir un puesto de jurista traductor de lengua inglesa. La ciudadana británica Vivien Prais, firmante del mismo, fue citada a la realización de las pruebas para un día determinado. La interesada hizo saber al Consejo que, por ser de religión judía, no podría realizar el examen en esa fecha, al coincidir con el primer día de la fiesta judía de *Chavouoth,* en la que según su religión no le era dado desplazarse ni escribir. En consecuencia, solicitaba que le fuera concedida la posibilidad de efectuar las pruebas en día distinto. El Consejo denegó la petición, arguyendo que el concurso había de realizarse simultáneamente para todos los opositores y sobre la base de idénticos ejercicios. La Sra. Prais presentó demanda ante el Tribunal de Justicia basándose en el art. 27.2 del Estatuto de Funcionarios de las Comunidades (en el que se dispone que los funcionarios han de ser elegidos sin distinción de raza, creencias o sexo), y en los arts. 9 y 14 CEDH (libertad religiosa y principio de igualdad, respectivamente).

En su decisión, el Tribunal de Luxemburgo rechazó la pretensión de la demandante, acogiendo la argumentación del Consejo acerca de que el carácter de concurso del examen en cuestión requería que los ejercicios tuvieran lugar en las mismas condiciones para todos los candidatos, a fin de poder comparar la calidad de los trabajos: lo cual comportaba no sólo que las pruebas fueran idénticas, sino también que se realizaran en el mismo día, por el evidente riesgo que implicaba su realización en días diversos. Y añadía que, si bien habría sido deseable que el Consejo hubiera tenido conocimiento de las fechas que pudieran ser inconvenientes por motivos religiosos para fijar las pruebas en otras compatibles con la conciencia de los concursantes, los derechos fundamentales alegados por la demandante no obligaban al organismo convocante a tomar en consideración unas razones religiosas de las que no había sido previamente informado.

La postura del Tribunal de Luxemburgo nos parece algo formalista [71], sobre todo teniendo en cuenta que la Sra. Prais había informado al Consejo de sus problemas de conciencia dos días después de ser convocada, y varias semanas

---

de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. *Vid*. notas 1-2 de este capítulo y texto correspondiente.

[70] Sentencia de 27 octubre 1976. Cfr. «Recueil de la Jurisprudence de la Cour» (1976), pp. 1589 ss.

[71] Para una crítica a esta sentencia, *vid*. J. Martínez-Torrón, *La objeción de conciencia en el derecho internacional,* en QDPE (1989/2), pp. 172 ss.

antes del día fijado, de manera que no hubiera sido difícil modificar la fecha y comunicarlo a los demás firmantes del concurso. En todo caso, a pesar del concreto contenido decisorio de la sentencia, del razonamiento del Tribunal puede inferirse que cabría interpretar *sensu contrario* sus palabras, y entender que se afirma implícitamente que el organismo convocante está obligado a tomar en consideración los días de reposo religioso de los firmantes si éstos le son comunicados en tiempo y forma.

Una actitud aún más restrictiva puede detectarse en una decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 1981, en la que el problema conciencia del trabajador se analizaba desde el punto de vista del principio de igualdad, y se resolvía con una interpretación del mismo probablemente precipitada y algo superficial [72]. El demandante era un ciudadano británico, nacido en la India y de religión musulmana, que había sido contratado como docente a tiempo completo en 1968 por la ILEA *(Inner London Education Authority).* En los años sucesivos fue enviado por ese organismo a diversos colegios. Su religión le imponía el deber de trasladarse a una mezquita todos los viernes para participar en la oración colectiva de la tarde, excepto cuando estuviera a una distancia excesiva o pudiera hacer la oración privadamente con tres musulmanes en otro lugar. Durante varios años no surgieron problemas, porque enseñaba en escuelas muy lejanas de la mezquita más próxima, pero en 1974 fue trasladado a un centro bastante cercano a una mezquita como para permitirle acudir a ella los viernes. En consecuencia, comenzó a ausentarse del colegio cada viernes a mediodía para la oración, incorporándose a los trabajos académicos de la tarde con 45 minutos de retraso. Como la ILEA había denegado sus peticiones de dispensa al respecto, acabó por aceptar un contrato a tiempo parcial —cuatro días y medio por semana— con la consiguiente disminución de salario y mayores dificultades para su promoción profesional.

Las cortes británicas rechazaron sus argumentaciones en relación con la discriminación que sufría a causa de su fe. Y otro tanto hizo la Comisión Europea, declarando —desde una óptica excesivamente formalista— que no constaba que el recurrente hubiera sido tratado en condiciones desfavorables respecto a los docentes de otras religiones que se encontraran en análoga situación laboral. La Comisión parecía ignorar que difícilmente podía surgir un conflicto de esa clase con fieles de otras religiones desde el momento en que la enseñanza en el Reino Unido, en ese tipo de centros escolares, se extendía solamente a cinco

---

[72] *X. c. Reino Unido,* Dec. Adm. n. 8160/78, 12 marzo 1981, D & R 22, pp. 27-50. En la jurisprudencia británica, este caso es conocido como *Ahmad v. Reino Unido* [*vid.,* por ejemplo, *Copsey v. WWB Devon Clays Ltd* (2005) EWCA Civ 932, al que nos referiremos más adelante, en el epígrafe 5.1 de este capítulo].

días por semana, de lunes a viernes, y prácticamente todas las demás confesiones religiosas tienen el sábado o el domingo como día semanal de descanso preceptivo. Su comparación con las restantes confesiones contrasta notablemente con la perspectiva de la judicatura canadiense, que nos resulta mucho más acertada, y también con la propia perspectiva que domina actualmente los planteamientos de la Unión Europea en materia de discriminación indirecta producida como consecuencia de la aplicación de normas neutrales. La idea de que el empresario puede estar obligado a la búsqueda de una acomodación razonable de las obligaciones de conciencia de sus trabajadores, cuando ello no le supone especiales problemas económicos u organizativos, estaba completamente ausente del planteamiento seguido en Estrasburgo.

Pese a todo, la propia Comisión Europea de Derechos Humanos, al rechazar la demanda de una mujer alemana que reclamaba una pensión de invalidez por haberle sido negado un empleo en las cercanías de su domicilio, invocando el derecho al respeto de la vida familiar (art. 8 CEDH), propuso incidentalmente una doctrina que podía haber abierto parcialmente las puertas al reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia en materia de relaciones laborales. En aquel caso, la Comisión declaraba que rehusar por motivos de conciencia la realización de determinadas actividades de trabajo no puede constituir un factor de discriminación para la concesión de subsidios de desempleo por parte de las autoridades nacionales: «la aplicación de la legislación nacional en este terreno puede en ciertas circunstancias interferir con alguno de los derechos incluidos en el Convenio. Por ejemplo, la obligación de aceptar un trabajo concreto que contrasta con las personales creencias morales o religiosas [...] podría entrar en conflicto con los derechos mencionados en los art. 8 y 9» [73]. Sin embargo, no nos consta que esta doctrina haya sido desarrollada, y ni siquiera reiterada, ulteriormente.

Al contrario, la jurisprudencia posterior de la Comisión Europea ha continuado siendo restrictiva en cuanto a la concepción de los derechos del trabajador frente al empresario cuando surge un conflicto derivado de sus creencias o prácticas religiosas en materia de descanso preceptivo, como lo muestran dos demandas declaradas inadmisibles en los últimos años de funcionamiento de la Comisión, antes de su desaparición en 1998, como consecuencia de la entrada en vigor del Protocolo 11 al CEDH.

El primero es *Kontinnen,* de 1996 [74]. La demanda había sido presentada por un trabajador de la empresa pública de ferrocarriles de Finlandia, en la cual lle-

---

[73] Dec. Adm. n. 8753/79, no publicada, citada por J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La objeción de conciencia en el derecho internacional,* cit. en nota 71, pp. 187-188.

[74] *Konttinen c. Finlandia,* Dec. Adm. n. 24949/94, 3 diciembre 1996. *Vid*. P.M. TAYLOR, *Freedom of Religion. UN and European Human Rights Law and Practice,* Cambridge 2005, pp. 188 ss.

vaba más de seis años. Tras su conversión a los Adventistas del Séptimo Día, explicó a sus superiores que ya no podría continuar trabajando después de la puesta de sol de los viernes, como consecuencia de sus obligaciones religiosas. En la práctica eso afectaba, en su caso, a unos cinco viernes al año (entre octubre y marzo), en los cuales tendría que ausentarse antes de la terminación de su turno de trabajo, a las 18:39 horas. No constaba que la empresa hubiera realizado esfuerzo alguno por acomodar los deberes religiosos del trabajador y sí constaba que rechazó sus sugerencias al respecto —tales como trabajar más horas otros días o trabajar en domingo. A pesar de haber sido advertido que no estaba autorizado a abandonar su puesto antes de tiempo, el trabajador dio prioridad a sus creencias religiosas y cesó su turno algunos días antes de lo estipulado, lo cual provocó que recibiera algunos avisos y que finalmente fuera despedido (durante la temporada en la que se produjo el conflicto de intereses, entre marzo de 1992 y febrero de 1993, habían sido aproximadamente diez, en total, sus horas de ausencia reales). La jurisdicción finesa no encontró motivos para revocar la decisión del comité de funcionarios que había juzgado el despido procedente —una sola voz se alzó en ese comité para defender la posición del trabajador, aduciendo el impacto mínimo que sus ausencias habían tenido en la empresa, y haciendo notar que el despido era una medida desproporcionada: suponía castigar el absentismo del demandante con mayor severidad que, por ejemplo, una conducta similar provocada por problemas de alcoholismo.

La Comisión Europea declaró la demanda inadmisible por manifiesta falta de fundamento, considerando, en una sorprendente interpretación restrictiva del Convenio, que el art. 9 protege solamente las convicciones internas y también «aquellos actos que están íntimamente vinculados a esas actitudes, tales como los actos de culto o devoción que son aspectos de la práctica de una religión o creencia en una forma generalmente reconocida» [75]. Con un no menos sorprendente formalismo, concluía que el demandante había sido despedido no por sus creencias religiosas, sino por negarse a cumplir su horario de trabajo; rechazo que, aun motivado por sus convicciones, no podía considerarse tutelado por el art. 9 CEDH. Y todavía añadía —al parecer no de manera irónica— que, si encontraba incompatibilidad entre sus deberes religiosos y su horario laboral,

---

[75] Fundaba la Comisión Europea esta afirmación en su precedente informe sobre el caso *Kalaç c. Turquía,* de 27 febrero 1996 (App. n. 20704/92), § 34. Aquel caso se refería a la expulsión de un oficial magistrado del ejército turco por causa pretendidamente de su filiación y actividades de carácter islámico radical. La Comisión, sin entrar en otras cuestiones, concluyó por unanimidad que había violación del art. 9 CEDH porque la medida restrictiva no podía considerarse «prevista por la ley». No obstante, año y medio después el Tribunal Europeo llegaría a la conclusión contraria, también por unanimidad. *Vid.* sobre esa sentencia, en España, J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Islam in Strasbourg: Can Politics Substitute for Law?,* en RFDUG 11 (2008), pp. 326-328.

el demandante era libre para renunciar a su trabajo, siendo ésta «en última instancia la garantía de su libertad de religión».

Idéntico razonamiento sirvió a la Comisión, unos meses más tarde, en el caso *Stedman* [76], para declarar también inadmisible, como manifiestamente infundada, la demanda de una ciudadana británica que había sido despedida por negarse a trabajar regularmente en domingo. Louise Stedman era empleada de una agencia de viajes y, después de año y medio, se le comenzó a pedir que trabajara los domingos con bastante asiduidad. Unos meses más tarde, advirtió a la empresa que no podría continuar haciéndolo por razón de sus creencias religiosas cristianas: el domingo debía dedicarlo a actividades religiosas, familiares y no comerciales. La respuesta de la empresa, diez días después, consistió en comunicarle que su contrato de trabajo debía ser modificado al efecto de incluir el domingo como día habitual de trabajo y sin gratificación adicional, con un total de cinco días de trabajo por semana. Habiendo rehusado la empleada firmar el nuevo contrato, fue despedida después de 22 meses de empleo, y con un mes de paga como indemnización —además, al no haber cumplido dos años, carecía de legitimación para recurrir a la jurisdicción laboral británica—. Por todo razonamiento, la Comisión indicaba que el caso había de ser resuelto en los mismos términos que *Konttinen:* si éste había sido declarado inadmisible procediendo la reclamación del empleado de una empresa estatal, con mayor motivo había de seguir la misma pauta cuando la demanda se refería a un contrato laboral con una empresa privada.

Extinta la Comisión Europea de Derechos Humanos en 1998, el Tribunal no parece, sin embargo, haber cambiado sus planteamientos en esta materia. Así podría deducirse de su decisión en el caso *Kosteski,* en 2006 [77]. El caso, en efecto, no parecía demasiado complejo y la cuestión podía haberse resuelto desde la perspectiva de la mera prueba de los hechos, y tal vez mediante una mera declaración de inadmisibilidad, en lugar de mediante una sentencia sobre el fondo. En síntesis, se trataba de un trabajador de la compañía eléctrica estatal, que comenzó a ausentarse de su trabajo algunos días alegando que debía dedicarlos a la celebración de fiestas islámicas, reconocidas como tales, además, por la legislación nacional para los musulmanes. Sus ausencias le acarrearon varias sanciones de reducción de sueldo. El problema estribaba en que no estaba clara la pertenencia del demandante al Islam: al contrario, no sólo su origen étnico sino también su régimen alimenticio y modo de vida, unido a su falta de conocimiento del Islam, parecían mostrar que había de ser calificado como cristiano, lo cual concordaba con el hecho de que también se había beneficiado a efectos labora-

---

[76] *Stedman c. Reino Unido,* Dec. Adm. n. 29107/95, 9 abril 1997.

[77] *Kosteski c. Antigua República Yugoslava de Macedonia,* 13 abril 2006.

les de las fiestas laborales de raíz cristiana. Por toda explicación, el demandante alegaba que vivía sus creencias religiosas de manera estrictamente individual, sin conexión con mezquita o comunidad islámica alguna, y que no debía ser obligado a proporcionar prueba alguna de sus creencias religiosas.

El Tribunal concluyó unánimemente que no había violación del art. 9 CEDH a pesar de que se exigiera al demandante alguna prueba de sus convicciones religiosas. Argumentaba la sentencia que ciertamente sería espantoso aceptar hoy la idea de un Estado que puede juzgar sobre las creencias internas de los ciudadanos. Sin embargo —continuaba—, no puede considerarse opresivo, ni contrario a la libertad religiosa, exigir a un trabajador que pruebe la sinceridad de sus creencias cuando pretende, precisamente con fundamento en esas creencias, que se le conceda un trato excepcional que no está disponible para otros [78]. Hasta aquí nada hay que objetar al razonamiento del TEDH, pues elementales consideraciones de seguridad jurídica justifican, y quizá el principio de igualdad reclama, una comprobación de la sinceridad de las creencias de quien aspira a ser eximido de una norma neutral de aplicación general.

Lo que nos resulta menos aceptable es que el Tribunal reitere, sin necesidad, la doctrina enunciada por la Comisión en *Konttinen* y *Stedman,* de que la celebración de una festividad religiosa, y el preceptivo descanso laboral que pueda comportar, no necesariamente constituye una manifestación de la religión protegible por el art. 9 CEDH [79]. A nuestro juicio, el principal aspecto negativo de esa afirmación consiste en entender que el rechazo del empresario a acomodar las creencias del trabajador no implica una limitación de su libertad religiosa o de creencias, aunque sea indirectamente. Porque eso releva al empresario de la necesidad de justificar su negativa a buscar un ajuste razonable entre la organización de su negocio y las creencias religiosas de sus empleados. Equivale, en el fondo, a considerar que las decisiones adoptadas sobre la base de una convicción profunda de carácter religioso o moral han de ser tratadas de igual modo que

---

[78] «While the notion of the State sitting in judgment on the state of a citizen's inner and personal beliefs is abhorrent and may smack unhappily of past infamous persecutions, the Court observes that this is a case where the applicant sought to enjoy a special right bestowed by Macedonian law which provided that Muslims could take holiday on particular days [...] Where the employee then seeks to rely on a particular exemption, it is not oppressive or in fundamental conflict with freedom of conscience to require some level of substantiation when that claim concerns a privilege or entitlement not commonly available and, if that substantiation is not forthcoming, to reach a negative conclusion» (*ibid.,* § 39).

[79] «[The Court] considers that while it may be that this absence from work was motivated by the applicant's intention of celebrating a Muslim festival it is not persuaded that this was a manifestation of his beliefs in the sense protected by Article 9 of the Convention or that the penalty imposed on him for breach of contract in absenting himself without permission was an interference with those rights» (*ibid.*, § 38, con referencia expresa a *Konttinen* y *Stedman*).

otras decisiones adoptadas arbitrariamente por razones triviales. Lo cual nos parece que priva de sentido al art. 9 CEDH y reduce injustificadamente su radio de acción.

Hasta ahora, el único caso en que nos consta que el Tribunal haya aceptado una demanda por discriminación religiosa en el trabajo es *Ivanova* (2007) [80], y es que en esta ocasión se trataba a todas luces de un supuesto de discriminación directa y no indirecta. La demandante era una encargada de piscina en una escuela pública, que había sido despedida por razones religiosas, y concretamente por pertenecer —y no querer renunciar— a un grupo religioso evangélico minoritario, *Word of Life,* que había sido objeto de trato hostil, y a veces rayano en lo persecutorio, por las autoridades búlgaras en esos años. A pesar de que el despido había sido justificado formalmente en una modificación de las condiciones del puesto ocupado por la demandante —concretamente exigiendo una titulación superior de la que ella carecía— el Tribunal consideró probado que los motivos reales de su despido consistían en una intolerancia religiosa incompatible con el art. 9 CEDH. De hecho, gran parte de la decisión se dedica a demostrar que el cambio de los requisitos laborales no eran sino una operación de maquillaje para ocultar la verdadera razón del despido.

## 5. La legislación y jurisprudencia de algunos países europeos

### 5.1. *Discriminación religiosa y discriminación racial en el Reino Unido*

No deja de ser llamativo que el derecho británico, pese al interés que lo caracteriza desde hace años por la integración de minorías y por evitar supuestos de discriminación, especialmente la racial, haya adoptado una actitud tan poco receptiva hacia las objeciones de conciencia en el entorno laboral [81]. En algunos casos ciertamente esa actitud de relativa insensibilidad resulta justificada, como sucede cuando las normas religiosas sobre indumentaria personal entran en conflicto con las exigencias empresariales de higiene y uniformidad en el trabajo, a las cuales se les ha reconocido tradicionalmente prioridad. Los principales problemas han surgido frecuentemente en el ámbito de empresas del sector alimentario, como en el caso de los sijs —numerosos en el Reino Unido—, que consideran moralmente obligatorio vestir un turbante que recoja su larga cabellera y llevar barba [82].

---

[80] *Ivanova c. Bulgaria,* 12 abril 2007.

[81] *Vid*. R. Ahdar & I. Leigh, *Religious freedom in the liberal state,* Oxford 2005, pp. 300 ss.

[82] Cfr. las decisiones *Singh v. Lyons Maid Ltd*. [1975] I.R.L.R. 328; *Gill v. The Walls Meat Co.* (1977) H.S.I.B. 12; *Singh v. Rowntree Mackintosh Ltd*. [1979] I.C.R. 554; *Panesar v. Nestlé Co. Ltd*. [1980] I.C.R. 144. Para otros casos análogos, *vid*. M. Hill, *The Permissible Scope of Legal Limita-*

En lo relativo a conflictos derivados del descanso sabático, el formalismo de las cortes inglesas ha sido paralelo al que hemos visto caracteriza a la jurisprudencia de Estrasburgo, y normalmente la objeción de conciencia al trabajo en determinados días de la semana ha debido ceder ante el incumplimiento contractual que la ausencia representa, sin exigir al empleador una actitud particularmente activa para intentar hacer compatible su organización con las creencias del trabajador.

Así, en el caso *Esson* [83], un conductor de autobuses rehusaba trabajar en sábado, por causa de su conversión a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, posterior a su ingreso en la empresa. Su contrato preveía que no tenía garantizado el descanso en sábado, y se le indicó que debía organizar los cambios de turno por sí mismo, cosa que sólo pudo hacer en parte. Ante sus reiteradas ausencias en sábado fue despedido. Llevada la cuestión ante los tribunales laborales, se declaró que el despido era procedente por dos motivos: por un lado, el Sr. Esson había incumplido su contrato; y por otro, conceder la exención causaría un efecto negativo en los demás trabajadores, que tendrían que trabajar más sábados de los previstos, y eso era algo que debían aceptar voluntariamente. El tribunal concluía que no se había demostrado que el empresario tuviera otras alternativas practicables para acceder a los deseos del empleado —nótese la inversión de la carga de la prueba respecto a la acomodación razonable en relación con la jurisprudencia canadiense.

La situación se torna distinta cuando, además del factor religioso, hay un factor de posible discriminación racial, pues en ese caso la actitud de las cortes británicas es favorable a los derechos del trabajador y se exige al empresario un mayor esfuerzo de acomodación —y su correspondiente prueba— para evitar la discriminación indirecta [84]. Un caso significativo a este propósito es *Walker v.*

---

*tions on the Freedom of Religion or Belief in the United Kingdom,* en «Emory International Law Review» 19 (2005), pp. 1163-1165; P. Cumper, *Religious Liberty in the United Kingdom, in* «Religious Human Rights in Global Perspective» (ed. por J.D. van der Vyver & J. Witte), The Hague 1996, pp. 227-232. Igual ocurre en el derecho norteamericano, como muestran las decisiones *EEOC v. Sambo's of Georgia, Inc.,* 530 F.Supp. 86 (1981) y *Bathia v. Chevron U.S.A., Inc.,* 734 F.2d 1382 (1984), en las que los objetores se ven rechazados para determinados trabajos que exigían despojarse de la barba. Las normas religiosas de los sijs en cuanto a indumentaria, con los problemas a que han dado lugar, tanto en el ámbito laboral como en el educativo, son comentadas en el capítulo 9.

[83] *Esson v. United Transport Executive* [1975] I.R.L.R. 48. *Vid*. al respecto St. J. Robilliard, *Religion and the Law,* Manchester 1984, pp. 169 ss.; M. Hill, *The Permissible Scope of Legal Limitations…,* cit. en la nota anterior, pp. 1162-1163; H. Fleming, *Working, Praying and Sunday Rest: Has the Law Struck the Right Balance?,* en «Edinburgh Law Review» 9 (2005), pp. 319-320.

[84] *Vid*. R. Ahdar & I. Leigh, *Religious freedom…,* cit. en nota 81 de este capítulo, pp. 304 y 305 ss.

*Hussain* [85]. El empresario había reorganizado las vacaciones de sus empleados, por razones de eficacia, para reducir costes y aumentar los ingresos. Les comunicó que, frente a la costumbre de años anteriores, no deberían pedir vacaciones durante los meses de mayor producción: entre mayo y julio. No obstante, un cierto número de trabajadores musulmanes rehusó atender ese requerimiento y solicitaron un día de vacaciones para celebrar una fiesta musulmana en junio. Aunque les fue denegado, se tomaron ese día libre, lo cual les ocasionó una «amonestación escrita perentoria» por parte de la empresa [86]. Como los trabajadores musulmanes eran de origen indio o paquistaní, la cuestión fue enjuiciada a la luz de la *Race Relations Act* de 1976. Tanto en instancia como en apelación, la jurisdicción laboral consideró que los trabajadores habían sido víctima de discriminación indirecta: el empresario sabía que la medida adoptada en relación con las vacaciones afectaría de mayor manera a los empleados de origen asiático que a los de origen europeo, y esa desigualdad, conocida y previsible, no podía justificarse por meros motivos de eficacia empresarial. Naturalmente, esta decisión ha planteado el problema de un posible trato desigual entre los grupos religiosos que son reconocidos además como grupos raciales a los efectos de la *Race Relations Act* —como los judíos o los sijs— y aquéllos que no lo son. Hasta el punto de hacerse notar que, si los trabajadores musulmanes hubieran sido de raza blanca, o hubieran pertenecido a diversos grupos étnicos, la decisión del caso habría sido la opuesta [87].

Un importante y más reciente caso de conflicto laboral en el Reino Unido por obligado descanso religioso es *Copsey,* resuelto por la *Court of Appeal* en 2005 [88]. La demanda procedía de un trabajador de una empresa de explotación de canteras, cuyo comportamiento, por lo demás, había sido siempre ejemplar. Como consecuencia de un cambio de política empresarial, debido a un notable aumento en la demanda de los productos de la empresa, se introdujo un nuevo sistema de organización del trabajo sobre la base de operar la cantera de manera ininterrumpida, lo cual implicaba turnos rotatorios de 12 horas que podían incluir el domingo. El Sr. Copsey, debido a sus convicciones cristianas, rehusó tra-

---

[85] *JH Walker Limited v. Hussain and Others* [1996] IRLR 11.

[86] A *final written warning* es una seria amonestación que implica que el trabajador se encuentra en riesgo de perder su empleo si incide en otra falta. Este tipo de amonestaciones son recurribles ante los tribunales.

[87] *Vid*. H. Fleming, *Working, Praying and Sunday Rest…,* cit. en la nota 83 de este capítulo, p. 320.

[88] *Copsey v. WWB Devon Clays Ltd* (2005) EWCA Civ 932. Para un comentario a esa sentencia en España, en el contexto de la jurisprudencia inglesa sobre conflictos entre trabajador y empresario por razones religiosas, *vid*. J. García Oliva, *Comentario a la sentencia Copsey v. WWB Devon Clays Ltd., de la Corte de Apelación inglesa (objeción de conciencia al trabajo en domingo),* en RGDCDEE 10 (2006), pp. 1 ss.

bajar en domingo, salvo por emergencias imprevistas, dejando claro que en ningún caso consideraría emergencia situaciones derivadas del aumento de producción. La empresa le propuso diversas alternativas, entre ellas cambiar a un puesto en el que resultaba bastante poco probable, aunque no del todo descartable, tener que trabajar en domingo. El Sr. Copsey rechazó esas alternativas, entendiendo que el cumplimiento de sus deberes religiosos no quedaba suficientemente garantizado, y fue despedido.

La Corte de Apelación, como ya hiciera antes el tribunal de instancia, consideró que el despido había sido procedente, pues estaba justificado por la necesaria reorganización de turnos de trabajo: la empresa no había despedido a Copsey por ser cristiano sino por incumplimiento de contrato, y había hecho todo lo razonablemente exigible por acomodar las creencias del empleado. Hay dos aspectos de esa sentencia que interesa destacar. Por un lado, uno de los jueces reconoce expresamente la diversa orientación de la judicatura canadiense en casos parecidos, pero indica —sin mucha claridad— que no es aplicable a este caso por fundamentarse en diferentes textos constitucionales y en un distinto concepto de discriminación [89]. Por otra parte, es significativo que otro juez plantee la cuestión en los siguientes términos, que muestran la repercusión de la jurisprudencia de Estrasburgo antes citada [90]. En su opinión, hay una clara conexión entre el despido del Sr. Copsey y sus creencias religiosas, de manera que habría una restricción del derecho de libertad religiosa garantizado por el art. 9.1 CEDH, la cual tendría que ser justificada a tenor del párrafo 2.º del mismo artículo. Sin embargo, afirma que ha de renunciar a ese análisis jurídico de los hechos a la luz de los casos análogos decididos por la Comisión Europea de Derechos Humanos, que rechaza cualquier tipo de interferencia con los derechos reconocidos por el art. 9 CEDH y entiende que la libertad religiosa del trabajador queda suficientemente tutelada por su derecho a dimitir de su puesto de trabajo [91].

Está todavía por ver en qué medida afectarán a la jurisprudencia sobre esta clase de casos las *Employment Equality (Religion or Belief) Regulations* 2003 [92], adoptadas en Reino Unido para cumplir con la Directiva 2000/78/CE [93] y que no pudieron ser aplicadas en *Copsey* por no estar vigentes en el momento de los

---

[89] Cfr. *Copsey,* § 67.

[90] *Vid*. epígrafe 4 de este capítulo.

[91] *Vid*. *Copsey,* §§ 30-39. Al respecto, *vid*. R. Hopkins & C.V. Yeginsu, *Religious Liberty in British Courts: A Critique and Some Guidance,* en «Harvard International Law Journal Online» 49 (2008), p. 33.

[92] SI 2003/1660. *Vid*. R. Ahdar & I. Leigh, *Religious freedom…,* cit. en nota 81 de este capítulo, pp. 305-307 ss.

[93] *Vid*. notas 1-2 de este capítulo.

hechos [94]. Siguiendo las pautas de la directiva, esta nueva norma intenta acabar con supuestos de discriminación por razón de las creencias, tanto directa como indirecta, en las relaciones de trabajo [95]. Y, en principio, habría de impulsar a que la judicatura británica rectificara su *modus decidendi* hacia planteamientos más próximos a los de las cortes canadienses. Lo cual no sería, en última instancia, sino comenzar a tratar las situaciones de discriminación religiosa desde la misma perspectiva que han tratado desde hace décadas los casos de discriminación racial.

### 5.2. *La garantía del descanso sabático en Francia, Bélgica e Italia*

Si pasamos ahora a la Europa continental, podemos comprobar que, ya desde hace tiempo, algunos ordenamientos jurídicos nacionales han ido reconociendo gradualmente la operatividad de las objeciones de conciencia derivadas del descanso sabático en el ámbito laboral.

Por ejemplo, en contraste con los tribunales ingleses, la Corte de Casación francesa ha desautorizado sentencias de tribunales inferiores que consideraron justificados despidos por ausencias laborales en días declarados festivos por la propia religión. Así, una significativa sentencia de 16 de diciembre de 1981 [96] declaraba que el empresario se había extralimitado en su derecho a organizar libremente su empresa al despedir a una trabajadora musulmana que faltó un día al trabajo, coincidente con la festividad islámica de Aid-el-Kébir, o «fiesta del sacrificio», para poder cumplir sus obligaciones religiosas. La negativa del empleador sólo se justificaría cuando la organización del trabajo se viera perjudicada de manera notable por una comunicación tardía del empleado respecto a la necesidad de ausentarse por una preceptiva celebración religiosa.

---

[94] Así lo hace notar J. García Oliva, *Comentario a la sentencia Copsey…,* cit. en nota 88, pp. 10-11. *Vid*. también H. Fleming, *Working, Praying and Sunday Rest…,* cit. en la nota 83 de este capítulo, pp. 323 ss.

[95] Así reza el art. 3 de las *Regulations:* «Discrimination on grounds of religion or belief. 3.— (1) For the purposes of these Regulations, a person («A») discriminates against another person («B») if— (a) on grounds of religion or belief, A treats B less favourably than he treats or would treat other persons; or (b) A applies to B a provision, criterion or practice which he applies or would apply equally to persons not of the same religion or belief as B, but— (i) which puts or would put persons of the same religion or belief as B at a particular disadvantage when compared with other persons, (ii) which puts B at that disadvantage, and (iii) which A cannot show to be a proportionate means of achieving a legitimate aim. (2) The reference in paragraph (1)(a) to religion or belief does not include A's religion or belief. (3) A comparison of B's case with that of another person under paragraph (1) must be such that the relevant circumstances in the one case are the same, or not materially different, in the other».

[96] Texto en «Bulletin civil», n. 968, p. 719, con comentario de J. Frossard.

Con una orientación similar, la jurisprudencia belga ha tutelado, en el caso *Cymerman,* a un judío al que había sido denegada su indemnización por paro forzoso por negarse a acudir a la oficina de empleo en sábado, no pudiendo justificar así seis días de paro por semana. La Comisión de Apelación anuló esta decisión por violación del art. 14 de la Constitución belga, que dispone: «Queda garantizada la libertad de los cultos, la de su ejercicio público, así como la libertad de manifestar sus opiniones en cualquier materia, salvo la represión de los delitos cometidos con ocasión del uso de esas libertades» [97].

Dentro del panorama europeo, Italia es probablemente uno de los países que ha ido dando pasos más firmes en favor del reconocimiento de las objeciones de conciencia en el marco de las relaciones laborales [98].

En el plano legislativo, el deber de respetar la observancia del sábado ha sido incorporado en la normativa de las *intese* —acuerdos— celebradas por el gobierno italiano, respectivamente, con la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día y con la Unión de Comunidades Israelitas [99]. Concretamente en esta última, el art. 4 afirma como principio general que la República italiana reconoce a los israelitas el derecho de cumplir con el reposo religioso sabático, que ocupa desde media hora antes de la puesta de sol del viernes hasta una hora después del ocaso del sábado. Como consecuencia, las personas de religión judía que trabajan para el Estado, o bien para entes públicos o privados, o que ejercen una actividad autónoma o comercial, tienen derecho a que se les respete, previa petición, el descanso sabático como descanso laboral semanal. Ese derecho será ejercitado en todo caso —añade la norma— en el marco de la flexibilidad de la organización del trabajo, y dejando a salvo «las imprescindibles exigencias de los servicios esenciales previstos por el ordenamiento jurídico». Las horas de trabajo correspondientes al sábado se recuperan el domingo u otros días de la semana, sin derecho a compensaciones extraordinarias. Además, se prevé que, al fijar el calendario de las pruebas de oposiciones y concursos, las autoridades competentes tengan en cuenta la mencionada exigencia de reposo sabático. Los estudiantes pueden acogerse a idénticas exenciones por razones

---

[97] *Vid*. al respecto R. Torfs, *L'objection de conscience en Belgique,* en «Conscientious Objection in the E.C. countries», Milano 1992, p. 14.

[98] *Vid*. al respecto F. Onida, *L'obiezione di coscienza nelle prestazioni lavorative,* en AA.VV., «Rapporti di lavoro e fattore religioso», Napoli 1987, pp. 232 ss.; A. Vitale, *Obiezione di coscienza e rapporto di lavoro,* en «Giustizia civile» 32 (1982), I, pp. 1081 ss.; V. Turchi, *L'obiezione di coscienza nell'ambito delle prestazioni lavorative: diritto italiano,* en R. Navarro-Valls & J. Martínez-Torrón, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato,* Torino 1995, pp. 160 ss. Más recientemente, y del mismo autor, *I nuovi volti di Antigone,* Napoli 2009, pp. 156-161.

[99] La *intesa* con las comunidades israelitas fue aprobada por la Ley n. 101/1989, 8 marzo 1989, y la *intesa* con los adventistas, por la Ley n. 516/9188, 22 noviembre 1988.

religiosas [100]. Una regla equivalente se aplica a otras festividades religiosas hebraicas, enumeradas en el art. 5. La disciplina establecida para los adventistas del séptimo día es sustancialmente la misma [101].

Esta decidida protección —que contrasta, como veremos enseguida, con los planteamientos del derecho español [102]— resulta particularmente significativa teniendo en cuenta que anteriormente la jurisprudencia italiana no se había mostrado muy proclive a respetar los deberes de conciencia del objetor en este área [103]. Naturalmente, la aplicación de esas normas no está exenta de problemas, pero —como se ha indicado por algún sector de la doctrina italiana— se trata de «un valeroso ejemplo de intervención legislativa dirigida a privilegiar [...] las razones de la conciencia individual sobre las de la productividad y organización económica del trabajo» [104]. En todo caso, desde el principio su aplicación en sede judicial ha sido favorable a una interpretación amplia, no sólo reduciendo el campo de libre organización del empresario en favor del objetor [105], sino también haciendo extensiva la protección legal a supuestos no previstos expresamente por las *intese:* en concreto, a actuaciones procesales que deben realizarse en días festivos [106].

---

[100] Éste es el texto literal del art. 4 de la *intesa* con las comunidades hebraicas: «1. La Repubblica italiana riconosce agli ebrei il diritto di osservare il riposo sabbatico che va da mezz'ora prima del tramonto del sole del venerdì ad un'ora dopo il tramonto del sabato.— 2. Gli ebrei dipendenti dallo Stato, da enti pubblici o da privati o che esercitano attività autonoma o commerciale, i militari e coloro che siano assegnati al servizio civile, sostitutivo, hanno diritto di fruire, su loro richiesta, del riposo sabbatico come riposo settimanale. Tale diritto è esercitato nel quadro della flessibilità dell'organizzazione del lavoro. In ogni altro caso le ore lavorative non prestate il sabato sono recuperate la domenica o in altri giorni lavorativi senza diritto ad alcun compenso straordinario. Restano comunque salve le imprescindibili esigenze dei servizi essenziali previsti dall'ordinamento giuridico.— 3. Nel fissare il diario di prove di concorso le autorità competenti terranno conto dell'esigenza del rispetto del riposo sabbatico. Nel fissare il diario degli esami le autorità scolastiche adotteranno in ogni caso opportuni accorgimenti onde consentire ai candidati ebrei che ne facciano richiesta di sostenere in altro giorno prove di esame fissate in giorno di sabato.— 4. Si considerano giustificate le assenze degli alunni ebrei dalla scuola nel giorno di sabato su richiesta dei genitori o dell'alunno se maggiorenne».

[101] Cfr. art. 17 de la *intesa* con las iglesias adventistas.

[102] *Vid. infra,* epígrafe 5.3 de este capítulo.

[103] Así, por ejemplo, la sentencia de 27 mayo 1975, del *Pretore* de Roma, por la que se rechazaba la demanda de un piloto de Alitalia, adventista del séptimo día, reclamando el derecho al descanso laboral en sábado [*vid*. DE 86 (1975), II, pp. 185 ss., con nota crítica de L. Guerzoni en pp. 187-189].

[104] P. Moneta, *Obiezione di coscienza. Profili pratici,* en «Enciclopedia giuridica», Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, p. 10.

[105] Cfr. Pret. Monza, Sez. distaccata di Desio, 20 marzo 1992; texto en QDPE (1993/3), p. 818. El tribunal estimó que, en el caso examinado, no había exigencias de producción que pudieran considerarse absolutamente prevalentes.

[106] Cfr. Trib. Milano, 7 abril 1993; texto en QDPE (1993/3), p. 817. La incomparecencia de

La actitud receptiva de la jurisprudencia italiana se detecta también en situaciones en que el conflicto laboral no proviene de la observancia del reposo religioso, sino de la objeción contra determinadas actividades que en principio el trabajador está llamado a realizar. Así, la justicia milanesa tuvo ocasión de conocer, hace ya algunos años, de un caso de cierta resonancia social relativo a un trabajador que se oponía a determinadas prestaciones laborales porque —según afirmaba— iban dirigidas a la producción de armamento. Los tribunales de primera instancia justificaron tanto el despido como las sanciones disciplinares impuestas al trabajador, declarando que «falta en el ordenamiento una norma que consienta aducir las propias convicciones religiosas, morales, políticas o sindicales como causa para ser eximido de la obligación de efectuar la prestación laboral» [107]. El tribunal de apelación, aun confirmando el fallo por apreciar que el caso concreto estaba bien decidido, se cuidó de corregir la argumentación del tribunal inferior, indicando que, cuando se trata de «una empresa de producción diversificada, el empresario debe utilizar al empleado objetor de manera que se le haga posible el desarrollo de la actividad laboral sin acarrear un perjuicio para su dignidad y para su patrimonio de convicciones morales» [108].

Un caso específico de objeción de conciencia contra ciertos tipos de actividades laborales ha sido contemplado una reciente ley italiana que contiene las «Normas sobre la objeción de conciencia a la experimentación animal», de 1993 [109]. Esa legislación establece que los médicos, investigadores y las personas pertenecientes al personal sanitario, siempre que hayan declarado la propia objeción de conciencia, no están obligados a tomar parte directamente en las actividades específicamente dirigidas a la experimentación animal. Dicha objeción de conciencia ha de ser manifestada al presentar la solicitud de trabajo o de participación en un concurso. Todas las estructuras, públicas o privadas, legitimadas para desarrollar experimentación animal tienen la obligación de notificar a sus trabajadores el derecho de objeción de conciencia que les reconoce la ley, y deben además disponer de un formulario para que éstos puedan efectuar la declaración prevista por la ley. Aunque sería deducible de los propios principios constitucionales, se prohíbe expresamente la discriminación por causa de esta forma de objeción de conciencia; para mayor precisión, se indica que los trabajadores —en entes públicos o privados— tienen el derecho de «ser destinados,

---

una parte en el proceso fue justificada por considerar que la observancia de una festividad judaica constituía impedimento legítimo.

[107] Cfr. Pret. Milano, 19 diciembre 1981, en «Giustizia civile» 32 (1982), I, p. 1077; Pret. Milano, 23 febrero 1982, en «Orientamenti della giurisprudenza del lavoro» 31 (1982), p. 231.

[108] Trib. Milano, 12 enero 1983, en «Orientamenti della giurisprudenza del lavoro» 32 (1983), p. 25.

[109] Ley de 12 diciembre 1993, n. 413. *Vid*. V. Turchi, *I nuovi volti…,* cit. en nota 98, pp. 135-136.

en el ámbito de las dotaciones orgánicas existentes, a actividades distintas de las que prevén la experimentación animal, conservando la misma cualificación y el mismo tratamiento económico».

### 5.3. *El predominio de la posición del empresario en derecho español*

En España, y sin perjuicio de lo que se añadirá enseguida sobre los acuerdos específicos con confesiones religiosas, el marco normativo viene determinado por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa y por el Estatuto de los Trabajadores [110]. La primera establece en su art. 2.1, sin mayores especificaciones respecto a sus consecuencias concretas, que el derecho de libertad religiosa comprende el derecho de toda persona a «practicar los actos de culto» y «conmemorar sus festividades». Por su parte, el art. 37.1 del Estatuto de los Trabajadores parte de la premisa de que el descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido se organiza en las empresas de acuerdo con la regla general de que el domingo se incluye en ese descanso [111]. Esa regla, sin embargo, pertenece al ámbito de lo meramente dispositivo, y cabe que por convenio colectivo o contrato de trabajo se convenga una regulación distinta. A su vez, el art. 17.1 de la misma ley entiende nulos y sin efectos los pactos individuales o las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables, por razones religiosas, en relación con las retribuciones, jornadas y demás condiciones del trabajo. Idéntico criterio se aplica a los preceptos reglamentarios o las cláusulas de convenios colectivos [112].

Con ese *background* legislativo, el Tribunal Constitucional hubo de conocer en 1985 de un supuesto de objeción de conciencia conectado con este último derecho [113]. Los antecedentes son los siguientes. Una trabajadora, habiéndose

---

[110] Para una visión de conjunto, antes de la entrada en vigor de esos acuerdos, *vid*. J.M. CONTRERAS, *El derecho a la objeción de conciencia en las relaciones de trabajo,* en «La objeción de conciencia» (ed. por V. Guitarte y J. Escrivá), Valencia 1993, pp. 227 ss.

[111] «*Artículo 37. Descanso semanal, fiestas y permisos.* 1. Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo».

[112] «*Artículo 17. No discriminación en las relaciones laborales.* 1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español».

[113] STC 19/1985, de 13 febrero 1985. Sobre esta sentencia, *vid.,* entre otros, los comenta-

convertido a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, solicitó de la empresa en que trabajaba que se le eximiera de actividad laboral desde la puesta de sol del viernes a la del sábado, por imponerle sus creencias religiosas la inactividad en dicho período. No obstante haber propuesto la trabajadora a la empresa distintas fórmulas para compatibilizar sus convicciones con los intereses de la propia empresa —que incluían un cambio de turno y una ausencia con reducción salarial—, éstas no fueron aceptadas y la trabajadora fue despedida por abandono de puesto de trabajo, al no acudir a la empresa en los días en que sus convicciones religiosas le imponían el obligado descanso semanal.

El Tribunal Central de Trabajo estimó procedente el despido. Recurrida en amparo la sentencia, el Tribunal Constitucional decidió desestimar el recurso de la trabajadora porque, «partiendo del régimen de jornada establecido con carácter general para la empresa, el otorgamiento de un descanso semanal distinto supondría una excepcionalidad que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición al empresario». Y añadía que «el descanso semanal corresponde en España, como en los pueblos de civilización cristiana, al domingo», lo cual «obedece a que tal día es el que por mandato religioso y por tradición, se ha acogido en estos pueblos; esto no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso», pues hoy «el descanso semanal es una institución secular

---

rios, en general críticos con el planteamiento del Constitucional, de A. Fernández-Coronado, *La normativa del estado sobre festividades religiosas,* en «La Ley» 1172 (1985), pp. 1 ss.; J.M. González del Valle, *Objeción de conciencia y libertad religiosa e ideológica,* en «Revista de Derecho Privado» (abril 1991), pp. 278-282; G. Escobar Roca, *La objeción de conciencia en la Constitución española,* Madrid 1993, pp. 373 ss.; A. Castro Jover, *La libertad religiosa y la objeción de conciencia individual en la jurisprudencia constitucional española,* en «La libertad religiosa...», cit. en nota 28 de este capítulo, pp. 167 ss.; À. Seglers Gómez-Quintero, *La «acomodación» de las festividades religiosas…,* cit. en nota 49, pp. 667 ss. Hay también, en fecha próxima a esa sentencia, un auto del Tribunal Constitucional (ATC 625/1987, 20 mayo 1987) que no entra en el fondo del conflicto entre libertad empresarial y libertad de conciencia, sino que se centra en una cuestión diversa y poco habitual en la jurisprudencia. En ese auto el Constitucional entendió justificado el despido de un testigo de Jehová en situación de incapacidad laboral transitoria derivada de una lumbalgia, que se dedicaba a labores de proselitismo, mientras permanecía en esa situación de incapacidad laboral. La empresa le había despedido por deslealtad y transgresión de la buena fe contractual, y la jurisdicción laboral consideró que el despido había sido procedente. El Tribunal Constitucional, al declarar inadmisible el recurso de amparo presentado por el trabajador, concluía que las sentencias de la jurisdicción laboral que habían considerado conculcado el deber de buena fe habían alcanzado esa conclusión no atendiendo al «desarrollo de la actividad proselitista en sí misma considerada, sino más bien [...] porque esas labores influían inevitablemente en el proceso de recuperación de la capacidad para el trabajo del demandante». *Vid*. al respecto R. Rodríguez Chacón, *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional,* Madrid 1992, pp. 85-93, quien comenta también la STC 19/1985.

y laboral que si comprende el domingo como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición». Sobre esa base, se concluía que la seguridad jurídica impedía que una de las partes —la trabajadora—impusiera a la otra unilateralmente las modificaciones de la relación contractual que considerase oportunas, aunque fuera en aras de la libertad de conciencia.

Uno de los aspectos negativos más destacables de esta sentencia es la inadecuada perspectiva desde la que, a nuestro juicio, enfoca el análisis de la situación. Su razonamiento se centra en una apología del carácter secular que actualmente tiene el domingo como día de descanso laboral, a pesar de su origen religioso. Y, desde ahí, todo lo remite a la voluntad contractual de las partes, asimilando así implícitamente los deberes religiosos, que gozan de la protección constitucional, a cualquier otra actividad elegida por el trabajador por motivos caprichosos o triviales: una posición análoga a la que un profesor de Yale describió con la expresión «tratar a la religión como un hobby» [114]. Con lo que la posibilidad del respeto a la libertad de conciencia del trabajador viene confiada enteramente a la discrecionalidad del empresario, en un planteamiento que desafortunadamente se encuentra muy lejos de los matices introducidos —según vimos— por la jurisprudencia canadiense o norteamericana.

Nada hay en la sentencia del Constitucional, en efecto, que permita matizar que la discrecionalidad del empleador no puede ser absoluta, sino que ha de ser «razonable»: es decir, que el margen de maniobra para rechazar la pretensión del trabajador se encuentra reducido a los supuestos en que, de aceptarse la objeción, se derivaría un grave perjuicio para la empresa. En la situación contemplada en la sentencia, no parece que la empresa hiciera siquiera el mínimo esfuerzo para adaptarse a las exigencias de conciencia de la trabajadora. Repárese en que, ante la oferta de la objetora (ser incluida en alguno de los turnos ya existentes que le permitiera cumplir sus obligaciones religiosas, o bien que le fuera concedido un derecho de ausencia con reducción de sueldo), la respuesta empresarial fue negativa, sin más. De ahí que, a nuestro juicio, resulte dudosa la legitimidad de la drástica solución aceptada —el despido—, sobre todo si se tiene en cuenta que estaba en cuestión un derecho fundamental de la persona [115].

Posteriores sentencias del Tribunal Central de Trabajo y de Tribunales Superiores de Justicia han seguido la óptica restrictiva del Constitucional respecto

---

[114] Cfr. S. Carter, *Evolutionism, Creationism, and Treating Religion as a Hobby,* en «Duke Law Journal» (1987), pp. 977 ss., quien explicaba —en un contexto muy distinto— que para algunas posiciones la religión podría terminar por ser considerada «como un hobby: algo tan privado y tan irrelevante para la sociedad como el aeromodelismo».

[115] *Vid*. sobre este punto las críticas observaciones de A. Castro Jover, *Libertad religiosa y descanso semanal,* en ADEE (1990), pp. 299 ss.

a los derechos del trabajador [116]. Aun así, hay alguna sentencia del Tribunal Supremo, de 1988, que ha mantenido una posición más tuitiva de la libertad de conciencia [117]. Las circunstancias de hecho eran lo bastante distintas de la anterior sentencia del Constitucional como para permitir al Supremo pronunciarse en dirección opuesta. Se trataba de una persona convertida a la Iglesia Adventista, que trabajaba en una empresa de alquiler de coches e inicialmente había obtenido del director local la autorización para cambiarse al turno del domingo, autorización de la cual había hecho uso por más de tres meses. Posteriormente, ese permiso había sido revocado por un nuevo director, que lo había reenviado al turno de sábado. Después de algunas ausencias, fue despedido. El Tribunal Supremo argumentó que la primera autorización había modificado las condiciones del contrato de trabajo. En concreto, se había producido, por mutuo acuerdo y con justa causa —el credo religioso del trabajador—, una novación de la primera relación contractual que no podía ser ya cambiada de nuevo unilateralmente por la empresa, y menos aún teniendo en cuenta las peculiaridades organizativas del centro de trabajo, que hacían practicable sin particular problema la prestación laboral en domingo.

Al margen de esa sentencia del Supremo, la doctrina sentada por el Constitucional en 1985 ha influido decisivamente —especialmente en virtud de la interpretación que el Consejo de Estado atribuyó a sus consecuencias— en los acuerdos de cooperación concluidos por el Estado español en 1992, en aplicación del art. 7 LOLR, con las tres minorías religiosas que en aquel momento tenían mayor arraigo en España: en concreto, con la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCI), con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), de la cual forma parte la Iglesia Adventista del Séptimo Día, y con la Comisión Islámica de España [118]. Eso explica que las normas de esos acuerdos sobre deberes de conciencia derivados del descanso sabático adopten una tutela de los objetores religiosos mucho menor que la prevista en las paralelas *intese* del derecho italiano, mencionadas en el epígrafe anterior.

---

[116] En concreto, una sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 26 septiembre 1986, y otra sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 24 junio 1997 (rec. n.º 2048/1997).

[117] STS (Sala de lo Social) de 20 abril 1988.

[118] Los acuerdos fueron aprobados respectivamente por las leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, todas ellas de 10 de noviembre (y publicadas en el B.O.E. de 12 de noviembre). Para un estudio más pormenorizado de esos acuerdos, nos remitimos a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Separatismo y cooperación en los acuerdos del Estado con las minorías religiosas,* Granada 1994; J. MANTECÓN, *Los acuerdos del Estado con las confesiones acatólicas,* Jaén 1995; D. GARCÍA-PARDO, *El sistema de acuerdos con las confesiones minoritarias en España e Italia,* Madrid 1999; así como los volúmenes colectivos *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias* (coord. por V. Reyna y M.A. Félix), Madrid 1996; y «Los Acuerdos con las confesiones minoritarias. Diez años de vigencia» (coord. por J. Mantecón), Madrid 2003.

En realidad, al referirse a la observancia religiosa del descanso sabático, el art. 12 de esos tres acuerdos no da lugar en rigor a derecho alguno, sino que sólo contiene una declaración de buenas intenciones. Concretamente, se prevé que «el descanso laboral semanal [tanto para los fieles pertenecientes a la Unión de iglesias adventistas del séptimo día o a otras iglesias evangélicas integradas en la FEREDE, cuyo día de precepto sea el sábado, como para los fieles de las Comunidades israelitas pertenecientes a la FCI], podrá comprender, siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución de lo que establece el art. 37.1 del Estatuto de los Trabajadores como regla general» [119]. Análogamente, «los miembros de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la "Comisión Islámica de España" que lo deseen, podrán solicitar la interrupción de su trabajo los viernes de cada semana [...], desde las trece treinta hasta las dieciséis treinta horas, así como la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol, durante el mes de ayuno (Ramadán)» [120]. El mismo tratamiento se da a las fiestas religiosas propias de las comunidades israelitas e islámicas [121].

Según puede deducirse del texto, la referencia al «previo acuerdo entre las partes» se traduce, en definitiva, en que el respeto a las objeciones de conciencia de las que venimos hablando se deja en manos de la discrecionalidad del empresario. A éste no se le impone ninguna obligación de intentar una compatibilización entre la organización laboral y lo que demanda la conciencia del trabajador. Y no se distingue, además, si la relación del trabajador es con empresas públicas o privadas, o incluso con la propia Administración del Estado.

A nuestro entender, sin duda hubiera sido deseable que tal decisión se hubiera desplazado del marco discrecional de las empresas al ámbito imperativo del *ius cogens,* exigiendo un esfuerzo de adecuación por parte del empresario a la razonable pretensión del trabajador fundada en motivos religiosos, cuyo límite razonable sería en todo caso el normal funcionamiento de los servicios mínimos establecidos, según el modelo italiano de las *intese.* De hecho, previas redacciones de los acuerdos transitaban en esa dirección, incluso las inmediatamente anteriores al texto definitivo. Pero éstas fueron modificadas —a favor de la libertad del empresario— tras un dictamen del Consejo de Estado de 31 enero

---

[119] Art. 12.1 del Acuerdo con la FEREDE y art. 12.1 del acuerdo con la FCI.

[120] Art. 12.1 del Acuerdo con la Comisión Islámica de España.

[121] Los arts. 12.2 del Acuerdo con la FCI y del Acuerdo con la Comisión islámica de España incluyen sendas series de festividades religiosas judías e islámicas con la indicación de que «podrán sustituir, siempre que medie acuerdo entre las partes, a las establecidas con carácter general por el Estatuto de los Trabajadores, en su art. 37.2, con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables», a petición de los fieles de las respectivas comunidades.

1991 [122], que hacía notar su incompatibilidad con la doctrina del Tribunal Constitucional antes citada, y que provocó la modificación de unos borradores de acuerdo que parecían casi definitivos [123].

Combinando esos tres datos —la letra de los acuerdos, la evolución de su texto, y la jurisprudencia constitucional—, no parece fácil obtener conclusiones optimistas para la libertad de conciencia en este terreno. Los Acuerdos de 1992 han venido así a insertarse acríticamente en una posición doctrinal contraria a la posibilidad de hacer valer el derecho individual a la libertad religiosa y de conciencia como una de las circunstancias que han de incidir necesariamente en el modo de cumplir las prestaciones que comprende el contrato de trabajo, ignorando así la innegable vertiente publicística de las relaciones jurídico-laborales, que no son susceptibles de ser enjuiciadas con los mismos criterios que rigen la contratación civil privada. Incluso podría afirmarse que los citados artículos de los acuerdos de 1992 conceden a las tres confesiones afectadas una protección menor de la que podría deducirse de una hermenéutica razonable de los derechos contemplados con carácter general en la Constitución, en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, y en las disposiciones de la Directiva del Consejo de la Unión Europea 2000/78/CE [124].

---

[122] *Vid*. A. Fernández-Coronado, *Estado y confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación (los pactos con las confesiones: leyes 24, 25 y 26 de 1992),* Madrid 1995, pp. 61-77.

[123] El art. 3 de la propuesta de acuerdo con la FCI, de 1981, declaraba: «El gobierno español reconoce el derecho de los judíos a respetar el sábado y demás festividades religiosas judías en el seno de las relaciones laborales, en los colegios y en las fuerzas armadas en tiempo de paz. Con este fin, y a petición de los interesados, se garantiza a los judíos que trabajen en organismos estatales o entes públicos, a los que ejerzan una actividad autónoma, profesional o comercial, el derecho a disfrutar del descanso semanal del sábado y de abstenerse de trabajar en las festividades religiosas judías». Por su parte, el proyecto de 1990 con la misma federación, en su art. 13, decía: «El derecho de toda persona a la conmemoración de sus festividades religiosas, comprende para los fieles de las comunidades israelitas... la observancia del descanso sabático... como descanso laboral semanal, a petición de los interesados..., siempre que resulte compatible con la organización laboral respectiva y sin perjuicio del normal funcionamiento de los servicios mínimos establecidos». En idénticos términos se expresaba del proyecto con la FEREDE, de la misma fecha, en relación con «los fieles de la Unión de Iglesias Adventistas del Séptimo Día y de otras Iglesias Evangélicas, pertenecientes a la FEREDE, cuyo día semanal de descanso sea el sábado».

[124] Sobre el tema, con mayor detalle, y desde una perspectiva claramente crítica con la actitud minimalista adoptada por los acuerdos respecto a la protección de la libertad de conciencia del trabajador, *vid*. J. Martínez-Torrón, *Separatismo y cooperación en los acuerdos del Estado con las minorías religiosas,* Granada 1994, pp. 153 ss. Como se ha hecho notar, «el ejercicio efectivo de un derecho fundamental no puede hacerse depender de un hipotético acuerdo con una confesión religiosa [...]. Si se trata de un derecho fundamental individual o de una parte de su contenido esencial, no tendría sentido hacer depender el ejercicio efectivo de ese derecho del hecho de que la confesión tenga notorio arraigo, con violación clara del principio personalista» (D. Llamazares, *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaria,* Pamplona 2007, p. 384).

Mencionemos, en fin, que en los tres acuerdos de 1992 se aborda también el problema de los exámenes, oposiciones o pruebas selectivas convocadas para el ingreso en las administraciones públicas, desde la perspectiva de su posible colisión con el derecho al preceptivo descanso religioso. La solución adoptada es más tuitiva del descanso sabático: cuando dichas pruebas hayan de celebrarse en el período de tiempo considerado como festivo por las confesiones antes aludidas, y previa solicitud de los interesados, «serán señaladas en una fecha alternativa, cuando no haya causa motivada que lo impida» [125]. Repárese en que, en principio, se obliga a la Administración a hacer un esfuerzo de acomodación que, en caso de pruebas individuales, debería traducirse en el cambio de día sólo para el candidato afectado; y, en caso de pruebas comunes, en el cambio de día para todos los concursantes, siempre, naturalmente, que todavía no se les haya comunicado la fecha. Sin embargo, por otro lado, se deja a la libre discreción del organismo convocante denegar el cambio de fechas «cuando haya causa motivada que lo impida».

No se acoge, por tanto, un criterio equivalente al del «gravamen excesivo» instaurado en el derecho norteamericano, sino que se hace referencia simplemente a una hipotética «causa motivada», expresión que podría terminar por acoger cualquier excusa y desvirtuar el concepto de «adaptación razonable», que en nuestra opinión ha de ser la regla áurea en caso de conflictos de conciencia. Probablemente se habrían evitado problemas interpretativos si se hubiera establecido con claridad que la administración está obligada a determinar el calendario de exámenes con respeto a los deberes religiosos de inactividad de aquellos concursantes que hagan saber su situación en el momento oportuno. Así se ha hecho en la *intesa* italiana con los israelitas [126], y así parecía deducirse también, pese a su ambigüedad, de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Prais* [127].

---

[125] Arts. 12.4 del acuerdo con la FCI y del acuerdo con la Comisión islámica de España, y art. 12.3 del acuerdo con la FEREDE.

[126] *Vid. supra,* nota 100.

[127] *Vid. supra,* notas 70-71 y texto correspondiente.

# Capítulo 11
# Objeción de conciencia y función pública

SUMARIO: 1. La objeción de conciencia al jurado: 1.1. *Objeción al jurado y confesiones religiosas.* 1.2. *Derecho continental-europeo.* 1.3. *Derecho angloamericano.* 1.4. *Derecho español.*—2. La objeción de conciencia a los juramentos promisorios: 2.1. *Derecho comparado.* 2.2. *Derecho español.* 2.3. *La jurisprudencia de Estrasburgo.*—3. Libertad de conciencia y celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo: 3.1. *Un problema nuevo.* 3.2. *Derecho comparado.* 3.3. *Derecho español.*

## 1. La objeción de conciencia al jurado

### 1.1. *Objeción al jurado y confesiones religiosas*

Uno de los rasgos característicos de la institución del jurado, en aquellos ordenamientos que regulan ese tipo de proceso, suele ser la participación obligatoria en el mismo. De manera que, cuando una persona ha sido designada para el ejercicio de tal función por el mecanismo previsto (normalmente por sorteo entre las personas aptas para ser jurados), no puede voluntaria y libremente rechazar el cumplimiento de lo que viene legalmente considerado como un deber cívico ineludible, salvo que se encuentre en alguna de las circunstancias que la ley determine, con mayor o menor generalidad según los países [1].

Surge, por tanto, un conflicto jurídico de entidad cuando la persona elegida para un tribunal de jurados posee serios escrúpulos de conciencia para juzgar a otros seres humanos —sobre todo teniendo en cuenta que, en muchos ordenamientos, el jurado se aplica sólo en procesos penales—, por lo cual le resulta moralmente imposible el ejercicio de la tarea que le ha sido en principio encomendada. El conflicto es importante por los bienes jurídicos que se encuentran en juego: participación ciudadana en la administración de justicia *versus* libertad de conciencia. Y es importante, también, porque la negativa al cumplimiento

[1] Además de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones, las legislaciones nacionales suelen aludir a diversas circunstancias que permiten al individuo excusar su participación en el jurado, automáticamente, o según la apreciación discrecional del juez ante quien haya de presentarse la excusa. Un estudio detallado de la cuestión en el vigente derecho español, con abundantes referencias comparatísticas, puede verse en L. Bachmaier, comentarios a los arts. 6-12, en «Comentarios a la Ley del Jurado» (coord. por A. de la Oliva), Madrid 1996.

de ese deber puede ser castigada con sanciones pecuniarias de cierto relieve y, en ciertos países, incluso de arresto [2].

Cuando se observan los aspectos sociológicos del problema, se advierte que, si bien la objeción de conciencia a formar parte de un jurado puede tener su causa en diversas posiciones éticas, casi siempre tiene en concreto raíces religiosas. A veces se trata de una interpretación extremadamente rigurosa de la prohibición bíblica de juzgar a otra persona («no juzguéis y no seréis juzgados», Mt 7:1), que suele plantearse entre los testigos de Jehová y entre los adeptos de otros grupos cristianos minoritarios. Tampoco es infrecuente —y así lo confirma el derecho comparado, como veremos enseguida— que surjan incompatibilidades entre la obligación legal de tomar parte en un jurado y otras obligaciones morales derivadas del personal estatuto religioso del ciudadano. Es el caso de los clérigos y religiosos católicos, a quienes su derecho propio veta el ejercicio de la potestad jurisdiccional civil, como consecuencia de la genérica prohibición del canon 285.3 del Código de Derecho Canónico [3].

No es casual, por ello, que las objeciones de conciencia que han tenido un trato favorable en el derecho comparado hayan sido, en su mayor parte, aquellas que tenían el respaldo institucional de una confesión religiosa, lo cual se ha entendido como garantía de que el alegato de conciencia no era un simple modo de eludir el deber legal.

Veamos a continuación las diversas posiciones adoptadas en esta materia por la legislación y la jurisprudencia comparadas. Como la institución del jurado ha tenido perfiles distintos —y también una diversa importancia en la concepción del proceso— en la tradición jurídica angloamericana y en la continental-europea, resulta conveniente diferenciar esos dos universos jurídicos, con objeto de advertir la verdadera trascendencia del reconocimiento de este tipo de objeción de conciencia.

---

[2] Por ejemplo, en la actual regulación federal del proceso en los Estados Unidos, la incomparecencia injustificada del jurado puede ser castigada con multa de no más de 100 USD o con pena privativa de libertad de no más de tres días (cfr. *US Code,* Section 1866.g); cada estado tiene, además, disposiciones particulares respecto a sus propios procesos. Más frecuente es la posibilidad de imposición únicamente de una multa en cantidad moderada: así, no más de 100 libras en Inglaterra (cfr. *Juries Act* 1974, Section 20), o de 50 en Irlanda (cfr. *Juries Act* 1976, Section 37). Por lo que se refiere al derecho español, que prevé sanciones más duras, *vid*. *infra,* notas 43-44 de este capítulo.

[3] El canon 285.3 del vigente Código de Derecho Canónico establece: «Les está prohibido a los clérigos aceptar aquellos cargos públicos que llevan consigo una participación en el ejercicio de la potestad civil». En virtud del c. 672, la misma prohibición se aplica a los religiosos.

### 1.2. *Derecho continental-europeo*

En el ámbito continental-europeo no existe, por lo que nos consta, legislación procesal alguna en la que se reconozca la objeción de conciencia como causa específica que exime del deber de formar parte de un jurado. La legislación francesa es la única que se refiere expresamente a la cuestión, y lo hace para precisar que la objeción carece de efectos eximentes. En efecto, aunque el art. 258 del Código de Procedimiento Penal prevé de manera general que pueden ser excluidos del jurado aquellas personas que por motivos graves, no determinados, no parecen estar en condición de ejercer esa función, el mismo artículo se cuida de especificar que «una objeción moral de carácter laico o religioso no constituye motivo grave» a esos efectos [4].

Lo que sí hacen algunas legislaciones es dar relevancia inhabilitante a otros factores de carácter religioso. Así, en Bélgica, Italia y Portugal, las respectivas legislaciones excluyen, con expresiones amplias, la participación en el jurado de los ministros de culto y los miembros de institutos religiosos [5]. Con algunos matices diferentes —se les considera personas que «no deben ser llamadas»— análoga solución es adoptada por las leyes de Alemania y Austria; en esta última, con la precisión, como en Bélgica, de que debe tratarse de «iglesias o asociaciones religiosas legalmente reconocidas» [6]. La razón, desde el punto de vista estatal, parece ser doble: la posible deformación en la interpretación de la ley provocada por un prejuicio moral derivado de un particular dogma religioso; y el

---

[4] Éste es el texto literal del art. 258-1 del *Code de Procédure Pénale* francés: «Une objection morale d'ordre laïque ou religieux ne constitue pas un motif grave susceptible de justifier l'exclusion de la liste des jurés. La commission prévue à l'article 262 peut également exclure les personnes qui, pour un motif grave, ne paraissent pas en mesure d'exercer les fonctions de juré.» (redacción dada por la ley n.º 80-1042, de 23 diciembre 1980).

[5] En Bélgica, el art. 224.6 del *Code Judiciaire,* según la redacción dada en 2009, indica que deben excluirse de las listas definitivas de jurados «les ministres d'un culte reconnu par l'Etat et les délégués des organisations reconnues par la loi qui offrent une assistance morale selon une conception philosophique non confessionnelle» (*vid*. también art. 223.5 del mismo cuerpo legal). En Italia, el art. 12.c) de la ley de 10 abril 1951 n. 287, de reordenación de los tribunales de jurado, indica que no pueden asumir la función de jurado «i ministri di qualsiasi culto e i religiosi di ogni ordine e congregazione». En Portugal, el art. 2.j) del decreto-ley n. 679/75, de 9 de diciembre, establece no pueden ser jurados «los ministros de cualquier religión» (cit. por A. Álvarez Alarcón, *El jurado en Portugal: estatuto, competencia y procedimiento de selección,* en «Jornadas sobre el jurado», Universidad de Extremadura 1989, p. 254).

[6] En Alemania, la *Gerichtsverfassungsgesetz* de 1975, en su § 34 indica: «Zu dem Amt eines Schöffen sollen ferner nicht berufen werden: [...] 6. Religionsdiener und Mitglieder solcher religiösen Vereinigungen, die satzungsgemäß zum gemeinsamen Leben verpflichtet sind». En Austria, el § 3 de la *Geschworenen- und Schöffengesetz,* de 1990, establece: «Als Geschworene oder Schöffen sind nicht zu berufen: [...] 4. Geistliche und Ordenspersonen der gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften».

excesivo protagonismo que podrían adquirir en la decisión del tribunal, como consecuencia de su hipotética posición de preeminencia sobre los demás miembros del jurado. También hay motivos que hacen conveniente esa exclusión desde la perspectiva de las confesiones religiosas: especialmente, la aparente contradicción entre la función de un clérigo o ministro de culto y el posible juicio de condena que va unido a la actuación del jurado; y, al menos desde la óptica de la Iglesia católica, la convicción de que un sacerdote no debe ejercer potestad alguna en el ámbito civil, lo cual ha dado lugar a la correspondiente prohibición canónica [7].

A pesar de la falta de referencia explícita a la objeción de conciencia en la legislación, algunos países contienen normas generales que pueden servirle de cobertura legal. Así, en Austria, la ley no contiene una lista detallada de excusas, sino que intenta comprenderlas a todas en dos cláusulas: una se refiere a quienes han sido llamados para formar jurado en los dos años anteriores, y la otra prevé genéricamente la posibilidad de dispensar a quienes tengan dificultades graves [8]. Esta segunda cláusula, a semejanza de lo que —como veremos— sucede en la ley española, otorga un margen de discrecionalidad suficiente como para poder apreciar la objeción por motivos de conciencia. Algo similar ocurre en Bélgica, donde la legislación procesal concibe en términos amplios, mediante cláusulas abiertas, la posibilidad de que el tribunal otorgue la dispensa del deber de participar en un jurado [9]. Aunque el tribunal resuelve discrecionalmente, y no hay seguridad de que la objeción de conciencia sea estimada positivamente, en la práctica es frecuente que la dispensa se conceda, para evitar problemas innecesarios [10].

Si pasamos ahora a la experiencia jurisprudencial, en Alemania existe algún precedente judicial en contra de admitir la objeción de conciencia como un motivo válido de excusa [11]. Se trata, sin embargo, de una sentencia de la *Kammergericht* berlinesa que no sólo es aislada y antigua —de 1965—, sino también un tanto equívoca en su fundamentación. Se indica que no es posible admitir

---

[7] *Vid*. nota 3 de este capítulo.

[8] Así se describe el segundo de los *Befreiungsgründe* mencionados en el § 4 de la *Geschworenen- und Schöffengesetz* austríaca: «Personen, bei denen die Erfüllung ihrer Pflicht als Geschworene oder Schöffen mit einer unverhaltnismäßigen persönlichen oder wirtschaftlichen Belastung für sie selbst oder Dritte oder mit einer schwerwiegenden und nicht anders abwendbaren Gefährdung öffentlicher Interessen verbunden wäre».

[9] Cfr. arts. 223.10 y 231 del *Code judiciaire* (tras la reforma de 2009), en relación con la existencia de «empêchements qui rendent impossible l'exercice des fonctions de juré».

[10] *Vid*., en relación con la anterior versión del Código Judicial belga, que adoptaba una análoga actitud abierta ante las excusas del deber de jurado, R. Torfs, *L'objection de conscience en Belgique,* en «Conscientious Objection in the E.C. Countries», Milano 1992, pp. 229-230.

[11] Beschl. des KG 4. StS v. 21.7.1965 (JR 1966, p. 188).

que un ciudadano eluda un deber legal amparándose en motivos de conciencia que no pueden ser probados; de otra manera, se abriría la puerta al fraude legal. Pero no queda claro si la sentencia está aludiendo a toda situación de objeción de conciencia, o bien únicamente al caso enjuiciado (no constaba, por ejemplo, que la persona perteneciera a una confesión religiosa cuya moral pudiera entrar en conflicto con el deber de actuar como jurado) [12]. Ha de tenerse en cuenta, además, que la lista de excusas legales al jurado se entiende en Alemania como una lista completamente cerrada. En un orden de cosas bien distinto, los tribunales alemanes también se han planteado la compatibilidad entre la función de jurado y el uso del velo islámico: no porque la religión de la persona que lo viste se oponga a esa función cívica, sino por la posible impresión de parcialidad que un tal símbolo religioso pueda transmitir [13].

En relación con la objeción de conciencia, resulta más clara —y en nuestra opinión también más acertada— la jurisprudencia que puede encontrarse en Italia, favorable al reconocimiento de la objeción. Nos referimos, en concreto, a una sentencia de la *Pretura* de Turín, de 1981, en la que se aceptaba el carácter eximente de la objeción de conciencia formulada por una mujer testigo de Jehová. Interpretando conjuntamente la Constitución y la legislación reguladora del jurado, el juez estimó que el ejercicio del derecho constitucional de libertad religiosa —y la consiguiente objeción de conciencia— constituía «legítimo impedimento» suficiente para ser dispensado de la función de jurado de acuerdo con la legislación vigente [14]. Por la misma razón, se la consideraba también causa bastante para declarar no punible la conducta pasiva del objetor [15].

Entre otros factores, dos fueron determinantes en la decisión de la *Pretura*. Por una parte, el diferente rango jurídico del derecho y del deber que resultaban enfrentados: constitucional, en el caso del derecho a la libertad religiosa, y meramente legal, en el caso del deber de tomar parte en un tribunal de jurados.

---

[12] Así se expresaba la sentencia: «Das Grundrecht bedeutet insbesondere nicht, daß der Staatsbürger die Befolgung seiner Pflichten und die Beachtung der Gesetze von einer nicht nachprüfbaren Gewissensentscheidung abhängig machen darf; andernfalls wurde sich jede Ordnung auflösen».

[13] Estos casos son mencionados en el capítulo 9, sobre los conflictos entre libertad de conciencia y utilización de símbolos religiosos.

[14] Tal dispensa está prevista en la ley de 10 abril 1951 n. 287, ya citada, cuyo art. 25.4 indica que, en el día fijado para la constitución del tribunal del jurado *(Corte di assise)*, «il presidente dispensa i giudici popolari che ne fanno richiesta e risultano legittimamente impediti».

[15] Pret. Torino, sentencia de 16 enero 1981, en «Foro italiano» 106 (1981), II, cc. 317 ss., con comentario crítico de E. Gironi. Además, la sentencia consideraba que la demandante podía ser calificada como ministro de culto a los efectos de ser considerada incompatible con la función de jurado. *Vid*. también P. Spirito, *Un caso «dubbio» di obiezione di coscienza,* en «Quaderni del pluralismo» (1984), pp. 70 ss.

Por otra parte, la fungibilidad de la función judicial popular que desempeña un jurado, que facilita la sustitución del objetor por otra persona apropiada: el Estado no tiene particular interés en que sea elegido uno u otro ciudadano, con tal de que ambos resulten idóneos para la función. La posición de la *Pretura* de Turín, por lo demás, cuenta con el apoyo de la jurisprudencia constitucional sobre un supuesto relativamente análogo, como es el de la objeción de conciencia al juramento cuando se actúa como testigo en un proceso penal o civil. Según ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional italiano, la protección constitucional de la libertad de conciencia comporta que nadie pueda ser obligado a prestar juramento en contra de sus convicciones religiosas o morales [16].

### 1.3. *Derecho angloamericano*

A semejanza de cuanto hemos visto sucede en algunos países del continente europeo, la ley de jurado inglesa de 1974 excluye del *jury service,* o deber de formar parte de un jurado, a los ministros de culto y a los miembros de un instituto religioso: la condición de tales personas se considera incompatible con la función de jurado *(persons ineligible)*, de manera análoga a lo que sucede, por ejemplo, con las personas vinculadas a la administración de justicia o a instituciones penitenciarias [17]. También en Irlanda, la *Juries Act* de 1976 —fuertemente inspirada en su paralela británica— contiene una disposición análoga, aunque con la diferencia de que la circunstancia del estado clerical o religioso constituye no una incompatibilidad que opera automáticamente, sino una excusa legítima que da derecho a rechazar el desempeño de la función de jurado *(persons excusable as of right)* [18].

En otras legislaciones del entorno angloamericano, con solución opuesta a la legislación francesa, se recoge expresamente la objeción de conciencia como causa legítima para ser excusado de la obligación legal del jurado. Por ejemplo, la ley neozelandesa atribuye al juez la competencia para eximir a una persona que «objeta al servicio del jurado por motivos de conciencia, sean o no religio-

---

[16] *Vid*. especialmente la sentencia 149/1995, 4-5 mayo 1995, comentada con mayor detalle en el epígrafe 2.1 de este mismo capítulo.

[17] De acuerdo con la *Juries Act* 1974, Schedule 1, Section 1, Part I, Group C, son incompatibles con la función de jurado *(ineligible for jury service)*: «A man in holy orders; a regular minister of any religious denomination. A vowed member of any religious order living in a monastery, convent or other religious community». La ley distingue entre *persons ineligible,* en las que la incompatibilidad proviene de su profesión, o de situaciones de deficiencia mental, y *persons disqualified,* que lo son por haber sufrido ciertas clases de condena penal.

[18] Cfr. *Juries Act* 1976, Section 9(1)(a), en relación con la First Schedule, Part II, que utiliza una expresión idéntica a la de la *Juries Act* británica citada en la nota anterior.

sos» [19]. Lo mismo dispone la legislación de la provincia canadiense de Ontario en relación con quienes alegan que «la función de jurado es incompatible con las creencias o prácticas de una religión o una orden religiosa a la que pertenece esa persona» [20]. En Australia, la ley del estado de South Australia contempla, ya desde 1927, la posibilidad de eximir a los objetores de conciencia, concibiéndola en términos similares a los «problemas de salud» o «asuntos de especial urgencia o importancia» [21].

Otras leyes no recogen expresamente la objeción de conciencia, pero contienen cláusulas abiertas que permiten ser excusado de la función de jurado si se alega una «buena razón» para ello [22]. Esa era también la solución adoptada por Irlanda [23]. La cuestión, en estos casos, consiste en determinar si la objeción de conciencia basada en motivos religiosos o éticos constituye *good reason* suficiente para poder ser dispensado. En Irlanda, parte de la doctrina ha respondido la cuestión en sentido positivo [24].

En Inglaterra la opción legislativa hasta 1994 era la misma —exención cuando se tenía una *good reason,* de apreciación discrecional por el juez—, pero la jurisprudencia, proclive a admitir los efectos eximentes de la objeción de conciencia cuando está sólidamente fundamentada, ha propiciado un cambio en la propia legislación. El precedente judicial más claro es *Siderfin* (1989) [25], en el que la *Queen's Bench Division* de la *High Court of Justice* enjuiciaba el caso de una joven ama de casa, perteneciente a un minoritario movimiento cristiano con esta clase de objeción moral («Hermanos de Plymouth»). Aunque —como acaba de indicarse— las convicciones de conciencia no venían contempladas específicamente en la ley como una circunstancia eximente, la sentencia afirma que podrían ser consideradas una «buena razón» de excusa, de acuerdo con la expresión utilizada por la ley. Ello sucedería especialmente cuando las creencias del objetor le impidieran cumplir su función de jurado de una manera adecuada (lo cual, nos permitimos añadir, ocurrirá en casi todas las ocasiones, si se trata de una verdadera y seria objeción). Como se ve, para la judicatura inglesa, junto a la sensibilidad hacia los problemas de conciencia del objetor, lo que estaba en juego era la eficacia misma del funcionamiento del jurado como institución

---

[19] *Vid. Juries Act* 1981, 16(c).

[20] *Vid. Juries Act,* R.S.O. 1990, Chapter J.3, Section 23.(1).

[21] *Vid. Juries Act* 1927, Section 16(2)(c).

[22] Así, por ejemplo, la *Juries Act* 1998 (modificada en 2002), Section 5, de la provincia canadiense de Nova Scotia; o la *Juries Act* 2000, Sections 11 & 13, del estado autraliano de Victoria.

[23] En Inglaterra, *vid. Juries Act* 1974, Section 9(2). En Irlanda, *Juries Act* 1976, Section 9(2).

[24] Cfr. G. Hogan, *The refusal to fulfill certain obligations imposed by the civil law appealing to the problems of conscience in Ireland,* en «Conscientious Objection in the E.C. countries», Milano 1992, p. 187.

[25] *R v. Guildford Crown Court Ex parte Siderfin,* [1990] 2 Q.B. 683.

que ha de servir a la administración de justicia. Cada caso habría de ser examinado y decidido separadamente, en su sede propia, que es el tribunal local que haya realizado el llamamiento. Ni la ausencia de expresa mención legal significaba que la objeción de conciencia quedara necesariamente excluida como legítima causa de excusa, ni la declaración de un objetor implicaba un automático reconocimiento de su derecho a ser eximido de servir como jurado [26].

Por otra parte, la sentencia *Siderfin* debía leerse a la luz de una instrucción *(practice direction)* dictada por la *Queen's Bench Division* en 1988 [27]. En ella se indicaba explícitamente que la objeción de conciencia podía ser legítima causa de excusa del servicio de jurado, y que cada solicitud al respecto debía ser estudiada «con sensibilidad y simpatía». Esa línea jurisprudencial terminó por producir una modificación legislativa en Inglaterra. En 1994, la *Criminal Justice and Public Order Act,* incluía, entre las personas con derecho a ser excusadas *(excusable as of right)* a los miembros de grupos religiosos «con creencias o dogmas incompatibles con el desempeño de la función de jurado», y ordenaba la correspondiente modificación de la *Juries Act* 1974 [28]. Y ello a pesar de que, en principio, la operatividad jurídica de la objeción de conciencia podría verse de algún modo limitada por el hecho de que los ingleses carecen de un explícito reconocimiento constitucional de la libertad religiosa y de conciencia.

Por lo que se refiere a los Estados Unidos [29], hay precedentes jurisprudenciales favorables a la objeción de conciencia que se remontan a 1943: en concreto, *Hillyard* [30], una interesante sentencia de un juez federal de distrito que reconocía el derecho a la objeción alegado por un testigo de Jehová, con un razonamiento directamente fundado en la libertad religiosa. Tras manifestar su desacuerdo con la actitud del objetor y subrayar su incapacidad para entender

---

[26] En concreto, compete decidir al *chief clerk* (oficial principal) de la *Crown Court* correspondiente, aunque su decisión es revisable por el juez. Así concluía expresivamente la sentencia citada: «[...] membership of a religious sect or movement cannot be regarded as a passport to excusal from jury service. Excusal is a personal matter. Every application must, as we have said, be determined on its own facts and strictly according to law» (*ibid.,* 696-697).

[27] *Vid*. *Practice Direction (QBD: Jury Service: Excusal),* [1988] 3 All ER 177, [1988] 1 W.L.R. 720; la cual sustituía a otra anterior: *Practice Direction (Jurors),* [1973] 1 All E.R. 240, [1973] 1 W.L.R. 134.

[28] La Section 42 de la *Criminal Justice and Public Order Act* 1994 establece lo siguiente: «*Jury service: excusal on religious grounds.*— In Schedule 1 to the Juries Act 1974, in Part III (Persons excusable as of right), after the entry entitled *Medical and other similar professions,* there shall be inserted the following— "*Members of certain religious bodies.*— A practising member of a religious society or order the tenets or beliefs of which are incompatible with jury service"». *Vid*. P. Darbyshire, *English Legal System in a Nutshell* (3.ª ed.), London 1995, p. 54.

[29] *Vid*. al respecto R. Palomino, *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano,* Madrid 1994, pp. 394 ss.

[30] *United States v. Hillyard,* 52 F.Supp. 612 (1943).

racionalmente sus motivos [31], el juez insistía en la necesidad de respetar las creencias minoritarias y de intentar invadir lo menos posible el ámbito de la conciencia individual: «Muchas veces —concluía— un gobierno libre demuestra mejor su fuerza mediante el uso moderado de la misma» [32].

En 1963 se consolidaba definitivamente la doctrina de que la objeción de conciencia constituye causa legítima para ser eximido del *jury service,* cuando el Tribunal Supremo intervenía indirecta pero decisivamente en la resolución del caso *Jenison* [33]. La Corte Suprema del estado de Minnesota había decidido en contra de la objetora, confirmando su condena a treinta días de arresto en la prisión del condado. Apelada la sentencia ante el Tribunal Supremo federal, éste la suspendió, y la reenvió a la Corte de Minnesota para que reconsiderase el caso a la luz de los principios sentados en una reciente sentencia del propio Tribunal Supremo en materia de libertad religiosa, según la cual no era legítimo imponer restricciones a la libertad de religión, salvo en presencia de un «interés prevalente del Estado», que había de ser probado en cada caso [34]. La nueva sentencia de la Corte Suprema de Minnesota acogía la sugerencia del Tribunal Supremo federal, y cambiaba completamente el sentido de su decisión anterior. Pronto hubo otras sentencias que siguieron la misma dirección [35].

La argumentación jurisprudencial en estos casos recuerda mucho la antes citada sentencia de la *Pretura* de Turín, y parte de la necesidad de dar una adecuada solución a la contraposición entre dos realidades de diferente relieve jurí-

---

[31] Así se expresaba el juez: «I must confess an utter inability to comprehend any relationship between defendant's professed religious beliefs and his distaste for jury service. I am unable to reconcile the Jehovah's Witnesses' abhorrence for human institutions with the alacrity with which they rush into the protecting arms of our courts whenever they become involved in controversy with our civil or military authorities. At the same time, I am aware that it is the recognition of the divergences of thought and difficulties of comprehension in matters involving religion and conscience which requires the approach to a problem such as this by mental processes entirely divorced from the ordinary rules of logic» (*ibid.,* 612-613).

[32] «While I cannot understand defendant's reasoning and cannot accept his conclusion, I must admit that his refusal to serve does not amount to a breaking out "into overt acts against peace and good order". I have no fear that the prestige of this court will be diminished by this result. Fortunately, in this country the dignity of a court does not depend on its use of its powers. Oftentimes a free government can best demonstrate its strength by frugality in its use. Power need not always beget force. Only those who need rely on power must always use it» (*ibid.,* 615).

[33] *In re Jenison*. La secuencia de sentencias es la siguiente: 120 N.W.2d 515 (1963), 375 U.S. 14 (1963), 125 N.W.2d 588 (1963).

[34] *Sherbert v. Verner,* 374 U.S. 398 (1963), relativa a una adventista del séptimo día que había sido despedida de su puesto de trabajo por negarse a trabajar en sábado. Esta sentencia es comentada en el capítulo 10, epígrafe 2.1.

[35] Por ejemplo, *State v. Everly,* 146 S.E.2d 705 (1966), de la *Supreme Court of Appeals* de West Virginia.

dico: un deber cívico —participar en un jurado— que tiene rango meramente legal, y un derecho de rango constitucional. Más precisamente, la posición de la jurisprudencia estadounidense puede sintetizarse como sigue. Hay leyes estatales que, no obstante ser «neutrales» y no tener ninguna intención antirreligiosa, pueden en la práctica imponer —aun de manera indirecta— restricciones al ejercicio de la libertad religiosa y de conciencia de personas que poseen determinadas convicciones morales. En tales situaciones, que son frecuentemente supuestos de objeción de conciencia, la protección constitucional de la libertad de conciencia ha de prevalecer sobre la ley estatal. Existe, por tanto, un derecho a ser eximido de esa legislación, salvo que se demuestre la existencia de un interés estatal superior *(compelling state interest)* que justifique la restricción de la libertad religiosa en ese caso concreto. E incluso, cuando se dé tal circunstancia, deben emplearse los medios menos lesivos para la libertad religiosa de la persona afectada (es lo que se ha llamado la doctrina de los *least restrictive means* [36]).

Presupuesto fundamental de ese planteamiento es, en todo caso, la comprobación de la sinceridad de las convicciones religiosas o éticas que se alegan para ser objeto de un tratamiento jurídico diferenciado. Si la sinceridad de las creencias puede probarse, los tribunales norteamericanos admiten incluso la objeción de conciencia, no ya a formar parte de un jurado, sino también a ser juzgado por un jurado [37].

Mencionemos en fin, también dentro de Estados Unidos, que los escrúpulos de conciencia de quienes han sido llamados a formar parte de un jurado también han sido considerados relevantes en un sentido bien diferente. En concreto, la oposición de una persona a la pena de muerte por razones religiosas o morales ha servido a la acusación para justificar la recusación de esa persona como jurado, en procesos en que estaba en juego la imposición de la pena capital, alegando que sería incapaz de desempeñar correctamente su función de acuerdo con la ley. La jurisprudencia no ha encontrado nada incorrecto en ese modo de proceder [38].

---

[36] Esa doctrina jurisprudencial —con carácter general, no sólo con referencia a la objeción de conciencia al jurado— fue recogida en una ley federal norteamericana, la *Religious Freedom Restoration Act,* de 1993, que sería poco después declarada inconstitucional por el Supremo por lo que se refería a su aplicación en el ámbito federal. La cuestión se aborda más pormenorizadamente en el capítulo 10, epígrafe 2.2.

[37] *United States v. Lewis,* 638 F.Supp. 573 (1986). Los objetores alegaban que Dios había ordenado que los jueces fueran elegidos entre los más sabios de la sociedad para resolver disputas entre hombres. Consecuentemente, sólo podían someterse a un juicio emitido por jueces profesionales.

[38] *Vid*. al respecto *Gutierrez v. Dretke,* 392 F.Supp.2d 802 (2005); *People v. Richardson,* 43 Cal.4th 959, 183 P.3d 1146 (2008).

## 1.4. *Derecho español*

### a) *La Ley del Jurado de 1995: problemas y perspectivas*

En España, el problema comienza con la promulgación de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, de 1995 [39] (en adelante LOTJ), que viene a reintroducir dicha institución en nuestro derecho procesal para ciertos procesos penales, con la declarada intención de hacer realidad la previsión constitucional de que los ciudadanos puedan participar en la administración de justicia (art. 125 de la Constitución) [40].

Uno de los rasgos característicos de la ley del jurado, de acuerdo con lo que ya disponía en 1985 la Ley Orgánica del Poder Judicial [41], es que la participación en el jurado es concebida como un *deber ciudadano.* Se trata de un deber de rango meramente *legal,* en tanto que es impuesto por la ley y no por la Constitución. Un deber que es *limitado,* en razón de la existencia de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones legales (arts. 8-11 LOTJ). Y un deber que es también *inexcusable* [42], fuera de las excusas previstas por la legislación (art. 12 LOTJ). El incumplimiento de ese deber lleva consigo la imposición de sanciones, de diversa naturaleza según el momento y la forma de incumplimiento. La no comparecencia del jurado, cuando ha sido debidamente designado y convocado, da lugar a una sanción meramente administrativa [43]. Pero, una vez que el jurado ha aceptado su designación, la ley considera que otras formas de incumplimiento de sus obligaciones son infracciones penales, además de implicar también la imposición de sanciones administrativas [44].

---

[39] Ley Orgánica 5/1995, 22 mayo 1995, del Tribunal del Jurado, que ha experimentado ulteriormente algunas modificaciones parciales que no afectan al contenido de este trabajo. No es la primera vez que el jurado se instaura en España. Su evolución histórica puede verse en J.A. Alejandre García, *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los Tribunales de Jurados,* Madrid 1981; A.J. Pérez-Cruz Martín, *La participación popular en la Administración de Justicia. El Tribunal del Jurado,* Madrid 1992, pp. 121 ss.

[40] Sobre el tema, con detalle, J. Martínez-Torrón, *Ley del jurado y objeción de conciencia,* en REDCo 48 (1996), pp. 119-143.

[41] Ley Orgánica 6/1985, 1 julio 1985, del Poder Judicial. Su art. 83.2.a) establecía: «La función de jurado será obligatoria y deberá estar remunerada durante su desempeño. La ley regulará los supuestos de incompatibilidad, recusación y abstención». Tras la LOTJ, el texto del art. 83.2 quedó como sigue: «La composición y competencia del Jurado es la regulada en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado».

[42] El art. 7.2 LOTJ dispone que «el desempeño de la función de jurado tendrá, a los efectos del ordenamiento laboral y funcionarial, la consideración de cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal».

[43] El art. 39.2 LOTJ establece: «El Magistrado-presidente impondrá la multa de 25.000 pesetas al jurado convocado que no hubiera comparecido a la primera citación ni justificado su ausencia. Si no compareciera a la segunda citación, la multa será de 100.000 a 250.000 pesetas».

[44] De acuerdo con la disposición adicional 2.ª de la ley, los jurados que se nieguen a prestar

La ley española del jurado no contempla específicamente la objeción de conciencia como una de las causas que excusan legítimamente de participar en el tribunal del jurado, aunque durante los debates parlamentarios hubo alguna propuesta al respecto, que acabó por ser rechazada [45]. Ello no significa que esta objeción de conciencia sea inoperante en nuestro derecho, sino solamente que se ha preferido no institucionalizarla por vía legislativa, y dejar su apreciación a la vía judicial —quizá para evitar que se reprodujera la situación de masivo fraude a la ley que ha tenido lugar en el único supuesto de objeción regulado legalmente hasta ahora en España: la objeción de conciencia al servicio militar [46]. Esa implícita remisión a la vía judicial, además, viene facilitada por el cauce general de excusa que señala el art. 12.7 LOTJ: una suerte de cláusula abierta que permite al juez correspondiente eximir a las personas que «aleguen y acrediten suficientemente cualquier otra causa que les dificulte de forma grave el desempeño de la función de jurado». Los debates parlamentarios, además, parecen apoyar esa conclusión [47].

A nuestro juicio, para la admisión judicial de la objeción de conciencia al jurado basta la mera interpretación y aplicación del art. 16 CE (libertad ideológica, religiosa y de culto). Sobre todo si la judicatura española sigue la orienta-

---

el oportuno juramento o promesa, los que se abstengan de votar al concluir la deliberación y, en general, los que «abandonen sus funciones sin causa legítima», incurrirán en la pena de multa de 100.000 a 500.000 pesetas. En los dos primeros casos, además, los arts. 41.4 y 58.2 imponen sanciones administrativas (multa de 50.0000 pesetas a quienes rehúsen prestar juramento o promesa, y de 75.000 pesetas a quienes se abstengan en la votación). Más dura es la sanción penal prevista por la propia disposición adicional 2.ª para los jurados que violen el deber de secreto impuesto por el art. 55.3 de la ley: pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

[45] La enmienda provenía del Grupo Parlamentario Catalán, aunque su texto no parece el mejor de los posibles: según el tenor literal de su propuesta, la causa de excusa afectaría a «los miembros de una asociación u orden religiosa que, por motivo de su ideología o creencia, aleguen que no pueden desempeñar la función de jurado». *Vid*. DSS n. 194, Comisiones, 1995, pp. 12 ss., y DSS n. 76, pp. 3948 ss., donde se indican los términos de la propuesta del Grupo Catalán y las razones de que fuera rechazada por el Grupo Socialista. *Vid*. al respecto, pormenorizadamente, J. Ferrer Ortiz, *La objeción de conciencia a formar parte del jurado,* en «Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España» I, Madrid 2004, pp. 613 ss.

[46] *Vid*. J. Martínez-Torrón, *Ley del jurado y objeción de conciencia,* cit. en nota 40 de este capítulo, pp. 133-135.

[47] En efecto, el senador del Grupo Socialista Sr. Iglesias Marcelo, al exponer las razones de que la enmienda propuesta por el Grupo Catalán fuera rechazada, puso énfasis en dejar clara su oposición a que la objeción de conciencia tuviera operatividad jurídica como excusa institucionalizada, entre otras razones porque generaría inseguridad jurídica, y también probablemente fraude a la ley. A pesar de todo, reconocía igualmente que «el apartado 7 de ese mismo artículo [art. 12] está redactado con tal generosidad y ambigüedad, que existe siempre la posibilidad, ante el magistrado correspondiente, de alegar esa excusa como elemento fundamental para no participar; es decir, que el campo está abierto y, naturalmente, siempre tendrá que ser estimada la excusa por el magistrado correspondiente» (DSS n. 194, Comisiones, 1995, p. 12).

ción de la jurisprudencia comparada que utiliza los criterios de decisión más acertados: nos referimos, sobre todo, a la jurisprudencia de los tribunales italianos y norteamericanos, ya mencionadas en este mismo capítulo.

Decimos que son los criterios más acertados, porque —como se recordará— son los que más exactamente definen cuáles son los intereses jurídicos enfrentados. Se trata de dos intereses jurídicos públicos, pero de distinto rango. En un caso, la imposición de un deber *legal* encaminado a posibilitar la participación popular en la administración de justicia a través del jurado —adviértase por tanto que, si bien se pretende hacer realidad una previsión constitucional, el deber individual de participación en el tribunal del jurado se halla establecido por una ley orgánica, y no por la Constitución. El otro interés jurídico, en cambio, posee carácter directamente *constitucional:* asegurar la protección de una determinada libertad fundamental sancionada por el art. 16 CE. Esta última observación no es ociosa, porque a veces se distorsionan los términos de la cuestión, presuponiendo que las reclamaciones personales enraizadas en las propias creencias constituyen un interés meramente privado ante el que la ley debe permanecer indiferente, como si fueran un capricho o una trivialidad.

Ante un supuesto de objeción de conciencia la labor del juez consistiría, en suma, en evaluar cuál de los intereses en conflicto debe prevalecer: el derecho a mantener un comportamiento coherente con las propias convicciones religiosas o éticas; o bien el interés del legislador en mantener sin fisuras la obligatoriedad del deber de participar en un jurado, sin que el juez pueda conceder otras exenciones fuera de las expresamente previstas por la ley. A nuestro modo de ver, la respuesta es clara. Debido a la fungibilidad del deber del jurado, no existe un interés legal en que un ciudadano determinado actúe como jurado [48]: el interés público queda suficientemente satisfecho con la elección de ciudadanos apropiados para tal función, sea cual sea su concreta identidad. Al mismo tiempo, no parece que, si se adoptan las cautelas oportunas, admitir la objeción de conciencia como causa eximente transforme el deber legal del jurado en una simple opción del ciudadano: se trataría solamente de que ese deber legal debe ceder ante el valor superior de un derecho constitucionalmente tutelado.

En todo caso, como antes se indicó, la labor evaluadora del juez viene facilitada por la propia LOTJ, en cuyo art. 12.7 se ha dejado una puerta abierta que permite al juez apreciar la virtualidad eximente de la objeción de conciencia con fundamento en la propia ley. Siempre que se «aleguen y acrediten suficientemente», las creencias protegidas por un derecho fundamental son susceptibles sin duda de constituir una causa que dificulta «de forma grave el desempeño de

---

[48] *Vid*. M. Moreno Antón, *La objeción de conciencia a formar parte del jurado,* en REDC 53 (1996), p. 651.

la función de jurado». Esto es algo que, con tanto pragmatismo como sensibilidad, ha advertido desde hace tiempo la judicatura británica [49]. Al margen de las implicaciones para la libertad de conciencia en sí misma, obligar a un sincero objetor a ser jurado no parece ser la mejor idea para asegurar el funcionamiento eficaz de esta institución [50]. El punto clave será, por consiguiente, la prueba de la sinceridad de las convicciones religiosas o éticas que se alegan como fundamento para la objeción.

b) *La conveniencia de una regulación legal específica de la objeción al jurado*

Dejando aparte las naturales dificultades prácticas derivadas de la prueba de esto último, la operatividad de la objeción de conciencia al jurado por vía jurisprudencial al amparo exclusivamente del art. 12.7 LOTJ, que en abstracto no parece plantear mayores problemas conceptuales, tropieza sin embargo con algunos obstáculos de cierto relieve dentro del contexto jurídico español. Se trata, por un lado, de cierta deformación legalista no infrecuente en la cultura jurídica española, según la cual las libertades constitucionales sólo son ejercitables en aquellas de sus dimensiones que han sido expresamente previstas por la ley [51]. Y por otro, la dubitativa posición que —según ha podido observarse en capítulos precedentes— ha mantenido nuestro Tribunal Constitucional al interpretar el art. 16 CE. No menos confusa, además, es la actitud que el Tribunal Supremo ha adoptado frente a otro supuesto de objeción de conciencia que presenta algunas analogías —y otras importantes diferencias— con el que ahora examinamos: la objeción a otro deber cívico legalmente impuesto como es el de formar parte de una mesa electoral [52].

---

[49] *Vid. supra,* notas 25-28 de este capítulo y texto correspondiente.

[50] En este aspecto ha insistido V. Fairén Guillén, *El Jurado. Cuestiones prácticas y políticas de las leyes españolas de 1995,* Madrid 1997, pp. 317 y 326. Ese motivo parece estar también presente en la arraigada admisión de la objeción de conciencia al servicio militar por parte de algunos ordenamientos jurídicos, como el norteamericano: se considera que un objetor será siempre un mal soldado. *Vid*. el voto particular del juez White en la sentencia del Tribunal Supremo estadounidense *Welsh v. United States,* 398 U.S. 333, 369-373 (1970).

[51] Esa hipertrófica mentalidad legalista puede detectarse en algunos de los procesalistas que hasta ahora se han ocupado de esta concreta cuestión: *vid.,* por ejemplo, J.L. Gómez Colomer, *Aproximación al estatuto jurídico de los jueces legos en el Proyecto de Ley del Jurado,* en «Actualidad Jurídica Aranzadi» n. 193, 13 abril 1995, p. 2; A.J. Pérez-Cruz Martín, *El estatuto jurídico del juez lego,* en «Comentarios sistemáticos a la ley del jurado y a la reforma de la prisión preventiva», Granada 1996, p. 89. Dentro de la doctrina procesal española, una posición muy diferente —y a nuestro parecer más acertada— es defendida por L. Bachmaier, en su comentario al art. 12.7, en el volumen colectivo «Comentarios a la ley del jurado» (coord. por A. de la Oliva), Madrid 1996.

[52] Sobre estas objeciones, *vid*. A. Ruiz Miguel, *La objeción de conciencia a deberes cívicos,* en «Jueces para la Democracia» 25 (1996), pp. 40-42; J. Martínez-Torrón, *Ley del jurado y objeción de conciencia…,* cit. en nota 40, pp. 137-139.

En efecto, en España, la Ley de Régimen Electoral General considera el incumplimiento de ese deber como delito electoral, punible con sanciones económicas y privativas de libertad [53]. A semejanza de la LOTJ, la legislación electoral se refiere a las causas excusantes en términos generales, a modo de cláusula abierta: quienes hayan sido designados por sorteo para integrar una mesa electoral pueden alegar cualquier «causa justificada y documentada que les impida la aceptación del cargo», y es la Junta Electoral de Zona quien decide si procede o no admitir la excusa [54]. Invocando normalmente el art. 16 CE, un cierto número de testigos de Jehová han solicitado ser eximidos de ese deber cívico, por considerarlo un acto de naturaleza política prohibido por sus creencias religiosas. No raras veces, la respuesta ha sido negativa, pero los objetores han permanecido firmes en su posición, siendo entonces sancionados, y el asunto ha terminado por llegar a la vía judicial. La jurisprudencia del Tribunal Supremo no resulta demasiado clara a este propósito. En algunas sentencias, el Tribunal Supremo ha exonerado de responsabilidad penal al objetor de conciencia, aunque su argumentación no se centra tanto en el art. 16 CE, cuanto en la apreciación de que el objetor no había advertido suficientemente la antijuridicidad de su comportamiento [55]. En la mayoría de las sentencias, en cambio, el Supremo ha confirmado la condena de los objetores —siempre testigos de Jehová— por delito electoral. El problema consiste en que buena parte de esas decisiones parecen apoyarse sobre todo en un elemento de insuficiencia de prueba, sin que quede claro cuál habría sido su fallo en caso contrario [56]. Otras sentencias, sin embargo, pese a continuar refiriéndose a la cuestión probatoria, parecen indicar

---

[53] Ley Orgánica 5/1985, de 19 junio 1985, de Régimen Electoral General. Cfr. art. 143, que establece la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pts. Según la disposición transitoria 11.ª del nuevo Código penal, la pena de arresto mayor queda sustituida por la de arresto de 7 a 15 fines de semana.

[54] Cfr. art. 27.3 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General.

[55] *Vid*. STS 2174 de 1993, 29 de septiembre (rec. n.º 759/1993), que afirma fundamentarse en la anterior STS de 30 enero 1979. El contexto normativo de esta última era el Real Decreto Ley de 18 de marzo de 1977, mientras que en la aludida sentencia de 1993 estaba ya vigente la Ley de Régimen Electoral General de 1985.

[56] En algunas sentencias, el Tribunal Supremo insiste en que el recurrente no había acreditado la imposibilidad moral que concurrir a la mesa electoral implicaba para él (por no justificar su pertenencia a los testigos de Jehová, o por no probar la oposición «institucional» de esta confesión al cumplimiento de ese deber electoral), y se alude expresamente al peligro de fraude que entrañaría una laxa aplicación de la ley electoral en tema de tanta importancia para el funcionamiento efectivo del sistema democrático. Así, la STS 753/1993, de 30 marzo 1993 (rec. n.º 4348/1990). *Vid*. también las SSTS 2814/1992, de 23 diciembre 1992 (rec. n.º 4831/1990), 2856/1992, de 30 diciembre 1992 (rec. n.º 2576/1991), así como la STS 1301/1998, de 28 octubre 1998 (rec. n.º 966/1998). *Vid*. un extenso comentario a esta STS de 1998 en L. Álvarez Prieto, *La objeción de conciencia a formar parte de una mesa electoral. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 2.ª, de 28 de octubre de 1998,* en REDC 57 (2000), pp. 129-151.

—con mayor o menor claridad— que la libertad religiosa no constituye fundamento suficiente para ser excusado de participar en una mesa electoral [57].

A la vista de estas dificultades, sería deseable que el legislador incluyera explícitamente la objeción de conciencia entre las excusas para actuar como jurado [58]. Por natural exigencia del principio de igualdad, habría de ser admisible tanto la objeción fundada en convicciones religiosas como la fundada en convicciones no religiosas, con tal de que se trate propiamente de convicciones morales o éticas: es decir, aquellas que constituyen para la persona norma suprema de comportamiento, y que no puede quebrar sin actuar contra su propia identidad espiritual. En nuestra opinión, habrían de ser amplios los términos en que se expresara ese reconocimiento legal, y supeditar éste únicamente a la comprobación de la sinceridad de las convicciones. No parece conveniente una regulación más detallada, porque inevitablemente conduciría a uno u otro de dos extremos: bien un excesivo rigor en la aplicación de la excusa legal, o bien un fenómeno de fraude a la ley de proporciones similares al de la objeción de conciencia al servicio militar (con la diferencia de que, en el caso del jurado, no habría prestación sustitutoria) [59].

Naturalmente, el problema crucial sería el de la prueba de las convicciones de conciencia que se alegan como fundamento de la objeción. Es verdad que a veces se dan factores externos que ayudan a crear en el juez la certeza moral de

---

[57] Tal afirmación a veces se hace derivar del orden público como necesario límite a las libertades: cfr. STS 2317/1993, de 15 octubre 1993 (rec. n.º 627/1993). Otras veces se pretende radicar en lo objetivamente equivocado del razonamiento del objetor. Así —se afirma—, la participación en mesa electoral no viola en modo alguno su obligada neutralidad en asuntos políticos, porque no puede considerarse acto político, sino más bien obligación cívica: *vid*. las SSTS 1209/1994, de 8 junio 1994 (rec. n.º 3072/1993), 1868/1994, de 18 octubre 1994 (rec. n.º 1777/1993), 2212/1994, de 14 diciembre 1994 (rec. n.º 601/1994), 466/1995, de 27 marzo 1995 (rec. n.º 1283/1994), y 536/1995, de 17 abril 1995 (rec. n.º 2696/1994). Esta argumentación del Tribunal Supremo resulta sin duda sorprendente, cuando no preocupante, pues viene a constituir una cierta intromisión en los dictámenes de la conciencia individual, que es insustituible, y viene también a ignorar algo elemental en la tutela de la libertad religiosa y de conciencia: que la libertad de la conciencia individual no se respeta porque sea objetivamente acertada, sino porque el ordenamiento jurídico ha decidido no interferir en el ejercicio de esa libertad mientras no se pongan en peligro otros bienes jurídicos merecedores de una protección preferencial.

[58] En el mismo sentido, J. Ferrer Ortiz, *La objeción de conciencia…,* cit. en nota 45 de este capítulo, pp. 621-622.

[59] Una posible redacción de esa nueva excusa a incluir en el art. 12 sería la siguiente: «La objeción de conciencia al desempeño de la función de jurado, siempre que sea posible cerciorarse de la sinceridad de las convicciones religiosas o éticas alegadas». Como se advierte, esa redacción no cambiaría sustancialmente el actual estado de cosas, de acuerdo con la interpretación que aquí se propone del art. 16 CE y del art. 12.7 LOTJ. Pero sí contribuiría a evitar dubitaciones de los jueces españoles respecto a sus atribuciones para apreciar la objeción de conciencia como excusa. Y, por qué no decirlo, serviría también para obviar una hipotética reincidencia del Tribunal Constitucional en la interpretación minimalista del art. 16 CE.

que la objeción de conciencia es real y no ficticia: entre ellos, especialmente, la pertenencia a determinadas confesiones religiosas. Pero también es verdad que, cuando se trata objeciones que provienen de convicciones meramente individuales —religiosas o no— y no se cuenta con la credibilidad que proporciona el respaldo de un credo religioso institucionalizado, la comprobación de la sinceridad se hace más compleja. Lo cual comporta el riesgo de abrir un margen de posible fraude a la ley, si no se desea extremar el rigor legal e inaugurar un nuevo tribunal de conciencia. Aun así, nos parece preferible correr ese riesgo, ya que a la administración de justicia es a la primera que interesa asegurar que los jurados desempeñarán su función de manera seria y responsable. Si un objetor de conciencia verdadero sufre obvias limitaciones para cumplir adecuadamente su función, con mayor motivo todavía habrá que presumir que un pseudo-objetor carece de la integridad moral necesaria para actuar como jurado.

Sería igualmente positivo que el legislador previera expresamente la situación de los ministros de culto —católicos o no católicos— o miembros de institutos religiosos, ya sea declarándolos incompatibles *ipso iure* con la función de jurado o concediéndoles la posibilidad de exención automática bajo petición [60]. También en este punto sorprende el silencio de la LOTJ de 1995, que prefirió ignorar la experiencia de países con mayor experiencia en la institución del jurado, y además hizo caso omiso de la experiencia histórica del derecho español y de las enmiendas propuestas en tal sentido durante la tramitación parlamentaria de la ley. En efecto, esa circunstancia estaba prevista como excusa en la regulación del jurado de 1872 [61], y como prohibición implícita en la Ley del Jurado de 1888 [62]. Asimismo, la Proposición de Ley Orgánica del Jurado presentada en 1990, incluía entre las causas de abstención la condición de ministro «de cualquier religión» o «miembro de órdenes religiosas reconocidas» [63]. En la discusión de la vigente LOTJ en el Congreso, el Grupo Parlamentario Popular propuso introducir entre los excusables a «los eclesiásticos y ministros de culto de cualquier religión»; la enmienda fue rechazada por el Grupo Socialista, y no fue reiterada por el Grupo Popular en el Senado [64]. La falta de previsión legal explí-

---

[60] *Vid*. un análisis al respecto en J. Ferrer Ortiz, *La objeción de conciencia…,* cit. en nota 45 de este capítulo, pp. 627 ss.; y J. Martínez-Torrón, *La ley española del jurado y la objeción de conciencia de clérigos y religiosos,* en IC 73 (1997), pp. 295 ss.

[61] Contenida en el Real Decreto de 22 de diciembre de 1872. Su art. 670.3 excusaba a «los ministros de cualquier culto».

[62] Ley del Jurado de 20 de abril de 1888, cuyo art. 8 establecía que «las funciones de jurado son obligatorias y no pueden ser ejercidas más que por españoles de estado seglar».

[63] La proposición fue presentada por el Centro Democrático y Social en el Senado. La referencia citada se contenía en el art. 9 del texto propuesto. *Vid*. texto en Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie III A, 27 febrero 1990.

[64] *Vid*. la reproducción de los debates parlamentarios en A.M. Lorca Navarrete, *El jurado español. La nueva ley del jurado,* Madrid 1995, p. 117.

cita, unida a las prescripciones del derecho canónico católico en la materia [65], movió en su día a la Conferencia Episcopal española a aconsejar a sacerdotes y religiosos que intentaran recurrir a los mecanismos legales a su alcance para evitar su designación como jurados: entre ellos, formular objeción de conciencia fundada en la cláusula abierta del art. 12.7 de la ley [66].

c) *El clima jurisprudencial posterior a la LOTJ de 1995*

La actual ausencia de mención específica de la objeción de conciencia entre las excusas legales al deber del jurado deja en principio una vía abierta a incertidumbres en el ámbito jurisprudencial, con la posibilidad de una doble y negativa consecuencia. La primera es que algunos jueces, al decidir solicitudes de excusa del deber de jurado por objeción de conciencia, puedan autorrestringir indebidamente sus atribuciones en este tema, pensando que no deben conceder una exención por una causa que no está explícita y nominalmente prevista en la ley. La segunda es que esas decisiones de los jueces al aplicar el art. 12.7 LOTJ terminen por configurar un mapa jurídico heterogéneo, con «zonas favorables» y «zonas contrarias» a los objetores. Tal falta de uniformidad judicial vendría además propiciada por la regulación legal de los aspectos procesales de la cuestión. En concreto, debido a los diversos momentos en que las excusas pueden alegarse y al sistema de recursos aplicable en cada uno de ellos cuando la solicitud recibe una inicial resolución negativa, no parece fácil que la jurisprudencia española comience a transitar en una dirección homogénea hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie de manera clara en esta materia [67].

De momento, no obstante, parece que el problema de una posible heterogeneidad de actitudes judiciales en materia de objeción de conciencia al jurado es más teórico que real. La causa quizá no estribe tanto en una extremada sensibilidad de la judicatura española hacia las implicaciones prácticas de la libertad de conciencia en una sociedad ideológicamente plural, cuanto más bien en dos factores de menos porte que han acompañado hasta ahora la aplicación de la LOTJ. Uno es el escaso número anual de juicios con jurado en toda España, que suele oscilar en torno a trescientos en los últimos años, lo cual minimiza las posibilidades porcentuales de objeciones de conciencia [68]. El otro es la flexible

---

[65] *Vid*. nota 3 de este capítulo y texto correspondiente.

[66] Se trataba, en concreto, de una carta del Comité Ejecutivo de la Conferencia Episcopal española, de fecha 8 de noviembre de 1995; su texto, junto con algunos dictámenes y formularios *ad hoc,* puede verse en *Ecclesia,* núm. 2.7782, 30 de marzo de 1996, pp. 34 ss.

[67] *Vid*. al respecto J. Martínez-Torrón, *Ley del jurado y objeción de conciencia,* cit. en nota 40 de este capítulo, pp. 139-140.

[68] Las cifras exactas pueden verse en las estadísticas publicadas por el Consejo General del Poder Judicial, disponibles en: www.poderjudicial.es.

disposición mostrada mayoritariamente por los jueces españoles para aceptar toda clase de excusas para actuar como jurado al amparo del art. 12.7 LOTJ, sobre todo cuando había candidatos hábiles suficientes para constituir el tribunal; ésta es, al menos, la apreciación que hace un informe de 1999 del Consejo General del Poder Judicial, haciendo notar, al mismo tiempo, que el número de excusas alegadas no había sido desorbitado [69].

En sintonía con las conclusiones de ese informe encontramos una resolución de la Audiencia Provincial de Castellón de 1998 [70], en la que se aceptaba la objeción de conciencia planteada por una mujer que había sido preseleccionada como miembro del jurado de la provincia, y que debería emitir veredicto sobre un caso de homicidio. La mujer alegaba que su «dignidad» le impedía juzgar a otra persona, lo cual fue interpretado por el magistrado presidente como un supuesto de objeción de conciencia, no previsto expresamente por la legislación pero admisible en virtud del art. 12.7 LOTJ. Para el magistrado-presidente, carecía de sentido forzar a nadie a desarrollar lo que es esencialmente un derecho que «pretende ofrecer a los ciudadanos amplios cauces de participación», entre otras razones —indica con acertado pragmatismo— porque la presencia forzada de una persona en el tribunal del jurado repercutiría previsiblemente en el negativo funcionamiento de la institución [71].

Si esa actitud práctica de los jueces ofrece aspectos positivos, un juicio menos positivo nos merece la actitud mostrada por el Tribunal Constitucional en una sentencia de 1999 [72], que refleja una cierta reticencia a entrar en el fondo de la cuestión, hasta el punto de que se la ha calificado de «excesivamente formal y decepcionante» [73]. La sentencia abordaba un recurso de amparo interpuesto por una

---

[69] *Informe sobre la Aplicación de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado desde el 1 de abril de 1991 al 31 de marzo de 1998,* aprobado por el pleno del CGPJ el 5 mayo 1999 (citado por J. Ferrer Ortiz, *La objeción de conciencia…,* cit. en nota 45 de este capítulo, pp. 622-623. *Vid*. también, por lo que se refiere a Madrid, J. Sánchez-Covisa Villa, *Experiencia de la Comisión de Estudio y Seguimiento del Tribunal del Jurado de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid,* en «La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica» (dir. por L. Aguiar de Luque & L. Varela Castro), Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2003, p. 980. Este último informe indica que en Madrid, entre 1997 y 2001, se alegó objeción de conciencia en 19 ocasiones (frente a 92 alegaciones, en el mismo período, de otras causas que dificulten gravemente la función de jurado).

[70] Resolución de la Audiencia Provincial de Castellón de 8 octubre 1998, Causa del Tribunal del Jurado n.º 4/97. Hemos podido disponer de esa resolución gracias a la Prof. M.V. Camarero Suárez.

[71] «[...] la presencia en el Tribunal del Jurado de personas que, como la citada candidata, accedan forzadas u obligadas al desempeño de esa función, al tiempo que podría generar un claro ambiente de desconfianza, relajamiento o indiferencia en la realización de tan importante tarea, podría desembocar y ocasionar también el fracaso de la institución» (*ibid.,* FJ único, *in fine*).

[72] STC 216/1999, 29 noviembre 1999.

[73] J. Ferrer Ortiz, *La objeción de conciencia…,* cit. en nota 45 de este capítulo, p. 624. *Vid*.

persona que, tras su inclusión por sorteo en la lista provisional de jurados en Barcelona para el ejercicio 1995-1996, solicitó ser excluida de dicha lista alegando objeción de conciencia, y vio su petición desoída por el Juzgado Decano de esa ciudad [74]. El Constitucional inadmitió el amparo sin llegar a entrar en el fondo del asunto, aduciendo que aquí se trataba solamente de la inclusión del recurrente en una lista de sorteables, de manera que no existía la certeza de que fuera a ser nombrado para juzgar una causa penal determinada. La pretendida lesión de derechos fundamentales, por tanto, no pasaba de ser «hipotética», por lo que la reacción del recurrente era «prematura» y debía ser inadmitida [75].

El Tribunal perdía así una ocasión importante de clarificar una cuestión que era entonces, y sigue siendo, de importancia para la interpretación del alcance efectivo del art. 16 CE. La ocasión era tanto más necesaria teniendo en cuenta que tanto el Abogado del Estado como el Fiscal, en sus respectivas alegaciones, sí entraban en el fondo y habían adoptado una interpretación de la libertad de conciencia en clave legalista, que ha sido reiteradamente rebatida en estas páginas —el Abogado del Estado afirmando que la objeción en ningún caso es aceptable salvo prescripción específica del legislador, y el Fiscal dejando en manos del juez local la cuestión de si cabe aceptarla en virtud del art. 12.7 LOTJ. Lo cual revela que la posibilidad, antes aludida, de una mentalidad formalista en la judicatura al interpretar la conexión entre ese artículo de la LOTJ y el art. 16 CE no es mera especulación. Y confirma lo muy deseable que sería una previ-

---

también, sobre esa sentencia, J. Landete Casas, *Objeción de conciencia y Tribunal del Jurado,* en ADEE 18 (2002), pp. 199 ss.

[74] Entre los motivos alegados en amparo por el recurrente, interesa mencionar su razonamiento en clave de igualdad. Indica que la Constitución sólo prevé expresamente la objeción al servicio militar porque ése es la única prestación personal que la propia Constitución contempla para los ciudadanos, y que, al imponérsele un servicio de naturaleza equiparable al servicio militar, sin reconocer su objeción de conciencia, que es perfectamente atendible en virtud del art. 12.7 LOTJ, está siendo objeto de trato discriminatorio. Añade, además, que su objeción es netamente distinguible de otros supuestos de objeción a deberes cívicos como la participación en mesas electorales, pues la importancia de la función del jurado comporta una mayor dimensión moral. *Vid*. STC 216/1999, Antecedente 3.º

[75] «[...] la lesión de los derechos fundamentales denunciada por el recurrente no pasa de ser posible o hipotética, pero en ningún caso ha sido materialmente efectiva. Por lo que nos encontramos ante una reacción de carácter preventivo frente a la lesión de derechos fundamentales y, al no haberse producido aún dicha lesión, la demanda es a todas luces prematura, incurriendo así en la causa de inadmisión del art. 51.1 a), en relación con el art. 41.2, de nuestra Ley Orgánica. [...] el Acuerdo que ahora se impugna en amparo no supone el nombramiento del actor como miembro de un Tribunal de Jurado que haya de juzgar una causa penal determinada, sino sólo su inclusión entre quienes son candidatos a formar parte de ese Tribunal. Entra, por tanto, dentro de lo posible que el incluido en la lista de candidatos no llegue a ser nombrado jurado y, por tanto, no se vea obligado a participar en la formación de un veredicto, lo que, según se alega, repugnaría a su conciencia» (*ibid,* FJ 3.º).

sión legislativa *ad hoc,* para evitar que la jurisprudencia española termine de nuevo por remar contra la corriente del derecho comparado en temas de libertad de conciencia. Como se ha escrito acertadamente comentando esta sentencia, «el sistema jurídico no debe actuar sólo y exclusivamente cuando se produce una lesión, sino que será mejor y más adecuado en la medida en que evite que ésta se produzca» [76].

## 2. La objeción de conciencia a los juramentos promisorios

### 2.1. *Derecho comparado*

La obligación de prestar juramentos o promesas ha sido en ocasiones objetada por dos tipos de motivaciones: una que deriva de la «conciencia laica», que impide jurar con una fórmula que obligue ante Dios, y otra proveniente de la obediencia a preceptos confesionales que prohíben jurar de manera absoluta [77]. Al primer supuesto se ha denominado «objeción en el juramento», y al segundo «objeción al juramento» [78].

Ambas modalidades de objeción de conciencia son conocidas en el derecho comparado. En el marco europeo, es frecuente que las legislaciones traten de eliminar el problema en su raíz, ofreciendo una alternativa al juramento, en forma de obligación de conciencia o de honor. Cuando menos, por vía legal o jurisprudencial, se intenta compatibilizar la obligación de jurar con las convicciones religiosas, ateas o agnósticas de la persona obligada.

Así, el ordenamiento belga eliminó —por ley de 27 mayo 1974— la referencia a Dios contenida en los juramentos que testigos y expertos tienen la obligación de emitir en determinados procesos, poniendo así fin a una discusión planteada por ciertos objetores a la decisión de la Corte de Casación belga que entendía como elemento esencial del juramento precisamente la referencia a la divinidad [79].

En Italia, en 1979, en respuesta a una cuestión de constitucionalidad de la Pretura de Torino, la Corte Constitucional modificó la fórmula del juramento en los códigos procesales —civil y penal—, consintiendo que pueda jurarse

---

[76] J. Ferrer Ortiz, *La objeción de conciencia…,* cit. en nota 45 de este capítulo, p. 625.

[77] Algunas confesiones religiosas hacen una interpretación rigorista de este versículo del Evangelio de San Mateo: «Pero yo os digo que de ningún modo juréis, ni por el cielo, porque es el trono de Dios; ni por la tierra, porque es la peana de sus pies; ni por Jerusalén, porque es la ciudad del Gran Rey» (Mt 5:33-35).

[78] *Vid.* A. Guarino, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali,* Napoli 1992, p. 78.

[79] Cfr. R. Torfs, *L'objection de conscience en Belgique,* en «Conscientious Objection in the E.C. countries», Milano 1992, pp. 227-228.

ante Dios, o tan sólo ante los hombres, según las convicciones personales [80]. Con ello se remediaba el problema de los no creyentes («objeción en el juramento»), pero aún subsistía el problema de quienes por razones religiosas rehusaban el juramento en cuanto tal («objeción al juramento»). Por otro lado, la Corte Constitucional italiana afirmó expresamente en 1984 que admitir formas equivalentes y alternativas al juramento era una elección reservada a la discrecionalidad del legislador, y sustraída, por tanto, a las atribuciones de la Corte [81].

La situación cambiaría, por lo que concierne al proceso penal, con la aprobación del nuevo *Codice di procedura penale,* en 1988, que superaba el problema al adoptar una fórmula por la que se empeña solamente la responsabilidad moral y jurídica del testigo (art. 497.2). Naturalmente, la doctrina italiana se pronunció en favor de aplicar legislativamente esa misma solución, cuanto antes, a los testigos en el proceso civil [82]. Fue la jurisprudencia, sin embargo, y no el legislador, quien terminaría por ocuparse de la cuestión, siete años después. En 1995 [83], la Corte Constitucional modificaba de nuevo el art. 251.2 del Código de procedimiento civil, equiparando la fórmula promisoria de los testigos a la establecida en el nuevo Código de procedimiento penal. La argumentación de la Corte fue que, en virtud de la reforma operada en materia de juramento por el Código de procedimiento penal de 1988, la diferente tutela de la libertad de conciencia de los testigos en el proceso civil y penal producía una asimetría en el ordenamiento, lo cual entrañaba «una irrazonable disparidad de tratamiento en relación con la protección de un derecho inviolable del hombre, la libertad de conciencia, que como tal requiere una garantía uniforme, o al menos homogénea, en los diversos ámbitos en que se desarrolla» [84].

También en Italia, en un ámbito distinto del proceso, se ha planteado la cuestión del rechazo del llamado «juramento de fidelidad» por parte del personal docente de centros de algunos niveles educativos, alegando razones de libertad religiosa y de libertad de enseñanza. Tal rechazo podía implicar la pérdida del puesto de trabajo. La solución vino por vía legislativa, cuando una ley de 1981 otorgó una dispensa de ese juramento, estableciendo así una excepción al

---

[80] Sentenza 117/1979, 2 octubre 1979. Concretamente, la sentencia declaraba la inconstitucionalidad del art. 251.2 del *Codice di procedura civile,* y los arts. 142.1, 316.2, 329.1 y 449.2 del *Codice di procedura penale* de 1930, en la parte en que, junto a la referencia a la divinidad y a la importancia religiosa del juramento, no contenían el inciso «se credente» (es decir, «si se es creyente»). Cfr. A. GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali,* cit. en nota 78 de este capítulo, p. 78; S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza,* Napoli 1986, pp. 165 ss.

[81] Sentenza 234/1984, 13 julio 1984.

[82] Cfr. P. MONETA, *Obiezione di coscienza. Profili pratici,* en «Enciclopedia Giuridica», XXI, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1990, p. 7.

[83] Sentenza 149/1995, 4-5 mayo 1995.

[84] *Ibid*., *considerando in diritto* n. 3.

régimen jurídico general de los empleados civiles del Estado [85]. La opción elegida ha sido criticada por la doctrina, aduciendo su carácter extremadamente particularista: según se ha afirmado, cuando se trata de un problema que potencialmente afecta a todos los ciudadanos, no parece que la mejor solución sea dictar una norma para una sola categoría o grupo social [86].

En Estados Unidos, la adaptación a los objetores en materia de juramento es tan antigua como la historia misma de ese país [87]. La exención fue adoptada en la mayoría de las colonias. Así, a principios del siglo XVII los propietarios de la colonia inglesa de Carolina permitían a los cuáqueros la afirmación, sin necesidad de adverarla con juramento o promesa. También la colonia neoyorquina lo permitió, desde 1691. A los miembros de la comunidad judía de Georgia se les dispensó en 1740 de las palabras «por mi fe de cristiano» en el juramento de naturalización [88]. No es de extrañar, por tanto, que dicha práctica se reflejara posteriormente en los textos constitucionales y legales de la naciente federación, permitiendo la libre opción entre juramento y afirmación a quienes ostentaran cargos oficiales, ya fuera en el poder ejecutivo o en el legislativo [89]. Añadiendo que nunca podrá exigirse el cumplimiento de un requisito de carácter religioso para el desempeño de un cargo público en los Estados Unidos [90].

Hay una antigua e interesante decisión del Tribunal Supremo federal al respecto: *Torcaso,* en 1961 [91]. El recurrente había sido nombrado para ejercer el cargo de notario público, pero había visto denegado su acceso a tal función por negarse a declarar que creía en Dios, tal como exigía la Constitución de Maryland en relación con el desempeño de cualquier oficio público. En decisión unánime, el Supremo consideró que una tal imposición suponía tanto una infracción del separatismo constitucional *(establishment clause)* como una injustificable invasión en la libertad de religión o creencia del demandante. El gobier-

---

[85] Ley de 30 marzo 1981, n. 116, de interpretación auténtica del art. 93, D.P.R. 31 mayo 1974, n. 417. *Vid*. V. GARINO, *Obiezione di coscienza,* en «Novissimo Digesto italiano, Appendice», V, Torino, p. 340; S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica…,* cit. en nota 80 de este capítulo, p. 171.

[86] *Vid*. S. FERRARI, *Libertà religiosa e uguaglianza. Attualità del principio di separazione tra Stato e Chiesa,* en «Aggiornamenti sociali» (1991), pp. 47 ss.

[87] *Vid*. R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano,* Madrid 1994, pp. 402 ss.

[88] *Vid*. M.W. MCCONNELL, *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion,* en «Harvard Law Review» 103 (1990), pp. 1467 ss.

[89] *Vid*. Constitución de los Estados Unidos, art. I § 3 *(Impeachment trials)*, art. II, § 1 *(Presidential oath of office)*, y art. VI *(Responsabilities of other office holders to support the Constitution)*. Sobre las causas de tal exención legal, *vid*. J. STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States,* vol. 3, New York 1970 (la edición original es de 1883).

[90] Art. VI: «[...] no religious Test shall ever be required as a Qualification to any Office or public Trust under the United States».

[91] *Torcaso v. Watkins,* 367 U.S. 488 (1961).

no, ya fuera el estatal o el federal, no podía forzar a una persona a que expresara su creencia o su descreencia en una religión, ni podía tampoco promulgar normas que favorecieran a quienes creían en Dios por encima de quienes mantenían una creencia diferente. Más recientemente, y en el ámbito del proceso, otras cortes de justicia estadounidenses normalmente se han adaptado a las convicciones religiosas de los objetores permitiendo realizar meras «afirmaciones» en lugar de juramentos, permaneciendo la pena de perjurio en caso de falsedad. Pero la adaptación no ha ido más allá, al menos en algún tribunal federal; es decir, no puede eludir la declaración *(deposition)* bajo «afirmación» [92].

### 2.2. *Derecho español*

En el derecho español, la cuestión de posibles objeciones al juramento parece estar bien resuelta a nivel legislativo. Ya la ley de 24 de noviembre de 1910 autorizó la sustitución del juramento por la promesa en nombre del honor —con idénticos efectos— «en todos los casos en que las leyes exijan la prestación del juramento, a excepción de la jura de bandera en el Ejército, sometida a las ordenanzas del mismo» [93]. Un decreto de 1977 reguló la fórmula que había de observarse en la toma de posesión de los cargos públicos, estableciendo la opción entre el juramento y la promesa en nombre de la conciencia y el honor [94]. Dicha opción se ha mantenido en los mismos términos en el real decreto actualmente vigente, de 1979 [95]. También, en el caso de diputados y senadores, los respectivos reglamentos prevén la opción entre el juramento y la promesa [96]. Igualmente, la ley de 1980 sobre el régimen del personal militar, al establecer el juramento a la bandera como requisito necesario para el acceso a la función militar, permite la libre opción entre el juramento por Dios o por la conciencia y el honor [97].

---

[92] *Gordon v. Idaho,* 778 F.2d 518 (9th Cir.1983). No obstante, téngase en cuenta también *Society of Separationists v. Herman,* 959 F.2d 1283 (5th Cir. 1992), 12 R.F.R 163), donde se afirma que se puede eximir a un miembro agnóstico del jurado del deber de prestar juramento o afirmación; negarse al juramento no constituye *contempt of court* (desacato al tribunal).

[93] Cfr. M. López Alarcón, en AA.VV., *Derecho eclesiástico del Estado Español* (2.ª ed.), Pamplona 1983, p. 534.

[94] Decreto 1577/1977, 4 de julio 1977 (derogado por el R.D 707/1979).

[95] R.D. 707/1979, 8 de abril 1979, por el que se establece la fórmula de juramento en cargos y funciones públicas. *Vid*. A. Castro Jover, *La libertad de conciencia en el empleo público,* en «Laicidad y libertades» 6 (2006), pp. 65-67.

[96] Cfr. art. 20 del Reglamento del Congreso y art. 11 del Reglamento del Senado.

[97] Cfr. Ley 17/1999, 18 mayo 1999, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, art. 3. En el mismo sentido, aplicable a quienes deseen prestar juramento a la bandera fuera del acceso profesional al Ejército, la Orden DEF/1445/2004, de 16 de mayo, por la que se establece el procedimiento para que los españoles puedan solicitar y realizar el juramento o promesa ante la Bandera de España.

Normalmente, esa legislación elimina las posibilidades habituales de conflictos de conciencia, ya procedan éstos de una conciencia laica que rechaza comprometerse ante Dios, o bien de una conciencia religiosa que permite prometer pero no jurar. Pese a todo, la jurisprudencia española ha tenido oportunidad de afrontar casos de objeción total a prestar cualquier tipo de juramento o promesa por motivos ideológicos. Se trataba, concretamente, de personas que, por razones políticas, derivadas de una radical oposición a ciertos contenidos de la Constitución, rehusaban acatar las tradicionales fórmulas abstractas de acatamiento del orden jurídico vigente.

En tales situaciones, el Tribunal Constitucional ha declarado que resulta constitucionalmente legítimo condicionar el ejercicio de un derecho fundamental, como es el establecido en el art. 23 de la Constitución (acceso a funciones o cargos públicos), a la verificación de un juramento o promesa cuando la ley lo exija. La razón —afirmaba el Tribunal en 1983— consiste en que precisamente el acceso a un cargo o función pública «implica un deber positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma [Constitución], lo que no significa una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido, dado que también se respeta la Constitución en el supuesto extremo de que se pretenda su modificación» [98].

En términos parecidos se expresaba el propio Tribunal Constitucional apenas un mes más tarde, con ocasión del recurso presentado por tres diputados electos al Parlamento de Galicia, los cuales habían sido suspendidos en el cargo hasta que prestaran juramento o promesa de fidelidad a la Constitución y al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Galicia, acto que rehusaban amparándose en su libertad ideológica. Al rechazar el recurso, el Tribunal hacía notar que tal juramento o promesa no significa necesariamente la adhesión interior al contenido concreto y completo de las mencionadas normas: al contrario, la fidelidad a las mismas se puede entender también como «el compromiso de aceptar las reglas del juego político y el orden jurídico existente [...] y a no intentar su transformación por medios ilegales», y según esa interpretación la fidelidad jurada o prometida no significa renunciar a la libre crítica ni, por tanto, a la libertad ideológica [99].

Otras sentencias posteriores del Tribunal Constitucional exponen una doctrina similar, siempre a propósito de recursos de amparo presentados por miembros de partidos nacionalistas extremos que habían sido elegidos como representantes

---

[98] STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3.º El recurso de amparo había sido presentado por dos diputados electos por el partido radical independentista vasco Herri Batasuna.

[99] STC 122/1983, 16 diciembre 1983, FJ 5.º *Vid*. al respecto G. Escobar Roca, *La objeción de conciencia en la Constitución española,* Madrid 1993, pp. 430 ss.; y M.J. Roca, *Perfiles jurídicos de la objeción de conciencia,* en «La objeción de conciencia. Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado» (ed. por V. Guitarte y J. Escrivá), Valencia 1993, pp. 275 ss.

de un cuerpo legislativo y se negaban a prestar el juramento o promesa legalmente prescrito para tomar posesión de sus escaños [100]. Una de esas sentencias ha sido criticada en sede doctrinal [101], con razón, no por su fallo sino por algún aspecto de su argumentación: concretamente por su minimización y relativización, en un régimen democrático, del valor y la utilidad del juramento o promesa, que califica de «supervivencia de otros momentos culturales y de otros sistemas jurídicos a los que era inherente el empleo de ritos o fórmulas verbales ritualizadas como fuentes de creación de deberes jurídicos y de compromisos sobrenaturales» [102]. Apreciación que, aparte de su inexactitud, parece contradecir el razonamiento de fondo que inspira el resultado de estas sentencias [103].

### 2.3. *La jurisprudencia de Estrasburgo*

Vale la pena observar que uno de los diputados electos al Parlamento gallego que vio el amparo denegado por el Tribunal Constitucional español presentó ulteriormente recurso ante la jurisdicción de Estrasburgo. La antigua Comisión Europea de Derechos Humanos declaró el recurso inadmisible por manifiestamente infundado, y afirmó que la argumentación del Tribunal Constitucional español era plenamente adecuada [104]. Razonaba la Comisión especialmente sobre la base de los límites que podían oponerse legítimamente al ejercicio de la libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia (art. 9.2 CEDH). Con fundamento en el orden público, el derecho español podía exigir aquel juramento o promesa, que no constituyen sino una manifestación simbólica de respeto al orden constitucional, con la consecuencia de aceptar voluntariamente el compromiso de proceder a su modificación solamente por medios legales.

---

[100] *Vid*. especialmente las SSTC 119/1990, 21 junio 1990 (diputados electos de Herri Batasuna), y 74/1991, 8 abril 1991 (senadores electos de Herri Batasuna).

[101] *Vid*. R. Rodríguez Chacón, *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional,* Madrid 1992, pp. 114-115.

[102] STC 119/1990, FJ 7.º

[103] En efecto, la sentencia continuaba, en el propio FJ 7.º: «En un Estado democrático que relativiza las creencias y protege la libertad ideológica; que entroniza como uno de sus valores superiores el pluralismo político; que impone el respeto a los representantes elegidos por sufragio universal en cuanto poderes emanados de la voluntad popular, no resulta congruente una interpretación de la obligación de prestar acatamiento a la Constitución que antepone un formalismo rígido a toda otra consideración, porque de ese modo se violenta la misma Constitución de cuyo acatamiento se trata, se olvida el mayor valor de los derechos fundamentales (en concreto, los del art. 23) y se hace prevalecer una interpretación de la Constitución excluyente frente a otra integradora».

[104] *Vid*. Dec. Adm. n. 11321/85, 6 octubre 1986 (no publicada), citada por J. Martínez-Torrón, *La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea,* en ADEE 9 (1993), pp. 70-71.

Con posterioridad, ha sido el propio Tribunal Europeo quien ha abordado de manera más profunda y pormenorizada la cuestión de los juramentos promisorios, pero ya desde la perspectiva de las connotaciones religiosas que adquieren en algunos países europeos.

El primero de esos casos es *Buscarini,* decidido en 1999 por la recién estrenada *Grand Chamber* del Tribunal [105]. La demanda había sido presentada por dos parlamentarios de San Marino, a los que la legislación entonces vigente exigía prestar juramento de fidelidad de la Constitución ante los Evangelios como condición necesaria para tomar posesión de sus escaños. Prestaron juramento respetando la fórmula con excepción de la referencia a los Evangelios, que omitieron. Su juramento fue estimado inválido y fueron requeridos para que lo reiterasen, esta vez sobre el Evangelio, bajo pena de perder sus escaños. Los parlamentarios objetores cedieron, aunque haciendo ver que se estaba violando su libertad de religión y de conciencia. Pocos meses después de estos hechos —en octubre de 1993— se modificó la ley en cuestión. La nueva ley, siguiendo la práctica común en varios países europeos, permitía la posibilidad de elegir entre la fórmula del juramento tradicional y otra en que la referencia a los Evangelios había sido sustituida por las palabras «por mi honor».

El TEDH, en una breve pero clara —y a nuestro entender acertada— sentencia, indicó que se había infringido el art. 9 CEDH al exigir a los parlamentarios electos, contra su voluntad, una declaración de significado religioso como condición indispensable para acceder a su escaño. El Tribunal no objetaba al carácter tradicional de la fórmula de juramento, que respondía a la importancia de la religión cristiana en la historia de San Marino —el propio nombre del país lleva el nombre de un santo—, pero afirmaba que la imposición de prestar juramento sobre el Evangelio como condición para el acceso a un cargo público equivalía a subordinar la función pública a una declaración de fidelidad a una religión determinada. Algo —añadía— que no es compatible con la libertad religiosa, la cual incluye la libertad de creer o no creer en una religión, así como la libertad de practicar o no practicar una religión.

Más recientemente, el Tribunal Europeo ha reafirmado esa jurisprudencia en dos sentencias contra Grecia, cuyas respectivas demandas planteaban un problema análogo, derivado de un juramento con connotaciones religiosas, pero en dos ámbitos diversos: el acceso a la abogacía y la testificación en procesos judiciales. En ambos casos el TEDH, en lo que nos parece una acertada interpretación del art. 9 CEDH, fallaría a favor de los demandantes, objetores a prestar juramento bajo determinadas circunstancias.

---

[105] *Buscarini et al. c. San Marino,* 18 febrero 1999. La sentencia fue adoptada por unanimidad de los 17 jueces de la *Grand Chamber.*

El caso *Alexandridis* [106] se refería a las normas del Código de la Abogacía y del Código de Funcionarios griegos que resultan aplicables al juramento de fidelidad a la Constitución, preceptivo para poder tomar posesión como abogado. Se prevé como regla general el juramento de carácter religioso —normalmente sobre el Evangelio en la práctica— pero también la alternativa de una «declaración solemne» de igual valor, que se formula sobre «el honor y la conciencia», y está disponible para «aquellos que indican no creer en ninguna religión o cuya religión prohíbe el juramento» [107]. El demandante alegaba que se había visto obligado a declarar, para que se le permitiera utilizar la fórmula de la declaración solemne, que no era cristiano ortodoxo.

En el caso *Dimitras* [108], la cuestión era similar, pero esta vez relativa a la prestación de testimonio en un proceso criminal. Los demandantes [109], al intervenir en diversos procesos penales como testigos, habían sido preguntados en reiteradas ocasiones sobre su religión al efecto de serles permitido el recurso a la declaración solemne, sobre su honor y su conciencia, como expresión de su compromiso de decir verdad en su declaración ante el tribunal. La base normativa de ese interrogatorio son los arts. 218 y 220 del Código de Procedimiento Penal. El primero impone con carácter general a los testigos la obligación de otorgar juramento de veracidad, con la mano derecha sobre los Evangelios, antes de testificar en juicio. El segundo contiene normas específicas para quienes no son cristianos ortodoxos: se acepta la validez de otras fórmulas religiosas de juramento para los miembros de otra religión «reconocida o simplemente tolerada por el Estado»; y se admite también la declaración solemne sobre el propio honor y conciencia en el caso de quienes creen en una religión que no permite el juramento o en el supuesto de que el juez o tribunal estén convencidos de que el testigo no cree en religión alguna [110].

---

[106] *Alexandridis c. Grecia,* 21 febrero 2008.

[107] Cfr. *ibid*., §§ 17-19.

[108] *Dimitras et al. c. Grecia,* 3 junio 2010. Para un análisis pormenorizado de esta sentencia, con referencias también a Buscarini y Alexandridis, *vid*. A. López-Sidro, *Libertad religiosa y juramento en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El caso Dimitras y otros contra Grecia,* en RGDCDEE 24 (2010), pp. 1 ss.

[109] El Tribunal había reunido en una sola sentencia la resolución de cinco demandas independientes sobre tema afín. Uno de los demandantes era, precisamente Theodoros Alexandridis, protagonista del caso anteriormente mencionado. Cfr. *ibid*., §§ 1-4.

[110] Éste es el tenor literal de esos artículos, según su traducción francesa, tal como es incluida en el texto de la sentencia (cfr. *ibid*., § 47): «*Article 218: Prestation de serment lors de l'audience.*— 1. Tout témoin doit, sous peine de nullité de la procédure, prêter serment en public avant d'être entendu lors d'une audience, en apposant sa main droite sur l'Evangile, en prononçant ce qui suit: «Je jure devant Dieu de dire toute la vérité et uniquement la vérité sans rien ajouter ni dissimuler»». [...] — «*Article 220: Prestation de serment des non-orthodoxes.*— 1. Si le témoin croit à une religion reconnue ou simplement tolérée par l'Etat, la forme connue du serment, si celui-ci

La argumentación del TEDH ha sido muy parecida en estas dos sentencias. Siguiendo la doctrina sentada en *Buscarini,* se parte de la base de que la libertad religiosa implica «derechos negativos»: entre ellos el derecho de no adherirse a una religión y de no practicarla. Otro de esos aspectos negativos consiste en «el derecho de cada persona a no ser obligado a declarar su confesión o sus convicciones religiosas, y a no ser forzado a adoptar un comportamiento del que se podría deducir que posee, o que no posee, unas u otras convicciones» [111]. El razonamiento del TEDH parece adecuado, con una salvedad: que la posibilidad de deducir las convicciones de conciencia de una persona a partir de un determinado comportamiento se interprete de manera objetiva y estricta, pues de otro modo podría terminar por entenderse como una invitación a borrar de la vida pública cualquier manifestación remotamente vinculada a la religión [112].

Así planteadas las cosas, la conclusión del Tribunal respecto a la existencia de una violación del art. 9 CEDH en ambos supuestos es relativamente sencilla. En *Alexandridis,* el procedimiento previsto para la toma de posesión de un abogado implica que las personas que desean utilizar una declaración solemne, en lugar de un juramento religioso, han de revelar su identidad y sus convicciones religiosas: que no son cristianos ortodoxos, y que son, o bien ateos, o bien fieles de una religión que prohíbe jurar. En *Dimitras,* la situación es sustancialmente la misma por lo que se refiere al juramento que han de prestar los testigos en un proceso criminal. Con el agravante de una importante divergencia interna en el derecho griego: las normas que rigen el testimonio en el proceso civil son distintas, y permiten simplemente al testigo optar entre juramento o declaración sin averiguación alguna sobre sus creencias [113] —solución que parece aceptable al Tribunal Europeo, como puede deducirse también de *Buscarini*. En uno y

---

existe, est valide dans le cadre de la procédure pénale.— 2. Si le témoin croit à une religion qui ne permet pas la prestation de serment ou si le juge d'instruction ou le tribunal sont convaincus, après déclaration de l'intéressé, que celui-ci ne croit à aucune religion, le serment est ce qui suit: "Je déclare, invoquant mon honneur et ma conscience, que je dirai toute la vérité et uniquement la vérité sans rien ajouter ni dissimuler"».

[111] *Vid. Alexandridis,* § 38, reafirmado en *Dimitras,* § 78.

[112] De ahí la opinión discrepante del Juez Cabral Barreto en el caso *Sinan Işik c. Turquía,* 2 febrero 2010, en el que el TEDH entendió que la mera mención de la religión de una persona en la tarjeta nacional de identidad violaba el art. 9 CEDH, aunque la ley permitiera que cada ciudadano pidiera voluntariamente, y sin mayores explicaciones, que se eliminara esa mención. En palabras del Tribunal, «el simple hecho de pedir la supresión de la religión de los registros civiles podría constituir la divulgación de una información relativa a un aspecto de la actitud de los individuos hacia lo divino» (*ibid.*, § 49). *Vid.,* sobre esa sentencia, Z. Combalía, *Relación entre laicidad del Estado y libertad religiosa: a propósito de la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* en RGDCDEE 24 (2010), pp. 1 ss.

[113] *Vid. Dimitras,* § 87. Compárese esta observación del TEDH con la doctrina de la Corte Constitucional italiana mencionada anteriormente: *vid*. notas 83-84 de este capítulo y texto correspondiente.

otro caso se exigía revelar una información sobre las propias convicciones internas de carácter religioso o no religioso, lo cual supone una injerencia no justificada en la libertad individual.

## 3. Libertad de conciencia y celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo

### 3.1. *Un problema nuevo*

Los conflictos entre ley y conciencia que se analizan en las páginas siguientes constituyen, en rigor, un problema nuevo, que deriva de un cambio significativo, y de alcance aún imprevisible, en la configuración legal del matrimonio. En efecto, la eliminación, en algunos ordenamientos jurídicos, de la heterosexualidad de los contrayentes como característica esencial del contrato matrimonial ha generado problemas de objeción de conciencia en algunos funcionarios públicos llamados a intervenir en la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo.

Los motivos concretos de esa objeción pueden ser varios, pero suelen coincidir en la idea de que un matrimonio entre personas del mismo sexo no responde a la configuración jurídico-natural de esa institución, y por tanto se desea ser eximido de la obligación de tomar parte en un acto que, aun autorizado por el derecho positivo, se considera moralmente ilegítimo. Teniendo en cuenta que solamente unos pocos países —de los 192 que hoy aparecen representados en la ONU— han admitido esta modalidad matrimonial [114] y el poco tiempo

---

[114] Los países en que existe una regulación específica de esta modalidad matrimonial son, hasta la fecha, y por lo que nos consta: Holanda (2001), Bélgica (2003), Canadá (2005), España (2005), Sudáfrica (2006), Suecia (2009), Noruega (2009), México (solamente en el Distrito Federal, en 2009), Portugal (2010), Argentina (2010), Islandia (2010) y algunos estados de Estados Unidos (Massachussets en 2004; Connecticut en 2008; Iowa, Vermont y Washington D.C. en 2009; New Hampshire en 2010; y New York en 2011). En sentido contrario, una reciente sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, de 3 noviembre 2011 (Rol 1881-10), al resolver el recurso presentado por tres parejas homosexuales, declaraba constitucional el art. 102 del Código Civil, que exige que el matrimonio sea contraído entre un hombre y una mujer. Dos de los recurrentes habían pedido hora para contraer matrimonio entre sí ante el Registro Civil, solicitud que les fue denegada por la oficial encargada. Las otras dos parejas habían solicitado que se inscribiera el matrimonio que habían contraído en el extranjero (en Argentina y Canadá, respectivamente), lo que también fue negado por la misma oficial. Los seis varones interpusieron recurso de protección porque estimaban que la negativa a celebrar o inscribir el matrimonio entre ellos constituía un atentado al derecho de igualdad consagrado en el art. 19.2 de la Constitución, y pedían que el Tribunal declarase arbitraria la actuación de la oficial del Registro Civil, y consiguientemente ordenase al servicio público otorgar hora para celebrar su matrimonio y proceder a inscribir los matrimonios celebrados en el extranjero. El TC de Chile rechazó esas argumentaciones, y declaró constitucional y aplicable el principio de heterosexualidad matri-

transcurrido desde sus respectivas aprobaciones, ya se entiende que los problemas de objeción de conciencia están en sus inicios. Es precisamente España la que ha planteado con especial crudeza el problema, de ahí que dediquemos particular atención a este problema en nuestro país, teniendo el derecho comparado un discreto tratamiento.

La primera cuestión es si el contenido de una negativa a celebrar o intervenir en la realización de estos matrimonios entra dentro del radio de acción de una verdadera objeción de conciencia. Como ya hemos visto [115], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que, para que una objeción de conciencia pueda considerarse digna de ser tomada en consideración, es necesario que las convicciones que la apoyen provengan de un sistema de pensamiento coherente y suficientemente orgánico y sincero [116].

Si aplicamos ese criterio a la oposición a los matrimonios homosexuales, esta objeción de conciencia tiene, en nuestra opinión, esas características, pues la concepción heterosexual del matrimonio tiene tras de sí una ininterrumpida tradición histórica, así como el parecer constante y casi universal de las grandes confesiones religiosas. En el concreto caso de un católico que ejerciera esa objeción, tendría como cobertura jurídica y moral la propia conceptuación, por parte de su iglesia, de la heterosexualidad del matrimonio. Así, en relación con la propia objeción de conciencia, ya en el año 2003, la Congregación para la Doctrina de la Fe observaba: «Ante el reconocimiento legal de las uniones homosexuales, o la equiparación legal de éstas al matrimonio con acceso a los derechos propios del mismo, es necesario oponerse en forma clara e incisiva. Hay

---

monial contenido en el mencionado art. 102 CC. *Vid*. H. Corral, *Para entender la sentencia del Tribunal Constitucional sobre matrimonio homosexual,* en «Derecho y Academia», 7 noviembre 2011, disponible en http://corraltalciani.wordpress.com/2011/11/07/para-entender-sentencia-del-tribunal-constitucional-sobre-matrimonio-homosexual/ (visitado 15 diciembre 2011). Sobre la situación actual en América Latina, *vid*. E. Rodríguez Martínez, *El reconocimiento de las uniones homosexuales. Una perspectiva de derecho comparado en América Latina,* en «Boletín Mexicano de Derecho Comparado» 130 (2011), pp. 207-235.

115 *Vid*. *supra,* epígrafe 4.2 del capítulo 2.

116 El TEDH hace notar que no toda idea u opinión goza de la protección otorgada por el art. 9 CEDH y el art. 2 PCEDH, sino solamente aquellas que merecen el nombre de «convicciones» o «creencias», aunque no se apoyen en consideraciones religiosas. Así, en relación con el art. 2 PCEDH, el Tribunal ha indicado que «la palabra "convicciones" [...] no es sinónima de "opinión" e "ideas", tal como las emplea el art. 10 del Convenio, que garantiza la libertad de expresión», sino que únicamente se aplica a la «opinión que alcanza determinado nivel de obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia» (*Campbell y Cosans c. Reino Unido,* 25 febrero 1982, § 36). De modo semejante, la Comisión Europea afirmaba en su día —en relación con el art. 9 CEDH— que la expresión «creencias» supone una «visión coherente de los problemas fundamentales» (Dec. Adm. n. 8741/79, en D&R 24, p. 138). Sobre este extremo, *vid*. J. Martínez-Torrón, *El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos,* en ADEE 2 (1986), pp. 418 ss.

que abstenerse de cualquier tipo de cooperación formal a la promulgación o aplicación de leyes tan gravemente injustas, y asimismo, en cuanto sea posible, de la cooperación material en el plano aplicativo. En esta materia cada cual puede reivindicar el derecho a la objeción de conciencia» [117].

Quien actuara por motivaciones éticas no religiosas, sino de orden laico, tendría tras de sí toda una historia jurídica de siglos, y la posición continuada de todas las culturas que conceptúan el matrimonio como *coniunctio maris et fœminæ* [118].

La segunda cuestión es la posibilidad de ejercer una modalidad de objeción de conciencia no expresamente contemplada en la ley. Lo decimos, porque en las leyes hasta ahora aprobadas en el mundo —a excepción de la canadiense, como luego veremos— no se establece cláusula directa que la contemple. Desde nuestro punto de vista, y así lo hemos hecho notar con anterioridad [119], es un error creer que toda objeción ha de estar reconocida expresamente en la ley positiva. Sin necesidad de reiterar lo que ya hemos afirmado, lo que solemos llamar «objeción de conciencia» no es sino una especificación de la libertad de conciencia. Es la libertad de conciencia en conflicto con normas imperativas. De ahí que El Tribunal Constitucional español haya afirmado netamente, en relación con la objeción al servicio militar: «puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española» [120]. Es decir, explícitamente en el art. 30.2 CE e implícitamente en el art. 16.1 CE. Que es lo que más tarde afirmará el propio Constitucional en 1985 a propósito de la objeción al aborto [121]. Por eso puede decirse que quien objeta, cualquiera que sea el deber jurídico, en principio ejerce un derecho fundamental [122]. Este derecho fundamental solamente puede ser limitado después de una seria ponderación de intereses jurídicos en juego. El propio Tribunal Constitucional lo reiteraba en 2002: «la aparición de conflictos jurídicos en razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad

---

[117] *Consideraciones sobre los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales,* 3 junio 2003, § 5. Esta Nota aparece firmada por el entonces Cardenal Joseph Ratzinger, hoy Benedicto XVI. *Vid*. texto en *Ecclesia* 3165/66, 9 y 16 de agosto de 2003, pp. 1236-1239. Declaraciones muy similares se han emitido por las conferencias episcopales de los países que han admitido esta modalidad matrimonial o están en vías de admitirlo. En España, *vid*. la *Nota del Comité Ejecutivo de la Conferencia Episcopal Española,* de 5 mayo 2005 (http://www.conferenciaepiscopal.es/actividades/2005/mayo_05.htm, visitado 8 octubre 2010).

[118] Sobre este punto, *vid*. R. Navarro-Valls, *Matrimonio y Derecho,* Madrid 1995, pp. 89 ss.

[119] Nos ocupamos pormenorizadamente de esta cuestión en el capítulo 2.

[120] STC 15/1982, 23 abril 1982, FJ 6.º

[121] Cfr. STC 53/1985, 11 abril 1985, FJ 14.º

[122] *Vid*. L. Prieto Sanchís, *Desobediencia civil y objeción de conciencia,* en «Objeción de conciencia y función pública» (ed. por el Consejo General del Poder Judicial), Madrid 2007, pp. 36-37.

que proclama la libertad de creencias y de culto [...]. La respuesta constitucional [...] sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso [...]» [123].

### 3.2. *Derecho comparado*

Entre los datos que encontramos en el derecho comparado, y aunque sobre tema distinto, conviene recordar que en los Estados Unidos —un país donde se atribuye una importancia notable a la función pública y al cumplimiento de la legalidad por quienes la desempeñan— la Corte de Distrito de Columbia, en el caso *Haring* [124], avaló a un funcionario de Hacienda (IRS, *Internal Revenue Service*) que se negaba habitualmente a calificar las peticiones de exención de impuestos de organizaciones que practicaban el aborto, pasándolas a otros compañeros del servicio. En relación específicamente con la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo, comienzan ahora a producirse las primeras negativas por razones de conciencia en el estado de Nueva York, una vez aprobada, en 2011, la ley que los autoriza. Que sepamos, la cuestión no se ha planteado todavía judicialmente, y algunos conflictos se han solucionado mediante el recurso subsidiario a personal no objetor [125].

En el concreto caso de uniones de homosexuales, Dinamarca promulgó en 1989 una ley de parejas de hecho que permite las «uniones registradas» entre personas del mismo sexo y prácticamente asimila su estatus jurídico al del matrimonio, que continúa siendo reservado a la unión entre hombre y mujer [126]. En esa ley, poco después de su promulgación, se introdujeron cláusulas para defender la conciencia de concretas personas que pueden intervenir en esas uniones. Así, excluye a las uniones registradas de la libertad de elección, vigente en Dinamarca para el matrimonio, entre una celebración religiosa o civil. Precisamente para que los pastores de la Iglesia Luterana oficial —que tienen condición equiparable a los funcionarios— no se vean compelidos a intervenir en la celebración de matrimonios homosexuales. Y en el proceso de divorcio entre parejas de hecho registradas, al que se aplica el mismo procedimiento que para el matrimonio, no se puede solicitar —como expresamente se prevé en la disolución de matrimonio heterosexual por divorcio— la mediación de un clérigo luterano para intentar la reconciliación entre los *partners.* Son medidas que el propio legislador ha previsto, adelantándose a actitudes que la oposición a la ley, en el trámite de su elaboración, manifestaba como muy posibles, y que intentan

---

[123] STC 154/2002, 18 julio 2002, FJ 7.º

[124] *Haring v. Blumenthal,* 471 F.Supp. 1172 (1979).

[125] Información al respecto puede encontrarse en http://www.thenewamerican.com/ (visitado 15 diciembre 2011).

[126] *Lov om registreret partnerskab, nr. 372,* 7 junio 1989.

salvar los escrúpulos de conciencia que pueden darse en los clérigos que, de otra manera, podrían ser llamados a intervenir en diversas etapas de la unión registrada (no se olvide que Dinamarca tiene un sistema de iglesia de Estado en el que los clérigos de la Iglesia Luterana danesa tienen condición equiparada a los funcionarios públicos en muchos aspectos) [127].

En Canadá, en 2004, el Tribunal Supremo debió abordar la cuestión [128], planteada por el gobierno antes de aprobada la ley que abría las puertas al matrimonio homosexual, de si la libertad de religión protege a las autoridades religiosas de la obligación de celebrar un matrimonio entre dos personas del mismo sexo, en contra de sus creencias religiosas [129]. La respuesta del Tribunal Supremo fue inequívocamente afirmativa [130]. Promulgada, en 2005, la ley que reconoce la operatividad en Canadá de los matrimonios entre personas del mismo sexo [131], su texto final reconoce sin ambages el derecho de las autoridades religiosas a no celebrar matrimonios que son contrarios a sus creencias [132]. Ade-

---

[127] Estas limitaciones fueron introducidas por la *Lov. nr. 821,* 19 diciembre 1989, que modificaba la ley promulgada unos meses antes. Sobre estas leyes: M. Hojgaard Pedersen, *Le certificat de concubinage homosexuel et les nouvelles dispositions concernant le divorce et la séparation,* en «Regards sur le droit de la famille dans le monde» (ed. por J. Rubellin-Devichi), Paris 1991, pp. 127 y ss. También, desde una perspectiva crítica, C.A. Sloane, *Rose by any Other Name: Marriage and the Danish Registered Partnership Act,* en «Cardozo Journal of International and Comparative Law» 5 (1997), especialmente pp. 206 ss.

[128] *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe,* [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79. Disponible en: http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/2004/2004csc79/2004csc79.pdf (visitado 9 octubre 2010).

[129] Éste era el tenor literal de la pregunta formulada —entre otras— por el gobierno: «La liberté de religion, que garantit l'alinéa 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés,* protège-t-elle les autorités religieuses de la contrainte d'avoir à marier deux personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses?»

[130] Ésta es la parte de la respuesta del Tribunal Supremo que nos interesa: «57. Le droit à la liberté de religion consacré à l'al. 2*a*) de la *Charte* englobe le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement nos croyances religieuses et le droit de les manifester par leur enseignement et leur propagation, par la pratique religieuse et par le culte [...]. L'accomplissement de rites religieux représente un aspect fondamental de la pratique religieuse.— 58. Il semble donc clair que le fait d'obliger les autorités religieuses à marier des personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses porterait atteinte à la liberté de religion garantie à l'al. 2*a*) de la *Charte.* Il semble aussi qu'en l'absence de circonstances exceptionnelles —que nous ne pouvons pas prévoir maintenant—, une telle atteinte ne pourrait être justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*». *Vid*. C. Pons-Estel & A. Seglers, *El «homosexual marriage» en la experiencia jurídica canadiense: un precipitado extemporáneo a la* common law, en RGDCDEE 9 (2005), pp. 8-10.

[131] *Loi sur le mariage civil,* L.C. 2005, c. 33, en vigor desde el 7 julio 2005.

[132] Art. 3: «Il est entendu que les autorités religieuses sont libres de refuser de procéder à des mariages non conformes à leurs convictions religieuses» (en versión inglesa: «It is recognized that officials of religious groups are free to refuse to perform marriages that are not in accordance with their religious beliefs»).

más, y respondiendo a la inquietud manifestada en el Parlamento acerca de que la libertad de conciencia podría no ser suficientemente respetada en relación con otras personas, habida cuenta de que parte importante de la competencia para regular la formalización del matrimonio recae sobre las provincias [133], el texto legal incluye una cláusula de conciencia que parece extender el radio de acción de la objeción de conciencia a toda persona que deba intervenir en los matrimonios entre personas del mismo sexo: concretamente. En efecto, la ley prohíbe sancionar o discriminar a una persona por el hecho de ejercer su libertad de conciencia en relación con los matrimonios homosexuales [134]. No obstante, en enero de 2011 la Corte de Apelaciones de Saskatchewan declaró, en un fallo muy discutible, respondiendo a una consulta formulada por el gobierno provincial sobre una posible futura legislación, que no sería constitucional autorizar la negativa de los funcionarios competentes, por razones de conciencia, a celebrar matrimonios civiles entre personas del mismo sexo. La consulta del gobierno incluía dos posibles alternativas. Una permitiría a cualquier funcionario alegar objeción de conciencia. La otra, sólo a quienes eran ya funcionarios antes de que el matrimonio homosexual fuera legal en Saskatchewan. Los cinco jueces de la Corte dictaminaron que ambas propuestas serían inconstitucionales, aunque discreparon en cuanto a su argumentación [135].

Más recientemente, en los Estados Unidos, en 2008, el Tribunal Supremo de California, en la sentencia que declaraba inconstitucional la prohibición de uniones civiles entre personas del mismo sexo [136], parece admitir la objeción de

---

[133] *Vid*. al respecto el *legislative summary* del *Bill C-38,* Description and Analysis, § D (en http://www2.parl.gc.ca/Content/LOP/LegislativeSummaries/38/1/c38-e.pdf, visitado 9 octubre 2010).

[134] Art. 3.1: «Il est entendu que nul ne peut être privé des avantages qu'offrent les lois fédérales ni se voir imposer des obligations ou des sanctions au titre de ces lois pour la seule raison qu'il exerce, à l'égard du mariage entre personnes de même sexe, la liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés,* ou qu'il exprime, sur la base de cette liberté, ses convictions à l'égard du mariage comme étant l'union entre un homme et une femme à l'exclusion de toute autre personne» (en versión inglesa: «For greater certainty, no person or organization shall be deprived of any benefit, or be subject to any obligation or sanction, under any law of the Parliament of Canada solely by reason of their exercise, in respect of marriage between persons of the same sex, of the freedom of conscience and religion guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or the expression of their beliefs in respect of marriage as the union of a man and woman to the exclusion of all others based on that guaranteed freedom»).

[135] *Marriage Commissioners Appointed Under The Marriage Act (Re),* 2011 SKCA 3. *Vid*. un breve comentario a la decisión en A. Badari, *The Saskatchewan Marriage Commissioner's Reference,* en Centre for Constitutional Studies de la Universidad de Alberta (2 febrero 2011), disponible en: http://www.law.ualberta.ca/centres/ccs/rulings/Saskatchewan_Marriage_Commissioner_Reference.php (visitado 15 diciembre 2011).

[136] *In re Marriage Cases,* Case No. S147999, Supreme Court of California, 15 mayo 2008. Como es sabido, posteriormente se presentó la Proposición 8, que, mediante un referéndum, re-

conciencia, aunque en términos no del todo claros: si no hay duda respecto al respeto de la posición adoptada por las confesiones religiosas y los ministros de culto encargados de oficiar una ceremonia de matrimonio, la tutela de la objeción en otros funcionarios públicos está perfilada con menor nitidez. En estos concretos términos se expresaba la Corte: «[...] affording same-sex couples the opportunity to obtain the designation of marriage will not impinge upon the religious freedom of any religious organization, official, or any other person; no religion will be required to change its religious policies or practices with regard to same-sex couples, and no religious officiant will be required to solemnize a marriage in contravention of his or her religious beliefs. (Cal. Const., art. I, § 4)».

En Argentina, el texto de la ley que inicialmente regulaba las uniones civiles entre personas del mismo sexo incluía una cláusula por la que se garantizaba el derecho de objeción de conciencia de cualquier persona que tuviera que intervenir en actos jurídicos o administrativos vinculados con las regulaciones de la presente ley. Al transformarse en una regulación matrimonial, tal cláusula desapareció [137]. De este modo, la ley de 2010, de modificación del código civil y reguladora de los matrimonios entre personas del mismo sexo [138], contiene una laguna ante la que la doctrina argentina ha reaccionado de modo dispar.

Para un sector [139], la ausencia de una norma expresa en la reforma votada no altera la existencia del derecho a que la conciencia y las convicciones sean respetadas, tal como establecía el proyecto de unión civil. Para algún otro autor, sin embargo, los funcionarios públicos que deben aplicar la ley 26.618 no estarían constitucionalmente habilitados para invocar la objeción de conciencia por cuanto, entre otras razones, «se trata de una norma que desarrolla progresiva-

---

chazó los matrimonios entre personas del mismo sexo. La «Ley de Protección del Matrimonio en California» refrenda que la Constitución estatal defina el matrimonio como unión exclusiva entre hombre y mujer. Posteriormente, un juez federal (4 agosto 2010) declaró inconstitucional la proposición que fue aprobada hace dos años e ilegalizó el matrimonio homosexual en California. El magistrado Vaughn Walker consideró que la Proposición 8, aprobada en referéndum en noviembre de 2008 en California y que reformó la Carta Magna del estado para definir matrimonio como un enlace entre un hombre y una mujer, es inconstitucional por ser incompatible con los principios de igualdad y *due process*. Esta decisión ha complicado el panorama californiano, haciéndolo confuso. La cuestión se halla en este momento en apelación en la Corte Federal de Apelación para el 9.º Circuito. La historia de este debate jurídico y político está, parece, lejos de haber concluido.

137 Cfr. N. Padilla, *Objeción de conciencia, ¿retroceso o revolución?,* en «el.Dial.com», Suplemento de Derecho constitucional, 2 agosto 2010.

138 Ley 26.618, de 21 julio 2010, de modificación del Código Civil; texto en Boletín Oficial N.º 31.949, 22 julio 2010.

139 Cfr. N. Padilla, *Objeción de conciencia…,* cit. en nota 137. También e implícitamente (aunque referido al problema en España), J. Navarro Floria, *La objeción de conciencia de los jueces y funcionarios al llamado «matrimonio homosexual»,* en «El Derecho» (2010) 234-382.

mente el sistema de derechos sin que se verifique ninguna clase de colisión de derechos» [140]. De hecho, en agosto de 2010, el problema se ha planteado al negarse una juez de la ciudad de General Pico, a presidir una boda entre personas del mismo sexo, por razones de conciencia. El conflicto se resolvió solicitando la juez objetora un permiso por asuntos propios, procediendo a celebrar el matrimonio el juez suplente [141]. En esas mismas fechas, un diputado de la provincia argentina de Tucumán presentaba un proyecto de ley según el cual «los jueces de paz que se consideren impedidos de cumplir con las disposiciones de la Ley N.º 26.618 [...], en razón de profesar profundas convicciones religiosas, filosóficas o morales, opuestas a las normas que la misma pregona, tendrán derecho a ejercer la objeción de conciencia y quedarán exentos de su cumplimiento» [142].

En Inglaterra, aunque no está reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo, sí existe la posibilidad de registrar uniones de hecho homosexuales, al amparo de la *Civil Partnerships Act* de 2004. Dichas uniones producen, en gran medida, los efectos jurídicos del matrimonio, incluida la posibilidad de adoptar. Esa regulación ha producido algunos casos de objeción de conciencia [143], cuya tutela ha sido hasta ahora denegada por la judicatura británica. El más reciente es *Islington* [144], relativo a una encargada de registro civil en un distrito londinense, que solicitó ser relevada de inscribir parejas del mismo sexo, algo que rechazaba por razones morales. Las autoridades municipales denegaron su solicitud y, ante la firme posición de la trabajadora, fue despedida. En apelación, los tribunales, aunque expresamente lamentaban la falta de sensibilidad con que las autoridades locales habían tratado la objeción de conciencia de la empleada, afirmaron que habían actuado dentro de su legítimo ámbito de competencias, y que no existía propiamente discriminación. Poco antes, en el caso *McClintock* [145], se trataba de un juez de paz en Sheffield, que formaba parte del *Family Panel,* entre cuyas funciones está la asignación de niños en adopción. El demandante, de convicciones cristianas, rehusaba atribuir la adopción de menores a parejas del mismo sexo, considerando que era una opción menos segura, a la vista de la falta de estudios

---

[140] A. Gil Domínguez, *Matrimonio igualitario y objeción de conciencia,* en «La Ley», 29 julio 2010.

[141] Cfr. diario *La Nación,* 17 agosto 2010.

[142] *Vid*. información en: http://www.legisladorjerez.com.ar/?p=277 (visitado 15 diciembre 2011). El proyecto no ha sido aún debatido.

[143] La analogía de esas *civil partnerships* con el matrimonio en el derecho inglés, y los dilemas que plantean desde la perspectiva de la Iglesia de Inglaterra, han sido analizados por J. Humphreys, *The Civil Partnership Act 2004, Same-Sex Marriage and the Church of England,* en «Ecclesiastical Law Journal» 38 (2006), pp. 289-306.

[144] *Lillian Ladele v. The London Borough of Islington,* [2009] EWCA Civ 1357 (Court of Appeal, Civil Division, 15 diciembre 2009).

[145] *McClintock v. Department of Constitutional Affairs* [2008] IRLR 29 (Employment Appeal Tribunal, 31 octubre 2007).

de las consecuencias de esa adopción a largo plazo. Alegaba que no podía contribuir a un experimento con seres humanos —tratados, a su juicio, como «conejillos de indias»— en aras de la corrección política. Como consecuencia de su oposición, hubo de dimitir del *Family Panel,* tras lo cual presentó demanda por discriminación. Sus argumentos fueron rechazados, entre otras razones porque el Tribunal entendía que los motivos alegados no eran propiamente de conciencia, sino más bien planteamientos filosóficos. Esto último nos resulta desconcertante, pues, ante la responsabilidad que supone entregar un menor en adopción, un razonamiento como el del demandante bien puede justificar serios escrúpulos morales a la hora de disponer de la vida futura de un niño.

### 3.3. *Derecho español*

Si dirigimos la mirada hacia el derecho español, ahora el trabajo ha de bifurcarse, tratando separadamente la objeción de conciencia de jueces encargados del Registro Civil, y la de alcaldes o concejales [146].

#### a) *La objeción de conciencia de los jueces*

El problema de la objeción de conciencia de los jueces conecta con el más amplio de la objeción de conciencia de los servidores públicos, en especial los adscritos a la función pública. Es ésta una cuestión debatida, que requiere una atenta consideración [147]. Pero antes de abordar el problema veamos si el juez encargado del Registro Civil dispone de otros expedientes exculpatorios para eludir su asistencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo. Prescindiendo ahora de la que suele llamarse «objeción de legalidad», es decir, la negativa a celebrar esos matrimonios planteando una cuestión de inconstitucionalidad, a la que aludiremos enseguida, analicemos algunas otras actuaciones posibles.

En esta línea se han planteado las siguientes opciones [148]. La primera, alegar una causa de abstención: la de tener interés directo o indirecto en el asunto que debe resolver, lo que le haría perder imparcialidad. Interés que se traduciría en que la ley que debe aplicar pugna con su conciencia, pudiendo ser origen de un

---

[146] Según la modificación del Código Civil español en esta materia, en conexión con la Instrucción de 26 de enero de 1995 de la Dirección General de los Registros, los alcaldes intervienen en la celebración de matrimonios civiles, bien cuando no hay en el municipio juez encargado del registro civil, o bien cuando los mismos contrayentes lo eligen en sustitución del juez.

[147] *Vid.*, pormenorizadamente, R. NAVARRO-VALLS, *La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo,* en RGDCDEE 9 (2005), pp. 1-27.

[148] *Vid*. J.L. REQUERO, *Una ley injusta que genera violencia,* en «Alfa y Omega», 2 junio 2005, p. 5.

prejuicio [149]. Otra posibilidad sería, según la organización de nuestro sistema de Registro Civil, delegar en un juez de paz la celebración de un matrimonio homosexual. En fin, de existir varios jueces encargados del Registro en una determinada localidad, puede plantearse que acuerden el reparto del trabajo de manera que celebren esos matrimonios los que no tengan óbice moral.

Desde estos presupuestos, buena parte de la doctrina española que se ha referido a esta cuestión ha entendido factible que los jueces puedan alegar la libertad de conciencia y religiosa del art. 16 CE en materia de matrimonios entre personas del mismo sexo [150]. Y esto aunque no se haya introducido expresamente una cláusula de conciencia en la ley española [151]. Lo cual hubiera sido deseable, a nuestro juicio, y de hecho el Senado lo aprobó, aunque luego el Congreso lo eliminaría, en su segunda lectura de la ley, tras el veto opuesto por el Senado [152].

Un importante punto de partida para el análisis de esta cuestión lo proporcionan dos afirmaciones del Tribunal Constitucional sobre materias diversas: función pública, por un lado, y conflictos entre ley y conciencia, por otro. En relación con la primera, el TC ha declarado: «En una primera etapa del consti-

---

[149] Cfr. art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Este mismo artículo ha sido aludido también para justificar otra posible objeción de conciencia del juez. Así, S. Sieira, *La objeción de conciencia sanitaria,* Madrid 2000, pp. 224 ss., sostiene que es necesario completar el consentimiento de la menor para considerarlo válido a efectos de la despenalización del delito de aborto. En caso de discrepancia entre la menor y sus representantes legales, no parece existir otra solución que el nombramiento de un defensor judicial, con la consiguiente intervención del juez. En este caso, su punto de vista es que cabe la objeción de conciencia del juez, precisamente argumentando su posición sobre la base del art. 219 LOPJ.

[150] Nos remitimos al conjunto de trabajos recogidos en el volumen «Objeción de conciencia y función pública» (dir. por I. Sancho Gargallo, ed. por el Consejo General del Poder Judicial), Madrid 2007. *Vid*. también R. Navarro-Valls, *La objeción de conciencia de jueces y alcaldes a los matrimonios entre personas del mismo sexo,* en «Estudios jurídicos sobre persona y familia (coord. por M.T. Areces Piñol), Granada 2009, pp. 35 ss.; J.L. Requero, *La objeción de conciencia de los jueces,* en «Opciones de conciencia. Propuestas para una ley» (coord. por M.J. Roca), pp. 161 ss. En contra, I.C. Iglesias, *El juez ante la obligación de asistir a matrimonios de dos personas del mismo sexo,* en *ibid*., pp. 205 ss.

[151] Ley 13/2005, de 1 julio 2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

[152] En España, la Comisión de Justicia del Senado admitió una enmienda transaccional en la que se aceptaba la objeción de conciencia de jueces y alcaldes en estos términos: «Las autoridades y funcionarios de todo tipo que, debiendo intervenir en cualquier fase del expediente matrimonial entre personas del mismo sexo, adujesen razones de conciencia para no hacerlo, tendrán derecho a abstenerse de actuar». Asimismo, se indicaba que «la administración o corporación a la que perteneciese la autoridad o funcionario que se acogiere al derecho de objeción de conciencia, proveerá que quienes tengan derecho a contraer matrimonio puedan efectivamente contraerlo». La propuesta se aprobó con 13 votos a favor, del PP y CiU, 11 en contra, del PSOE, y una abstención, del PNV. Sin embargo, el Congreso la eliminó al levantar el veto que a la ley había opuesto el Pleno del Senado.

tucionalismo europeo [...] solía exigirse a los funcionarios públicos una fidelidad silente y acrítica ante el poder [...]. En la actualidad, y en concreto en nuestro país, [...] la situación es muy distinta. [...] Conquistas históricas [...] contribuyen a esbozar una situación del funcionario en orden a la libertad de opinión y a la de sindicación mucho más próxima a la del simple ciudadano» [153]. Y, en relación con la segunda: «La respuesta constitucional a la situación crítica resultante de la pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética [...] que resulte de sus creencias religiosas, sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso» [154]. Lo cual significa que el problema de las objeciones de conciencia es más bien remitido por el TC a la esfera jurisprudencial que legal.

Es cierto que no cabe oponer interés público (cumplimiento de la ley en todo caso) e interés privado (negativa a cumplir un deber). Pero es que en este caso lo que hay en liza son, como vimos en su momento [155], dos intereses públicos: el de que la ley se cumpla y el de que el derecho fundamental a la libertad de conciencia sea respetado. Cuando es posible una fácil sustitución para el objetor se reducen las razones para que prime el primero sobre el segundo.

Conviene también no perder de vista, en nuestro horizonte jurisprudencial, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en 2004, a propósito de un caso inverso de objeción de conciencia al que nos ocupa [156]. Se trataba de la negativa de un subinspector del Cuerpo Nacional de Policía a tomar parte en una procesión religiosa contra su voluntad. Su solicitud de ser eximido de dicho acto fue rechazada por el superior (Comisario Jefe de la Brigada de Seguridad Ciudadana de Sevilla) entendiendo que la asistencia a la procesión había de considerarse como un servicio profesional y no estrictamente a un acto de culto religioso. Añadiendo que «los sentimientos religiosos no pueden aducirse en el ámbito laboral a la hora de prestar un servicio». Sin embargo, el Tribunal Constitucional dio la razón al recurrente en amparo, basándose en el principio de que la libertad religiosa «incluye también una dimensión externa de "agere licere" que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros». Reconocimiento que lo es «con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales». El Tribunal otorgó el amparo, a pesar de que los superiores del recurrente —apoyados por la Abogacía del Estado— entendían «que nos hallábamos ante un servicio propiamente policial, sin connotación religiosa alguna». Igual criterio se había

---

153 STC 42/1983, FJ 2.º

154 STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 7.º

155 *Vid. supra,* capítulo 2.

156 STC 101/2004, 2 junio 2004, FJ 3.º

sentado, *obiter dictum,* en una sentencia anterior, de 1996 [157], que se refería a la negativa de un militar profesional a participar en un acto que lesionaba su libertad religiosa (rendir honores a una advocación de la Virgen). El parecer del TC es que, aunque se considerase que la participación del actor en la parada militar obedecía a razones de representación institucional, «debió respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia, y, por tanto, atenderse a la solicitud del actor de ser relevado del servicio, en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa» [158].

Ciertamente, las circunstancias de estos casos son diversas de la objeción de los jueces en la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo. Sin embargo, el trasfondo valorativo parece similar. Se trata de servidores públicos que, en el ejercicio de su cargo, se encuentran ante servicios contrarios a su conciencia (ya sea «religiosa» o «laica») y rechazan su realización aduciendo un derecho constitucional. La respuesta del Tribunal Constitucional es que, si no ponen en peligro el sistema jurídico, hay que amparar su conducta. Por otra parte, negar a los jueces el derecho a la objeción de conciencia en estos supuestos podría suponer una discriminación contraria al art. 14 CE: «Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» [159].

En fin, no parece que pueda prevalecer sobre esta objeción de conciencia el mandato del art. 1.7 del Código Civil [160]. Aunque este precepto establece que «los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan», la Ley Orgánica del Poder Judicial, en sus arts. 217 y siguientes, enseguida introduce toda una serie de «excusas» bajo el nombre de «causas de abstención y recusación» [161]. Por otra parte, repárese en que el propio

---

[157] STC 177/1996, 11 noviembre 1996.

[158] *Ibid*., FJ 11.º Sobre ambas sentencias, *vid*. A. Seglers, *La laicidad y sus matices,* Granada 2005, pp. 126-130.

[159] Tal vez por eso, se ha hecho notar que «si la objeción de conciencia se admitió [...] para eludir el deber —que era el primero que la Constitución imponía a los españoles— de cumplir las obligaciones militares [...], no puede negarse cuando la obligación impone ejercer una competencia para dar fuerza jurídica a algo tan contrario a la Ley natural como es el matrimonio entre personas del mismo sexo [...]» (J. González Pérez, *Cuando se deslegitima el Derecho,* en «Alfa y Omega», 2 junio 2005, p. 7).

[160] El texto del art. 1.7 CC dice: «Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos que conozcan, teniéndose al sistema de fuentes establecido».

[161] *Vid*. al respecto, desde una perspectiva general, L. Bachmaier Winter, *La abstención y la recusación en la LEC 1/2000,* en «Disposiciones generales relativas a los juicios civiles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 2001, pp. 97-151; C. Galán González, *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación,* Valencia 2005; J. Picó i Junoy, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación,* Madrid 1998.

art. 1.7 CC enmarca este deber en el respeto «al sistema de fuentes establecido». Sistema de fuentes que implica la preeminencia de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), incluidas las normas que declaran los derechos fundamentales, es decir, los derechos que protegen al ciudadano —incluido el juez— frente al poder, y que son fuente inmediata de derechos [162].

A veces se dice que la objeción de conciencia es un medio de eludir el juez predeterminado por la ley. Juez predeterminado por la ley, cuando concurre una causa de abstención, no es el juez al que apuntan las normas de competencia, sino el juez que resulta de la combinación de esa regla de competencia con las que disciplinan la abstención y recusación. El juez que sustituye al recusado (o abstenido) legalmente es el juez predeterminado por la ley. Igual sucede si se admite la objeción de conciencia en un determinado supuesto: el juez predeterminado será aquél al que corresponda asumir el asunto tras eximir a quien alega objeción de conciencia.

Por otro lado, es importante también considerar la posibilidad —como ha advertido el Tribunal Constitucional— de que la pérdida de imparcialidad subjetiva del juez justifique una abstención no prevista expresamente en la ley: la explicación es precisamente que la exclusión de que «internamente haya tomado partido o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidos» sobre la base «de la convicción personal del juez», es decir, «lo que piensa en su fuero interno» [163]. Esta concepción de la imparcialidad subjetiva podría aplicarse en los casos de toma de posición sobre la convicción de conciencia del juez.

Por lo demás, la objeción de conciencia de los jueces encargados del Registro Civil se simplifica extraordinariamente si pensamos que el propio TC ha sentado la doctrina de que, al asistir a los matrimonios, tales funcionarios no desempeñan estrictamente funciones judiciales. Si esto es así, tampoco actúan propiamente en su calidad de jueces al plantear objeción de conciencia en estos supuestos.

Efectivamente, después de dictarse la ley 13/2005 abriendo las puertas al matrimonio entre personas del mismo sexo, varios jueces encargados del Registro Civil plantearon cuestión de inconstitucionalidad, alegando diversos argumentos que, según ellos, abonaban la inconstitucionalidad de la ley. El TC, en dos autos de 13 de diciembre de 2005 (con cuatro votos particulares contrarios) [164], inadmitió las cuestiones de constitucionalidad promovidas por

---

[162] Cfr. F. Rubio Llorente, *La Constitución como fuente del derecho,* y F. Garrido Falla, *Las fuentes del Derecho en la Constitución española,* ambos en «La Constitución española y las fuentes del derecho», vol. 1, Madrid 1979, pp. 51 ss. y 31 ss., respectivamente.

[163] ATC 178/2005, de 9 mayo 2005, FJ 1.º, siguiendo la doctrina del TEDH en el caso *Piersack c. Bélgica,* 1 octubre 1982.

[164] AATC 505/2005 y 508/2005, de 13 de diciembre.

esos magistrados. Prescindiendo aquí de su discutible justificación, fijémonos en un extremo que tiene indirecta conexión con la objeción de conciencia de los jueces. El Tribunal Constitucional niega en esos autos la característica de independencia al juez cuando ejerce funciones de encargado de un Registro Civil, estableciendo una clara dicotomía entre función jurisdiccional y función registral —ambas desarrolladas por jueces— y excepcionando, respecto de la segunda, dos de las notas que el art. 117.1 CE les atribuye: la independencia y la sumisión al imperio de la ley. En efecto, el juez encargado del Registro Civil no es independiente cuando desarrolla funciones registrales por razón de su dependencia funcional del Ministerio de Justicia. Y el sometimiento al imperio de la ley debe ser modulado en tales casos, pues mal se concilia la exclusiva sumisión al imperio de la ley propia del quehacer estrictamente jurisdiccional con el deber que, según el TC, tienen los jueces encargados del Registro Civil de acatar las órdenes e instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, con independencia de que el contenido de éstas coincida o no con el parecer jurídico que cada juez, en concreto, albergue sobre el particular.

Por eso, no podemos estar de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2009 [165], en la que se afirma que la negativa a la objeción de conciencia planteada por un juez encargado del Registro Civil a la celebración de un matrimonio entre personas del mismo sexo se justifica por la tutela «del principio que somete al Juez a la Ley en cualquiera de los cometidos que tiene atribuidos y convierte su intervención, precisamente por esa sumisión y los otros rasgos que la caracterizan —independencia, imparcialidad, responsabilidad— en garantía de los derechos e intereses legítimos de todos». «En caso contrario se resentiría esencialmente la configuración del Poder Judicial y la función de garantía del ordenamiento jurídico y de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que el constituyente le ha confiado» [166].

El sometimiento del juez a la ley cuando ejerce funciones de Registro Civil —según el propio Tribunal Constitucional— no es igual que cuando ejerce funciones estrictamente jurisdiccionales. Como todo funcionario, está sujeto al principio de legalidad (art. 9.1 CE), pero no con la intensidad exigida por la potestad jurisdiccional, pues al depender funcionalmente de un centro directivo de la Administración del Estado, al estar inserto en una organización jerarquizada de la cual emanan instrucciones, las decisiones no son adoptadas por el juez encargado «a solas con la ley», sino que debe acatar las órdenes e instrucciones

---

[165] STS 11 mayo 2009 (Ref. Iustel: §291609), con tres votos particulares discrepantes. Cfr. A. López-Sidro, *La objeción de conciencia de los jueces a los matrimonios entre personas del mismo sexo en la doctrina del Tribunal Supremo,* en RDDCDEE 21 (2009), pp. 1 ss.

[166] STS 11 mayo 2009 (Ref. Iustel: §291609), FJ 9.º

emanadas de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Y cuando hay un deber funcionarial de acatar órdenes, hay espacio para apreciar, llegado el caso, un conflicto de conciencia. Esto hace legítimo que el juez encargado del Registro Civil pueda objetar por razones morales frente a la celebración de matrimonios que «golpean» su conciencia, lo que materialmente plantea una clara demanda de tutela de su derecho a la libertad religiosa, cuya resolución no puede obviarse ni eludirse a la vista de los fundamentos legales y jurisprudenciales que se han expuesto y que la doctrina constitucional lleva a sus lógicas conclusiones.

En efecto, si el juez como encargado del Registro Civil está sujeto funcionalmente a las órdenes e instrucciones ministeriales; si queda trasladado a un *status* no judicial sino funcionarial; si se reconoce a los funcionarios públicos la posibilidad de oponer su conciencia frente a obligaciones profesionales y esto ocurre bien expresamente (militares), bien implícitamente y, según ya se ha expuesto, por aplicación directa del art. 16.1 CE y sin necesidad de intervención del legislador, exceptuándose algo hasta ahora pacífico (sometimiento a régimen estatutario y a una relación de sujeción especial), parece ineludible concluir que, para ese cometido no jurisdiccional sino funcionarial, en sí ajeno a la jurisdicción, habrá que llegar a la misma conclusión a la que llega la doctrina del Tribunal Constitucional.

Conforme a lo anterior, y visto que lo pretendido por los jueces que puedan objetar no es perpetrar un acto de desobediencia frente a una norma u orden superior, sino, ante un mandato o contenido normativo que represente una lesión de un específico imperativo moral del sujeto —no una mera opinión—, permitir, para ese caso concreto, el uso del mecanismo previsto para su sustitución, sin quiebra de los derechos de nadie —los contrayentes del mismo sexo pueden seguir con su propósito legalmente reconocido—, sería puro respeto a su derecho fundamental a la libertad ideológica y de conciencia.

En fin, coincidimos con la justificada crítica de que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 de mayo de 2009, ha desviado su argumentación al análisis de si existe o no un derecho de objeción de conciencia en general, en vez de resolver la cuestión concreta que se le planteaba. Es decir, se ha movido en el plano de la teoría del derecho, pero sin descender al caso concreto [167].

---

[167] «Si la objeción es una situación singular, en la que se solicita una excepción a la Ley, y esto era lo reclamado por el demandante; y si esta excepcionalidad es posible, porque así lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional, lo que procedía era examinar su viabilidad. Y no, como ha hecho el Tribunal Supremo, negar la excepción —incluso su mismo concreto examen— por elevación, rechazando el carácter general de la objeción; porque esa imposible generalidad no sólo resulta ser compatible con la excepción, sino que incluso es su causa justificante. Se puede afirmar que el Tribunal ha resuelto una teoría del Derecho, pero no el caso concreto

b) *La objeción de conciencia de los alcaldes*

Respecto a los alcaldes o concejales, la situación no es estrictamente la misma: no son funcionarios, sino cargos políticos cuya competencia se pone en acto, bien cuando no hay en el municipio juez encargado del Registro Civil, o bien cuando los mismos contrayentes lo eligen por encima del juez [168]. Desde nuestro punto de vista tendrían derecho, también por razones de conciencia, a rechazar la celebración de la unión homosexual solicitada. No se olvide que en modo alguno esa actuación supondría una indefensión para los que reclaman el matrimonio, ya que siempre cabe la posibilidad de que celebre la unión objetada un concejal en quien delegue el alcalde [169], cuya conciencia no se vea alterada ante esa celebración.

A este respecto, es obligado traer a colación una sentencia del Tribunal Constitucional de 1990, en la que se sostiene que la importancia de la libertad ideológica es tal que «sin ella no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el artículo 1.1 de la [CE] para constituir el Estado Social y Democrático de Derecho» [170]; prueba de ello es que la libertad ideológica, junto con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes —art. 10— es fundamento de otras libertades y derechos fundamentales [171]. Esta amplia proyección de la libertad ideológica hace que no se agote únicamente en una dimensión interna de adoptar una posición intelectual ante la vida y de enjuiciar la realidad según personales convicciones, sino que comprende, además, y como hemos visto, una dimensión externa de *agere licere* con arreglo a las propias ideas, que no puede padecer una injerencia de los poderes públicos que no esté justificada por poderosas razones, en términos de necesidad y no de mera utilidad o conveniencia [172]. Es ése el planteamiento que llevó al Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de abril de 2005, a admitir la objeción de conciencia de los farmacéuticos a la expedición de la llamada «píldora del día después», sin mayor cobertura legal que la prevista en el art. 16 CE [173].

---

que se le había planteado, porque en ningún momento se ha atendido a sus peculiares circunstancias —salvo a las más generales de la condición de juez del recurrente—, ni se ha valorado su conflicto de conciencia, ni tampoco la seriedad de sus motivaciones» (A. López-Sidro, *La objeción de conciencia de los jueces…,* cit. en nota 165, p. 16).

168 Cfr. Instrucción de 26 enero 1995 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

169 Cfr. art. 51.1 del Código Civil, según la redacción que le ha dado la Ley 35/1994, de 23 diciembre 1994, de modificación del Código Civil en materia de autorización del matrimonio civil por los alcaldes.

170 STC 20/1990, de 15 febrero 1990, FJ 3.º

171 *Ibid.*, FJ 4.º

172 *Vid*. también STC 120/1990, de 27 junio 1990, FJ 10.º

173 STS de 23 abril 2005 (Ref. Iustel: §239919).

No se olvide que el respeto a la libertad ideológica y religiosa representa una de las bases en las que se apoya la garantía de la dignidad de la persona, en cuanto ser humano. De hecho, el art. 10 CE dispone que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Si el derecho, configurado legalmente, que una persona tiene a contraer matrimonio con otra del mismo sexo colisiona con las convicciones ideológicas o religiosas que pueda albergar el alcalde que ostenta la titularidad de la competencia para autorizar aquél, es evidente que, en la práctica, se genera una pugna entre derechos: uno, de marcado carácter civil y conformación *ex lege;* otro, de carácter fundamental (art. 16 CE). En esta pugna, es deseable que triunfe este segundo.

Por lo demás, el respeto a la dignidad del ser humano ha tenido ya su consagración legal en la esfera de las funciones públicas, lo que revela su importancia. Y, aunque la condición de cargo político del alcalde le exime de la sujeción a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, no resulta ocioso destacar cómo el art. 14.g) de dicho texto legal reconoce que los empleados públicos tienen derecho al respeto de su intimidad y dignidad, no ya sólo en cuanto personas, sino también en cuanto a su condición de trabajadores al servicio de la Administración pública [174].

[174] Cuando en 1998 se discutió en Francia el llamado Pacto Civil de Solidaridad (PACS), que daba un estatuto legal a las uniones de hecho, también entre personas del mismo sexo, y las equiparaba en algunos derechos con el matrimonio, las principales confesiones religiosas (católicos, protestantes, musulmanes y judíos) se manifestaron en contra. Pero también hubo una declaración, firmada por más de 18.800 alcaldes (unos dos mil de izquierda, seis mil de derecha y más de diez mil independientes), en «defensa del matrimonio republicano», oponiéndose a refrendar las uniones homosexuales. Y eso que el PACS, después aprobado, no tiene ni mucho menos el rango de matrimonio. Los alcaldes firmantes de la declaración recordaban que la República hizo del matrimonio una celebración laica, presidida por el alcalde: «No hay otro acontecimiento en la vida del ciudadano, de su nacimiento a su muerte, que reciba tal honor». Los alcaldes temían el descrédito que podía sufrir el matrimonio civil, al equiparar en ciertos derechos a las uniones homosexuales con el matrimonio.

# Capítulo 12

# Las objeciones de conciencia en los ordenamientos confesionales

SUMARIO: 1. Conciencia individual y conciencia «institucional» ante el derecho del Estado.—2. El secreto ministerial: 2.1. *El secreto ministerial en los ordenamientos confesionales.* 2.2. *El secreto ministerial como forma de objeción de conciencia.* 2.3. *Derecho comparado.* 2.4. *Derecho español*.—3. La objeción al sacerdocio de mujeres y homosexuales en la Iglesia de Inglaterra: 3.1. *La normativa que la encuadra.* 3.2. *El coste de la conciencia y la ruptura de la comunión anglicana.*

## 1. Conciencia individual y conciencia «institucional» ante el derecho del Estado

Como hemos tenido ocasión de comprobar en este recorrido por las principales manifestaciones de la objeción de conciencia, no es excepcional que, en bastantes de ellas, la motivación de base sea una razón de orden religiosa, esto es, extraída de ese núcleo de creencias confesionales que marcan muchas veces el trasfondo de las éticas, ya sean éstas filosóficas o teológicas. Recuérdese, por ejemplo, por lo que se refiere a los católicos, la objeción al aborto o en materia bioética, o la prohibición canónica que pesa sobre clérigos y religiosos en relación con su posible participación en un jurado; o, por lo que concierne a otras religiones, la objeción a trabajo en sábado, a ciertos tratamientos médicos, o a despojarse de ciertos símbolos o vestimenta de significación religiosa. Eso explica que, como hemos hecho notar en diversas partes de este trabajo [1], el respaldo institucional de una objeción de conciencia tenga relevancia para el derecho estatal: no tanto porque la conciencia religiosa merezca de suyo una tutela más intensa que la conciencia no religiosa, sino por la garantía de sinceridad, de seriedad y de consistencia que proporciona a una opción moral su enraizamiento en un credo confesional identificable.

Lo anterior explica que, no pocas veces, la existencia de una doctrina moral oficial en una iglesia o comunidad religiosa determinada haya propiciado que, al abordar la cuestión de los conflictos entre ley y conciencia, se ponga un espe-

[1] *Vid*. sobre todo, capítulo 2.

cial énfasis en sus aspectos institucionales. Es decir, que se enfoquen desde la estricta perspectiva de lo que postula la doctrina moral oficial, olvidando que la libertad de conciencia es un derecho primariamente individual, antes que institucional [2]. Esa consideración preferentemente institucional de las objeciones de conciencia, cuando se ha dado por parte estatal —y no sólo eclesiástica—, ha determinado que, en ocasiones, se considere que los conflictos de conciencia frente a una obligación jurídica secular sólo estarían justificados cuando tuvieran el respaldo de la doctrina oficial de la confesión religiosa en cuestión, pero no en otros supuestos.

Esto último es desde luego inexacto. La objeción de conciencia, como acaba de indicarse, es un hecho que se produce como consecuencia del ejercicio de un derecho individual. Ante el ordenamiento jurídico del Estado, cada conciencia de un ciudadano vale por sí misma, y no por la pertenencia a su iglesia o comunidad religiosa (o grupo ideológico equiparable, en su caso). Tener el aval de una clara doctrina institucional en ciertas cuestiones morales puede servir como prueba de la sinceridad o coherencia de la objeción que se alega, pero no hace, en rigor, que la objeción individual sea más valiosa o más protegible.

Conviene hacerlo notar, entre otras cosas, porque no siempre los miembros de una confesión religiosa adaptan de igual manera su percepción del deber moral en un caso concreto a la norma ética general que forma parte de la doctrina institucional de su iglesia, y no es descartable que su posición individual pueda transitar en dirección divergente, e incluso opuesta, a la institucional. Así, una persona, para evitar el conflicto con una obligación jurídica civil, podría considerarse eximido de ciertos deberes morales impuestos de manera general por su confesión. Pero también podría suceder lo contrario: que la conciencia individual vea un conflicto de deberes —obligación moral *versus* obligación jurídica civil— donde la norma religiosa oficial no los impone necesariamente. No se trata de una simple hipótesis. Por citar un ejemplo bien conocido, en Estados Unidos, uno de los casos clave en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre objeción al servicio militar fue protagonizado por un católico practicante [3], y es bien sabido que la Iglesia Católica no tiene una oposición institucional a la existencia del ejército o del servicio militar obligatorio.

---

[2] *Vid*. sobre el tema, con particular referencia al caso de los católicos, J. Martínez-Torrón, *Las objeciones de conciencia de los católicos,* en «Cuestiones vivas de Derecho matrimonial, procesal y penal canónico. Instituciones canónicas en el marco de la libertad religiosa» (ed. por R. Rodríguez Chacón & L. Ruano Espina), Salamanca 2005, pp. 347-351.

[3] Se trataba de la sentencia *Gillette v. United States,* 401 U.S. 437 (1971), en la que se decidía también el caso —gemelo— *Negre v. Larsen* (Negre era el católico). Para un comentario a esa sentencia, *vid*. J. Martínez-Torrón, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano,* en ADEE 1 (1985), pp. 415-417; y R. Palomino, *Las objeciones de conciencia*.

Cuando, en los casos de objeción, existe una discrepancia entre conciencia individual y «conciencia institucional», el ordenamiento jurídico del Estado ha de tener como referencia la primera, por delante de la norma moral institucionalizada, reconociendo como válida en su caso —y desde luego con fundamento real— la objeción de conciencia planteada por la persona que se aparta de la doctrina oficial de su confesión religiosa. Y esto incluso cuando exista una clara incompatibilidad con esta última. La heterodoxia tiene su terreno de juego propio en el interior de la organización religiosa institucional, pero en el ámbito del derecho del Estado lo que cuenta es la posición adoptada por el individuo en el ejercicio de un derecho fundamental.

Lo anterior, pese a todo, no hace superfluo un eventual reconocimiento de la *objeción de conciencia institucional* por parte del derecho del Estado [4]. Al contrario. Queremos decir que el ordenamiento jurídico civil puede tutelar explícitamente, en su legislación unilateral o en normas concordadas, algunas normas morales oficiales de ciertas iglesias, cuando resulte previsible el supuesto de una colisión con obligaciones legales. Así se facilita la alegación y prueba de la objeción de conciencia por personas individuales que se encuentran en la situación prevista por la norma. Además de que, naturalmente, refuerza la protección de la autonomía de las iglesias, y actúa de salvaguarda de sus principios morales, frente a eventuales invasiones de una legislación de signo contrario. Un ejemplo frecuente, como veremos enseguida, es el reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del secreto de confesión, que en España se ha llevado a cabo tanto por vía acordada como legislativa [5]. Otro ejemplo interesante es la cláusula general de salvaguardia de las objeciones de conciencia de los católicos que se contiene en el Acuerdo Base entre la Santa Sede y la República de Eslovaquia, cuyo desarrollo se encuentra en un acuerdo específico aún pendiente de firma [6].

---

*Conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano,* Madrid 1994, pp. 74 ss. Aclararemos, incidentalmente, que utilizamos la expresión «católico practicante», no obstante ser imprecisa y equívoca, por ser de uso habitual, y porque, en este caso, sirve para destacar la idea de que Negre era una persona con consciencia de ser católico y con sincera intención de vivir como tal.

[4] *Vid*. un interesante análisis de esta cuestión en M. Roca, *Derechos confesionales e integración de las confesiones religiosas. Aspectos institucionales y personales: de la autonomía a la objeción de conciencia,* en «Jornadas Jurídicas sobre Libertad Religiosa en España» (coord. por J. Ferreiro), Madrid 2008, pp. 215-242.

[5] Más adelante, en el epígrafe 2.4, nos referimos más pormenorizadamente a esta cuestión.

[6] Acuerdo Base de 24 de noviembre de 2000, entre la Santa Sede y la República Eslovaca, art. 7: «La República Eslovaca reconoce a todos el derecho de objeción de conciencia según los principios doctrinales y morales de la Iglesia Católica. La medida y las condiciones de aplicación de ese derecho serán definidas en un acuerdo específico entre las Altas Partes». Ese acuerdo específico fue redactado hace ya tiempo, pero aún no ha sido firmado; *vid*. su texto en RGDCDEE 9 (2005).

En todo caso, el enfoque que daremos al resto de este capítulo es algo diverso. Ya no se trata solamente de convicciones religiosas que provocan una situación de disenso con la norma civil, pero que podrían tener también por base motivaciones exclusivamente éticas, filosóficas o incluso sociológicas, desconectadas de cualquier planteamiento religioso. De lo que se trata aquí es de instituciones jurídicas, netamente confesionales, que bien en su exclusiva esfera intraconfesional o bien en su proyección sobre los ordenamientos civiles, desencadenan —cuando intentan ser de algún modo desconocidas o esencialmente alteradas— una reacción de disconformidad, cercana a la objeción de conciencia. Es más, específicamente catalogadas como formas de objeción de conciencia.

Aquí, nos hemos fijado en dos cuestiones: el secreto ministerial y la institución de las órdenes sagradas, tradicionalmente confiadas a varones, pero en alguna confesión ampliadas, con serias polémicas intraconfesionales, también a mujeres [7].

## 2. El secreto ministerial

### 2.1. *El secreto ministerial en los ordenamientos confesionales*

En los ordenamientos jurídicos de algunas confesiones religiosas, la natural y extrema reserva de los ministros de culto en relación con las «confidencias» que reciben de sus fieles en el ejercicio de su ministerio, es tradicionalmente aceptada a través de lo que se denomina «secreto ministerial».

Así, tanto la Iglesia de Inglaterra como la episcopaliana han mantenido una vieja disposición de 1603 por la que se impone al sacerdote la grave obligación de no quebrantar «el sello de la confesión». Y la Iglesia reformada de Francia, aun habiendo abolido la confesión sacramental, mantiene la necesidad del secreto en las conversaciones de los fieles con los ministros religiosos [8]. Con uno u otro matiz, también los derechos judío e islámico admiten la confidencialidad [9].

En el derecho canónico de la Iglesia Católica, esta obligación y derecho al secreto ministerial se acentúa cuando la información recibida se opera dentro

---

[7] Otras formas de objeción de conciencia en el Derecho canónico de la Iglesia Católica, *vid*. R. Bertolino, *Il nuovo diritto ecclesiale, tra coscienza dell'uomo e istituzione,* en sus «Saggi di diritto costituzionale canonico», Torino 1989, pp. 106 ss.; V. Turchi, *L'obiezione di coscienza nell'ordinamento canonico,* en «Comunione e disciplina ecclesiale», Città del Vaticano 1991, pp. 139 ss.

[8] *Vid*. R. Palomino, *Derecho a la intimidad y religión: la protección jurídica del secreto religioso,* Granada 1999, pp. 46-48.

[9] *Vid*. R. Palomino & S. Cañamares, *Conflicto matrimonial, derecho a la intimidad y libertad religiosa,* en «Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado», Bilbao 2001, pp. 672-673.

del sacramento de la penitencia, es decir, en la confesión sacramental. En ese contexto, el secreto ministerial se torna en «sigilo sacramental», que constituye una obligación particularmente rigurosa para el sacerdote. Conviene sintetizar su régimen canónico, porque da razón de la tutela que recibe en el orden civil.

El vigente Código de Derecho Canónico de 1983 reitera, en sus líneas generales, lo establecido en el anterior Código de 1917 [10]. Así, el canon 983.1 dispone: «El sigilo sacramental es inviolable; por lo cual está terminantemente prohibido al confesor descubrir al penitente, de palabra o de cualquier otro modo, y por ningún motivo». A su vez, el párrafo 2.º del mismo canon distingue el sigilo sacramental de la simple obligación del secreto, en estos términos: «También están obligados a guardar secreto el intérprete, si lo hay, y todos aquellos que de cualquier manera hubieran tenido conocimiento de los pecados por la confesión». En fin, el c. 984 del Código extiende la protección jurídica del sigilo a lo que se denomina «ciencia adquirida»: «1. Está terminantemente prohibido al confesor hacer uso, en perjuicio del penitente, de los conocimientos adquiridos en la confesión, aunque no haya peligro alguno de revelación.— 2. Quien está constituido en autoridad no puede en modo alguno hacer uso, para el gobierno exterior, del conocimiento de pecados que haya adquirido por confesión en cualquier momento».

Es natural que los términos tajantes de la prohibición se acompañen en el Código con sanciones del máximo rigor a los contraventores. Efectivamente, el c. 1388 establece un catálogo de sanciones en función de la gravedad de la revelación. Si ésta supone una violación directa del sigilo, la sanción es de excomunión *latæ sententiæ* [11] reservada a la Sede Apostólica. Si la violación del sigilo sacramental es indirecta, es decir, que permite a otros acceder con posibilidad más o menos próxima (gestos, palabras hechos u omisiones del confesor) al pecado y al pecador, la pena dependerá en su gravedad de la cercanía de la posibilidad. De ahí que la norma castiga al culpable «en proporción a la gravedad del delito», a través de lo que técnicamente se denomina pena *ferendæ sententiæ* [12].

Si quien revela el secreto no es el mismo confesor, sino alguien que, por cualquier medio, incluido el intérprete, haya tenido conocimiento de lo tratado en la confesión, se sancionará con pena *ferendæ sententiæ* indeterminada, sin excluir la excomunión. En 1988, se precisó que incurre también en excomunión «quien capta mediante cualquier instrumento técnico, o divulga en un medio de comunicación social, las palabras del confesor o del penitente, ya sea la con-

---

[10] Cfr. Código de Derecho Canónico de 1917, cc. 889-890, 1757 y 2369.

[11] Es decir, de imposición automática, *ipso iure,* sin necesidad de que una sentencia la declare.

[12] Es decir, contrariamente a la anterior, requiere una sentencia que la imponga.

fesión verdadera o fingida, propia o de un tercero» [13]. Esta nueva disposición fue necesaria a raíz de una serie de grabaciones de preguntas y consejos realizadas fraudulentamente en confesión, efectuadas en Italia con la intención de difundirlas en revistas sensacionalistas [14].

Si del plano penal pasamos al procesal, el Código de Derecho Canónico exime al confesor de la obligación de responder en juicio «respecto a todo lo que conoce por razón de su ministerio», declarándole «incapaz» de ser testigo en relación con lo que conoce por confesión sacramental, aunque el penitente «le pida que lo manifieste» [15]. Bien entendido que, en caso de autorización del penitente, esta prohibición, que se impone para el proceso canónico, en nuestra opinión no operaría en un proceso civil o penal [16].

### 2.2. *El secreto ministerial como forma de objeción de conciencia*

Es tema debatido el de si la obligación de guardar secreto sobre cuestiones conocidas en el ejercicio del ministerio pastoral debe configurarse como una forma de objeción de conciencia. Un sector de la doctrina entiende que las características de la relación entre secreto ministerial y libertad religiosa permite una configuración cómodamente encuadrable en la figura de la objeción de conciencia [17]. Otro sector, cuya más cualificada expresión es Rafael Palomino, hace algunas distinciones que merecen ser sintetizadas.

Para Palomino, en el orden procesal, el genérico interés en la precisa averiguación de los hechos —que no es otro que la búsqueda de la verdad en el juicio— ha de ceder, en el caso de la obligación de comparecencia, ante el deber de conciencia de guardar silencio acerca de hechos conocidos en el marco de una relación pastoral. Por tanto, la fidelidad a la propia norma de conciencia —moral o religiosa— conduce a la omisión del deber legal, lo que es un caso

---

[13] Cfr. Decreto General de 23 noviembre 1988, Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, AAS, 80 (1988), p. 1367.

[14] Sobre estos penosos acontecimientos, *vid*. A. Solferino, *Aspetti della tutela penale del sacramento della confesione,* en DE 2 (1994), pp. 601 ss.

[15] Cfr. cc. 1548 y 1550.

[16] El amplio debate sobre esta última cuestión está recogido por R. Palomino, *Derecho a la intimidad…,* cit. en nota 8, quien afirma: «Sea como fuere, incluso si se considerara lícita la posibilidad de que el sacerdote testifique en juicio civil a petición expresa del penitente, sin embargo, esa esfera de licitud deja [...] intacta la facultad moral del ministro religioso de abstenerse de testificar, en caso de que considere *en conciencia* que no puede proceder a testificar por seguirse un daño para la institución del sacramento, o por estimar que se sigue un perjuicio para terceros» (p. 38).

[17] Cfr. J. Martínez-Torrón, *Separatismo y cooperación en los Acuerdos del Estado con las minorías religiosas,* Granada 1994, pp. 151-152; V. Moreno Catena, *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal,* Madrid 1980, p. 247.

típico de objeción de conciencia. Sin embargo, «cuando lo que sienta el derecho procesal es una absoluta prohibición de testificar y, por otro lado, el derecho penal [...] o civil sanciona la revelación, entonces queda fuertemente debilitada la sistematización del secreto religioso como forma de objeción de conciencia» [18].

Desde luego estas apreciaciones son exactas, pero no empecen para considerar que la razón de base que encuadra esas prohibiciones y, que desde luego, debilita una conceptuación rígida de la objeción de conciencia, trae su causa en consideraciones que desde la conciencia individual y la norma confesional han saltado a la norma civil, dándole un trasfondo de objeción de conciencia *secundum legem* si en algún caso se produjera una extralimitación del poder civil en este sector. En otras palabras, parece tratarse más bien de una suerte de tutela de la conciencia del ministro de culto «por arriba», obviando de manera radical cualquier posibilidad, o incluso cualquier posible presión, que pueda impulsarle a quebrantar una de las graves obligaciones morales que le impone su ministerio religioso. De ahí que no renunciemos en este trabajo a estudiarlas.

### 2.3. *Derecho comparado*

En agosto de 1999, la Corte Penal Internacional desestimó una propuesta de Canadá que proponía perseguir judicialmente al sacerdote que se niegue a revelar el secreto de confesión. Poco antes, Conan W. Hale, convicto por robo en una penitenciaría de Oregon, solicitó los servicios de un sacerdote católico. La confesión del preso fue grabada a través de sofisticados medios, y se pretendió utilizar como medio de prueba en un posterior juicio contra Hale por homicidio. La Santa Sede presentó una protesta formal ante el gobierno del Presidente Bill Clinton por esta intromisión en la intimidad y en la libertad religiosa de un ciudadano. La prueba no fue aceptada por los tribunales de EEUU. En fin, en julio de 2001, un sacerdote norteamericano (el jesuita Joseph Towle), supuestamente bajo secreto de confesión, revelaba en vía procesal el nombre de un presunto asesino (Jesús Fornés), ya fallecido. Su revelación contribuyó a la puesta en libertad de dos condenados injustamente [19].

---

[18] «En definitiva: una obligación legal (testificar) se vería sustituida por otra obligación (no testificar). La presencia —reflejada normativamente— del interés representado por el derecho a la intimidada o *privacy* interfiere la configuración del secreto religioso como forma de objeción de conciencia. Sólo cuando ese interés queda satisfecho, o cuando carece de reflejo normativo (penal o civil), o bien cuando no existe prohibición absoluta de testificar del ministro religioso, podría entenderse que existe objeción de conciencia del ministro religioso» (R. PALOMINO, *Derecho a la intimidad…,* cit. en nota 8, pp. 88-89).

[19] Cfr. R. NAVARRO-VALLS, *Del poder y de la gloria,* Madrid 2004, pp. 159-162 y 174-178.

Son solamente algunos ejemplos que evidencian la viveza del tema en el marco del Derecho comparado. Su análisis permitirá la comprensión de las normas que lo protegen.

Por lo que se refiere a la Corte Penal Internacional, después del aludido debate, el secreto ministerial quedó garantizado en las Reglas de Procedimiento y Prueba, concretamente en la regla 73.3, en los términos siguientes [20]:

> *Comunicaciones e información privilegiadas.* [...] 3. La Corte, al adoptar una decisión en virtud de la subregla 2, tendrá especialmente en cuenta la necesidad de reconocer el carácter privilegiado de las comunicaciones en el contexto de la relación profesional entre una persona y su médico, psiquiatra, psicólogo o consejero, en particular cuando se refieran a las víctimas o las involucren, o entre una persona y un miembro del clero; en este último caso, la Corte reconocerá el carácter privilegiado de las comunicaciones hechas en el contexto del sacramento de la confesión cuando ella forme parte de la práctica de esa religión» [21].

Y en la subregla 2 de ese mismo artículo se establece que esas comunicaciones confidenciales no podrán divulgarse, a menos que la persona afectada consienta en ello —por escrito— o revele voluntariamente el contenido de la comunicación a un tercero, siempre que sea posible demostrar esa revelación voluntaria [22].

---

[20] La inclusión de la tutela del secreto ministerial en el Reglamento, en términos razonables, fue posible después de no pocas dificultades, sobre todo por las reticencias que provenían, en su mayor parte, de la representación canadiense y francesa, a cuya posición se adhirieron los países pertenecientes al ámbito de la tradición jurídica angloamericana. Su aceptación final fue posible gracias a la insistencia del grupo de países iberoamericanos, en el que la delegación española desempeñó un intenso protagonismo. La posición franco-canadiense consistía, concretamente, en conceder a la Corte Penal Internacional facultades para apreciar, en cada caso, si el sacerdote estaba o no exonerado del deber de declarar como testigo en un proceso. Al final se impuso la posición defendida por España, que propugnaba la protección del secreto ministerial en términos rígidos y con automatismo. *Vid*. al respecto el trabajo escrito por uno de los integrantes de la representación española: FJ. Fontecilla Rodríguez, *El proceso ante la Corte Penal Internacional. Algunas consideraciones sobre la aportación española,* en RFDUG 7 (2005), pp. 57-84.

[21] Reglas de Procedimiento y Prueba, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000).

[22] Éste es el texto completo de la regla 73: «*Comunicaciones e información privilegiadas.*— 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 b del artículo 67, las comunicaciones que tengan lugar en el contexto de la relación profesional entre una persona y su abogado se considerarán privilegiadas y, en consecuencia, no estarán sujetas a divulgación, a menos que esa persona:— a) Consienta por escrito en ello: o— b) Haya revelado voluntariamente el contenido de la comunicación a un tercero y ese tercero lo demuestre.— 2. En cuanto a la subregla 5 de la regla 63, las comunicaciones que tengan lugar en el contexto de una categoría de relación profesional u otra relación confidencial se considerarán privilegiadas, en consecuencia, no estarán sujetas a divulgación en las mismas condiciones que en las subreglas 1 a) y 1 b) si la Sala decide respecto de esa categoría que:— a) Las comunicaciones que tienen lugar en esa categoría de re-

En lo que respecta al caso Hale, es interesante reparar en que el intento de revelación de una declaración obtenida a través de grabaciones, en el marco de la confesión sacramental, provocó un auténtico conflicto internacional [23]. Efectivamente, el 24 de mayo de 1996, la Santa Sede hizo pública una declaración [24], que incluía la nota escrita formal de protesta transmitida por la Secretaría de Estado al embajador de Estados Unidos ante la Santa Sede. En ella se manifestaba la «sorpresa y repulsa» por el hecho de que hubiera sido registrado el contenido de una confesión sacramental en la cárcel de Lane County (Oregon). Al mismo tiempo, se deploraba que intentara ser utilizada como prueba procesal. Solicitaba que dicha grabación fuera destruida y se garantizara a los reclusos en lo sucesivo «la integridad del sacramento de la penitencia». La grabación fue efectivamente destruida y no se utilizó como prueba.

La resolución final del caso es congruente con las propias disposiciones civiles norteamericanas sobre el tema, que traen su origen en la antigua sentencia

---

lación forman parte de una relación confidencial que suscita una expectativa razonable de privacidad y no divulgación;— b) La confidencialidad es esencial para la índole y el tipo de la relación entre la persona y su confidente; y— c) El reconocimiento de ese carácter privilegiado promovería los objetivos del Estatuto y de las Reglas.— 3. La Corte, al adoptar una decisión en virtud de la subregla 2, tendrá especialmente en cuenta la necesidad de reconocer el carácter privilegiado de las comunicaciones en el contexto de la relación profesional entre una persona y su médico, psiquiatra, psicólogo o consejero, en particular cuando se refieran a las víctimas o las involucren, o entre una persona y un miembro del clero; en este último caso, la Corte reconocerá el carácter privilegiado de las comunicaciones hechas en el contexto del sacramento de la confesión cuando ella forme parte de la práctica de esa religión.— 4. La Corte considerará privilegiados y, en consecuencia, no sujetos a divulgación, incluso por conducto del testimonio de alguien que haya sido o sea funcionario o empleado del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), la información, los documentos u otras pruebas que lleguen a manos de ese Comité en el desempeño de sus funciones con arreglo a los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja o como consecuencia del desempeño de esas funciones, a menos que:— a) El Comité, tras celebrar consultas de conformidad con la subregla 6, no se oponga por escrito a la divulgación o haya renunciado de otra manera a este privilegio; o— b) La información, los documentos o las otras pruebas consten en declaraciones y documentos públicos del Comité.— 5. Nada de lo dispuesto en la subregla 4 se entenderá en perjuicio de la admisibilidad de la misma prueba obtenida de una fuente distinta del Comité y sus funcionarios o empleados cuando esa fuente haya obtenido la prueba con independencia del Comité y de sus funcionarios o empleados.— 6. La Corte, si determina que la información, los documentos u otras pruebas en poder del Comité revisten gran importancia para una determinada causa, celebrará consultas con el Comité a fin de resolver la cuestión mediante la cooperación, teniendo presentes las circunstancias de la causa, la pertinencia de la prueba, la posibilidad de obtenerla de una fuente distinta del Comité, los intereses de la justicia y de las víctimas y el desempeño de sus funciones y las del Comité».

[23] El sacramento se solicitó por Hale, un preso preventivo acusado de diversos delitos de robo y sospechoso del asesinato a tiros de tres adolescentes. La confesión tuvo lugar en la sala de visitas de la prisión, siendo grabada íntegramente por las autoridades penitenciarias.

[24] *Dichiarazione del direttore della sala stampa della Santa Sede,* Bolletino n. 198, 24 mayo 1996.

*The People v. Daniel Phillips & Wife* (1813) [25], relativa a un supuesto de robo confesado a un párroco, el cual se había excusado de testificar, aduciendo el sigilo sacramental. En aquel momento, el derecho estadounidense carecía de precedente sobre la cuestión. Los magistrados, sin embargo, establecieron la exención del párroco sobre bases constitucionales (la tutela de la libertad religiosa en la primera enmienda). El Tribunal describía muy bien el drama del sacerdote católico obligado a comparecer en juicio para testificar sobre un robo del que había tenido noticia a través de la confesión: «Se encuentra ante el trágico dilema del perjurio o el sacrilegio: si dice la verdad infringe la ley eclesiástica; si la tergiversa, viola el juramento judicial».

Este drama de conciencia ha hecho que la tutela del secreto de confesión vaya gradualmente intensificándose en las legislaciones de todo el mundo. Por tres vías suele protegerse la privilegiada relación confidencial entre ministro de culto y penitente. La primera, extendiendo al secreto de confesión la protección que suele otorgarse al secreto profesional (abogados, médicos, notarios, etc.). Este es el caso de Francia [26], cuya jurisprudencia ha establecido que para los sacerdotes católicos no cabe distinguir entre la vía de la confesión y confidencias fuera de ella: en ambos casos son secretos profesionales que han de ser protegidos. El segundo camino de protección es la tutela de la libertad religiosa a través de la objeción de conciencia, es decir, del establecimiento de una zona de penumbra en la cual la ley civil no puede obligar a pronunciarse a los ministros de culto, precisamente porque supondría una grave lesión de su conciencia. Ésta es la vía de protección del ordenamiento inglés [27]. En fin, el tercer procedimiento es la conceptuación del secreto de confesión como expreso objeto de tutela civil. Tal es el caso de Italia, cuya ley procesal específicamente excluye de la obligación de deponer como testigos a los ministros de las confesiones religiosas [28].

Respecto al caso *Towle,* tres coordenadas lo encuadran: la legislación canónica sobre el sigilo sacramental (que ya conocemos), la legislación civil sobre deposición en juicio de ministros de culto (cuya síntesis también nos es familiar) y el ámbito moral del sacerdote afectado. Solamente una adecuada comprensión de estos factores puede rescatar el debate del campo puramente emocional.

La razón de la fuerte protección en derecho canónico es clara. Permítasenos volver sobre ella, comparando el sigilo con otros secretos profesionales. El se-

---

[25] Texto de la sentencia reproducido en la revista *The Catholic Lawyer,* vol. 1 (1955), pp. 199-213.

[26] Cfr. R. Palomino, *Derecho a la intimidad…,* cit. en nota 8, pp. 113 ss.

[27] Cfr. *ibid*., p. 91.

[28] Cfr. *ibid*., p. 105.

creto profesional de un periodista y sus fuentes —o el de un abogado— es sagrado. Recuérdese el caso *Watergate* y ese enigmático personaje («garganta profunda») origen de la filtración, cuyo nombre nunca fue desvelado por los periodistas Bernstein y Woodward, a pesar de todo tipo de presiones [29]. Y es inviolable —o tiende a serlo— aunque el objeto de las confidencias recibidas por el periodista no trate de hechos delictivos o reprensibles. El objeto de la confesión sacramental, al contrario, se refiere siempre a ilícitos morales (pecados), a veces graves. Si la protección de lo confesado fuera sólo relativa o sujeta a circunstancias subjetivas del ministro de culto, se establecería una peligrosa inestabilidad en las relaciones sacerdote-fiel, introduciendo la sombra de la sospecha, que daría al traste con una de las bases claves de la relación confidencial. Precisamente el interés que despertó el caso *Towle* radica en este primer factor que encuadra la noticia.

La segunda clave de comprensión es la tutela civil de esta relación privilegiada de origen confesional. Ya hemos visto cómo las legislaciones protegen directa o indirectamente el secreto de confesión. En Estados Unidos el secreto religioso está protegido por vía federal y estatal. Pero fue precisamente en Nueva York —escenario de la declaración del padre Towle— donde se promulgó en 1828 la primera legislación protectora del secreto religioso: «no se permitirá que ningún ministro del Evangelio, o de cualquier confesión, revele cualquier confidencia que haya recibido por razón de su oficio». Sin embargo, si el fiel-penitente lo autoriza en el curso de un proceso, el sacerdote queda exonerado de esa obligación. El problema más debatido en el derecho norteamericano es, precisamente, el que afecta al protagonista de este caso. Es decir, a quién correspondería —desde el punto de vista civil— la autorización para revelar el contenido de la confesión una vez que el penitente ha fallecido. Según la doctrina más fiable [30], el contenido patrimonialista del Derecho norteamericano llevaría a concluir que son los herederos del difunto quienes podrían autorizar al sacerdote. Digo desde el punto de vista civil, porque desde el punto de vista de la legislación canónica solamente podría autorizarlo el penitente, nunca sus herederos ni cualquier otra persona.

---

[29] Solamente comentaron el nombre y las circunstancias de la revelación, cuando el propio autor de ella (Mark Felt, un agente del FBI jubilado, de 91 años) reveló expresamente en junio de 2005 su autoría. Cfr. R. Navarro-Valls, *Entre la Casa Blanca y el Vaticano,* Madrid 2009, pp. 143-145.

[30] *Vid*. R. Palomino, *Derecho a la intimidad…,* cit. en nota 8, pp. 57-60.

## 2.4. *Derecho español*

a) *Tratamiento legislativo*

En España, la protección del secreto ministerial se opera por vía constitucional, procesal, concordada y penal. Todas ellas entrecruzadas con las disposiciones de estricto derecho eclesiástico que lo tutelan y que ya hemos sucintamente enunciado.

La protección constitucional actúa implícitamente a través del juego conjunto del art. 16 (libertad religiosa), art. 18 (derecho a la intimidad y secreto en las comunicaciones) y art. 24 (derecho a no declarar en juicio por secreto profesional). Más explícita es la protección que la Ley de Enjuiciamiento Criminal le otorga, entre otras disposiciones, a través de su art. 417.1, que releva de la obligación de declarar como testigos a «los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes, sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio». Cláusula que se repite, con terminología diversa, tanto en los acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español [31], como en los firmados entre el Estado y las confesiones judía, protestante e islámica, respectivamente [32]. Incluso el Código Penal sanciona a quien «revelare secretos ajenos de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o relaciones laborales» [33].

Repárese que la protección no solamente abarca lo oído en la confesión sacramental por los sacerdotes católicos, sino también lo sabido a través de «su ministerio», es decir, como especifican los acuerdos con las minorías religiosas, «los hechos que les hayan sido revelados en el ejercicio de funciones de culto o de asistencia religiosa».

---

[31] Cfr. Acuerdo de 28 de julio de 1976, art. II.3.

[32] Cfr. los Acuerdos con la Federación de Entidades Evangélicas (art. 3.2), con la Federación de Comunidades Israelitas de España (art. 3.2) y con la Comisión Islámica de España (art. 3.2). Los tres firmados el 10 de noviembre de 1992. Los dos primeros textos son idénticos: «Los ministros de culto de las Comunidades pertenecientes a la FEREDE [y a la FCI] no estarán obligados a declarar sobre hechos que les hayan sido revelados en el ejercicio de funciones de culto o de asistencia religiosa». El correspondiente a la Comisión Islámica es algo distinto: «En ningún caso las personas expresadas en el número anterior (se refiere a los imanes o dirigentes religiosos islámicos) estarán obligadas a declarar sobre hechos que les hayan sido revelados en el ejercicio de funciones de culto o de asistencia religiosa islámica, en los términos legalmente establecidos para el secreto profesional».

[33] Código Penal, art. 199.1: «El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.— 2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años».

Centrándonos en el secreto ministerial católico, conviene recalcar los términos literales del art. II. 3 del Acuerdo de 1976 entre la Santa Sede y el Estado español: «En ningún caso los clérigos y los religiosos podrán ser requeridos por los jueces u otras Autoridades para dar información sobre personas o materias de que hayan tenido conocimiento por razón de su ministerio». El alcance subjetivo de protección abarca tanto a clérigos como a religiosos, y la exacta definición de uno y otro tipo de personas debe encontrarse en el derecho canónico [34]. El concepto de «clérigo» [35] abarca a los que han recibido el sacramento del orden en cualquiera de sus tres grados: episcopado, presbiterado y diaconado. No comprende a otras personas (que siguen siendo laicos) que han recibido solamente los llamados «ministerios» de lector o acólito [36]. En cuanto a la noción de «religioso», la doctrina más autorizada incluye a legos y novicios, religiosas, novicias (no a las postulantes) y a los miembros de institutos de vida común sin votos, tanto hombres como mujeres, aunque sean legos y novicios, así como a los terciarios de órdenes religiosas, con tal de que vivan en común en estado religioso [37].

b) *Tratamiento jurisprudencial*

El tratamiento jurisprudencial del secreto ministerial en España ha sido escaso, probablemente porque su tutela tiene tal grado de intensidad que no es fácil que se deslice hacia el terreno judicial. No obstante, y que sepamos, la cuestión ha sido abordada por el Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de oc-

---

[34] Cfr. R. Palomino, *Derecho a la intimidad…,* cit. en nota 8, p. 171.

[35] Cfr. Código de Derecho Canónico, cc. 207 y 232 ss.

[36] Cfr. *ibid*., c. 1035.

[37] Cfr. M. López Alarcón, *El fuero privilegiado de los eclesiásticos en el Concordato español,* en «Pretor» (marzo-abril 1961), p. 21. Esta interpretación ha sido recientemente ratificada por la jerarquía eclesiástica en una causa penal, actualmente en curso en Chile. En dicha causa, la acusada incluyó a una religiosa como testigo en su favor. Sin embargo, Mons. Alejandro Goic, en su calidad de Presidente de la Conferencia Episcopal de Chile, presentó una solicitud escrita al Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, dirigida a su Presidenta. En ésta solicitaba que la Hermana Nelly León Correa, religiosa de la Congregación del Buen Pastor, colaboradora de la Pastoral Penitenciaria y capellana de Gendarmería de Chile del Centro de Detención Femenino, fuera eximida de declarar en virtud del art. 303 del Código Procesal Penal. La referida norma dispone que «tampoco estarán obligadas a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiriere a dicho secreto». En la petición, se afirmaba que la testigo cumplía la función permanente de asistencia religiosa dentro del centro penitenciario, por lo que declarar afectaría a su actividad. El Tribunal hizo referencia a esta solicitud antes de comenzar con las declaraciones de los demás testigos, y lo más probable es que se abra el incidente respectivo cuando se llame a declarar a la religiosa. *Vid*. «Boletín Jurídico del Centro de Libertad Religiosa» de la Pontificia Universidad Católica de Chile, n. 11 (septiembre 2010), pp. 32-33.

tubre de 1990 [38], y por un Juzgado de Instrucción [39], en auto de 30 de noviembre de 1999.

El pronunciamiento del Tribunal Supremo protegía a un sacerdote a quien le fueron entregadas —bajo secreto de confesión— unas joyas sustraídas en un robo. Para el TS, la negativa del sacerdote a testificar en el juicio venía amparada por el art. 707 en relación con el 417.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El Tribunal entendía que la protección opera aunque el acusado haya admitido su intervención en el hecho «con motivo de otras diligencias judiciales», lo cual no «dispensaría al sacerdote católico de la obligación del sigilo sacramental sin la autorización expresa del penitente», extremo que no aparecía probado.

Por su parte, el auto mencionado exoneraba a un sacerdote de un presunto delito del art. 556 del Código Penal, en relación con el 420 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, «el que sin estar impedido [...] se resistiere a declarar lo que supiese acerca de los hechos sobre los que fuere preguntado». El Ministerio Fiscal inicialmente consideraba —aduciendo la recién mencionada sentencia del TS de 1990— que el art. 417.1 LECr protege solamente el sigilo sacramental en el caso de los sacerdotes católicos, es decir, exonera de declarar en relación con lo escuchado en confesión sacramental, pero no otras adveraciones hechas al sacerdote por vía de confidencia particular. Dado que el sacerdote tuvo conocimiento de unos hechos presuntamente delictivos a través del «asesoramiento espiritual» y no de la confesión sacramental, según el Ministerio Fiscal su negativa a declarar podría ser constitutiva del delito del art. 556 CP.

Con criterio diferente, y a nuestro parecer más acertado, el auto decretaba el sobreseimiento libre y el archivo de las diligencias, por entender que de la letra del art. 417.1 LEcr se sigue que no está obligado el sacerdote católico —al igual que los ministros de otros cultos— a declarar «sobre los hechos que le fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio», expresión que abarca un ámbito más amplio que el del estricto sigilo sacramental. Como en el propio auto se reconocía, el sacerdote «acudió a cuantos llamamientos ha recibido del Juzgado y ha respondido verazmente a cuanto se le ha preguntado». Las cuestiones sobre las que se reservó —como aducía la defensa— traían su causa «en el asesoramiento espiritual, para lo cual, en virtud de sus convicciones espirituales, sus fieles le confían sus más íntimas cuitas».

---

[38] STS 11 octubre 1990, FJ 1.º

[39] Juzgado de Instrucción n. 4, Bergara (Guipúzcoa), auto de 30 noviembre 1999 (inédito, fuente propia).

## 3. La objeción al sacerdocio de mujeres y homosexuales en la Iglesia de Inglaterra

### 3.1. *La normativa que la encuadra*

La objeción de conciencia, en concreto la motivada por razones religiosas, ha tenido una singular manifestación en un ordenamiento confesional, que a su vez se encuentra fuertemente mediatizado por el poder civil. Nos referimos, principalmente, al derecho canónico de la Iglesia de Inglaterra.

En la década de 1960, el movimiento feminista comenzó a tener impacto en la comunión anglicana, y hubo una cierta aceptación, en el seno de grupos denominados «seculares», y de otros que se definían como religiosos «liberales», acerca de la conveniencia de dar a las mujeres, como un imperativo moral, igualdad de oportunidades en los tres ministerios: diaconado, sacerdocio y episcopado.

Los antecedentes del problema en Inglaterra se remontan a 1986, cuando las mujeres comenzaron a prestar servicios como diaconisas en la Iglesia Anglicana [40]. Se hizo abierto entonces el debate en torno al sacerdocio femenino [41], incrementándose la polémica cuando la *Priest (Ordination of Women) Measure,* de noviembre de 1993, permitió el acceso de las mujeres a la ordenación sacerdotal, aunque excluyendo en aquel entonces la ordenación episcopal [42]. Esta disposición, aprobada por el Sínodo General de la Iglesia de Inglaterra y por el Comité Eclesiástico de las dos Cámaras del Parlamento inglés, con el consentimiento de la Corona [43], supuso una auténtica convulsión en el derecho canóni-

---

[40] *Vid*. al respecto D. McLean, *Il sacerdocio femminile nella Chiesa d'Inghilterra,* en QDPE (1993/1), pp. 211 ss.; y, del mismo autor, *Church and State in England,* en «European Journal for Church and State Research» 1 (1994), pp. 19 ss., y *Le conseguenze giuridiche e politiche dell'ordinazione delle donne nella Chiesa d'Inghilterra,* en QDPE (1995/1), pp. 115 ss. *Vid*. también, en España, I. Briones, *Conciencia y sacerdocio femenino en la Iglesia de Inglaterra,* en REDC (en prensa, que hemos podido consultar por cortesía de la autora). Agradecemos también al Prof. Norman Doe, Director del Curso de Derecho Canónico de la Cardiff Law School (University of Wales), su amabilidad y prontitud al enviarnos las normas de la Iglesia Anglicana que regulan esta temática, y sus útiles aclaraciones sobre la diversa importancia jurídica de las mismas.

[41] La oposición mayoritaria provenía de los anglo-católicos, aunque también los evangélicos rechazaron ese cambio.

[42] La citada *Measure* de 1993, en su *section* 1(2), indica expresamente: «Nothing in this Measure shall make it lawful for a woman to be consecrated to the office of bishop».

[43] El Comité Eclesiástico de ambas Cámaras del Parlamento está compuesto por quince miembros de la Cámara de los Lores y otros quince la Cámara Baja, nombrados, respectivamente, por el Lord Canciller y por el *Speaker.* El Parlamento puede rechazar una *Measure* —rara vez ha sucedido—, pero no modificar el texto remitido por el Sínodo General. Por su parte, el asentimiento de la Corona suele ser automático, a menos que la disposición eclesiástica ponga «en peligro las costumbres, ley común o las prerrogativas de la realeza». Sobre el sistema legislativo

co anglicano, que hasta entonces —por vía consuetudinaria, no por disposición legal expresa— consideraba a las mujeres no aptas para recibir el sacramento del orden [44].

Concretamente, la Medida autorizaba al Sínodo General a modificar sus cánones, de manera que se facultara a las mujeres para ser ordenadas sacerdotes, siempre que reunieran las condiciones establecidas con carácter general por el derecho canónico anglicano para el acceso al sacerdocio [45]. En los *Canons of the Church of England* se introdujo la correlativa modificación, disponiéndose además que, en principio, tanto en el *Book of Common Prayer* como en el *Ordinal,* las palabras referentes al sacerdocio que se encuentren en género masculino habrían de interpretarse en lo sucesivo como incluyendo también el género femenino [46]. Desde el 22 de febrero de 1994, las mujeres comenzaron a ser ordenadas sacerdotes.

La reforma normativa de 1993 no sólo reavivó la polémica doctrinal, sino que produjo una verdadera división dentro de la Iglesia anglicana. Incluso llegaron a presentarse —antes y después de la aprobación de la *Measure,* y con notable repercusión en la opinión pública— algunos recursos judiciales ante la jurisdicción civil inglesa. En ellos se alegaba la incapacidad del Parlamento para dictar disposiciones que alterasen materias de significación doctrinal, aduciendo al mismo tiempo que permitir la ordenación de mujeres iba en contra del derecho canónico, la Escritura, y la doctrina fundamental de la Iglesia de Inglaterra. La Medida, efectivamente, se discutió en varios casos ante la vía civil, culminando en *Williamson v. The Archbishops of Canterbury and York and the Church Com-*

---

inglés en materia eclesiástica, *vid*. St. J.A. Robilliard, *Religion and the Law,* Manchester 1984, pp. 84-103.

[44] Como se sabe, la ruptura de Enrique VIII con Roma no supuso una completa ruptura de la Iglesia anglicana con el pasado, ni jurídicamente, ni teológicamente. Una norma de derecho eclesiástico anterior a la Reforma puede ser considerada fuente del derecho si se prueba que la norma había estado en vigor tras la Reforma: en tal caso, y aun sin explícito refrendo legal ulterior, se entiende que forma parte del derecho común eclesiástico de Inglaterra. Ésta es la vía por la que, dentro del derecho canónico anglicano, se entendió pacíficamente durante siglos —hasta 1986, con la aceptación de las diaconisas, y hasta 1993, con la admisión de las mujeres al sacerdocio— que el sacramento del orden estaba reservado exclusivamente a los varones (*vid*. D. McLean, *Il sacerdocio femminile…,* cit. en nota 40, p. 214).

[45] *Section* 1 (1): «It shall be lawful of the General Synod to make provision by Canon for enabling a woman to be ordained to the office of priest it she otherwise satisfies the requirements of Canon Law as to the persons who may be ordained as priests».

[46] Así, el actual canon C4B establece: «1. A woman may be ordained to the office of priest it she otherwise satisfies the requirements of Canon C 4 as to the persons who may be ordained as priests.— 2. In the forms of service contained in the Book of Common Prayer or in the Ordinal words importing the masculine gender in relation to the priesthood shall be construed as including the feminine, except where the context otherwise requires».

*missioners,* en 1994 [47]. Este caso, probablemente, ha servido de conclusión a las dudas que formaban parte de la pretensión, ya que se deja claro que el Sínodo de Obispos tiene el poder de cambiar la doctrina de la Iglesia de Inglaterra y, con independencia de que en teoría se pueda restringir tal poder, la sentencia parece cerrar esa posibilidad. La única válvula de escape hubiera sido que, al estar dicha legislación necesitada de aprobación por la Reina en el Parlamento, se le hubiera creado un expediente por el Comité Eclesiástico del Parlamento. Sin embargo, las Medidas sobrevivieron y cualquier enmienda debe emanar del Sínodo General.

Con clara conciencia del problema creado por ese profundo cambio legislativo, una de las principales preocupaciones de la citada *Measure* de 1993 —para no perjudicar más de lo necesario la unidad de la Iglesia anglicana— fue la de salvaguardar los escrúpulos de conciencia de aquellos obispos, clérigos y laicos de la Iglesia de Inglaterra que consideran inaceptable la ordenación sacerdotal de mujeres. De hecho, a ello se dedica la mayor parte de su texto, y la totalidad de otra Medida de la misma fecha: la *Ordination of Women (Financial Provisions) Measure.* Y todavía otras dos normas de la Iglesia anglicana se ocupan de la cuestión: la *Episcopal Ministry Act of Synod,* de 1993, y el *Code of Practice,* relativo a la primera de las medidas mencionadas [48].

Sintetizando lo establecido en esas normas, puede decirse que es triple la forma en que opera la tutela legal de la objeción de conciencia a la ordenación sacerdotal de mujeres.

La primera de ellas es el derecho que se reconoce a los obispos diocesanos para oponerse —mediante una declaración formal *ad hoc*— a que una mujer, dentro de su diócesis, sea ordenada sacerdote, designada para un oficio o beneficio eclesiástico, o autorizada para oficiar como sacerdote. En torno a ese derecho primordial se establecen otras medidas complementarias que tienden a enfatizar el absoluto respeto que merece al legislador la decisión adoptada en conciencia. Especialmente, se indica que, si bien parece adecuado que el obispo

---

[47] *Vid. Brown and others v. Runcie and another,* Court of Appeal (Civil Division), *The Times,* 20 febrero 1991; *R v. Ecclesiastical Committee of Both Houses of Parliament Ex parte The Church Society,* Queen's Bench Division (Crown Office List), *The Times* 4 noviembre 1993, y *The Independent,* 4 noviembre 1993; *R.v. Archbishop of Canterbury and another Ex parte Williams,* Court of Appeal (Civil Division), *The Independent,* 9 marzo 1994; *Reverend Williamson v. Archbishop of Canterbury and others,* Chancery Division, *The Times,* 25 noviembre 1994, y *The Independent,* 14 diciembre 1994.

[48] Conviene aclarar que las *Measures* constituyen propiamente fuente de derecho en Inglaterra —equivalen a los *parliamentary statutes,* o leyes aprobadas por el Parlamento—, y son por tanto de obligada aplicación también por los tribunales civiles. Las otras normas citadas, en cambio, no poseen ese carácter, aunque son consideradas como una suerte de cuasi-legislación eclesiástica, y se les reconoce una importante fuerza «persuasiva» en el foro secular.

diocesano consulte la cuestión con los demás obispos que pueda haber en la diócesis y con el Consejo Episcopal, la decisión de realizar esa declaración es suya y sólo suya. Y se insiste en que, a pesar de que el obispo diocesano decida no realizarla, ha de respetar las ideas de sus obispos «sufragáneos» o «asistentes»: no puede esperar, ni exigir, que actúen contra su conciencia [49].

Un derecho análogo al de los obispos se reconoce a los consejos parroquiales y a los cabildos catedralicios, que pueden oponerse, también mediante expresa declaración formal, a que una mujer forme parte del equipo parroquial o sea decana de la catedral, respectivamente, o incluso a que simplemente desempeñe funciones sacramentales. Al igual que en el caso de los obispos, la protección legal llega hasta el extremo de considerar que cometen un delito eclesiástico los clérigos que, en el territorio correspondiente, actúan en contra de las mencionadas declaraciones.

En fin, la tercera forma de proteger estas objeciones de conciencia se refiere a las actitudes radicales de aquellos eclesiásticos que renuncian a sus oficios exclusivamente como modo de protesta contra el rumbo emprendido por la Iglesia de Inglaterra al aceptar la ordenación sacerdotal de mujeres [50]. En estos casos, aunque el «precio de la conciencia» es la pérdida del beneficio anejo al cargo eclesiástico, se establecen unas compensaciones económicas que permitan un mínimo de decoro al dimisionario y contrarresten el perjuicio material que le supone su renuncia al cargo. El mismo tratamiento económico previsto para los eclesiásticos se aplica a las diaconisas y a los laicos que trabajan para la Iglesia de Inglaterra. Los beneficios económicos comprenden en principio una doble prestación: un pago único en concepto de ayuda para «nueva instalación» *(resettlement grant)*, cuando el objetor habitaba en una vivienda que le había sido proporcionada específicamente para el desempeño de su oficio; y pagos periódicos mensuales durante un tiempo que varía según la edad y otras circunstancias, y que en ningún caso será inferior a tres años.

Por lo demás, la antes citada *Episcopal Ministry Act of Synod,* de 1993, se ocupa de señalar, ya en su comienzo, que ninguna persona podrá ser discriminada respecto a su ordenación sacerdotal o a su carrera eclesiástica por razón de sus opiniones sobre el sacerdocio femenino.

---

[49] También se contempla la situación de los obispos diocesanos que no desean ordenar ellos mismos a mujeres, pero tampoco quieren oponerse a que en su diócesis tengan lugar esas ordenaciones. En tales casos, se encomienda la ordenación a otro obispo, pero el titular de la diócesis continúa como ordinario, y mantiene la responsabilidad de la atención pastoral de las mujeres-sacerdote en su diócesis.

[50] A esta sola cuestión se dedica la antes citada *Ordination of Women (Financial Provision) Measure,* de noviembre de 1993.

### 3.2. *El coste de la conciencia y la ruptura de la comunión anglicana*

a) *La comunión anglicana y la consagración de las mujeres como obispos*

Las citadas *measures* hacen del sacerdocio femenino un supuesto litigioso y constituyen un caso muy particular de la Iglesia de Inglaterra. Sin embargo, no es propio únicamente de la Iglesia de Inglaterra, porque las mujeres ya comenzaron a ser ordenadas como diaconisas y sacerdotisas desde la primera mitad del siglo XX en otras zonas anglicanas, produciendo una división interna en el corazón de la comunión anglicana, que se ha intensificado por dos temas: la ordenación de las mujeres como obispos, y la ordenación de clérigos homosexuales.

Con amplios debates, algunas iglesias han permitido la ordenación de mujeres como obispos, de las que cabe destacar la Iglesia Episcopaliana de Estados Unidos [51], y la Iglesia Anglicana de Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Cuba. La Iglesia Anglicana de Irlanda lo permite teóricamente desde 1990, al igual que la de Escocia (2003), pero sin ordenación efectiva en ninguna de las dos. La Iglesia de Gales, sin embargo, expresamente la prohibió en 2008 [52].

Circunscribiéndonos a las medidas tomadas en la *Lambeth Conference* [53] sobre la ordenación de mujeres como obispos, fue en la 12.ª *Conference* (1988), a la que asistieron 518 obispos, donde se recomendó que cada provincia respetase a las otras provincias en la ordenación o consagración de mujeres al episcopado. A la 13.ª *Conference* (1998) asistieron 749 obispos, incluidas 11 mujeres obispos. Algunos obispos conservadores protestaron, de modo que casi cincuenta obispos planearon mantener una reunión paralela. Otros decidieron asistir a la asamblea principal, pero no participar en ceremonias litúrgicas o estudios bíblicos donde las mujeres estuvieran presentes.

---

[51] En esta Iglesia se ordenó la primera mujer obispo, concretamente en el año 2006, y se le otorgó la posición de *presiding bishop* en los Estados Unidos.

[52] Cfr. *Anglican Journal.com,* 3 abril 2008, disponible en: www.anglicanjournal.com (visitado 14 octubre 2010).

[53] Las Conferencias de Lambeth son reuniones o asambleas de obispos de la comunión anglicana convocadas por el Arzobispo de Canterbury. Desde el año 1867, en el que se celebró la primera asamblea, su función es meramente consultiva, y no puede equipararse a un aparato de gobierno, pero expresa el sentir de la comunión anglicana en su conjunto en los asuntos de interés. De ahí que, todas sus Resoluciones, aunque sin efectos propiamente legales, tengan una decisiva influencia. El tratamiento de la ordenación de mujeres como sacerdotisas o diaconisas se remonta a la décima *Conference* (1968). En la de 1978 se reconoció la autonomía de cada una de las iglesias miembros, y el derecho legal de cada iglesia a tomar sus propias decisiones acerca de las mujeres sacerdotes, a pesar de los interrogantes profundos sobre si está en consonancia con el derecho divino, ya que el objetivo de mantener reunida la diversidad de iglesias dentro de la unidad de fe y culto es parte de la herencia anglicana.

Antes de la Conferencia, un grupo de estudio (con mujeres y hombres) elaboró una resolución en la que se afirmaba que los obispos no deberían ser obligados a actuar en contra de su conciencia en la ordenación de mujeres sacerdotes [54]. En la misma línea, el Sínodo General de 2006 apoyó la Resolución 111.2 de la *Lambeth Conference* de 1998 invitando a los arzobispos a ocuparse de preparar un borrador que contemplase la posibilidad de realizar algún tipo de acomodación para aquéllos que son incapaces de recibir el ministerio de las mujeres como obispos, por razones de conciencia [55].

En julio de 2008, el Sínodo General fue convocado para decidir sobre la siguiente moción: (a) afirmar que el deseo de la mayoría estaba a favor de que las mujeres fueran admitidas al episcopado; (b) pronunciarse según su punto de vista sobre especiales convenios que pudieran adoptarse, dentro de las estructuras existentes de la Iglesia de Inglaterra, en relación con quienes por sus convicciones teológicas no sean capaces de recibir el ministerio de mujeres como obispos o sacerdotisas; (c) pronunciarse sobre si debería estar recogido en un código de práctica con carácter legislativo y a nivel nacional; (d) encargar un borrador a la *House of Bishops,* previsto para febrero de 2009.

Sin embargo, hasta el 8 de mayo de 2010 no se ha aprobado un borrador de *Measure,* afirmando que las mujeres serían consagradas como obispos con el mismo fundamento que los hombres. Muchos anglicanos anunciaron que esta legislación les forzará a dejar la Iglesia de Inglaterra. Esta normativa, *Draft Bishops and Priests (Consecration and Ordination of women) Measure* (GS 1709A) [56], y su correspondiente propuesta de enmienda [57], está basada en un informe de 142 páginas, que se fue elaborando durante dos años, con la previsión de que hasta el año 2014 no serán ordenadas las primeras mujeres como obispos, y de que un *statutory Code of Practice* establecerá un régimen especial para las personas con dificultades de conciencia.

---

[54] *The Eames Monitoring Group Report,* disponible en www.lambethconference.org/1998/documents/report-10.pdf (visitado 14 octubre 2010).

[55] La Resolución 111.2 de la *Lambeth Conference* de 1998 invitaba a los Arzobispos a ocuparse de: «(ii) preparing a draft of possible additional legal provision consistent with Canon A4 to establish arrangements that would seek to maintain the highest possible degree of communion with those conscientiously unable to receive the ministry of women bishops» (*vid.* El texto completo de la Resolución, en el contexto de la historia del tratamiento de la ordenación de mujeres, en las páginas oficiales de la Iglesia de Inglaterra: http://www.cofe.anglican.org/info/womenbishops (visitado 14 octubre 2010).

[56] *Vid.* el sitio web mencionado en la nota anterior, y también http://www.cofe.anglican.org/news/pr4210.html (visitado 14 octubre 2010).

[57] «Amending Canon No. 30: Of the consecration of bishops, Of the consecration of women as bishops, Of ministers exercising their ministry, Of admission and institution, Of the Declaration of Assent» (texto disponible en dirección web indicada en nota anterior).

Los Arzobispos de Canterbury y York anunciaron, en junio de 2010, que propondrían enmiendas a esta legislación, las cuales tendrían que ser discutidas en las sesiones previstas para julio. El sector tradicional de la Iglesia de Inglaterra denunciaba que las propuestas iban dirigidas contra los anglo-católicos y evangélicos, que no creen en la ordenación de mujeres como obispos ajustándose a la enseñanza bíblica. De hecho, se hizo eco de que John Broadhurst, Obispo de Fulham, y algún otro, mantuvieron conversaciones con Roma para establecer un *ordinariate* bajo un esquema de anglicanos separados, que les permita ser acogidos como jurisdicción personal dentro de la Iglesia Católica [58]. Esta situación se debía, en parte, a que se preveía que la objeción de conciencia no sería reconocida, por miedo a un cisma estructural, y no habría más solución que dejar la Iglesia de Inglaterra.

Celebradas las sesiones de julio de 2010, la Iglesia de Inglaterra decidía, después de una reñida votación, que las mujeres puedan ser consagradas como obispos, como ya sucede en otras iglesias anglicanas. Al mismo tiempo, se rechazaban las medidas de seguridad para los objetores a que las mujeres sean consagradas como obispos, propuestas por dos de los clérigos más antiguos de la Iglesia de Inglaterra, las cuales no alcanzaron la mayoría en la *House of Clergy,* ni en la cámara de los clérigos ni en la de los laicos [59]. Se perdió así llegar a una solución de compromiso, a través de la admisión de las objeciones de conciencia, que hubiera paliado la tensión y la fractura interna de la comunión anglicana.

### b) *Homosexualidad en la Iglesia Anglicana*

En la *Lambeth Conference* de 1998, el debate más vivo se centró en el reconocimiento de la homosexualidad en la comunión anglicana. Se decidió, por una votación de 526-70, aprobar una resolución *on human sexuality* (1.10), según la cual la práctica homosexual (no necesariamente la orientación) es incompatible con la Escritura [60]. Esto ocasionó una notable controversia, generándose como reacción una apología pública a favor de anglicanos homosexuales (varones y

---

[58] Ya se había hecho pública la Constitución Apostólica *Anglicanorum Coetibus* de Benedicto XVI, de 4 noviembre 2009, que permitía la creación de ordinariatos personales para la integración de anglicanos en la Iglesia católica.

[59] El Sínodo rechazó asimismo, las soluciones conciliadoras entre ambas tendencias propuestas por los arzobispos de Canterbury y York, Rowan Williams y John Sentamu. Las cláusulas de conciencia estaban apoyadas, en principio, por 216 miembros, oponiéndose 191, sin embargo, en la votación de la *House of Clergy,* hubo 90 votos en contra, y 85 a favor, con 5 abstenciones

[60] A pesar de este posicionamiento, también añadió lo siguiente: «We commit ourselves to listen to the experience of homosexual persons and we wish to assure them that they are loved by God and that all baptised, believing and faithful persons, regardless of sexual orientation, are full members of the Body of Christ».

mujeres) en un *Pastoral Statement,* firmado por 182 obispos de bastantes países, lo que produjo una notable conmoción en la comunión anglicana.

En 2008, la 14.ª *Lambeth Conference,* presidida por el Arzobispo de Canterbury, Rowan Williams, convocó a 650 obispos. Cuatro primados anglicanos anunciaron su boicot a la *Lambeth conference* por su oposición a la Iglesia Episcopal en USA en favor de clérigos homosexuales y las uniones matrimoniales de homosexuales [61]. Estos primados representan a las provincias anglicanas de Nigeria, Uganda, Kenia y Ruanda. De hecho, se celebró la llamada *Global Anglican Future Conference,* una reunión de obispos tradicionales mantenida en Jerusalén durante el mes de junio del mismo año, que fue pensada por algunos como una alternativa a la *Lambeth Conference.*

Como podemos comprobar, la ordenación de las mujeres como obispos y la homosexualidad han dividido la comunión anglicana [62]. Tan es así, que la iniciativa de la creación en la Iglesia Católica de una jurisdicción personal que pudiera acoger a los núcleos discrepantes anglicanos [63] no tuvo su origen en la Santa Sede, sino que fue una respuesta de Roma a peticiones de diversos grupos anglicanos [64].

En 2003, la Iglesia de Inglaterra anunció la designación de Jeffrey John como obispo sufragáneo de Reading. Debido a que estaba conviviendo con otro hombre, hubo una fuerte reacción, y Jeffrey John cedió ante la presión. Otras provincias de la Iglesia anglicana han aceptado la homosexualidad de sus clérigos célibes e incluso las uniones de homosexuales, lo que ha originado disputas teológicas, y se han declarado en un estado de *impaired communion* con el resto de las provincias. En noviembre de 2009, para paliar las fuertes divisiones, se elaboró un documento —que se ha enviado a todas las Iglesias miembros de la comunión anglicana— orientado a buscar la unidad y valores comunes de esta parte del mundo cristiano. Todavía está en debate [65].

---

[61] *Vid*. información al respecto en las páginas web del Arzobispado de Canterbury, en: http://www.archbishopofcanterbury.org/514 (visitado 14 octubre 2010).

[62] *Vid*. al respecto N. Doe, *The Anglican Covenant,* Canterbury Press, 2008, pp. 1 ss. Ahora bien, como se ha advertido, «the debate over homosexuality is rocking the Anglican Communion even more violently than three decades of women's ordination» (R. Deadman, *Women in Anglican Communion Laws,* en «Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni» 9 (2009), p. 20.

[63] Cfr. lo mencionado en nota 58.

[64] Al hacerse pública la Constitución Apostólica *Anglicanorum coetibus,* paralelamente la Santa Sede publicó una Nota en la que, entre otros extremos, se decía respecto a la norma promulgada: «No se trata de una iniciativa que haya tenido origen en la Santa Sede, sino una respuesta generosa del Santo Padre a la legítima aspiración de estos grupos anglicanos» (Cfr. Zenit.org, comunicado de 9 noviembre 2009).

[65] Cfr. *Anglican Communion Covenan*t, en: http://www.anglicancommunion.org/commission/covenant/index.cfm (visitado 14 octubre 2010).

# A modo de epílogo

Al principio de este estudio hemos hecho una referencia a ese nuevo *big-bang* que ha estallado en el universo jurídico, consecuencia directa de la agudización de los conflictos conciencia contra ley.

No es ésta una cuestión que los juristas podamos contemplar como un episodio transitorio en esa lluvia de estrellas fugaces que, a veces, se desencadena en las constelaciones jurídicas. Aquí no estamos ante un fenómeno ocasional, sino ante una tensión de fondo que desborda los márgenes jurídicos, invadiendo, entre otros, los políticos y sociológicos.

Tal vez un ejemplo singular explique lo que queremos decir. No hace mucho, se reunían en Roma el primer líder político del mundo y la primera autoridad moral de la tierra. Nos referimos al Presidente Barack H. Obama y al Papa Benedicto XVI. El encuentro duró unos cuarenta minutos. Entre saludos protocolarios e intervenciones de los traductores oficiales, el tiempo útil, es decir, el dedicado a efectivos intercambios de pareceres, se calcula que fue de veinte minutos. Pues bien, unos ocho minutos se dedicaron al tema de la objeción de conciencia: prácticamente casi la mitad de la reunión. Sorprende que a la hora de destacar un tema que preocupe hoy a los dos núcleos más intensos de poder de la Humanidad, sea precisamente el de los choques entre conciencia y ley, que pone cada vez más de manifiesto los oscuros dramas que se generan en algunas minorías por leyes de directo o indirecto perfil ético.

Lo que en esa reunión se concluyó es que no es la objeción de conciencia una suerte de «delirio religioso», una especie de subproducto jurídico que habría de relegarse a las catacumbas sociales, sin derecho de ciudadanía. Nuestra postura, al contrario —y que el lector habrá visto reflejada en las páginas que anteceden— es que la objeción de conciencia no es «una ilegalidad más o menos consentida», sino manifestación de ese derecho fundamental que está en el corazón mismo de las democracias: la libertad de conciencia.

Ocurre, sin embargo, que los reflejos jurídicos concretos de los derechos fundamentales son múltiples y, a veces, imprevistos. Muchos de ellos sólo vagamente se atisban en la penumbra de las constituciones. De ahí que este libro —ya ha quedado dicho— aborde las cuestiones básicas del problema, sin ánimo de exhaustividad de todos sus matices. En esta materia, sería una ingenuidad inmediatamente desmentida en la siguiente revuelta del curso de la historia.

Piénsese, a título de ejemplo, en las manifestaciones que el multiculturalismo —cada vez más presente en Occidente— posee en las sociedades modernas. El problema comienza a extenderse a concepciones familiares de trasfondo religioso, ajenas a aquellas líneas de fuerza por las que durante siglos han transitado las bases del matrimonio occidental. Así, parecen cuartearse las sólidas barreras levantadas por el orden público —interno e internacional— en torno a los ordenamientos jurídicos de Inglaterra, Francia, Alemania, Italia o España (por citar algunos ejemplos de sociedades cada vez más plurietnográficas) frente a instituciones como el repudio *(talak)* y la poligamia islámicas, o el *geth* (repudio) hebreo. La vacilación de los derechos occidentales trae su causa en que las pretensiones de eficacia de esas instituciones por inmigrantes presentes en sus territorios no se basan ya en tradicionales razones de «mutua cortesía» entre ordenamientos; lo que parece sustanciarse es una cuestión conectada —o que quiere conectarse— con los derechos humanos a través de la libertad religiosa o, al menos, con un hipotético derecho a la identidad cultural o al respeto de los derechos adquiridos. Es decir, se traslada el problema a un punto de colisión —real o aparente— entre conciencia y ley [1].

En otro orden de cosas, y por poner otro ejemplo, los titulares de la función pública comienzan a mostrar inquietud acerca de actuaciones que la ley les exige y que contrastan con la conciencia de quien tiene la obligación de ejercerla. En este libro hemos descrito algunos ejemplos: negativas de funcionarios a cumplir el cometido asignado en penitenciarías en que la pena de muerte se ejecuta; inspectores de tributos reacios a calificar expedientes relacionados con prácticas abortivas; miembros del poder judicial disconformes con la obligación de celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo o renuentes a suplir con su «voluntad judicial» la voluntad de los padres en los casos de abortos de menores; personal sanitario funcionario en desacuerdo con actuaciones bioéticas, etc. Nos tememos que estas posiciones sigan ampliándose en la medida en que las leyes vayan extendiéndose a facultades de dudosos contornos éticos.

En fin, ya hemos visto, al considerar determinados problemas de objeciones de conciencia confesionales, que los conflictos conciencia *versus* ley, no quedan circunscritos a los derechos estatales, sino que también ordenamientos religiosos experimentan en su seno fenómenos de tensión entre experiencias pastorales y escrúpulos de conciencia.

Desde luego la objeción de conciencia es algo más que un simple conflicto individual con la ley positiva, es, muchas veces, una muestra de esa generalizada

---

[1] Sobre esta cuestión, *vid*. R. Navarro-Valls, *Matrimonio, familia y libertad religiosa,* en «La libertad religiosa. Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico», México 1996, pp. 189 ss.

«ansiedad jurídica» de que hablara Jean Carbonnier, fruto de la incontinencia jurídica del poder. De ese poder que ha convertido demasiadas veces la ley en un «simple procedimiento de gobierno» para transmitir consignas ideológicas con precipitación y, a veces, con vulgaridad. Ante este panorama conflictual caben dos posturas radicales: la de los que descalifican el «totalitarismo de la norma» o, al contrario, los que repudian la «dictadura de las conciencias». El resultado de esta disyuntiva simplista es el de provocar drásticas vueltas de tuerca que santifiquen medidas legales intemperantes de un poder excesivamente suspicaz, o bien, al contrario, que dejen galopar sin bridas el errático corcel de la conciencia.

Cabe, naturalmente, una tercera vía que en este trabajo defendemos: recurrir, como siempre se ha hecho en épocas de crisis, a la *prudentia iuris,* tanto en el momento constitutivo de la norma como en el momento judicial. Es decir, moderando por vía legislativa al Estado, de modo que no se convierta en el depósito de todas las verdades posibles —sin excluir ninguna—, y potenciando en el momento del conflicto la figura del juez.

Pero, entiéndasenos bien y por centrarnos en este segundo aspecto, un juez que sepa equilibrar —asumiendo las virtudes, no los excesos— los dos ejemplos judiciales a que nos acerca la tipología explicativa de Weber. De un lado, el juez «carismático», al que envuelve un aura de equidad más que de *rigor iuris,* respetado por su espíritu de conciliación y por su *auctoritas* personal. De otro, el juez «lógico», que memoriza y racionaliza, «que es la memoria de todas las reglas y la inteligencia de todas las deducciones» [2].

El problema se agudiza en España. Nuestra historia menos reciente no se caracteriza precisamente por el diseño de la figura de un juez verdaderamente creativo, que sepa filtrar la ganga presente en los cuerpos legales, que rellene las equivocidades, ambigüedades y silencios de las leyes; consciente de su poder interpretativo de la Constitución y con un claro sentido de las libertades fundamentales. Es lógico que esa tradición todavía pese sobre la judicatura española, dificultando un correcto enfoque de los problemas derivados de las objeciones de conciencia. En este trabajo denunciamos algunas incongruencias judiciales, que hacen, a veces, añorar el marco legal para las objeciones de conciencia. Un marco que tienda más a impulsar los derechos fundamentales (en concreto, el de libertad de conciencia), que a restringirlo. De ahí que sea especialmente necesaria en nuestro ámbito una cierta atención al derecho comparado, que nos lleva en esta cuestión decenios de adelanto.

Tenemos la esperanza de que este libro sea una modesta contribución a esa apertura de horizontes. Una apertura —queremos recalcarlo— que contextua-

---

[2] Cfr. J. Carbonnier, *Derecho flexible* (trad. de L. Diez Picazo), Madrid 1974, pp. 346-347.

lice debidamente el dato jurídico extranjero. Esto es, que sepa huir de ese doble defecto típico de una concepción provinciana del derecho: la arrogancia, que se precipita en descalificar lo que resulta extraño, y la ignorancia, que aclama eufóricamente y sin sentido crítico las soluciones jurídicas extranjeras.

LOS AUTORES
Madrid, diciembre de 2010

**RAFAEL NAVARRO-VALLS**
**JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN**

# CONFLICTOS ENTRE CONCIENCIA Y LEY

## Las objeciones de conciencia

Los conflictos entre conciencia y ley en el mundo occidental, lejos de decrecer, han invadido los espacios sociales y políticos, planteando al orden jurídico tradicional desafíos no siempre bien resueltos. En este libro los autores han volcado su experiencia de casi tres décadas estudiando las objeciones de conciencia. El resultado ha sido el trabajo probablemente más minucioso y riguroso —y sin duda el más documentado— que conoce hoy la literatura jurídica sobre los enfrentamientos entre conciencia y ley.

Los Profesores Rafael Navarro-Valls y Javier Martínez-Torrón analizan las objeciones de conciencia más relevantes, comenzando por las relacionadas con la tutela de la vida humana: desde el rechazo del servicio militar o del aborto voluntario a las objeciones en el marco de la bioética o en materia de tratamientos médicos. Junto a supuestos *clásicos,* como los que se producen en el entorno de las relaciones laborales, se examinan otros de impacto más reciente y visible: por ejemplo, objeciones en el ámbito educativo o en el ejercicio de la función pública (objeción al jurado o a la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo), las derivadas de la utilización de indumentaria o símbolos religiosos, e incluso las que se encuadran en los ordenamientos jurídicos de confesiones religiosas. En esas y otras cuestiones, los autores manejan los últimos datos no sólo del derecho español, sino también del derecho comparado y del derecho internacional.

Esta segunda edición incorpora el análisis de nueva jurisprudencia, incluidas las sentencias *Lautsi* (simbología religiosa) y *Bayatyan* (servicio militar) de la *Grand Chamber* del TEDH; así como datos adicionales sobre las objeciones de conciencia en el entorno latinoamericano.

Rafael Navarro-Valls y Javier Martínez-Torrón son Catedráticos de la Universidad Complutense. El Profesor Navarro-Valls es también Académico-Secretario General de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. El Profesor Martínez-Torrón es Vocal del Consejo Asesor de OSCE para la Libertad de Religión y de Creencias. Ambos dirigen la Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado, la primera revista electrónica de su especialidad en Europa.

ISBN 978-84-9890-189-4
9 788498 901894