

## Artículo 12. Libertad de conciencia y de religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.
4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

## Bibliografía

### Normas relevantes

#### Legislación nacional

Argentina. Ley 21.745 “Registro Nacional de Cultos”, promulgada el 15 de febrero de 1978.

Chile. Ley 19.638 “Establece Normas sobre la Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas”, promulgada el 1 de octubre de 1999.

Colombia. Ley 133 “Ley Estatutaria de Libertad Religiosa y de Cultos”, publicada en el Diario Oficial n.º 41.369 el 26 de mayo de 1994.

México. “Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público”, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de julio de 1992.

Perú. Ley 29.635 “Ley de Libertad Religiosa”, publicada el 21 de diciembre de 2010.

### Corte Interamericana de Derechos Humanos

#### Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C n.º 70. En adelante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C n.º 73. En adelante: Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C n.º 79. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C n.º 85. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C n.º 98. En adelante: Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C n.º 99. En adelante: Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C n.º 103. En adelante: Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C n.º 105. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004.

Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C n.º 110. En adelante: Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C n.º 112. En adelante: Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C n.º 124. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C n.º 146. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162. En adelante: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C n.º 211. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C n.º 214. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C n.º 240. En adelante: Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C n.º 245. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C n.º 250. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

### Opiniones consultivas

Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A n.º 5. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985.

Corte IDH. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A n.º 6. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986.

Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A n.º 16. 1999. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002.

Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A n.º 22. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2016.

### Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. *Caso Testigos de Jehová vs. Argentina*, Caso 2137, 18 de noviembre de 1978.

CIDH. Informe Anual 1979-1980 - Capítulo V Paraguay.

CIDH. Informe de País Argentina, 1980.

CIDH. Informe de País Cuba, 1983.

CIDH. *Caso Tim Coulter y otros vs. Brasil*, Caso 7615, 5 de marzo de 1985.

CIDH. Informe n.º 10/91, *Caso Banco de Lima vs. Perú*, 22 de febrero de 1991.

CIDH. Informe n.º 39/99, *Caso S. A. vs. Argentina*, 11 de marzo de 1999.

CIDH. Informe n.º 75/02, *Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Caso 11.140, Fondo, 27 de diciembre de 2002.

CIDH. Informe n.º 40/04, *Caso Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, Caso 12.053, Fondo, 12 de octubre de 2004.

CIDH. Informe n.º 43/05, *Caso Cristian Daniel Sahli Vera y otros vs. Chile*, Caso 12.219, Fondo, 10 de marzo de 2005.

CIDH. Informe Anual 2008 - Capítulo IV Venezuela.

CIDH. Informe n.º 105/09, *Caso Grupo de Tratado Hul'qumi'num vs. Canadá*, Admisibilidad, Caso 592-07, 30 de octubre de 2009.

### Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. *Caso Eriksson vs. Suecia*, n.º 11373/85, 22 de junio de 1989.

### Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

#### Organización de los Estados Americanos

OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actas-conferencia-interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf> (fecha de último acceso: 2018/04/30).

#### Organización de las Naciones Unidas

Comité DHONU. Observación General n.º 22, *El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18)*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 27 de septiembre de 1993.

ONU. Informe del Relator para la Libertad de Expresión, E/CN.4/1995/32, 14 de diciembre de 1994.

ONU. *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones n.º 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y n.º 2076 (LXII) de 3 de mayo de 1977.

#### Referencias académicas

CANÇADO TRINDADE, A. A. "The right to cultural identity in the evolving jurisprudential construction of the Inter-American Court of Human Rights", en SIENHO, Y. y MORIN J. (eds.), *Multiculturalism and international law*. Brill, Leiden, 2009.

COMBALÍA, Z. "Los límites del derecho de libertad religiosa", en *Tratado de Derecho Eclesiástico*. EUNSA Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1994.

HENNEBEL, L. "La protection de l'intégrité spirituelle des indigènes: réflexions sur l'arrêt de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme dans l'affaire Comunidad Moiwana c. Suriname du 15 juin 2005", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 17<sup>e</sup> année, n.º 66, 1<sup>er</sup> avril 2006.

HERVADA XIBERTA, J. *Los Eclesiasticistas ante un Espectador*. EUNSA Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1993.

IBÁN, I. "El Derecho Eclesiástico", en IBÁN, I. y PRIETO SANCHÍS, L. *Lecciones de Derecho Eclesiástico*. Tecnos, Madrid, 1987.

LARICCIA, S. "I diritti delle minoranze religiose in Italia", en GOTI ORDEÑANA, J. (ed.) *Aspectos Socio- Jurídicos de las Sectas desde una Perspectiva Comparada*. The Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1991.

LLAMAZARES, D. *Derecho de la Libertad de Conciencia*. Civitas, Madrid, 1997.

LÓPEZ ALARCÓN, M. "La Asistencia Religiosa", en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1994.

MARTÍN SÁNCHEZ, I. *La recepción por el Tribunal Constitucional Español de la Jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las Libertades de Conciencia, Religiosa y de Enseñanza*. Comares, Granada, 2002.

MARZAL, M. *Tierra Encantada, Tratado de Antropología Religiosa de América Latina*. Trotta-Fondo Editorial PUCP, Lima, 2002.

NAVARRO VALLS, R. y PALOMINO, R. "Las objeciones de conciencia", en *Tratado de Derecho Eclesiástico*. EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1994.

PRIETO SANCHÍS, L. "El Derecho Fundamental de Libertad Religiosa", en IBÁN, I. y PRIETO SANCHÍS, L. *Lecciones de Derecho Eclesiástico*. Tecnos, Madrid, 1987.

SOUTO GALVÁN, B. *El reconocimiento estatal de las entidades religiosas*. Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 2000.

VILADRICH, P. “Los principios informadores del derecho eclesiástico español”, en GONZÁLEZ DEL VALLE, J. *Derecho Eclesiástico del Estado Español*. EUNSA Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1980.

VILADRICH, P. “Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución”, en *Ius Canonicum*. Vol. XXII, n.º 43, 1982.

### Otras referencias no académicas

Diario El País. “Los Testigos de Jehová no podrán oponerse a las transfusiones a sus hijos”, 05 de octubre de 2012. Disponible en: [https://elpais.com/sociedad/2012/10/05/actualidad/1349469630\\_361762.html](https://elpais.com/sociedad/2012/10/05/actualidad/1349469630_361762.html) (fecha de último acceso: 2018/04/30)

MARTÍN SÁNCHEZ, I. “El derecho a la formación de la conciencia en el ordenamiento jurídico internacional”. Ponencia presentada al Congreso Latinoamericano sobre Libertad Religiosa, PUCP, Lima, 2000.

## Contenido

<b>1. Introducción</b> .....	376
<b>2. Antecedentes históricos</b> .....	377
<b>3. El corpus iuris internacional de la libertad de religión</b> .....	377
3.1. El marco normativo interamericano .....	378
3.2. El marco normativo internacional .....	379
<b>4. Definición de libertad de conciencia y de religión</b> .....	380
4.1. Ámbito: lo religioso .....	381
4.2. Naturaleza .....	383
4.3. Fundamento .....	383
<b>5. Inciso 1: Titularidad y dimensión positiva de la libertad de religión</b> .....	384
5.1. Titularidad: “toda persona” .....	384
5.2. La dimensión positiva de la libertad de religión: “[e]ste derecho implica la libertad de [...]”.....	389
<b>6. Inciso 2: La dimensión negativa de la libertad de conciencia y de religión</b> .....	395
6.1. El derecho a la libre formación de la conciencia .....	395
6.2. El derecho a la objeción de conciencia .....	396
<b>7. Inciso 3: Las limitaciones de la libertad de conciencia y de religión</b> .....	397
7.1. Legalidad de las limitaciones permitidas en el artículo 12 de la CADH.....	397
7.2. Legitimidad de las limitaciones .....	399
<b>8. Inciso 4: Derecho de los padres a educar religiosa y moralmente a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones</b> .....	403
8.1. Antecedentes .....	403
8.2. Aplicación .....	403
<b>9. Conclusión</b> .....	404

## 1. Introducción

El derecho regulado por el artículo 12 de la CADH es uno de los cimientos de la sociedad democrática. La libertad religiosa es, sin ninguna duda, la piedra de toque fundamental que contribuye a la conservación de la paz y estabilidad, aun en medio del dinamismo naturalmente desestabilizador y problemático de las transformaciones sociales, mismas que ocurren inclusive en sociedades tradicionales como son la mayoría de países en las Américas. Para millones de personas, la religión ocupa un lugar central y es factor legitimador de diversas instituciones de su vida cotidiana, no obstante la progresiva secularización social y la gradual laicización del Estado.

Asimismo, cada vez con mayor intensidad se asiste a la pluralización del campo religioso en donde antes existía una religión hegemónica, y también a la creciente incursión de actores religiosos en actividades políticas y en funciones de Estado. Con ello, el debate sobre el derecho de libertad religiosa se replantea bajo nuevos matices en los que el Estado, y sus ordenamientos jurídicos, se enfrentan al desafío de adoptar nuevas regulaciones legales, instituciones y políticas públicas ante el fenómeno religioso en ebullición.

La Corte IDH ha señalado que:

[...] la Convención Americana, en su artículo 12, contempla el derecho a la libertad de conciencia y religión, el cual, según la jurisprudencia de [l] Tribunal, permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida.<sup>1</sup>

La doctrina jurídica especializada reconoce esta como “la primera de las libertades”,<sup>2</sup> dada su importancia histórica y política tanto en el proceso de constitución de los Estados nación modernos en la independización de los poderes absolutos de carácter político-religioso, como en la configuración de las libertades individuales características de la modernidad.

A continuación, analizaremos los incisos que integran el artículo 12 de la CADH, y las distintas dimensiones del derecho a la libertad de conciencia y religión, en atención a la jurisprudencia de la Corte IDH y las decisiones de la CIDH.

## 2. Antecedentes históricos

---

La religión ha sido objeto de estudio científico desde el quehacer de varias ciencias sociales como la historia, la sociología, la antropología, y de ciencias humanas como la filosofía, la ética y la jurídica. Desde el ángulo del derecho estatal, la ciencia jurídica reguló en un primer momento histórico las relaciones institucionales entre la comunidad política y la religiosa, y en un segundo momento –el moderno– pasó a regular también el ejercicio de la libertad individual en asuntos de conciencia y de religión.

Es así que la libertad de conciencia y de religión se ha desarrollado normativamente a partir de la histórica Declaración de Derechos de Virginia de 1776,<sup>3</sup> la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,<sup>4</sup> y pasando por las modernas declaraciones e instrumentos de derechos como la DADDH, la DUDH, el PIDCP, la CADH y la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones.

## 3. El *corpus iuris* internacional de la libertad de religión

---

La Corte IDH ha puntualizado en su opinión consultiva sobre *el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* que:

1 Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. FRC. 2001, párr. 79.

2 Jemolo, C. A. “I problemi pratici della libertà”. Milano, 1961, citado en: Viladrich, P. “Los principios informadores del derecho eclesiástico español”, en González del Valle, J. *Derecho Eclesiástico del Estado Español*. EUNSA Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1980, p. 263.

3 El artículo 16 de esta Declaración señala que “la religión, o el deber que tenemos para con nuestro Creador, y la manera de cumplirlo, sólo puede regirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; y por consiguiente todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, de acuerdo con los dictados de su conciencia”.

4 El artículo 10 establece que “nadie debe ser inquietado por sus opiniones, aunque sean religiosas, siempre que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley”.

El corpus juris del [DIDH] está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones).<sup>5</sup>

En los siguientes apartados presentaremos, primero, las normas existentes en los instrumentos del SIDH, y posteriormente en aquellos instrumentos del DIDH en general que abordan asuntos relativos a la religión y la conciencia.

### 3.1. El marco normativo interamericano

La DADDH valoró positivamente la dimensión espiritual del ser humano en su Preámbulo,<sup>6</sup> y luego proclamó el derecho de libertad religiosa en su artículo III.<sup>7</sup> Tener en cuenta dicha valoración resulta importante puesto que permite inferir que el orden interamericano no es ajeno, indiferente u hostil a la espiritualidad de sus pueblos. Precisamente, por estar dirigido a proteger a la persona como fin supremo, es que el ordenamiento interamericano de los derechos humanos reconocerá libertades y derechos, y establecerá limitaciones a su ejercicio, a fin de permitir el desarrollo de diferentes ideologías, concepciones y convicciones, en un marco de coexistencia pacífica, en el que cada quien busque su propia paz, espiritualidad o trascendencia. Dentro de ese proyecto, la religión es considerada como un elemento positivo que es apreciado por el SIDH.

Ahora bien, la CADH proclamó la libertad de religión bajo la estructura de afirmar primeramente la dimensión positiva de dicha libertad en el inciso primero del artículo 12, de describir su dimensión negativa en el inciso segundo, de enumerar las limitaciones a su ejercicio para finalmente consagrar el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones. Sin embargo, este no es el único artículo de la CADH que aborda el tema religioso, también existen otros artículos: 1 y 27.1. (principio de no discriminación religiosa durante situaciones normales y en estados de excepción), 13 (prohibición del discurso de odio religioso), 16 (libertad de asociación religiosa), 22 (principio de *non-refoulement* en caso de riesgo de violación a la libertad religiosa), y 27.2. (no suspensión de la libertad religiosa aun en situaciones de emergencia o estados de excepción).

Por otro lado, la CADH no es el único instrumento interamericano en atender la materia. Existen otros instrumentos regionales que contienen normas sobre el derecho de libertad religiosa como la propia Carta de la OEA, al referirse al derecho de la persona al desarrollo espiritual, en evidente eco de la DADDH (que por lo demás fue sancionada en la misma Conferencia internacional);<sup>8</sup> el Protocolo de San Salvador el cual incluye una disposición sobre no discriminación religiosa (art. 3) y referencias al necesario respeto del pluralismo ideológico, la tolerancia y la participación en la sociedad pluralista en el ámbito educativo (art. 13);<sup>9</sup> la Convención de Belém do Pará prevé una norma

5 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1999, párr. 115.

6 “Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría”.

7 “Artículo III. Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado”.

8 “Artículo 45. Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: a) [t]odos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica [...]”.

9 “Artículo 3. Obligación de no Discriminación. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. “Artículo 13. Derecho a la Educación. [...] 2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz”.

sobre libertad religiosa (art. 4); y otra sobre la no discriminación religiosa (art. 6);<sup>10</sup> y lo propio hace la Carta Democrática Interamericana que pone de relieve el respeto a la diversidad religiosa como valor que consolida la democracia y la ciudadanía.<sup>11</sup>

Finalmente, también debe considerarse la resolución sobre “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, instrumento interamericano de *soft law* en el que se ha considerado con mayor amplitud la libertad de religión al proponer los principios de no discriminación religiosa (principio II), y de respeto a la identidad religiosa en la recepción de alimentos y vestido (principios XI y XII), así como una definición de libertad de religión (principio XV) y del derecho a participar en actividades religiosas (principio XXII).<sup>12</sup>

### 3.2. El marco normativo internacional

En cuanto al SUDH, el reconocimiento de la libertad de religión se recoge, en primer lugar, en la paradigmática DUDH que lo proclamó al lado de la libertad de pensamiento y de conciencia.<sup>13</sup> Lo

---

10 “Artículo 4. Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: [...] i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley”. “Artículo 6. El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación”.

11 “Artículo 9. La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana”.

12 “Principio II. Igualdad y no discriminación. [...] Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos *de* su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, *religión*, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o cualquiera otra condición social. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad”. “Principio XI. Alimentación y agua potable. 1. Alimentación. Las personas privadas de libertad tendrán derecho a recibir una alimentación que responda, en cantidad, calidad y condiciones de higiene, a una nutrición adecuada y suficiente, y tome en consideración las cuestiones culturales y religiosas de dichas personas, así como las necesidades o dietas especiales determinadas por criterios médicos. Dicha alimentación será brindada en horarios regulares, y su suspensión o limitación, como medida disciplinaria, deberá ser prohibida por la ley”. “Principio XII. 3. Vestido. El vestido que deben utilizar las personas privadas de libertad será suficiente y adecuado a las condiciones climáticas, y tendrá en cuenta la identidad cultural y religiosa de las personas privadas de libertad. En ningún caso las prendas de vestir podrán ser degradantes ni humillantes”. “Principio XV. Libertad de conciencia y religión. Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la libertad de conciencia y religión, que incluye el derecho de profesar, manifestar, practicar, conservar y cambiar su religión, según sus creencias; el derecho de participar en actividades religiosas y espirituales, y ejercer sus prácticas tradicionales; así como el derecho de recibir visitas de sus representantes religiosos o espirituales. En los lugares de privación de libertad se reconocerá la diversidad y la pluralidad religiosa y espiritual, y se respetarán los límites estrictamente necesarios para respetar los derechos de los demás o para proteger la salud o la moral públicas, y para preservar el orden público, la seguridad y la disciplina interna, así como los demás límites permitidos en las leyes y en el derecho internacional de los derechos humanos”. “Principio XXII. 5. Competencia disciplinaria. No se permitirá que las personas privadas de libertad tengan bajo su responsabilidad la ejecución de medidas disciplinarias, o la realización de actividades de custodia y vigilancia, sin perjuicio de que puedan participar en actividades educativas, religiosas, deportivas u otras similares, con participación de la comunidad, de organizaciones no gubernamentales y de otras instituciones privadas”. Todas estas normas deben considerarse en un análisis global de la posición del SIDH, lo cual excede el alcance de la presente contribución –centrada exclusivamente en el comentario del art. 12 de la CADH– pero cuyo análisis se recomienda.

13 “Artículo 18. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

propio hizo el PIDCP,<sup>14</sup> y la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones de 1981.<sup>15</sup>

En cuanto a otros sistemas regionales de derechos humanos, el CEDH reconoce la libertad religiosa en su vertiente positiva y a su vez enumera sus limitaciones,<sup>16</sup> y la segunda versión de la Carta Árabe de Derechos Humanos –aprobada por la Liga Árabe en 2004–, si bien perteneciente a un sistema en incipiente construcción, realiza una importante descripción de su contenido.<sup>17</sup>

#### 4. Definición de libertad de conciencia y de religión

La libertad de religión es la libertad de profesar o no profesar una religión, entendida esta como la relación del hombre con lo divino (no necesariamente con un Dios personal, sino con lo divino

- 14 “Artículo 18.1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.
- 15 “Artículo 1.1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”. “Artículo 6. De conformidad con el artículo 1 de la presente Declaración y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 1, el derecho de libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular las libertades siguientes: a) [l]a de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para estos fines[;] b) [l]a de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas[;] c) [l]a de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción[;] d) [l]a de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas[;] e) [l]a de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines[;] f) [l]a de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones[;] g) [l]a de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción[;] h) [l]a de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción[;] i) [l]a de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional”.
- 16 Es importante señalar que este instrumento no define la libertad religiosa, sino simplemente la regula: “[a]rtículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”. “Artículo 8. La libertad de conciencia y profesión, y la libre práctica de la religión estarán garantizadas. Nadie que respete la ley y el orden puede ser sometido a medidas que restrinjan el ejercicio de esas libertades”.
- 17 “Artículo 30. a) Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de creencia y de religión, la cual no puede ser objeto de ninguna restricción no prevista por la ley; b) [l]a libertad de manifestar su religión o sus convicciones o de practicar individualmente o colectivamente los ritos de su religión no pueden ser objeto más que de restricciones previstas en la ley y que sean necesarias en una sociedad tolerante, respetuosa de las libertades y de los derechos humanos para la protección de la seguridad pública, el orden público, la salud pública o la moralidad pública, o las libertades y derechos de otros; c) [l]os padres o tutores aseguran libremente la educación religiosa y moral de sus hijos”.

que es una relación con la trascendencia), de la cual se desprenden determinadas convicciones éticas, opiniones, creencias y observancias religiosas. Estas se exteriorizan positivamente a través de la libre manifestación individual o colectiva, pública o privada, mediante diversas concreciones particulares. El bien protegido de dicha libertad no es precisamente la religión sino la libertad humana ejercida en sentido religioso, la cual merece protección y promoción para su pleno goce y ejercicio.

#### 4.1. **Ámbito: lo religioso**

La dificultad en definir la ‘religión’ es reconocida unánimemente tanto en la ciencia jurídica como fuera de ella. Antropólogos, filósofos, sociólogos, juristas, políticos, teólogos y psicólogos no se ponen de acuerdo en un concepto común al respecto, y eso es aún más cierto cuando se trata de establecer distinciones con otros conceptos cercanos tales como la espiritualidad. Esta dificultad procede, en buena medida, de la confusión sobre la relación entre la religión y otras expresiones metafísicas tales como las espiritualidades indígenas, el esoterismo, el gnosticismo, la magia, etc. Naturalmente, el Estado no tiene competencia para convertirse en un ‘súper teólogo’ y definir lo que considera religioso y lo que no, pero sí en cambio puede –y debe– acometer tal tarea a través de la vía de la definición negativa de lo que constituye ‘religión’ a efectos normativos, por supuesto con la debida limitación legal de su potestad calificadora. En este campo no existen soluciones perfectas pero sí progresivamente perfectibles.

Estas dificultades para definir lo religioso tienen consecuencias en los ordenamientos jurídicos nacionales, los que deben afrontar el desafío de diseñar regímenes constitucionales y legales específicos a entidades y personas religiosas, para lo cual se encuentran obligados a circunscribir previamente el ámbito de aplicación de esos regímenes.<sup>18</sup> Sin embargo, en nuestra opinión, tales apremios no son relevantes para el SIDH, ya que el sistema no tiene como objeto regular el fenómeno religioso con relevancia jurídica –lo que sí es tarea de los Estados partes de la CADH– sino simplemente *controlar el respeto del principio de no discriminación e igualdad de todas las creencias, religiosas o no, y en particular el del derecho humano a la libertad de conciencia y de religión*. En ese sentido, tampoco es necesario para el SIDH diferenciar conceptualmente entre conciencia y religión, dado que ambos son formulados conjuntamente como una sola libertad.<sup>19</sup> Por tanto, ni la CADH ni los órganos que promueven su cumplimiento, se han preocupado en definir un concepto operativo de ‘religión’ o de ‘fines religiosos’; toda vez que ‘conciencia’ y ‘religión’ son ámbitos protegidos en plano de igualdad por la CADH, resulta irrelevante entrar a la tarea de distinguirlas.

Para la CADH es claro que la libertad de conciencia y de religión constituyen una sola libertad con dos ámbitos: el religioso y el no religioso. Ello se confirma por una afirmación de la Corte IDH en uno de los primeros casos en el que tuvo ocasión de pronunciarse sobre la alegada violación a la libertad de religión;<sup>20</sup> allí la Corte IDH justamente determinó la existencia de un solo derecho con dos dimensiones. En ello, la CADH sigue a los demás instrumentos y tratados internacionales de derechos humanos.<sup>21</sup>

18 Así, por ejemplo, en nuestro orbe tienen leyes de diferentes épocas sobre libertad religiosa, organizaciones religiosas y relaciones Iglesias-Estado en el Perú, Chile, Ecuador, Colombia, Brasil, México, etc. En otros países, como Argentina y Bolivia, leyes de dicha naturaleza están en fase formativa.

19 En cambio, para muchos de sus Estados partes, dicha distinción será necesaria desde que ellos reconocen a las organizaciones religiosas un estatuto jurídico distinto al del resto de organizaciones civiles con idearios no religiosos (incluyendo, por ejemplo, beneficios tributarios especiales).

20 En otros dos casos, la Corte IDH se pronunció sobre la libertad de religión, *ver* Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005. En el caso *“la Última Tentación de Cristo”*, la CIDH alegó una violación de la libertad de religión y de conciencia, pero la Corte IDH denegó dicha alegación sosteniendo que no se había probado.

21 Es importante señalar que en la normativa internacional hay cierta confusión terminológica. La DUDH proclamó el derecho a la “libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” englobando en número singular tanto la palabra “derecho” como “libertad”, y estableciendo además una clara dicotomía entre ‘religión’ y ‘creencia’. Lo propio hizo el PIDCP y la CADH al anunciar igualmente en singular a la ‘libertad de conciencia y de religión’, y al diferenciar ‘religión’ y ‘creencias’. En esta misma línea, el Acta Final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa (conocida como el Acta Final de Helsinki del 1 de agosto de 1975) enunció en singular a la ‘libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia’, pero introdujo una cuarta expresión, ‘la libertad de creencia’ a la que equiparó con la

En dichos instrumentos se establece la existencia de tres libertades autónomas a pesar de ser planteadas como si fueran una sola: la libertad de religión, la libertad de conciencia y la libertad de pensamiento. Se sugiere que la libertad de pensamiento tiene como ámbito las ‘creencias’ (entendidas como creencias de tipo secular), la libertad de conciencia y las ‘convicciones’ (aquellas de carácter ético no religioso), y la libertad religiosa que contendría entonces a ‘la religión’, la cual abarcaría creencias religiosas y convicciones ético-religiosas.

La última posición sería la que nos ayudaría mejor a orientarnos –aunque en apariencia artificiosa por distinguir manifestaciones del espíritu difícilmente separables–, y a mantener la coherencia conceptual de las definiciones jurídicas internacionales. Al parecer, este sería también el razonamiento planteado por el juez de Roux Rengifo en su voto razonado en el caso “*La Última Tentación de Cristo*”:

Hay que tener presente, al respecto, que el artículo 12 de la Convención Americana no se limita a consagrar, en abstracto, la libertad de conservar o cambiar de creencias, sino que protege explícitamente, contra toda restricción o interferencia, el proceso de mudar de religión. No es otro el sentido del numeral 2 del mencionado artículo 12, cuando establece, en lo pertinente, que “[n]adie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de [...] cambiar de religión o de creencias.<sup>22</sup>

En dicho caso, la Corte IDH no encontró violación a la libertad religiosa por no haberse probado debidamente que las creencias o prácticas religiosas de alguien hubieran sido afectadas por la censura de dicha película cinematográfica; pero sí determinó, en cambio, que había una violación a la libertad de expresión.<sup>23</sup> Diversos juristas españoles especializados en el derecho de libertad religiosa comparten un criterio conceptual similar.<sup>24</sup>

---

libertad de pensamiento y la libertad de conciencia en las que inicialmente parecía incluirse. Asimismo, la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, enfatizó reiteradamente una nítida distinción entre ‘religión’ y ‘convicciones’ en sus artículos 1 y 6, haciendo lo mismo que el Acta Final de Helsinki, con la diferencia de que la cuarta libertad agregada no es llamada ‘libertad de creencia’ sino ‘libertad de convicciones’. Finalmente, cabe mencionar a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –citada aquí por ser una valiosa experiencia de integración jurídica internacional–, la cual sigue el patrón de la DUDH en su reconocimiento de las libertades estudiadas. Pero, puede obtenerse de todo ello un común denominador: todas las nuevas expresiones introducidas marcan distancia con la religión, la que permanece como término bien singularizado. A diferencia de lo que sucede en muchas Constituciones nacionales en las que los términos ‘creencias’ o ‘convicciones’ se intercambian y asocian conceptualmente a la religión, en los textos internacionales el uso de los conceptos ‘creencias’ y ‘convicciones’ no está vinculado a las creencias o convicciones religiosas sino todo lo contrario, a las no religiosas, como se constata en las siguientes expresiones dicotómicas: “libertad de manifestar su religión o sus convicciones”, “libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección”, “libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias”, “libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección”. Así pues, de los textos internacionales de derechos humanos se concluye inequívocamente que la religión es distinguida claramente de las convicciones, creencias, pensamientos y la conciencia, por lo que la libertad religiosa sería aquella libertad ejercida en referencia a las opciones de fe y no a las escuelas filosóficas, convicciones éticas y demás opciones ideológicas. Así entonces, las creencias y convicciones no pertenecerían al ámbito de la libertad religiosa pues esta consiste en tener y manifestar una religión, o en no tenerla (pero solo a “no tenerla” pues la misma manifestación y práctica de aquellas ya pertenecerían al ámbito de otras libertades).

22 Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. FRC. 2001. Voto razonado.

23 Sobre el caso “*la Última Tentación de Cristo*” y la libertad de expresión, ver el comentario al artículo 13 (libertad de pensamiento y de expresión) a cargo de Bertoni y Zelada.

24 Los esfuerzos teóricos para distinguir entre libertad religiosa, libertad de conciencia y libertad ideológica (término del derecho constitucional español) proviene, como ya hemos dicho, de los estatutos jurídicos distintos de cada libertad. Así, Pedro Viladrich afirma, por ejemplo, que el ateísmo cabe, en parte, dentro del derecho de libertad religiosa y, en parte, dentro de la libertad de pensamiento y conciencia. Este autor distingue dos momentos que darán lugar a la solución del problema teórico; un primer momento en el que la persona ejerce su libertad para elegir si creer o no creer: es la llamada “libertad del acto de fe”, la cual puede dar resultado positivo o negativo y es parte del ejercicio del derecho de libertad religiosa. El segundo momento es la “libertad de culto o práctica religiosa”, el cual, por razones obvias ya no correspondería a los ateos o agnósticos. Así, el acto de elegir el no tener creencias religiosas formaría parte del derecho de libertad religiosa en el momento de ejercerse la libertad de elección. Pero una vez exteriorizada dicha elección, se convierte ya en una manifestación del ejercicio de la libertad de conciencia o de pensamiento por “lo que contiene del sistema ideológico y ético”. La exteriorización creyente de dicha elección sería en cambio una

## 4.2. Naturaleza

Seguimos al jurista español Iván Ibán, cuando sostiene que el derecho de libertad religiosa integra derechos de tres categorías: los que exigen inmunidad de coacción por parte del Estado, los que facultan a su titular a realizar determinada conducta sin interferencia estatal, y los que exigen una obligación estatal positiva de dar o hacer.<sup>25</sup> En cuanto a esto último, no todo el contenido del derecho de libertad religiosa tiene carácter prestacional, sino solo aquel que demande para su igual ejercicio y real vigencia una acción positiva –sea haciendo o dando– del Estado (sin afectar el principio de no discriminación).

La dimensión de la libertad de religión relativa al derecho de tener creencias religiosas, es un aspecto que solo exigiría un deber de abstención o de no interferencia por parte del Estado, que en modo alguno podría reclamarse una exigencia prestacional (al pretenderse, por ejemplo, que sea el Estado el que promueva que sus ciudadanos tengan una u otra creencia religiosa).

Respecto a la dimensión de manifestar las creencias, la situación es diferente. La discriminación existente hacia ciertas minorías religiosas haría altamente necesario que el Estado promoviera las condiciones para que su práctica religiosa sea respetada por medio de una intervención especial de su parte. Así, por ejemplo, adoptando legislación específica que proteja el derecho de trabajadores y estudiantes observadores de días de reposo no dominicales, toda vez que los centros laborales y educativos se organizan con base en el ritmo semanal marcado por el descanso dominical.

## 4.3. Fundamento

La DUDH no registra una declaración acerca de los fundamentos filosóficos y morales de los derechos proclamados en ella, debido a la gran diversidad y contraposición de ideologías representadas en la Asamblea en la que se adoptó este instrumento. Por ello, la afirmación filosófica más ‘audaz’ en sus disposiciones resulta ser la que afirma “la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y sus derechos iguales e inalienables”, misma que, inclusive, fue objeto de cuestionamiento por la delegación soviética y de las de sus países satélites, a pesar de no detallar cuál es el fundamento último de dicha dignidad.

En el Preámbulo de la Carta de San Francisco de 1945 se apelaba a este fundamento filosófico en el que los pueblos reafirmaban su “fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y en el valor de la persona humana [...]”. Después de la DUDH, el PIDESC y el PIDCP reconocieron que los derechos humanos –y por tanto la libertad religiosa– “se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana”; el último texto político de alcance universal en donde también se reconoce esto es la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993. En este instrumento se afirma que el origen de estos derechos se sitúa “en la dignidad y el valor de la persona humana, y que esta es el sujeto central

---

manifestación del ejercicio de la libertad religiosa. Cfr: Viladrich, P. “Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución”, en *Ius Canonicum*. Vol. XXII, n.º 43, 1982, p. 33. Por su parte, Dionisio Llamazares se pronuncia en este mismo sentido al afirmar que “es verdad que el derecho de libertad religiosa es derecho para tener fe religiosa y para no tenerla”, pero ello no implica que el tener convicciones o creencias no religiosas o incluso antirreligiosas esté incluido dentro de ella (en lo que sería una “argumentación artificiosa, retorcida y contraria a las leyes más elementales de la lógica”) sino que “lo incluido [...] es el derecho a no tener creencias religiosas, pero nada más; no a tener otras convicciones y otro sistema de ideas y creencias. Lo incluido en el derecho de libertad religiosa, aparte del derecho a tener creencias religiosas, es la pura negatividad: a no tener creencias religiosas y a no ser obligado a tenerlas; pero no a poder tener unas u otras ideas y creencias no religiosas, que es parte del contenido del derecho de libertad de conciencia (ideológica o de pensamiento), en el que ambas alternativas tienen contenido positivo”. Llamazares, D. *Derecho de la Libertad de Conciencia*. Civitas, Madrid, 1997, p. 16. También Javier Hervada manifiesta que “lo amparado por la libertad religiosa es radicalmente la religión, esto es, la relación o comunión con el hombre con la divinidad [...] los fenómenos del ateísmo y del agnosticismo son también objeto de la libertad religiosa (el sistema de pensamiento ateo o agnóstico pertenecen, en cambio, a la libertad de pensamiento)”, ver Hervada Xiberta, J. *Los Eclesiasticistas ante un Espectador*. EUNSA Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1993.

25 Ibán, I. “El Derecho Eclesiástico”, en Ibán, I. y Prieto Sanchís, L. *Lecciones de Derecho Eclesiástico*. Tecnos, Madrid, 1987.

de los derechos humanos y las libertades fundamentales, por lo que debe ser la principal beneficiaria de esos derechos y libertades y debe participar activamente en su realización”. (Preámbulo, párrafo 2).

Al respecto, la CADH se ha pronunciado sobre el fundamento de los derechos humanos en su Preámbulo:

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos [...].

El fundamento de la libertad religiosa está radicado en la dignidad intrínseca, natural y universal de la persona humana. Ella es anterior y superior al Estado, y es el fundamento de su legitimidad ante sus propios ciudadanos como ante la comunidad internacional. Como bien afirma Javier Hervada, la dignidad es el “estatuto ontológico de la persona humana”.<sup>26</sup>

## 5. Inciso 1: Titularidad y dimensión positiva de la libertad de religión

### 5.1. Titularidad: “toda persona”

La primera frase del artículo 12 de la CADH señala que “toda persona” es titular del derecho. En este aspecto es donde se advierte nítidamente la diferencia entre las normas convencionales interamericanas y las europeas, dado que la CADH solo reconoce como sujetos titulares de los derechos convencionales a las personas naturales,<sup>27</sup> mientras que en el SEDH las personas jurídicas pueden ser consideradas como sujetos titulares de derechos humanos (como el derecho a la propiedad). En el propio orbe interamericano, no pocos ordenamientos jurídicos nacionales reconocen también a las agrupaciones religiosas como titulares de la libertad de religión. En los siguientes párrafos nos referimos a ello y a los matices que tiene esta regla general.

#### 5.1.1. Titularidad individual

El derecho de libertad religiosa y de conciencia es un derecho eminentemente subjetivo del que son titulares todas las personas naturales en virtud del principio de la supremacía de la dignidad humana. La persona humana es el punto de referencia primario del cual parte el reconocimiento al ejercicio colectivo de los respectivos derechos confesionales; así, los derechos fundamentales reconocidos a los sujetos colectivos “sólo tienen razón de ser en tanto que exigidos por el mejor desarrollo de la persona individual y la plena realización de su derecho de igualdad en la libertad”.<sup>28</sup> Esto no solo es una constatación jurídica sino que está enraizada en la dinámica histórica: el núcleo básico de las modernas libertades individuales ha tenido como su primera formulación a la libertad religiosa de la cual han derivado las demás, es por ello que se le denominó “la primera de las libertades”. Así pues, su construcción fue eminentemente individualista y en oposición a los poderes absolutistas y universales de la época, la Monarquía y el Papado.

La CADH señala en su artículo 1.2. que “persona es todo ser humano”. De tal definición solo cabe concluir que la libertad de religión pertenece a todo ser humano bajo jurisdicción de los Estados partes de la CADH.<sup>29</sup>

26 Hervada Xiberta, J., *op. cit.*

27 Con excepción de la titularidad de derechos reconocida para los pueblos indígenas y tribales. *Cfr:* Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2016, párrs. 74 a 82.

28 Llamazares, D., *op. cit.*, p. 234.

29 CIDH. Informe n.º 10/91, *Caso Banco de Lima vs. Perú*, 22 de febrero de 1991, considerandos 1 y 2. CIDH. Informe n.º 39/99, *Caso S. A. vs. Argentina*, 11 de marzo de 1999, párr. 17.

En virtud del principio de no discriminación y de la definición de persona, la condición de ser extranjero no puede ser condición limitante para gozar de la libertad religiosa, más allá de que existan ciertos derechos fundamentales que no les hayan sido atribuidos en los ordenamientos nacionales o que les hayan sido especialmente limitados constitucionalmente.

### 5.1.2. Los menores de edad

Hay una atingencia a efectuar en el caso de los menores de edad. En la opinión consultiva sobre la *condición jurídica y los derechos humanos del niño*, la Corte IDH manifestó que los niños “al igual que los adultos, poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos [...] y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”.<sup>30</sup> En esa misma opinión consultiva, la Corte IDH no se refirió a la libertad religiosa de los menores de edad, pero es precisamente aquella circunstancia uno de los condicionamientos naturales del menor titular de la libertad religiosa, ya que –como afirma Joaquín Mantecón– no podrá ejercerla plenamente como los adultos sino “hasta que alcance un nivel suficiente de autoconciencia, ya que el ejercicio de este derecho es personalísimo, e implica una decisión libre y consciente por parte del titular”.<sup>31</sup>

La propia CDN así lo dispone en los artículos 12,<sup>32</sup> 13,<sup>33</sup> y especialmente en el 14.<sup>34</sup> Ahora bien, ¿cuándo se puede estimar que un menor de edad tiene la suficiente madurez intelectual y psicológica para autodeterminarse en asuntos religiosos? El asunto es de la mayor importancia si se consideran prácticas religiosas, como las de los Testigos de Jehová, en las que se rehúsan las transfusiones de sangre por motivos religiosos, aun para los menores de edad.<sup>35</sup>

30 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002, párr. 54.

31 Mantecón, J. “Confesiones religiosas y registro”, citado en Souto Galván, B. *El reconocimiento estatal de las entidades religiosas*. Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 2000, p. 123.

32 “Artículo 12. 1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

33 “Artículo 13. 1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) [p]ara el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) [p]ara la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas”.

34 “Artículo 14. 1. Los Estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades. 3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

35 Al respecto, han sido numerosos los dramas de vida o muerte que han afrontado menores de edad Testigos de Jehová quienes han fallecido por rechazar transfusiones de sangre, o porque sus tutores o apoderados las han rechazado por ellos. En el primer caso, la cuestión es la edad en la que un niño es capaz de tomar una decisión tan trascendental para su sobrevivencia. En el segundo, la cuestión es si el derecho de los padres y tutores de educar con sus propias convicciones religiosas puede ser tal que se les ponga en riesgo de muerte o de convertirlos en mártires. Para el Fiscal General del Estado Español, Eduardo Torres-Dulce, son diversos supuestos los que han de analizarse y distintas las maneras de proceder: “1. El “menor maduro” se niega a una transfusión de sangre u otra intervención con grave riesgo para su vida, pero sus representantes legales son favorables.- En ese caso, el médico puede llevar a cabo la intervención sin necesidad de acudir al juez. Si la situación no es de urgencia, es aconsejable acudir al juez de guardia, directamente o a través del fiscal. 2. El “menor maduro” rechaza la transfusión y sus representantes legales también.- En este caso, el médico debe plantar el conflicto ante el juez de guardia directamente o a través del fiscal, pero si la situación es de urgencia puede llevar a cabo la intervención sin autorización judicial, amparado por la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad. 3. El “menor maduro” presta su consentimiento y sus representantes se oponen.- El médico puede aplicar el tratamiento sin intervención judicial, dada la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro. 4. Los representantes del “menor no maduro” no consienten la intervención, gene-

Ello no se define en el orden interamericano, ni la legislación comparada arroja muchas luces al respecto,<sup>36</sup> siendo la Ley 16/2001 de 22 de junio de 2001 de Portugal –titulada “*Lei da Liberdade Religiosa*”–, una de las pocas –sino la única– que se pronuncia al respecto.<sup>37</sup> Tal innovación portuguesa tiene un precedente inmediato en el proyecto de ley de libertad religiosa italiano de 1997 denominado “*Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi*”, que contempla en el artículo 4 el derecho de los padres a educar a sus hijos según su propia fe “con respeto de su personalidad y sin perjuicio de su salud” y el derecho de los menores de 14 años a decidir autónomamente respecto a su propia opción religiosa.<sup>38</sup>

Las relaciones entre las potestades paterno-filiales y la libertad religiosa de menores de edad, han generado una serie de importantes cuestiones que Martín Sánchez ha clasificado básicamente en tres, y que vale la pena reseñar aquí: 1. la conexión entre patria potestad y educación religiosa del menor, 2. la incidencia de los contrastes entre los titulares de la patria potestad en la educación de sus hijos menores y, finalmente, 3. los posibles conflictos entre la libertad religiosa del menor y la de quienes ejercen sobre él la patria potestad.<sup>39</sup> Sánchez indica que la jurisprudencia europea de derechos humanos ha contribuido a establecer algunas reglas para afrontar estas cuestiones. Por ejemplo, la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos, ante un caso de contradicción sobre decisiones religiosas entre las adoptadas por los padres o apoderados que ejercen la patria potestad y la voluntad del menor, sostuvo que prevalece la libertad religiosa de este último si es que ha llegado al grado de madurez idónea. Hasta que no sea así, se ‘imponen’ las elecciones religiosas de sus padres o apoderados en ejercicio de las facultades que la patria potestad les confieren, y una vez que el menor ha alcanzado la madurez, no podrá luego señalar que se ha violado su derecho de libertad religiosa.<sup>40</sup>

### 5.1.3. Las personas privadas de la libertad

Refirámonos ahora a la situación de las personas privadas de la libertad que viven en condiciones de limitación de algunos derechos y en un régimen de seguridad.

La CADH no hace ninguna mención particular, el instrumento más completo y específico en la materia en el SIDH son los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas

---

rando grave riesgo para su vida o salud.- El médico debe plantear el conflicto ante el juez de guardia, directamente o a través del fiscal, pero en situaciones urgentes, el médico puede directamente aplicar el tratamiento frente a la voluntad de los padres estando su conducta plenamente amparada por dos causas de justificación. En todo caso, los fiscales deberán emitir sus dictámenes con carácter preferente y urgente y promover ante el juzgado de guardia un expediente de jurisdicción voluntaria”. Diario *El País*. “Los Testigos de Jehová no podrán oponerse a las transfusiones a sus hijos”, 05 de octubre de 2012. Disponible en: [https://elpais.com/sociedad/2012/10/05/actualidad/1349469630\\_361762.html](https://elpais.com/sociedad/2012/10/05/actualidad/1349469630_361762.html) (fecha de último acceso: 2017/07/01).

36 En el caso mexicano, la “Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público”, promulgada el 13 de julio de 1992 establece que solo pueden ser miembros de Asociaciones Religiosas (en calidad de “asociados”) los ciudadanos mayores de edad lo que a nuestro juicio viola flagrantemente la libertad religiosa de los menores con discernimiento que deseen incorporarse activamente a una determinada organización.

37 Dicha ley establece en el artículo 11 que en cuanto a la educación religiosa de los menores: “[o]s pais têm o direito de educação dos filhos em coerência com as próprias convicções em matéria religiosa, no respeito da integridade moral e física dos filhos e sem prejuízo da saúde destes [...] Y que [...] Os menores, a partir dos 16 anos de idade, têm o direito de realizar por si as escolhas relativas a liberdade de consciência, de religião e de culto”.

38 “Art. 4. (Figli minori). I genitori hanno diritto di istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio, in coerenza con la propria fede religiosa o credenza, nel rispetto della loro personalità e senza pregiudizio della salute dei medesimi. Fermo restando quanto disposto dall’articolo 316 del codice civile, i minori, a partire dal quattordicesimo anno di età, possono compiere autonomamente le scelte pertinenti all’esercizio del diritto di libertà religiosa; in caso di contrasto fra i genitori decide il giudice competente, tenendo conto dell’interesse primario del minore”. *Vé*; para la problemática del menor en el derecho italiano, Lariccia, S. “I diritti delle minoranze religiose in Italia”, en Goti Ordeñana, J. (ed.) *Aspectos Socio- Jurídicos de las Sectas desde una Perspectiva Comparada*. The Onati International Institute for the Sociology of Law, 1991.

39 Martín Sánchez, I. *La recepción por el Tribunal Constitucional Español de la Jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las Libertades de Conciencia, Religiosa y de Enseñanza*. Comares, Granada, 2002, pp. 128 y ss.

40 Decisión 2525/67 en el caso *X vs. Islandia*, citado en: Martín Sánchez, I., *op. cit.*, p. 129.

de Libertad en las Américas”, cuyos artículos ya hemos reproducido secciones atrás. Dichos principios tienen fuerza interpretativa, y de acuerdo con su contenido, las personas privadas de su libertad tienen derecho a no ser discriminadas en el ejercicio de su religión al interior de los centros penitenciarios, a que se respete su identidad religiosa en la recepción de alimentos y del vestido proporcionados por las autoridades penitenciarias, y el derecho a participar en actividades religiosas.

La CIDH adoptó dicha resolución con miras a preparar la aprobación de una nueva declaración interamericana al respecto, constatando con preocupación la necesidad de identificar buenas prácticas de protección en las que incluyó la libertad de religión. La propia CIDH constató:

[...] la crítica situación de violencia, hacinamiento y la falta de condiciones dignas de vida en distintos lugares de privación de libertad en las Américas; así como la particular situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad mental privadas de libertad en hospitales psiquiátricos y en instituciones penitenciarias; y la situación de grave riesgo en que se encuentran los niños y niñas, las mujeres, y los adultos mayores recluidas en otras instituciones públicas y privadas, los migrantes, solicitantes de asilo o de refugio, apátridas y personas indocumentadas, y las personas privadas de libertad en el marco de los conflictos armados.

La limitación de la libertad personal que se aplica a través del internamiento en centros penitenciarios de los procesados o condenados por comisión de delitos, plantea una situación que justifica, más que en cualquier otra, la necesidad de facilitar el ejercicio de la libertad religiosa en el ámbito penitenciario, amén de la necesidad de resocialización del interno al que el factor religioso puede contribuir positivamente.

El derecho a recibir asistencia religiosa es una manifestación de la libertad religiosa de las personas internadas en centros penitenciarios, y es, en precisa definición de Manuel López Alarcón:

la acción del Estado para establecer las condiciones o infraestructura adecuada a fin de que puedan recibir asistencia espiritual directa de sus respectivas agrupaciones religiosas los ciudadanos que tienen disminuidas las posibilidades de recibirla por encontrarse internados en centros caracterizados por un régimen de especial sujeción.<sup>41</sup>

Su fundamento se encuentra en la necesidad de superar mediante medidas positivas y promocionales a cargo del Estado el particular menoscabo en el ejercicio del derecho de libertad religiosa que –como producto de estas circunstancias especiales– sufren las personas sometidas a ellas, así como a solucionar situaciones potencialmente discriminatorias en el goce del derecho a la libertad de culto.

La Corte IDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los derechos de los menores de edad en centros penitenciarios. Al respecto, afirmó que:

La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática.<sup>42</sup>

41 López Alarcón, M. “La Asistencia Religiosa”, en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1994, pp. 1159-1160.

42 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 154. En este párrafo, la Corte IDH cita a: *Cfr. Corte IDH. Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004, párr. 108. Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003, párr. 87. Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, párr. 96. *Cfr. ONU. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones n.º 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y n.º 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, párr. 57. *Cfr. Corte IDH. Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003, párr. 116. Artículo 5 del Protocolo de San Salvador.

La restricción de otros derechos, por el contrario –como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso– no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad.<sup>43</sup>

Y es que, como veremos más adelante, la libertad de religión tiene tal intensidad axiológica para el desarrollo de la persona humana que la CADH no autoriza a suspender su ejercicio ni aun en situaciones de excepcional gravedad o urgencia, como indica su artículo 27. Con cuánta mayor razón no puede ser suspendida al interior de centros penitenciarios en los que desarrollan su vida multitud de personas de manera cotidiana.

#### 5.1.4. ¿Titularidad colectiva?

Como hemos señalado párrafos arriba, la CADH no reconoce que las personas jurídicas sean titulares de los derechos enunciados, sin embargo la Corte IDH ha ‘matizado’ esta posición para evitar que ella se constituya en un obstáculo para el goce de los derechos humanos de las personas naturales que realizan sus derechos a través de personas jurídicas. En palabras de la Corte IDH:

[...] si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la CADH [...] esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho.<sup>44</sup>

##### 5.1.4.1. Las agrupaciones religiosas

El criterio general citado de la Corte IDH, es, sin duda, aplicable al caso de las agrupaciones religiosas.<sup>45</sup> Los informes de la CIDH han sido abundantes en aludir a la situación del derecho de libertad religiosa de la Iglesia Católica Romana y de las iglesias no católicas en varios países con déficit democrático con lo que implícitamente les ha reconocido la titularidad de tal libertad.

La libertad de religión es una que esencialmente se ejerce de manera colectiva mediante la libertad de culto. En algunos países, los Estados han celebrado acuerdos de cooperación con ciertas agrupaciones religiosas no católicas, lo que ha supuesto reconocerles una importante relevancia para efectos de desarrollar sus derechos y su libertad religiosa en el espacio público. En dichos Estados, las agrupaciones religiosas son titulares del derecho de libertad religiosa en cuanto tales, y no en cuanto constituyen exteriorizaciones organizadas de los derechos individuales. Como afirma Prieto:

[...] la relevancia que a estas se reconoce, su específica disciplina normativa y su cualidad de sujetos de una relación de cooperación con el Estado se justifican precisamente por ser titulares del derecho fundamental de libertad religiosa; de un derecho que no es el resultado de la suma aritmética de los derechos de los individuos que componen la comunidad, sino que existe y puede ser actuado de modo independiente. La protección jurídica de la libertad religiosa de las comunidades tiene pues, una base constitucional, sin que para obtener dicha tutela sea preciso acudir a la vía indirecta de considerar vulnerados los derechos individuales de sus miembros.<sup>46</sup>

43 Corte IDH. *Caso Instituto de reeducación del menor vs. Paraguay*. EPFRC. 2004, párr. 155.

44 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001, párr. 29.

45 Decimos aquí “agrupaciones religiosas” y no “confesiones religiosas” o “iglesias” dado que estas denominaciones corresponden a formas cristianas de organización de la vida religiosa colectiva. El término “confesión religiosa” no refleja la naturaleza diversa de las distintas agrupaciones religiosas existentes, pero, a pesar de ello, tanto en el derecho comparado como en la más ilustrada doctrina han ganado aceptación puramente convencional, para designar a todo grupo religioso organizado con creencias, culto y ministerio propios. En sentido estricto, el término “confesión” alude histórica y sociológicamente a las agrupaciones religiosas heredadas de la tradición protestante y no a las islámicas o judías.

46 Prieto Sanchis, L. “El Derecho Fundamental de Libertad Religiosa”, en Ibán, I. y Prieto Sanchis, L. *Lecciones de Derecho Eclesiástico*. Tecnos, Madrid, 1987, p. 144.

#### 5.1.4.2. Los pueblos indígenas y tribales

Las agrupaciones tradicionales religiosas no son los únicos entes colectivos cuyo ejercicio de la religión es materia de observación por el SIDH. Los pueblos indígenas y tribales han sido mencionados en numerosos informes de la CIDH en los que se analizan su libertad de religión y de creencia, así como en sendas sentencias de la Corte IDH.<sup>47</sup>

La CIDH ha promovido la protección de la libertad de religión y de conciencia con base en las obligaciones que emanan de la DADDH, esto ha sido en aquellos casos suscitados en Estados que no han suscrito la CADH, o que habiéndolo hecho, no han ratificado ni aceptado la jurisdicción de la Corte IDH. Entre estos casos se encuentran: *Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, de 2002; *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, de 2004; y el caso *Grupo de Tratado Hul'qumi'num vs. Canadá*, de 2009.

Por su lado, la Corte IDH ha desarrollado una vanguardista jurisprudencia sobre derechos de los pueblos indígenas y, en particular, sobre su derecho a la identidad cultural y religiosa. De acuerdo con dicha jurisprudencia será aplicable el artículo 12 para proteger las cosmovisiones y creencias indígenas con base en una acepción amplia del término 'religión'. Esta línea jurisprudencial es consistente con lo señalado por el Comité DHONU:

El artículo 18 [del PIDCP] protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos "creencias" y "religión" deben entenderse en sentido amplio. El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales. Por eso, el Comité ve con preocupación cualquier tendencia a discriminar contra cualquier religión o creencia, en particular las más recientemente establecidas o las que representan a minorías religiosas que puedan ser objeto de la hostilidad por parte de una comunidad religiosa predominante.<sup>48</sup>

Más adelante, nos referiremos a los derechos espirituales y religiosos de los pueblos indígenas al tratar sobre el contenido de la libertad de religión según el inciso 2 del artículo 12 de la CADH. En esta sección, basta que tomemos nota sobre la titularidad colectiva que dichos pueblos ostentan para defender la libertad religiosa de sus integrantes, lo mismo que las agrupaciones religiosas.

## 5.2. La dimensión positiva de la libertad de religión: "[e]ste derecho implica la libertad de [...]"

Continuando con el análisis del inciso 1 del artículo 12 de la CADH, advertimos que dicho inciso describe el contenido de la dimensión positiva de la libertad de religión, a diferencia de su inciso 2, el cual es sobre la dimensión negativa de la misma.

El Estado tiene en general una estela de obligaciones positivas de respeto y adopción de disposiciones de derecho interno favorables a su ejercicio.<sup>49</sup> Entre dichas obligaciones positivas se encontrarán, por ejemplo, el adoptar políticas públicas y legislación que supere las brechas entre derechos reconocidos en la CADH y las leyes internas, incluyendo su operativización práctica. Esto bien puede significar la necesidad de adoptar leyes de libertad religiosa –o actualizar las existentes que no se conformen a los ideales de una sociedad democrática–, de modo que expliciten cuáles son las obligaciones de los

47 Como es sabido, la CADH es deudora de su tiempo al no haber contemplado ninguna referencia sobre los pueblos indígenas ni al derecho a la identidad cultural en su texto. Sin embargo, bajo el enfoque del principio de no discriminación, de los derechos culturales y del derecho a la propiedad, tanto la CIDH como la Corte IDH han desarrollado un interesante *corpus* de estándares sobre el derecho a la libertad de religión y de creencia de los pueblos indígenas.

48 Comité DHONU. Observación General n.º 22, *El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión* (art. 18). CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 27 de septiembre de 1993, párr. 2.

49 Ver los comentarios a los artículos 1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) a cargo de Ferrer Mac-Gregor y Pelayo.

operadores jurídicos en cuanto a los derechos de personas y colectivos que representen creencias religiosas minoritarias en la sociedad.<sup>50</sup>

Asimismo, en la gama de obligaciones positivas del Estado se encuentran el deber de realizar investigaciones y de juzgar la violación de un derecho determinado. En este punto existió un notable caso en Argentina informado por la CIDH, a propósito de la acción de grupos antisemitas y de algunas autoridades policiales en dicho país, que no habían merecido la debida investigación ni sanción:

La Comisión estima que si bien el antisemitismo que en algunas ocasiones se ha desatado en Argentina proviene de grupos fanáticos que se encuentran fuera de la responsabilidad gubernamental, *al Gobierno le corresponde hacer efectiva una política de control de la actividad de dichos grupos y promover el respeto a las minorías, de acuerdo con los instrumentos jurídicos internacionales sobre la materia.*<sup>51</sup>

Tiene, pues, el Estado obligaciones positivas a fin de proteger el ejercicio de la libertad religiosa y de conciencia, la cual contiene dos aspectos: la de tener creencias religiosas y la de manifestarlas.

La libertad de tener creencias religiosas puede admitir, a su vez, los siguientes aspectos: los derechos de adoptar, cambiar y abandonar creencias religiosas. A su vez, la libertad de manifestar creencias religiosas abarcaría una gama rica y diversa de concretizaciones: derechos de libertad de culto (relativos al rito), derechos de difusión religiosa, derechos de formación, educación y enseñanza religiosas, derechos de reunión y asociación con fines religiosos y los derechos de conciencia religiosa (relativos a los criterios éticos basados en la fe).

### **5.2.1. La libertad de tener religión**

La CADH ha desarrollado el derecho a tener religión mediante diversas disposiciones: 1. la determinación del carácter no suspendible del artículo 12, aun en situaciones de estado de emergencia o excepción, conforme al artículo 27 de la CADH; 2. la prohibición de no devolución (*non-refoulement*) de una persona a otro país si existiera el riesgo de que fuera reprimida por su religión, conforme al artículo 22 de la CADH; y 3. la prohibición del discurso de odio religioso en el artículo 13 de la CADH. Estas disposiciones son una condena de la discriminación religiosa, y al respecto no pareciera que estemos ante conductas prohibidas que busquen amenazar o sancionar la práctica de una religión, sino el hecho mismo de tener creencias de naturaleza religiosa.

### **5.2.2. La libertad de manifestar la religión**

Una dimensión importante de la libertad de manifestar la religión es la libertad de culto, cuyo objeto es la protección del fenómeno del rito (este es uno de los elementos más característicos y llamativos de la religión). En sentido amplio, el rito es “un acto simbólico a través del cual los creyentes tratan de comunicarse con los seres superiores, como la plegaria o el acto penitencial”,<sup>52</sup> es decir, un lenguaje para comunicarse con lo divino que puede revestir diferentes modalidades: ritos de paso (que marcan hitos de la vida personal como el nacimiento, muerte, matrimonio, etc.), ritos de iniciación (que marcan el ingreso a una agrupación religiosa), ritos festivos (para celebrar acontecimientos o personajes sagrados), los ritos penitenciales (para atraer el perdón divino), y ritos impetratorios (para obtener favores divinos).<sup>53</sup>

50 Así, por ejemplo, ver la legislación interna de los siguientes países: Argentina. Ley 21.745 “Registro Nacional de Cultos”, promulgada el 15 de febrero de 1978. Chile. Ley 19638 “Establece Normas sobre la Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas”, promulgada el 1 de octubre de 1999. Colombia. Ley 133 “Ley Estatutaria de Libertad Religiosa y de Cultos”, publicada en el Diario Oficial n.º 41.369, de 26 de mayo de 1994. México. “Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público”, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de julio de 1992. Perú. Ley n.º 29635 “Ley de Libertad Religiosa”, publicada el 21 de diciembre de 2010.

51 CIDH. Informe de País Argentina, 1980, Capítulo X, párr. 4. (énfasis agregado) De manera similar y reciente, en un caso venezolano de antisemitismo, ver CIDH. Informe Anual 2008 - Capítulo IV Venezuela, párr. 367. (énfasis agregado)

52 Marzal, M. *Tierra Encantada, Tratado de Antropología Religiosa de América Latina*. Trotta-Fondo Editorial PUCP, Lima, 2002, p. 28.

53 *Idem*.

Así, la libertad de culto es el derecho a practicar en las ceremonias, celebraciones, ritos que derivan de las creencias religiosas, y que puede ser practicado tanto individualmente como en forma colectiva, a través de la asociación o de la reunión.<sup>54</sup> Por tanto, esta dimensión de la libertad de religión se encuentra vinculada a los artículos 16 (libertad de asociación religiosa) y 22 (derecho de circulación y residencia).<sup>55</sup>

Particularmente, la Corte IDH ha analizado esta dimensión de la libertad consagrada en el artículo 12 de la CADH en el marco de la identidad cultural y espiritual de los pueblos y comunidades indígenas. Los hechos analizados por la Corte IDH versan, principalmente, sobre graves violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los miembros de comunidades como desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales o masacres, y sobre los efectos destructivos de actividades extractivas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales.

Tal y como se establece en la jurisprudencia que examinamos a continuación, la Corte IDH ha analizado los efectos que esas violaciones tienen en la celebración de ritos funerarios y en la posibilidad de acceder a las tierras sagradas, y ha brindado protección, paulatinamente, a la vida espiritual y cultural de los pueblos y comunidades indígenas en el marco del artículo 12 de la CADH.

En la sentencia del caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, del 2000,<sup>56</sup> las creencias de las comunidades indígenas Maya de Guatemala fueron especialmente consideradas, al disponerse como reparación que los familiares sobrevivientes de la víctima (quien había sido torturada, asesinada y desaparecida), pudieran recibir sus restos para darle sepultura de acuerdo con los ritos de su cultura. En sus alegatos finales escritos, la CIDH había destacado la repercusión de no haberse dado sepultura digna a los restos mortales, “por la relevancia central que t[enía] en su cultura el vínculo activo que une a los vivos con los muertos”, pues la “falta de un lugar sagrado a dónde acudir para velar [...] constitu[ía] una preocupación profunda que brota[ba] de los testimonios de muchas comunidades mayas”.

La Corte IDH acogió dicho argumento, y en un voto de hondo contenido histórico y espiritual, el juez Cançado Trindade se extendió sobre cuatro reflexiones: 1. el respeto a los muertos en las personas de los vivos; 2. la unidad del género humano en los vínculos entre los vivos y los muertos; 3. los lazos de solidaridad entre los muertos y los vivos; y 4. la prevalencia del derecho a la verdad, en respeto a los muertos y a los vivos.<sup>57</sup>

Posteriormente, la sentencia del caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* fue la que –de acuerdo con el mismo juez Cançado Trindade– se adentró más en el concepto de identidad cultural y cosmovisión indígena, convirtiéndose en un caso emblemático o *leading case* en la materia.<sup>58</sup> En dicha sentencia, por primera vez, la Corte IDH avanzó en el concepto de que la relación de los pueblos indígenas con sus tierras no es meramente de propiedad o de posesión sino espiritual:

54 En la década de los 70, la CIDH se pronunció sobre un decreto del dictador Jorge Videla que prohibía las actividades de la agrupación religiosa Testigos de Jehová en la Argentina y la clausura de sus instalaciones. Dado que Argentina aún no había ratificado la CADH, la CIDH aplicó el artículo III de la DADDH sobre libertad religiosa, y declaró que la dictadura había violado el derecho de libertad religiosa y de culto, recomendando que se derogara el decreto y que cesara toda persecución contra dicha religión. Ver CIDH. *Caso Testigos de Jehová vs. Argentina*, Caso 2137, 18 de noviembre de 1978. Asimismo, en su Informe Anual de 1979-1980, la CIDH examinó el derecho a la adquisición de personalidad jurídica en Paraguay; nuevamente, fundamentando su decisión en la DADDH, llamó la atención a ese país por haberle retirado la personalidad jurídica a los Testigos de Jehová e impedir sus actividades. Ver CIDH. Informe Anual 1979-1980 - Capítulo V Paraguay, párr. 10.

55 Para mayor análisis sobre el contenido de estos artículos, ver los comentarios a cargo de Mujica (sobre la libertad de asociación), y de Uprimny y Sánchez (sobre el derecho de circulación y de residencia).

56 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000.

57 *Idem*. Voto separado del juez A. A. Cançado Trindade. En virtud de estos lazos entre vivos y muertos originados en la cultura Maya, la Corte IDH decidió ampliar la noción de “víctimas” a los familiares de la víctima asesinada, pues se constató que “la suerte de uno encuéntrase ineluctablemente ligada a la suerte de los demás. Uno no puede vivir en paz ante la desgracia de un ser querido. Y la paz no debería ser un privilegio de los muertos. La desaparición forzada de una persona victimiza igualmente sus familiares inmediatos.” *Idem*.

58 Cançado Trindade, A. A. “The right to cultural identity in the evolving jurisprudential construction of the Inter-Ame-

[...] Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. [...] Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.<sup>59</sup>

Sin embargo, es importante mencionar que allí se trató de una interpretación progresiva del artículo 21 de la CADH relativo al derecho a la propiedad, y no del artículo 12 sobre libertad de religión. A pesar de ello, subyace el vínculo especial e interdependiente entre la posesión de la tierra y la identidad cultural indígena, la cual finalmente es espiritual, por lo que las tierras puedan ser también –e inclusive mejor– protegidas alegando la vulneración del derecho a la libertad religiosa. Esta relación especial entre comunidades indígenas y sus territorios ha sido reafirmada con fuerza en sentencias posteriores de la Corte IDH,<sup>60</sup> así como en las decisiones e informes de la CIDH,<sup>61</sup> las que han consolidado una tendencia jurisprudencial hacia la interpretación combinada del artículo sobre el derecho a la propiedad, con el de identidad cultural y el de libertad de religión.

En el caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* en 2004 se ventiló la aplicación directa del artículo 12 de la CADH. El Estado guatemalteco aceptó su responsabilidad internacional por la violación de varios artículos, incluido la libertad de conciencia y religión; la Corte IDH subrayó que dicha transgresión específica había consistido en que “la comunidad Plan de Sánchez sólo pudo realizar el entierro de algunos de sus familiares conforme a las ceremonias mayas, a sus creencias y religiosidad”,<sup>62</sup> y –siguiendo su línea precedente–, señaló que los familiares de las 268 personas asesinadas tenían la calidad de “víctimas” debido a la angustia sufrida.

En el año siguiente, en la sentencia del caso de la *Comunidad Moiwana vs. Surinam*,<sup>63</sup> de manera destacable, el juez Cañado Trindade postuló las tesis del ‘daño espiritual’ y del ‘daño al proyecto de post-vida’ en los siguientes términos:

Me atrevería a conceptualizarlo como un daño espiritual, como una forma agravada del daño moral que tiene una implicancia directa en la parte más íntima del género humano, a saber, su ser interior, sus creencias en el destino de la humanidad y sus relaciones con los muertos. El daño espiritual no es susceptible, por supuesto, de indemnización material sino que existen otras formas de compensación. Aquí es donde se presenta la idea, por primera vez en la historia, a mi leal entender.

[...]

El [...] caso de la Comunidad Moiwana, a mi modo de ver, abarca aún más que el derecho emergente a un proyecto de vida. Unos años atrás, [l]a Corte sentó jurisprudencia al afirmar la existencia del daño al proyecto de vida. La interpretación general del caso tuvo en cuenta, sin embargo, a los vivos. En el presente caso, no obstante, puedo visualizar, en la pena de los

---

rican Court of Human Rights”, en Sienho, Y. y Morin J. (eds.), *Multiculturalism and international law*. Brill, Leiden, 2009, p. 485.

59 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 149. (énfasis agregado)

60 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005.

61 CIDH. *Caso Tim Coulter y otros vs. Brasil*, Caso n.º 7615, 5 de marzo de 1985. CIDH. Informe n.º 75/02, *Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Caso 11.140, Fondo, 27 de diciembre de 2002. CIDH. Informe n.º 40/04, *Caso Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, Caso 12.053, Fondo, 12 de octubre 2004. CIDH. Informe n.º 105/09, *Caso Grupo de Tratado Hul'qumi'num vs. Canadá*, Caso 592-07, Admisibilidad, 30 de octubre de 2009.

62 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004, párr. 42.30.

63 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005.

N'djukas de la aldea de Moiwana, la pretensión al derecho a un proyecto de post-vida, que tenga en cuenta los vivos en sus relaciones con los muertos, en conjunto. El Derecho Internacional en general y el Derecho Internacional de Derechos Humanos en particular no puede permanecer indiferente ante las manifestaciones espirituales del género humano, tales como las expresadas en las actuaciones iniciadas ante esta Corte en el presente Caso Comunidad Moiwana.

No existe razón sumamente poderosa para permanecer en el mundo exclusivamente de los vivos. En el *cas d'espèce*, me da la impresión que los N'djukas tienen derecho a apreciar su proyecto de post-vida, el encuentro de cada uno de ellos con sus antepasados, la relación armoniosa entre los vivos y los muertos. Su visión de vida y post-vida abraza valores fundamentales, largamente olvidados y perdidos por los hijos e hijas de las “revoluciones” industriales y comunicativas (u otras involuciones, desde la perspectiva espiritual).<sup>64</sup>

Hennebel ha sugerido que en realidad se trata de honrar obligaciones hacia los muertos cumpliéndolas a través de los vivos, y señala que la sentencia de la Corte IDH en el caso de la *Comunidad Moiwana*:

[...] sugiere que el asunto concierne directamente el derecho de una persona muerta a gozar de una sepultura digna, aunque en la práctica, este derecho se vea materializado por el derecho de las familias a la verdad [...]. Si a la muerte de un individuo este deja de ser titular de derechos, no deja de ser cierto que sus restos mortales son jurídicamente protegidos. El respeto de los muertos es una obligación que se debe a los vivos.<sup>65</sup>

La sentencia de la Corte IDH en el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, de 2012,<sup>66</sup> ha subrayado la interdependencia entre el derecho a la propiedad comunal indígena y el derecho a la propia identidad cultural y religiosa, al destacar el profundo lazo cultural, inmaterial y espiritual que el Pueblo Sarayaku mantiene con su territorio, en particular, las características específicas de su “selva viviente” (*Kawsak Sacha*) y la relación íntima entre esta y sus miembros, que no se limita a asegurar su subsistencia, sino que integra su propia cosmovisión e identidad cultural y espiritual.

En el caso de las *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, también de 2012, la Corte IDH declaró la violación del artículo 5 de la CADH con relación al artículo 12 de la CADH, al hacer una relación entre el deterioro de la vida cultural y espiritual de los miembros de la Comunidad y las afectaciones a su integridad personal.<sup>67</sup>

El caso versó sobre la destrucción de la Comunidad Maya de Río Negro, mediante una serie de masacres ejecutadas por el Ejército de Guatemala y miembros de las Patrullas de Autodefensa Civil en los años 1980 y 1982, así como la persecución y eliminación de sus miembros, y las posteriores violaciones en contra de los sobrevivientes. De acuerdo con la Corte IDH, el deterioro a la vida cultural y espiritual de la Comunidad había sido por “la imposibilidad de enterrar a sus muertos según sus creencias, [...] la pérdida de guías espirituales y lugares sagrados, así como por los deterioros en su estructura familiar y social.”<sup>68</sup>

En la sentencia, la Corte IDH da cuenta de la importancia de los rituales de despedida de los muertos y del acceso a los sitios sagrados en la cultura Maya.<sup>69</sup> Al hacer el análisis jurídico respectivo, la Corte IDH recordó, que de acuerdo con su jurisprudencia constante, si bien la CADH no contempla explícitamente el ‘derecho de enterrar a los muertos’, este tema se ha abordado:

64 *Ibidem*, párrs. 68-69.

65 Hennebel, L. “La protection de l’intégrité spirituelle des indigènes: réflexions sur l’arrêt de la Cour interaméricaine des Droits de l’Homme dans l’affaire Comunidad Moiwana c. Suriname du 15 juin 2005”, en *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 17<sup>e</sup> année, n° 66, 1<sup>er</sup> avril 2006.

66 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012.

67 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 165, punto resolutivo 4.

68 *Ibidem*, párr. 153.

69 *Ibidem*, párr. 158. Ver el peritaje rendido por Rosalina Tuyuk durante la audiencia pública en los párrafos. 156 y 158 de la sentencia.

[...] *no como un derecho sustantivo sino en el marco de las reparaciones en casos de desapariciones forzadas, principalmente, como consecuencia de otro derecho que sí [se encuentra] previsto en la CADH. Así, por ejemplo, [...] ha ordenado que, de encontrarse los restos de una persona desaparecida, estos sean entregados a sus familiares y que el Estado cubra los gastos funerales o de sepultura [y que en otros casos] se había referido a la imposibilidad de enterrar a los muertos como un hecho que incrementa el sufrimiento y angustia de los familiares, lo cual pod[ía] ser considerado en las reparaciones para determinar un monto como indemnización inmaterial a favor de ellos.*<sup>70</sup>

Señaló que en el caso bajo estudio:

[...] Por un lado [los miembros de la Comunidad de Río Negro] no [habían] p[odido] realizar sus rituales fúnebres por el hecho de que el Estado no ha[bía] localizado ni identificado a la mayor parte de los restos de personas supuestamente ejecutadas durante las masacres, y a que 17 personas se enc[ontraban] desaparecidas forzosamente. Pero, por otro lado, tampoco p[odían] realizar cualquier otro tipo de rituales pues los sitios sagrados a los cuales solían acudir se enc[ontraban] inundados a raíz de la construcción de la hidroeléctrica de Chixoy. [...] [L]a relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales no estriba solamente en que constituyen su principal medio de subsistencia, sino un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad [...] o integridad cultural, el cual es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática [...], como la de Guatemala.<sup>71</sup>

Por último, se refirió a las malas condiciones de vida que padecían los sobrevivientes de las masacres, así como su estado general de abandono lo que generaba sufrimientos “que necesariamente afecta[ba]n la integridad psíquica y moral de los miembros de dicha comunidad [...]”.<sup>72</sup> En atención a todo ello, la Corte IDH consideró que Guatemala había violado el artículo 5.1. de la CADH en relación con los artículos 12.1. y 1.1. del mismo instrumento.

### 5.2.3. El derecho de igualdad religiosa

Las obligaciones positivas del Estado deben ser entendidas también como un deber de adoptar políticas y disposiciones, que permitan gozar de la libertad religiosa sin discriminación, y en igualdad de condiciones a ciertas categorías de personas discriminadas y de especial vulnerabilidad, como son las mujeres, las minorías religiosas, los menores de edad, los pueblos indígenas, los discapacitados, etc. Ello nos remite al principio de no discriminación y al de la igualdad, que aplicados al campo religioso se denominaría la igualdad religiosa para dar cuenta del goce igualitario de la libertad de religión.<sup>73</sup>

70 *Ibidem*, párr. 155. (énfasis agregado) En este párrafo, la Corte IDH cita los siguientes casos: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. FRC. 2006, párr. 232. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, párr. 291. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009, párr. 87. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004, párrs. 226 y 292.

71 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 160. En la nota al pie 249 en este párrafo, la Corte IDH cita los siguientes casos y fuentes: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 135. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 261. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 213. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989 (n.º 169) de la OIT, considerando quinto. En la nota al pie 250 en este párrafo la Corte IDH cita el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 217, y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, sobre la cual señala que ha sido “ampliamente aceptada al haber sido adoptada en el órgano respectivo con la firma de 143 Estados (incluido Guatemala), contempla el derecho de estos Pueblos a determinar libremente su condición política, a perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural, a participar en la adopción de las decisiones que les afecten, y a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado (arts. 3, 4, 5, 18, 19, 20, 23, 32, 33 y 34)”.

72 *Ibidem*. (nota al pie omitida)

73 Al respecto, la CIDH ha tenido numerosas ocasiones para pronunciarse sobre la no discriminación por causas religiosas y el derecho a la igualdad. En la gran mayoría de los casos en los que se examina el artículo 12 de la CADH por la CIDH, se observa una preocupación central por esta dimensión. Ver CIDH. Informe de País Cuba, 1983. CIDH. *Caso Testigos de Jehová vs. Argentina*, Caso 2137, 18 de noviembre de 1978. Por citar solo algunos ejemplos.

## 6. Inciso 2: La dimensión negativa de la libertad de conciencia y de religión

Aparte de la función positiva del derecho, descrita hasta ahora, la libertad de conciencia y de religión tiene, naturalmente, también su vertiente clásica “negativa”; es decir la de proteger al titular contra las injerencias indebidas a esta libertad por parte del Estado o de particulares (en la medida en la que aplique el efecto horizontal de los derechos humanos).

Así por ejemplo, la CIDH ha objetado a Cuba la observancia de la libertad de religión reconocida en la DADDH,<sup>74</sup> debido a la nacionalización de las escuelas privadas en 1961 que supuso la eliminación de la educación religiosa, la supresión de feriados religiosos y la organización de actividades deportivas y clases de adoctrinamiento durante los domingos que obstaculizaban la asistencia a los oficios religiosos, que se prohibieran las procesiones religiosas, que la hostilidad gubernamental haya provocado un éxodo de personas fuera del país, lo que disminuyera notablemente la feligresía de la comunidad judía a una décima parte, que cesara el funcionamiento de iglesias por la falta de personal religioso debido a restricciones gubernamentales, que se aprobara el adiestramiento militar obligatorio sin permitir objeciones de conciencia, etc.<sup>75</sup>

Aunque generalmente se considera que los movimientos teológicos y éticos del *forum* interno no son susceptibles de afectación externa, pensamos que en casos extremos ello podría suceder cuando, por ejemplo, se pretende afectar la psiquis humana con la finalidad de inducir a determinado pensamiento o creencia religiosa, o bien cuando siendo inexistente la práctica religiosa (por temor fundado a ser eliminados), las personas son acosadas y perseguidas meramente por el hecho de saberse que detentan una creencia religiosa determinada. En estos casos, no se trata de una represión a la exteriorización de la creencia sino algo más grave: de una inducción no solicitada a tener determinadas creencias. Este aspecto de la inmunidad de coacción es desarrollado en los siguientes párrafos.

### 6.1. El derecho a la libre formación de la conciencia

En un interesante trabajo, Isidoro Martín Sánchez ha planteado que el derecho a la libre formación de la conciencia es un derecho derivado del derecho a la libertad de conciencia.<sup>76</sup> Mediante esta formulación se busca proteger no solo la libre tenencia de creencias religiosas y no religiosas, sino el proceso mismo de maduración espiritual anterior a la elección de dichas creencias, es decir: la libertad interna. Dicho autor señala que el *forum internum* de la persona es protegido mediante el reconocimiento de esta libertad, la cual, a su vez, es directa expresión de la libertad de conciencia en su aspecto interno.

Tal protección estaría implícita en el PIDCP, el cual manifiesta que “nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las convicciones de su elección”, así como en otras normas jurídicas internacionales, tal como lo interpreta y sostiene el autor citado,<sup>77</sup> entre ellas el artículo 12 de la CADH.

Por su parte, el anterior juez de la Corte IDH, de Roux Rengifo, señala que:

El artículo 12 de la Convención contempla varias hipótesis de violación del derecho a la libertad de conciencia y de religión, entre las cuales se cuenta la que consiste en impedir que alguien cambie de creencias religiosas. Para lograr este último efecto, no es menester que se constriña física o mentalmente a la persona de que se trata a permanecer atada a confesión que profesa. Esta sería la forma más evidente, pero no la única, de afectar su libertad de conciencia y de religión. El cambio de religión o de creencias suele ser el resultado de un proceso prolongado

74 CIDH. Informe de País Cuba, 1983, Capítulo VII, párr. 32.

75 *Ibidem*, párrs. 18-26.

76 Martín Sánchez, I. “El derecho a la formación de la conciencia en el ordenamiento jurídico internacional”. Ponencia presentada al Congreso Latinoamericano sobre Libertad Religiosa, PUCP, Lima, 2000, pp. 35 y ss.

77 *Ibidem*, pp. 38-41.

y complejo, que incluye vacilaciones, cavilaciones y búsquedas. El Estado debe garantizar que cada quien pueda conducir ese proceso, si decide emprenderlo, en una atmósfera de completa libertad y, en particular, que no se le coarte a nadie la posibilidad de acopiar, sin infringir los derechos de los demás, todos los elementos vivenciales y emocionales, conceptuales e informativos o de cualquier otro orden que considere necesarios para optar adecuadamente por el cambio o la conservación de su fe. Si el Estado falta, por acción u omisión, a esos deberes, viola el derecho a la libertad de religión y de conciencia.<sup>78</sup>

## 6.2. El derecho a la objeción de conciencia

Algunas veces, las creencias y convicciones éticas de una persona entran en colisión con mandatos y deberes jurídicos, lo que plantea un conflicto de valores e intereses que al derecho interesa resolver. Tales situaciones son las que constituyen supuestos de objeción de conciencia.

En cuanto a la estructura esencial de toda conducta que reclame constituirse en objeción de conciencia, nos interesa citar aquí la definición doctrinal que Joaquín Navarro Valls y Rafael Palomino dan de ella:

[...] toda pretensión contraria a la ley 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, aceptando el mecanismo represivo, lograr la alteración de la ley contraria al personal imperativo ético.<sup>79</sup>

La CADH menciona el derecho a la objeción de conciencia de manera no muy sistemática. Así, señala en el artículo 6 (prohibición de la esclavitud y de servidumbre): “3. [n]o constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo: [...] b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél”.

En el caso 12.219 contra Chile, la CIDH tuvo ocasión de pronunciarse en torno a este tema.<sup>80</sup> Se trató del caso de tres jóvenes chilenos, quienes al haber cumplido los 18 años de edad expresaron su total y completa objeción de conciencia al servicio militar. Los peticionantes alegaron que se había vulnerado su libertad de conciencia al no respetarse sus creencias sobre cómo debían ellos determinar sus propios planes de vida.<sup>81</sup> La CIDH elaboró un muy extenso y prolijo análisis de la jurisprudencia internacional sobre la objeción de conciencia,<sup>82</sup> y sostuvo que la jurisprudencia internacional de derechos humanos restringía el derecho a la objeción de conciencia a los casos en que los países los hubieran establecido previamente en su legislación interna, por tanto, decidió que no había violación de la libertad de conciencia de los peticionantes.

La CIDH señaló que si bien el término “objeción de conciencia” no se encontraba explícito en la CADH, la expresión “exención por razones de conciencia” podía considerarse un sinónimo. La CIDH argumentó que el artículo 6.3.b. de la CADH debía leerse conjuntamente con el artículo 12 del mismo instrumento, por lo que en el orden interamericano la objeción de conciencia estaba sometida a la legislación nacional previa. En este punto, la CIDH añadió que el artículo 6.3.b. de la CADH implícitamente reconocía que la objeción de conciencia pudiera ser reconocida por algunos países y por otros

78 Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. FRC. 2001. Voto razonado.

79 Navarro Valls, R. y Palomino, R. “Las objeciones de conciencia”, en *Tratado de Derecho Eclesiástico*. EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1994, p. 1095.

80 CIDH. Informe n.º 43/05, *Caso Cristian Daniel Sahli Vera y otros vs. Chile*, Caso 12.219, Fondo, 10 de marzo de 2005.

81 Sobre exención por razones de conciencia del servicio militar, ver el comentario al artículo 6 (prohibición de la esclavitud y de servidumbre) a cargo de Andreu.

82 CIDH. Informe n.º 43/05, *Caso Cristian Daniel Sahli Vera y otros vs. Chile*, Caso 12.219, Fondo, 10 de marzo de 2005, párrs. 38-83.

no. Toda vez que Chile negaba la existencia del derecho a la objeción de conciencia en su legislación, y que su ejercicio amenazaba la seguridad pública del país –el cual era un límite legítimo convencional para restringir la libertad de conciencia del artículo 12 convencional–, la CIDH concluyó que no podía dejar de reenviar la solución del caso a lo que el propio Estado decidiera sobre la petición de los jóvenes objetores.<sup>83</sup>

Este es uno de los casos realmente paradigmáticos del SIDH en torno al artículo 12 de la CADH, y no sería extraño que en el futuro veamos una sentencia de la misma Corte IDH pronunciándose sobre el tema, ya que en las últimas décadas se ha visto un ‘renacimiento’ de la objeción de conciencia por múltiples motivos religiosos.

## 7. Inciso 3: Las limitaciones de la libertad de conciencia y de religión

El deber de convivencia armoniosa entre los miembros de una sociedad conlleva a que se establezcan mutuamente restricciones en orden a que todos puedan gozar igualmente de sus derechos. Si bien la DADDH no menciona explícitamente cuáles serían los límites de la libertad religiosa, ello no quiere decir que para los países que no sean parte de la CADH, o que no hayan aceptado la jurisdicción de la Corte IDH, dichos límites sean inexistentes. Estos límites se encuentran implícitos en el artículo XXIX de la DADDH (instrumento supervisado por la CIDH), que señala: “[t]oda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad”.

Por su parte, la CADH sí establece límites, los cuales no se aplican al derecho de tener o adoptar una religión –perteneciente al ámbito interno de la persona–, pero sí al derecho de manifestarla o exteriorizarla. Así el inciso 3 del artículo 12 establece lo siguiente: “[l]a libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”.

Por tanto, las limitaciones a la libertad de conciencia y de religión deben ser legales y legítimas, a continuación examinaremos ambas condiciones.

### 7.1. Legalidad de las limitaciones permitidas en el artículo 12 de la CADH

Las limitaciones deberán respetar el principio de legalidad, esto es, deben haber sido previstas en la “ley”, y deben ser “necesarias”.<sup>84</sup> En particular, la CADH supedita la legalidad de la determinación a las nociones autónomas,<sup>85</sup> de “ley” y de “necesidad en una sociedad democrática”. Así, para el caso de restricciones establecidas por “ley” al ejercicio de derechos humanos.

En su opinión sobre *la expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*,<sup>86</sup> la Corte IDH realizó precisiones muy importantes por lo que vale la pena detenernos en esta opinión:

83 *Ibidem*, párr. 100.

84 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985, párr. 67.

85 “El significado del vocablo leyes ha de buscarse como término incluido en un tratado internacional. No se trata, en consecuencia, de determinar la acepción del sustantivo leyes en el derecho interno de un Estado Parte”. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986, párr. 19.

86 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86, *op. cit.* El artículo 30 (alcance de las restricciones) de la CADH señala lo siguiente: “[l]as restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

[...] no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 [de la CADH], como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general.<sup>87</sup>

Se trata, entonces, de leyes cuya jerarquía supone requisitos exigentes de aprobación que sirvan para disminuir la injerencia de la voluntad de los poderes públicos en las libertades:

[...] La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30 [de la CADH], no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.<sup>88</sup>

Por tanto, para que la limitación impuesta al ejercicio de la libertad de religión cumpla con el estándar interamericano *debe haber sido prevista por una norma jurídica aprobada por el Poder Legislativo, pero además, debe haber sido democráticamente aprobada por dicho Poder para que sea no solo legal sino también legítima:*

La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad. [...] En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al “ejercicio efectivo de la democracia representativa”, que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común.<sup>89</sup>

La Corte IDH concluyó definiendo la noción de “leyes”:

[...] la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.<sup>90</sup>

En este punto, debemos efectuar la siguiente distinción: la opinión de la Corte IDH sobre la noción de “ley” que aquí presentamos se construyó específicamente sobre el artículo 30 de la CADH que, entre otras finalidades, busca restringir la actividad del Estado a la hora de limitar las libertades personales. La Corte IDH procede entonces a analizar el propósito del artículo 30 y elaborar su noción de “ley” en ese marco específico. Pero aquí hemos recogido dicha elaboración para aplicarla también a la fórmula del artículo 12, pues la propia Corte IDH indica que los criterios del artículo 30 son aplicables a casos como el de la libertad de conciencia y de religión:

No obstante lo anterior, los criterios del artículo 30 sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión ley o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos. En efecto, la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las

87 *Ibidem*, párr. 26.

88 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86, *op. cit.*, párr. 27.

89 *Ibidem*, párr. 32.

90 *Ibidem*, párr. 38. A propósito de un caso nacional en el que una ley declaraba ilegal y punible oponer las creencias religiosas “a la revolución”, la CIDH estableció lo siguiente: “[...] se presentan nuevamente en este artículo expresiones ambiguas que impiden que el mismo funcione como garantía adecuada del derecho proclamado. Así, considerar “ilegal y punible oponer la fe o la creencia religiosa a la Revolución” es dejar a los cuerpos políticos la tarea de interpretar los alcances legales de eventuales creencias o acciones opuestas “a la Revolución”. CIDH. Informe de País Cuba, 1983, Capítulo VII, párr. 5.

condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos.<sup>91</sup>

Esto nos conduce a otro tema: sobre si las restricciones enumeradas en el artículo 12 de la CADH son las únicas que se pueden aplicar a la libertad de conciencia y de religión, o si podrían aplicarse otras. Este planteamiento es válido toda vez que, en principio, el hecho de que ciertos límites estén enumerados en un artículo no significa que sean los únicos posibles. En primer lugar, porque la CADH es un sistema y no un simple agregado de normas inconexas y autosuficientes, por lo cual su contenido debe ser interpretado sistemáticamente como un todo, aunado a que si bien es cierto que cada derecho enunciado en la CADH tiene autonomía normativa, ello no implica que esté desligado de los principios o reglas generales aplicables a toda la CADH. En segundo lugar, porque una enumeración bien puede ser cerrada o abierta, o cumplir una función pedagógica sin pretender ser taxativa.

En el caso del artículo 12 de la CADH es posible inferir que sus límites son los establecidos “únicamente” mediante ley (esto es, por los ordenamientos jurídicos nacionales), remitiéndonos así a los límites que provengan de los consensos alcanzados democráticamente en cada país. Por tanto, si bien el artículo 32.2. de la CADH hubiera podido introducir una limitación adicional (el “bien común”), esto no es posible en el caso de la libertad de conciencia y de religión.<sup>92</sup> *Mutatis mutandis*, a propósito de la libertad de expresión, la Corte IDH ha sostenido que:

[...] es válido sostener, en general, que el ejercicio de los derechos garantizados por la Convención debe armonizarse con el bien común. Ello no indica, sin embargo, que, en criterio de la Corte, el artículo 32.2. sea aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, *sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado*. El artículo 32.2. contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas.<sup>93</sup>

Y con relación a posibles restricciones adicionales que podrían surgir del artículo 30, la Corte IDH ha señalado que:

El artículo 30 no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos. Por el contrario, lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas.<sup>94</sup>

Por tanto, las únicas limitaciones a la libertad de religión son las enumeradas taxativamente en el artículo 12 de la CADH, las que deben ser aplicadas mediante una ley que sea necesaria en una sociedad democrática; esta segunda condición se examina a continuación.

## 7.2. Legitimidad de las limitaciones

El test para juzgar si una restricción a dicha libertad es legítima, primero pasará por un análisis de legalidad y luego por uno de legitimidad. En cuanto al primero, como ya hemos establecido, se trata de analizar si la norma restrictiva cumple los estándares de ser general, orientada al bien común, producida por un Poder Legislativo democrático, y elaborada respetando la Constitución. En

91 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86, *op. cit.*, párr. 17.

92 El artículo 32 titulado correlación entre derechos y deberes –perteneciente al capítulo V de la CADH “Deberes de las personas”–, señala lo siguiente: “1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

93 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párr. 65. (énfasis agregado)

94 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86, *op. cit.*, párr. 17.

cuanto al segundo, la legitimidad consiste en si dicha ley es necesaria en una sociedad democrática,<sup>95</sup> y además proporcional a los fines que persigue, esto es, que aplicándose una debida ponderación se demuestre que el sacrificio de la libertad en cuestión esté en apropiada relación con el fin público perseguido para evitar que este se haya esgrimido solo como pretexto para restringir a la primera. Por tanto, al analizar las limitaciones impuestas el juzgador deberá establecer su legitimidad de acuerdo con la técnica de la ponderación y con un riguroso test.<sup>96</sup>

La expresión “necesaria en una sociedad democrática” se introduce en otros artículos de la CADH y no en el artículo sobre libertad de religión, en el que se dice solamente “necesaria” (a diferencia de la CEDH en que sí aparece en su artículo 9 sobre libertad religiosa), pero esta diferencia en la terminología:

[...] pierde significado puesto que la Convención Europea no contiene ninguna provisión comparable con el artículo 29 de la Americana, que dispone reglas para interpretar sus disposiciones y prohíbe que la interpretación pueda “excluir otros derechos y garantías [...] que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.<sup>97</sup>

Existiendo entonces el mismo sentido teleológico en ambas Convenciones la noción de “necesidad en una sociedad democrática” se erige en otro condicionamiento de la actividad legislativa del Estado al momento de restringir la libertad de religión.

La restricción a la libertad religiosa deberá ser legal, legítima, y por ello proporcional y necesaria en una sociedad democrática, además también debe perseguir un fin legítimo. En el caso de la libertad religiosa, los fines legítimos están enunciados como la seguridad, salud y moral públicas así como los derechos o libertades de los demás. Pero no basta su aplicación mecánica, sino que estos conceptos deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la CADH. Veamos en qué consisten.

### **7.2.1. La seguridad pública**

Nadie puede manifestar libremente la propia religión si ello amenaza la seguridad pública. La seguridad pública de que aquí se trata es la centrada en la protección de personas y bienes, y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, en el ámbito de actuación de las fuerzas de seguridad ante actos de violencia, calamidades, peligros, grave perturbación de la tranquilidad y el orden, etc. Una causal de amenaza o atentado contra la seguridad pública debe verificarse cuando el peligro aparezca como probado y grave, y no con base en especulaciones, hipótesis o posibilidades pues en tal caso se convertiría en una restricción ilegítima.

### **7.2.2. La salud pública**

El ejercicio de la libertad religiosa no puede llegar al punto de poner en peligro o perjudicar la salud pública. Adviértase que se trata de la salud pública y no de la privada. En nuestra opinión, no cabría alegar esta limitación convencional para el caso de personas que por razones de conciencia religiosa

95 Entendiendo por “necesaria” aquella medida que implique la “existencia de una necesidad social imperiosa necesariamente que sea “inevitable”, como afirma la Corte IDH. *Ibidem*, párr. 46.

96 Al respecto, es oportuno hacer referencia a una observación crítica hecha por la jurista española Zoila Combalía sobre los prejuicios existentes en los ‘operadores’ del derecho de su país al aplicar las restricciones a la libertad de religión: “[...] da la impresión de que la libertad de conciencia es el bien jurídico que siempre debe ceder y únicamente cuando no vulnere ningún otro merece la protección del Derecho. Este planteamiento es, a mi modo de ver, poco sensible para con la tutela de las libertades”. Combalía, Z. “Los límites del derecho de libertad religiosa”, en *Tratado de Derecho Eclesiástico*. EUNSA Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1994, p. 493. Lo planteado por Zoila Combalía se origina en factores culturales –que no toca aquí explicar–, así como en el desconocimiento del test convencional que se aplica para determinar si una limitación estatal al derecho de libertad religiosa fue legítima o no.

97 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párr. 44.

se rehúsan a recibir transfusiones de sangre y con ello ponen en riesgo su propia integridad y salud.<sup>98</sup> Cuando se trata de que la afectada sea la salud individual, los poderes públicos deben procurar no caer en la tentación de apelar al argumento de la “salud pública” para justificar restricciones a prácticas religiosas que únicamente afectan la salud privada del objeto. Cuando esto sucede, se incurre en un abuso contra la libertad religiosa del paciente. Por supuesto, ello no significa que se trate de cualquier salud privada, sino de la propia salud privada y no la de terceros. Y sobre todo, no se deberá proteger la libertad religiosa en grave sacrificio de la salud si es que dicho tercero es un incapaz o un menor de edad sujeto a patria potestad. En tales casos, la protección de la salud sería preferible a la protección de la libertad religiosa, pues nadie tiene derecho a imponer el martirio a los demás, y menos a quienes no pueden manifestar su voluntad de manera consciente o totalmente madura y plena.

Finalmente, cuando la observancia de una creencia religiosa planteara peligros para la salud pública –como poder originar una epidemia– se prefiere como prioridad a la salud, e inclusive dicha ponderación puede llevar a que la agrupación religiosa que promueve la creencia que es lesiva a la salud pública no sea inscrita en el registro oficial de entidades religiosas.<sup>99</sup>

### 7.2.3. El orden público

La introducción del “orden público” como límite de la libertad religiosa data ya de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789, cuyo artículo 10 afirmaba que “nadie debe ser inquietado por sus opiniones, aunque sean religiosas, siempre que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley”. Se trata de un concepto jurídico que puede asirse conceptualmente solo en referencia directa a determinadas circunstancias político-sociales, por lo que según ellas, ha sido interpretado de múltiples maneras: ora en clave democrática, ora en clave autoritaria y dictatorial.

El concepto de “orden público” mencionado por la CADH es una noción autónoma que pertenece al ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos, que no puede ni debe ser entendida desde la determinación hecha por legisladores o jueces nacionales. Siendo que es a la Corte IDH a quien corresponde velar por el cumplimiento de la CADH, constituiría una transgresión de dicho mandato conferido por los Estados que sean estos, y no aquella, los que tengan la potestad de definir el alcance del concepto de “orden público” establecido en la misma CADH. La noción interamericana de orden público no es, pues, asimilable a las nociones de derecho privado o público de los derechos nacionales (orden público, orden interno, orden de la calle u orden policial). Como afirma la Corte IDH:

[...] una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público.<sup>100</sup>

### 7.2.4. La moral pública

Si bien la moral pública pudo haber sido entendida en el pasado desde una concepción religiosa, contemporáneamente tal acepción no puede mantenerse en virtud del reconocimiento de la libertad e igualdad religiosas. Esta afirmación no modifica, sin embargo, la indeterminación del concepto de moral pública, ya que esta no es inmutable, sino variable de lugar en lugar y de época en época, *por lo que su interpretación debe rodearse de las garantías necesarias para evitar limitaciones injustificadas*. La moral pública, que califica como límite de la libertad religiosa, es aquella que constituye el

98 *Ver supra* el análisis del inciso 5.2.1. sobre los menores de edad pertenecientes a los Testigos de Jehová que deben recibir transfusiones sanguíneas para, inclusive, salvar su vida.

99 En España se suscitó un caso en virtud del cual la Administración se negó a inscribir a la Iglesia de la Cienciología, pues esta apartaba a sus seguidores de tomar asistencia médica, induciéndolos a tomar terapias realizadas por personas sin certificación profesional, lo que se consideró una afectación negativa de la salud pública. Dado que se violaba dicho límite constitucional se negó la inscripción a esa Iglesia.

100 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párr. 64.

elemento ético mínimo del sistema jurídico, así como común de la vida social (por ello es “pública”). El Comité DHONU ha declarado al respecto que: el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; por consiguiente, las limitaciones impuestas a la libertad de manifestar la religión o las creencias con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición.<sup>101</sup>

Adicionalmente, el relator de la ONU para la libertad de expresión ha señalado que:

[...] si bien las morales públicas pueden ser muy diferentes y dependen en gran medida del contexto nacional, incluidos sus aspectos culturales, lo que implica dejar a los Estados un margen de valoración al respecto, las restricciones a la libertad de expresión bajo el criterio de la moral pública no deberían aplicarse de modo que fomenten el prejuicio y la intolerancia. Además, reconoce la importancia de proteger la libertad de expresión de opiniones minoritarias, incluidas las opiniones que podrían ser ofensivas o molestas para la mayoría.<sup>102</sup>

### **7.2.5. Los derechos de los demás**

Los límites a la libertad de religión consistentes en el respeto de otros derechos o valores legítimos, nos plantea la necesidad de recordar que no existe una jerarquía rígida de derechos humanos preestablecida por la CADH, ya que dichos derechos tienen carácter interdependiente e indivisible. En cada situación particular se deberá decidir un eventual conflicto efectuando una ponderación con base en ciertos criterios que no nos corresponde desarrollar aquí en detalle, pero que como es sabido, tienen que ver con: 1. la intangibilidad del núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales, el cual no puede en ningún caso verse afectado por tal ponderación, 2. la exigencia de justificación de la limitación del derecho, lo que se relaciona con la razonabilidad de la limitación, y 3. la debida proporcionalidad al hacerlo.<sup>103</sup> Los resultados de la ponderación no pueden ser aplicados a toda circunstancia en abstracto, sino que siempre se tratará de decidir en cada caso particular cuál de los bienes en conflicto resulta más necesario, relevante o justificado que sea preservado. La cuestión aquí no reside en cuál de los dos bienes resulta anulado, sino cuál de los dos coadyuva mejor a la preservación esencial del bien constitucional.

### **7.2.6. Inderogabilidad de la libertad de conciencia y de religión aun en estados de excepción**

El artículo 27 de la CADH menciona que existen circunstancias excepcionales como lo son la guerra, el peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado, en las que se pueden suspender las libertades y garantías de la CADH. Sin embargo, el inciso 2 del mismo artículo señala expresamente que la libertad de conciencia y de religión forma parte del ‘núcleo duro de derechos’, cuya suspensión no se autoriza en situaciones excepcionales, ni de las garantías judiciales que existen para defender esta libertad.<sup>104</sup>

101 Comité DHONU. Observación General n.º 22, *op. cit.*, párr. 8.

102 ONU. Informe del Relator para la Libertad de Expresión, E/CN.4/1995/32, de 14 de diciembre de 1994, párr. 55.

103 Proporcionalidad que a su vez se descompone en otros cuatro elementos. “Primero, un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de los derechos, pues si no existe tal fin y la actuación legal es gratuita, o si resulta ilegítimo desde una perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación. Segundo, la adecuación o idoneidad de la medida adoptada en orden a la protección o consecución de dicho fin, esto es, la ley o medida restrictiva ha de mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece. Tercero, la necesidad de la intervención o, lo que es lo mismo, del sacrificio o afectación del derecho que resulta limitado, mostrando que no existe un procedimiento menos gravoso o restrictivo. Y finalmente, la llamada proporcionalidad en sentido estricto que supone ponderar entre daños y beneficios, es decir, acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del derecho”. ONU. Informe del Relator para la Libertad de Expresión, E/CN.4/1995/32, de 14 de diciembre de 1994, p. 78.

104 Para mayor información sobre los derechos inderogables, ver la sección correspondiente del comentario al artículo 27 (suspensión de garantías) a cargo de Rodríguez.

## 8. Inciso 4: Derecho de los padres a educar religiosa y moralmente a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones

### 8.1. Antecedentes

A diferencia de los tres primeros incisos del artículo 12 de la CADH, el cuarto inciso relativo al derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus convicciones, no estaba incluido en la primera versión del proyecto de CADH discutido en la Conferencia Especializada de Derechos Humanos, en San José, en 1969. Este hecho motivó a que el Gobierno de Chile apuntara a dicha omisión, y señalara que había consenso para que también el futuro tratado regional incluyera esa disposición —en el entonces artículo 11 del proyecto—, toda vez que el PIDCP ya lo hacía.<sup>105</sup>

Una vez que se puso a consideración el texto del artículo con la adición, fue el Gobierno de México el que puso reparos. Antes de la lectura del texto, México se adelantó a recordar una reserva puesta de manifiesto con anterioridad, en la que señalaba que no podría aprobar ningún artículo convencional que fuera en contra de su propia Constitución,<sup>106</sup> en obvia referencia a la educación religiosa, ya que en México la escuela es laica. Puestos a votación cada uno de los cuatro incisos, los tres primeros fueron aprobados con facilidad. Al leerse el cuarto, varias delegaciones solicitaron el uso de la palabra.

El Delegado de Chile propuso el derecho a que los hijos reciban educación moral y religiosa de acuerdo con sus convicciones. El Delegado de Colombia discrepó, pues eso obligaría a que el Estado pagara dicha educación, el Delegado de Honduras manifestó preocupación por las repercusiones políticas de dicho inciso, y el Presidente de la sesión lo defendió señalando que solamente los países totalitarios no reconocían tal derecho. Finalmente, el texto del artículo 12 de la CADH con sus cuatro incisos se aprobó, y el informe final de los trabajos preparatorios dio testimonio de que:

[e]n cuanto al derecho a la libertad de conciencia y religión, consagrado en este artículo, no hubo mayores discusiones de fondo, concretándose el debate, casi en su totalidad, a la incorporación de un cuarto párrafo que consagrara el derecho de los padres y en su caso los tutores, a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.<sup>107</sup>

### 8.2. Aplicación

En cuanto al derecho de educar a los hijos en la propia concepción religiosa, la CIDH ha observado que, por ejemplo, Cuba haya prohibido el acceso de las iglesias y erradicado la instrucción religiosa en el sistema educativo, con lo que se violó la libertad de religión reconocida en la DADDH.<sup>108</sup> En el mismo caso, la CIDH censuró que la nacionalización de las escuelas privadas en 1961 haya supuesto la eliminación de la educación religiosa; que la supresión de feriados religiosos y la organización de actividades deportivas y que las clases de adoctrinamiento político durante los domingos hayan buscado obstaculizar la asistencia a los oficios religiosos, y que existiese hostilidad contra los Adventistas del Séptimo Día por no trabajar o no enviar a sus hijos a estudiar los días sábados.

105 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actas-conferencia-interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf> (fecha de último acceso: 2017/06/25), observaciones del Gobierno de Chile, p. 39.

106 *Ibidem*, p. 211.

107 *Ibidem*. Informe del Relator de la Comisión I, p. 298. México haría una última declaración al aprobarse el artículo 12 de la CADH: “[l]a delegación de México emite su voto aprobatorio por estimar que el texto no contraría las disposiciones de la Constitución, las que se refieren a limitar el culto público al interior de los templos, que están bajo la vigilancia de las autoridades, así como está sometida la disciplina externa en materia religiosa”. Acta de la Segunda sesión Plenaria (resumida), p. 444. Con dicha declaración —que escondía en realidad una reserva interpretativa al artículo 12—, el texto quedaría definitivamente fijado.

108 CIDH. Informe de País Cuba, 1983, Capítulo VII, párr. 32.

En el derecho comparado, el TEDH ha resuelto casos en los que los padres de un menor se enfrentan por cuestiones educativas –dado el cambio de religión de uno de ellos– por la custodia de los hijos, deduciendo tres principios para resolver el caso: 1. el de continuidad, según el cual no es razonable cambiar la orientación religiosa o ideológica en la que el menor está siendo educado si no existe una justificación para ello;<sup>109</sup> 2. el de tutela de la salud del menor, por el que se prohíbe la modificación de la formación religiosa del menor cuando esta pueda acarrear peligro para su salud o su desarrollo armónico;<sup>110</sup> y, finalmente, 3. el de respeto a la voluntad del menor, cuando este ya tiene un suficiente grado de madurez.<sup>111</sup>

## 9. Conclusión

La libertad de conciencia y de religión del artículo 12 de la CADH ha tenido un desarrollo jurisprudencial modesto, expresado básicamente en cuatro sentencias de la Corte IDH: “*Última Tentación de Cristo*”, *Moiwana*, *Masacre Plan de Sánchez* y *Masacres de Río Negro*. En dos de estas sentencias se vincula dicha libertad de manera indirecta a través del derecho indígena a la identidad cultural; en otra se hace referencia directa a ella, pero sin aportar grandes desarrollos conceptuales; y en otra más se determina su violación por el detrimento a la vida espiritual y cultural de una comunidad indígena con relación a las afectaciones a la integridad personal de sus miembros.

Otro es el panorama en las decisiones de la CIDH –que han aplicado principalmente el artículo III de la DADDH– en donde sí encontramos aportes sustanciales destacando, entre ellos, el del caso *Cristian Daniel Sahli Vera y otros vs. Chile*, en el cual se realiza un extenso y prolijo análisis del derecho a la objeción de conciencia en el DIDH.

De ninguna manera, lo anterior quiere decir que el artículo III de la DADDH tenga más ‘potencialidades de protección’ que el artículo 12 de la CADH. Se trata, sencillamente, de que la CIDH ha tenido más oportunidades de pronunciarse sobre vulneraciones alegadas a la libertad religiosa debido al ejercicio de sus propias atribuciones, o como instancia previa a la Corte IDH, órgano al cual no llegan todos los casos conocidos por la CIDH.

Frente a todo ello, se observa que, si bien el SIDH no ha tenido en sus primeras décadas de existencia demasiadas oportunidades para pronunciarse sobre asuntos con implicancias religiosas, tal situación está cambiando a la luz de recientes casos bajo análisis por la CIDH y la Corte IDH.

Finalmente, es menester señalar que existen interesantes posibilidades de desarrollo ulterior de la libertad de religión a la luz del DIDH, sobre todo del Comité DHONU y del TEDH, a juzgar por los conflictos entre la progresiva secularización del Estado y las normas jurídicas, *versus* la conservación de la conciencia religiosa de ciudadanas y ciudadanos. Es cuestión de tiempo que la jurisdicción interamericana desarrolle igualmente su propia jurisprudencia.

109 Decisión 2648/65, en el caso *X vs. Holanda*, citado en CIDH. Informe de País Cuba, 1983, Capítulo VII, p. 133.

110 TEDH. *Caso Eriksson vs. Suecia*, n.º 11.373/85, 22 de junio de 1989, citado en *Ibidem*.

111 Decisión 3110/76 en el caso *X vs. República Federal de Alemania*, citado en *Ibidem*.