

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE LOS TESTIGOS DE JEHOVÁ EN RELACIÓN CON LOS SÍMBOLOS PATRIOS EN MÉXICO UN CASO DE COLISIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES *

*Arturo Bárcena Zubieta***

Resumen

El presente ensayo parte de la idea de que la solución instrumentada por los tribunales mexicanos al problema de los testigos de Jehová que se niegan a participar en las ceremonias de “hombres a la bandera” resulta insatisfactoria en la mayoría de los casos. Dicho carácter insatisfactorio se debe al mayor peso que los jueces han otorgado al principio constitucional que ordena fomentar el “amor a la patria” en el marco de la educación pública en detrimento del derecho fundamental a la libertad de conciencia de los testigos de Jehová. El autor se aproxima a esta problemática desde la dogmática constitucional con dos objetivos principales: 1) reformular el problema que el caso plantea a la luz de algunas categorías de uso corriente en la teoría jurídica contemporánea; 2) y justificar una respuesta alternativa que dé prioridad a la libertad de conciencia por encima del deber del Estado de fomentar el “amor a la patria”.

Abstract

This essay argues about the rejection to take part in the Mexican oath of allegiance showed by Jehovah's Witnesses. The author considers that the answer

* Quiero agradecer a todos los colegas y profesores que tuvieron la amabilidad de leer alguna de las versiones anteriores del texto y discutir conmigo las ideas aquí expuestas. He tenido la oportunidad de beneficiarme de las sugerencias y observaciones críticas de Martha Elena Soto, Sergio Arturo Guerrero, Santiago Nieto, Alfonso Herrera y Raymundo Gama. Especialmente, agradezco los comentarios de los profesores Miguel Carbonell, Juan Carlos Bayón, Daniel González Lagier y Rodolfo Vázquez. Sobra decir que los defectos e insuficiencias del trabajo son exclusivamente de mi responsabilidad.

** Universidad Autónoma de Querétaro.

of the Mexican Courts on the matter is not satisfactory in most cases. He states that the Mexican judges maintain that the constitutional principle which orders to promote “the love to native country” in state schools, has more weight than freedom of religion of Jehovah’s Witnesses. The author deals with the subject in the level of constitutional dogmatics with two main objectives: 1) to re-define the problem using some concepts taken from contemporary legal theory; and 2) to justify an alternative answer that gives priority to freedom of religion over the constitutional duty to promote the “the love to native country”.

0. Introducción

El presente ensayo aborda desde el plano de la dogmática jurídica el caso de los alumnos y profesores testigos de Jehová que objetan en conciencia las diferentes disposiciones legales que los obligan a rendir honores a la bandera y cantar el himno nacional en las escuelas mexicanas, razón por la cual se niegan a realizar dichas actividades. Este caso conjuga una serie de condiciones que lo hacen interesante para aproximarse a él en sede dogmática, a saber: tiene una importante repercusión práctica; resultan insatisfactorias las soluciones elaboradas hasta ahora por los tribunales; están involucrados varios principios constitucionales; y permite el replanteamiento y solución del problema a la luz de algunas categorías conceptuales desarrolladas principalmente en el ámbito de la teoría del derecho.¹

En lo que sigue, procederé de acuerdo con el siguiente plan: 1) identificaré el problema jurídico que plantea el caso; 2) reconstruiré los modelos de solución predominantes dados hasta el momento por los jueces; 3) expondré las razones por las cuales esos modelos de solución resultan insatisfactorios; 4) reformularé el problema utilizando algunas categorías conceptuales proporcionadas por la teoría jurídica contemporánea; 5) elaboraré una propuesta de solución alternativa al problema identificado a partir de su reformulación; 6) intentaré argumentar la plausibilidad de la solución propuesta;² 7) y, finalmente, realizaré algunas reflexiones a modo de conclusión.

¹ De acuerdo con Manuel Atienza, la presencia de esta clase de “indicadores” serviría para determinar que un problema de dogmática es relevante (o que no es un pseudoproblema). Atienza, 1995, p. 223.

² Sigo aquí el esquema de argumentación dogmática reconstruido por Manuel Atienza a partir de algunas ideas de Bunge sobre el método tecnológico. Atienza, 1986, pp. 301 y 303-306.

1. Descripción del problema

Desde principios de la década de los noventa,³ empezaron a presentarse casos en las escuelas mexicanas de alumnos y profesores pertenecientes a la asociación religiosa testigos de Jehová que eran, respectivamente, sancionados y despedidos por las autoridades educativas al negarse a participar en las ceremonias cívicas, conocidas como “hombres a la bandera”, que se realizan periódicamente en los planteles escolares.⁴ Estas ceremonias comprenden tanto el saludo civil a la bandera como la ejecución y entonación del himno nacional, que debe acompañarse con determinada actitud corporal.⁵ Las razones que esgrimen los testigos de Jehová para justificar esa negativa comportan una particular interpretación de algunos textos bíblicos. No voy a entrar aquí a explicar su doctrina,⁶ simplemente me interesa señalar que ellos entienden que su participación en estas ceremonias cívicas constituiría un acto de idolatría proscrito por su fe. Desde su punto de vista, sólo se debe rendir culto (reverenciar, adorar, venerar, etc.) a Dios y no a una bandera o a un símbolo.

Por su parte, la ceremonia cívica de los “hombres a la bandera” tiene su fundamento en disposiciones de diversa jerarquía normativa. El artículo 15 de la ley sobre el escudo, la bandera y el himno nacionales establece que las autoridades educativas en los distintos ámbitos

³ En la exposición de esta problemática sigo fundamentalmente lo expuesto en la *Recomendación General número 5. Sobre el caso de la discriminación por motivos religiosos*, emitida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003.

⁴ Tan sólo entre 1990 y 1991 poco más de 3,700 alumnos fueron expulsados de sus escuelas por negarse a participar en esta ceremonia cívica (Soberanes Fernández y Melgar Adalid, 1998, pp. 250-252). Por su parte, de acuerdo con la Comisión Nacional de Derechos Humanos entre junio de 1991 y marzo del 2003, ese organismo recibió 1,110 quejas en las que se mencionan como agraviados a niños que profesan la religión testigos de Jehová.

⁵ El artículo 14 de la ley sobre el escudo, la bandera y el himno nacionales prescribe que el saludo civil debe hacerse “en posición de firme, colocando la mano derecha extendida sobre el pecho, con la palma hacia abajo, a la altura del corazón. Los varones saludarán, además con la cabeza descubierta”. Por su parte, el artículo 45 de esta misma ley dispone que “la demostración civil de respeto al Himno Nacional se hará en posición de firme. Los varones, con la cabeza descubierta.”

⁶ Sobre los testigos de Jehová, su doctrina y su rechazo a participar en este tipo de ceremonias cívicas tanto en México como en Estados Unidos, véanse, respectivamente, Martínez-Torrón, 2000, pp. 8-11 y Bergman, 1997, pp. 225-231. Una explicación de estos mismos puntos desde la propia perspectiva de los testigos de Jehová puede encontrarse en Cázares López y Peña de Hoyos, 1998, 255-268.

competenciales (federales, estatales y municipales) “dispondrán que en las instituciones de enseñanza elemental, media y superior, se rindan honores a la Bandera Nacional los lunes, al inicio de labores escolares o a una hora determinada en ese día durante la mañana, así como al inicio y fin de cursos”. Por otro lado, también existen acuerdos administrativos de carácter general emitidos por la Secretaría de Educación Pública para la organización y funcionamiento de las escuelas primarias, secundarias y secundarias técnicas,⁷ en los que se establecen sanciones por faltas a la disciplina escolar y los casos genéricos que constituyen las faltas de respeto a los símbolos patrios. Se supone que con estas normas se da cumplimiento a la directriz prevista en el artículo 3º de la constitución, que establece que la educación que imparta el Estado deberá *tender* a desarrollar, entre otras cosas, el “amor a la patria”. Las citadas disposiciones constituyen, pues, el fundamento jurídico del deber de rendir “hombres a la bandera” tanto para alumnos como para profesores.

Por su parte, los testigos de Jehová afirman que su negativa a participar en la ceremonia de marras está respaldada en la libertad de conciencia que tutela el artículo 24 de la Constitución.⁸ Este precepto establece que “[t]odo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.” Desde la perspectiva de los testigos de Jehová, el derecho fundamental a la libertad de conciencia permite incumplir en casos como éste una obligación legal (cuando colisiona con sus convicciones religiosas). Arguyen que por esta razón ni alumnos ni profesores deben ser sancionados, ya que su conducta insumisa encuentra cobertura en un dere-

⁷ Entre dichas disposiciones normativas se encuentran los siguientes acuerdos administrativos: Acuerdo que establece la organización y funcionamiento de las escuelas secundarias técnicas; Acuerdo que establece la organización y funcionamiento de las escuelas primarias; Acuerdo por el que se establece la organización y funcionamiento de las escuelas de educación secundaria, todos del 26 de noviembre de 1982, el primero publicado el 3 de diciembre de 1982 en el *Diario Oficial de la Federación* y los dos últimos el día 7 de ese mismo mes.

⁸ Aunque hay quien sostiene que la libertad de conciencia no está consagrada en la constitución y que, por tanto, se requeriría de una reforma constitucional que la incluyera (por ejemplo, véase Tafoya Hernández, 2001, p. 361), en este ensayo voy a partir de una posición diferente. De acuerdo con ésta, la libertad de conciencia está implícita en la libertad religiosa tutelada por el artículo 24 constitucional. Y es que la libertad religiosa puede considerarse como una *especificación* de la libertad de conciencia (Prieto Sanchís, 2004, p. 59).

cho fundamental que debe prevalecer sobre cualquier disposición normativa de carácter infraconstitucional. Esta posibilidad de incumplir un deber jurídico por motivos de conciencia se denomina en la literatura especializada como *objección de conciencia*. Como tal, ni la constitución ni ninguna otra norma del ordenamiento mexicano han reconocido expresamente la existencia de tal habilitación. Por el contrario, como se verá en seguida, existen disposiciones de carácter subconstitucional que aparentemente la proscriben.

Ahora bien, en opinión de las autoridades escolares la conducta pasiva que los testigos de Jehová asumen durante la celebración de los “hombres a la bandera” vulnera además otras disposiciones legales, que sirven también para desechar los argumentos jurídicos que éstos esgrimen, de tal suerte que las sanciones a los alumnos y los despidos a los profesores están plenamente justificados. Así, el artículo 1° de la ley de asociaciones religiosas y culto público prescribe de modo tajante que “las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país” y que “nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes”. La propia fracción II del artículo 29 de esa misma ley tipifica como infracción a la misma “agraviar a los símbolos patrios o de cualquier modo inducir a su rechazo”, conductas en las presuntamente estarían incurriendo quienes, como los testigos de Jehová, no cumplen con la obligación jurídica de participar en los “hombres a la bandera” que se celebran periódicamente en las escuelas.

Dicho lo anterior, me parece que tal como se ha planteado el problema jurídico hasta el momento ante los tribunales, podría formularse a través de la siguiente pregunta: ¿son *legales* las sanciones y despidos que las autoridades escolares han determinado en contra de alumnos y profesores pertenecientes a los testigos de Jehová en vista de su negativa a participar en la ceremonia cívica conocida como “hombres a la bandera”?

2. Reconstrucción de los modelos de solución

Delimitado el problema, me concretaré ahora a reconstruir los modelos de solución que el poder judicial de la federación ha instrumentado cuando han llegado ante su jurisdicción casos que involucran las con-

ductas insumisas arriba descritas. Toda vez que no se han planteado de manera conjunta las cuestiones relativas al despido de los profesores y las sanciones a los alumnos (la primera pertenecería al ámbito laboral y la segunda al administrativo), presentaré por separado las distintas soluciones adoptadas. Con todo, como argumentaré más adelante, me parece que no hay razón para considerar que se trata de cuestiones enteramente distintas, si tomamos en cuenta que en ambos supuestos está involucrada de manera primordial la libertad de conciencia.⁹ Veamos.

2.1. *El caso de los profesores*

En 1994, la Suprema Corte mexicana, por conducto de la cuarta sala (existente todavía en aquel entonces), tuvo ocasión de ocuparse de una contradicción de tesis entre tribunales colegiados de circuito donde el tema de fondo tenía que ver con despidos de profesores que pertenecían a los testigos de Jehová, quienes se negaban a participar en los “hombres a la bandera” que se celebraban en sus respectivas escuelas. Los criterios contradictorios sostenían, por un lado, que de acuerdo con el marco normativo mexicano era justificado el despido de un profesor que se negara a intervenir en dicha ceremonia cívica; mientras que, por el otro, se afirmaba que dicho despido era injustificado. En el primer caso, el tribunal colegiado afirmó que

el profesor de educación primaria *tiene la obligación de fomentar en el educando el amor a la patria* y la conciencia de la nacionalidad, la independencia y la justicia; [...] que el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales son símbolos patrios de la República, en cuanto constituyen los elementos fundamentales de identidad de los mexicanos, reconociéndose en ellos un patrimonio cultural común; por tanto, *es evidente que el maestro, por su profesión y la calidad de trabajo que desempeña, está obligado a fomentar en sus alumnos la costumbre cívica de rendir honores a la Bandera Nacional y a entonar respetuosamente el Himno Nacional*, con la finalidad de fortalecer las raíces históricas y los lazos

⁹ Evidentemente, en el marco del juicio de amparo habría algunas diferencias procesales significativas por lo que ve al tratamiento que debería dispensarse en uno u otro caso. Pienso sobre todo en la suplencia en la deficiencia de la queja, institución que operaría en el ámbito laboral pero no en el administrativo.

culturales y sociales que nos unen y nos identifican como Nación. Por ello, el profesor que en los actos cívicos que está obligado a organizar o a participar en su centro de trabajo, se abstiene de rendir honores a la Bandera y de entonar el Himno Nacional, incurre en las causas de cese previstas en el artículo 46, fracción V, incisos a) e i), de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, ya que con esa conducta incumple una obligación derivada de la ley y de las condiciones generales de trabajo que rigen su relación laboral, además de que no procede rectamente en las funciones que tiene encomendadas.¹⁰

Por su parte, el otro tribunal colegiado sostuvo que “si no se acredita con prueba fehaciente que un profesor que depende de la Secretaría de Educación Pública, tiene entre otras obligaciones, la de rendir honores a la bandera y cantar el himno nacional, el titular *carece de base legal para cesarlo*”.¹¹ Al resolver esta contradicción, la Suprema Corte argumentó que

una de las obligaciones del profesor de educación primaria, no sólo con motivo de la relación laboral o función que desempeña, sino *por disposición constitucional, es fomentar en el educando el amor a la patria*, y la conciencia de la nacionalidad, la independencia y la justicia; por tanto, siendo el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales los símbolos patrios de la República, los elementos fundamentales de identidad de los mexicanos, reconociéndose en ellos un patrimonio cultural común, *es evidente que el maestro en México, está obligado a inculcar en sus alumnos, con su ejemplo y enseñanza, la costumbre cívica de rendir honores a dichos símbolos patrios*, como reglas (las más elementales), tendientes al fortalecimiento de la conciencia nacional, para ratificar la firme adhesión a los principios superiores de la Nación, a su historia y a las normas que la rigen.¹²

¹⁰ Instancia: Cuarta Sala, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Parte : 82, Octubre de 1994, Tesis: 4a./J. 41/94, Página: 20, Octava Época: Contradicción de tesis 17/94. Entre las sustentadas por el Cuarto y Primero Tribunales Colegiados en Materia de Trabajo del Primer Circuito. 15 de agosto de 1994. Cinco votos (las cursivas son mías).

¹¹ Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Parte: XII-Noviembre, Página: 458. Amparo directo 1353/93, Secretario de Educación Pública, 25 de marzo de 1993, Unanimidad de votos, Ponente: Horacio Cardoso Ugarte, Secretario: Rigoberto Calleja López (las cursivas son mías).

¹² Sentencia que dio lugar a la tesis por contradicción 4a./J.41/94 (las cursivas son mías).

En otro lugar de la ejecutoria, la Suprema Corte desechó el argumento de los testigos de Jehová en el sentido de que no participan en los “honores a la bandera” debido a que sus convicciones religiosas se los impiden, diciendo que “el entonar el Himno Nacional y saludar a la Bandera son, por su propia naturaleza, actividades cívicas, no religiosas”.¹³ Finalmente, la Suprema Corte sostuvo que prevalecía el criterio que consideraba justificados los despidos, aduciendo que

el profesor de educación primaria que en los actos cívicos que por disposición de la ley deben organizarse en la escuela en que se desempeña, se abstiene de rendir honores a la Bandera y de cantar el Himno Nacional, incurre en las causas de cese previstas en el artículo 46, fracción V, incisos a) e i), de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, ya que independientemente de que incumple una obligación derivada de la ley y de las condiciones generales de trabajo que rigen su relación laboral, no procede rectamente en las funciones que tiene encomendadas, con mengua de rectitud de ánimo y observando una conducta ajena a un recto proceder.

De esta forma resolvió la Suprema Corte la contradicción de tesis: se limitó a *calificar* la conducta de los profesores como comprendida en el supuesto de hecho previsto por la legislación laboral para despedir justificadamente a un trabajador. Más específicamente, estableció que los profesores que se abstengan de participar en los “honores a la bandera” incurren en una falta de probidad y, por tanto, incumplen las condiciones generales de trabajo, conducta que actualiza el supuesto del despido justificado (artículo 46, fracción V, incisos *a* e *i*, de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado).

Recapitulando lo expuesto, puede decirse que al modelo de solución subyacen las siguientes premisas: a) los profesores están obligados a fomentar el amor a la patria; b) dicha obligación no sólo se desprende de la propia relación laboral o de la ley, sino que existe por virtud de lo dispuesto en el artículo 3º constitucional; c) el profesor que incumple esta obligación incurre en una causal de despido. Por tanto, los despidos de profesores que se efectúen en estas condiciones no violan ninguna disposición legal o constitucional.

¹³ Sentencia que dio lugar a la tesis por contradicción 4a./J.41/94..

A grandes rasgos éste sería el modelo de solución que el poder judicial de la federación ha instrumentado para resolver los casos de los profesores despedidos por su negativa a rendir “hombres a la bandera”. Como puede observarse, este modelo de solución se ocupa casi exclusivamente de cuestiones de legalidad y contesta afirmativamente la pregunta formulada al final del epígrafe anterior: los despidos sí serían *legales*.

2.2. *El caso de los alumnos*

Los casos de los alumnos sancionados que pertenecen a los testigos de Jehová también han sido planteados ante los tribunales federales; sin embargo, no han llegado hasta la Suprema Corte, resolviéndose en instancias inferiores. Al respecto, pueden distinguirse dos modelos de solución diferentes. El primer modelo está expresado en una conspicua tesis jurisprudencial que se desprende de una sentencia de un tribunal colegiado de circuito que data de 1990. Un segundo modelo puede extraerse de las sentencias dictadas por otros tribunales colegiados y juzgados de distrito con posterioridad a la conformación de la citada tesis. Antes de reconstruir estos modelos de solución, me gustaría precisar que las sanciones impuestas por las autoridades escolares a los alumnos insumisos han sido bastante diversas. En su recomendación general 5/2003, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) ha declarado tener “conocimiento de casos en donde se les reprueba en la materia de civismo, se les suspende temporalmente o expulsa de manera definitiva, se les condiciona la inscripción a la aceptación de un reglamento por el que se comprometen a participar activamente en las ceremonias cívicas; incluso, en casos extremos, se han llegado a presentar maltratos físicos o psicológicos a los menores”. Los modelos de solución que seguidamente presentaré sólo se pronuncian sobre la legalidad de las expulsiones.

2.2.1. Como decía antes, el primer modelo de solución está recogido en una polémica tesis jurisprudencial que cito textualmente:

ESCUDO, LA BANDERA Y EL HIMNO NACIONALES, LEY SOBRE EL. NO SE VIOLAN GARANTIAS CONSTITUCIONALES AL

SEPARAR A UN ALUMNO DE SU ESCUELA POR INCUMPLIRLA.

Los acuerdos que las autoridades educativas adopten para separar a los alumnos con base en la Ley del Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales, no violan garantías en su perjuicio porque si por imperativos concernientes a su convicción de conciencia de una fe religiosa se permitiera a los que la profesan apartarse de las normas jurídicas que regulan el comportamiento de toda la sociedad, equivaldría someter la vigencia de esas normas, a la aprobación del individuo, lo que a su vez pugnaría con el acto de creación del derecho por parte de la comunidad. Así, tales acuerdos apoyados en que el alumno, so pretexto de pertenecer a los «Testigos de Jehová» omite rendir honores a los símbolos patrios contemplados en la invocada Ley, no trasgreden los artículos 3o., 14 y 24 constitucionales. El 3o. porque no se está impidiendo en forma absoluta el ingreso a las instituciones educativas, sino que únicamente se trata de preservar el espíritu de ese precepto derivado de la titularidad que se confiere al Estado para la conducción de la tarea educativa; el 14, porque si la educación como garantía individual de los mexicanos, está al margen de toda creencia, dogma o doctrina religiosa, no rige el principio de previa audiencia para que los alumnos sean separados de las escuelas, pues de escucharlos implicaría el absurdo de darles oportunidad de oponerse a las disposiciones reguladoras de la disciplina interna del plantel, bajo argumento de su fe de la secta denominada “Testigos de Jehová”; el 24, porque de conformidad con este artículo las ceremonias o devociones del culto religioso, se circunscriben a los templos o domicilios particulares, de modo que no es admisible que se traduzcan en prácticas externas que trasciendan en el ámbito social del individuo.¹⁴

A diferencia del anterior modelo, que se ocupaba del caso de los profesores despedidos, aquí el tribunal sí contrasta las sanciones impuestas por las autoridades escolares con tres derechos fundamentales previstos en la constitución (lo que no se hizo, probablemente por los términos en los que se planteó el amparo, fue el contraste entre la ley y los derechos fundamentales conculcados). No obstante, considera que

¹⁴ Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Parte: V, Segunda Parte-1, Página: 209. Amparo en revisión 64/90. Yuli Oyuki Pereira Aguilar. 10 de abril de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Froylán Guzmán Guzmán. Secretaria: Silvia Alcocer Enríquez. Amparo en revisión 63/90. Gamaliel Vladimir Polanco Santos. 30 de marzo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Froylán Guzmán Guzmán. Secretaria: Silvia Alcocer Enríquez.

las expulsiones no contravienen ninguno de los derechos invocados por el quejoso: ni el derecho a la educación, ni el debido proceso y, menos aún, la libertad de conciencia.

Resumiendo, en este modelo de solución se sustenta en los siguientes puntos: a) las expulsiones de los alumnos se fundamentan en la ley del escudo, la bandera y el himno nacionales; b) éstas no conculcan el derecho a la educación de los alumnos, toda vez que no se impide de manera absoluta el acceso a la educación y se trata de medidas que están respaldadas en el “espíritu” que anima al artículo 3º constitucional; c) dado el carácter laico que debe tener la educación pública, las expulsiones no violan el derecho al debido proceso, pues sería absurdo que se les permitiera a los alumnos oponerse legalmente a estas medidas alegando cuestiones de conciencia; d) no se viola la libertad de conciencia porque ésta no tutela conductas que se traduzcan en el incumplimiento de deberes legales por motivos de conciencia, ya que la eficacia de las normas jurídicas no puede estar supeditada a la aprobación del individuo, en este sentido, las convicciones religiosas no pueden tener ninguna trascendencia en el ámbito público y social, pues la constitución sólo tutela su expresión en templos y/o domicilios particulares. De acuerdo con lo anterior, las expulsiones de los alumnos estarían apegadas a la legalidad (obsérvese que nada se dice respecto de la constitucionalidad de la propia ley).

2.2.2. El segundo modelo de solución se aparta notablemente del anterior criterio.¹⁵ En líneas generales, sus características serían éstas: a) se considera que las expulsiones violan el derecho a la educación de los alumnos testigos de Jehová; b) se afirma que éstas contravienen además el principio de legalidad, pues ese tipo de sanciones no están previstas en los cuerpos normativos que regulan el tema de “los honores a la bandera” en las escuelas; c) al imponer las sanciones, se incumple con el derecho al debido proceso, pues los alumnos son afectados en su derecho a la educación sin que previamente se les haya dado la oportunidad de enderezar una defensa legal; d) finalmente, un aspecto relevante es que al menos en una de las sentencias se hace referencia explícita a la libertad de conciencia para justificar el fallo, y se puede

¹⁵ Al no contar con el texto de esas sentencias, he seguido la exposición que Martínez-Torrón hace de las mismas. *Cfr.* Martínez-Torrón, 2000, pp. 51-54.

atisbar ahí un entendimiento de este derecho más aceptable que el plasmado en la tesis de 1990, pues se asume que el derecho fundamental a la libertad de conciencia no protege únicamente conductas realizadas en el ámbito privado, sino que eventualmente el ejercicio de esta libertad puede traducirse en “en prácticas externas que trasciendan el ámbito social del individuo como tal.” En suma, en este modelo las expulsiones de los alumnos devienen ilegales e inconstitucionales, pero los motivos de la inconstitucionalidad se apoyan sobre todo en la violación al derecho a la educación.

3. Las razones que hacen insatisfactorios los modelos de solución

Creo que existen varias razones para considerar insatisfactorios los modelos de solución que los tribunales han instrumentado para resolver estos casos. A continuación presentaré algunas de esas razones, para lo cual dividiré mi exposición en tres partes. Por un lado, criticaré por separado algunas cuestiones específicas de cada modelo de solución, tanto el de los profesores como los correspondientes a los alumnos, y agruparé finalmente en un tercer inciso una serie de argumentos que expresan una crítica más general que resulta aplicable a todos los modelos.

3.1. Algunas críticas al modelo de los profesores

La solución alcanzada por el tribunal en el caso del despido de profesores me parece insatisfactoria, entre otras razones, porque no toma en serio el derecho fundamental de libertad de conciencia. El tribunal recurre a una fórmula simplista para desechar la posibilidad de afectación de este derecho fundamental. Parte de la premisa de que los “hombres a la bandera” son una ceremonia cívica y no religiosa, y de ahí infiere que en el caso en cuestión no se produce afectación en la libertad de conciencia, afirmación que denota un entendimiento sumamente restringido del derecho en cuestión. Un argumento como éste también resulta inaceptable porque comporta la sustitución por parte del tribunal en el juicio de conciencia del profesor, siendo que la conciencia individual es insustituible. Como se verá más adelante, en un caso

como éste (donde el deber jurídico objetado es *autorreferente*) al tribunal no le es dable juzgar la corrección (religiosa o teológica) del juicio del objetor, pues el único que puede determinar si la obligación de llevar a cabo un determinado comportamiento es contraria a su conciencia, sin importar si se realiza en una ceremonia cívica o religiosa, es la propia persona, en este caso, el profesor testigo de Jehová.

Como señala Martínez-Torrón, una actitud como la de los testigos de Jehová, que se abstienen de participar en los “hombres a la bandera”, debe respetarse no porque sea correcta o porque nos parezca razonable, sino “por tratarse de una decisión libremente adoptada de acuerdo con sólidas y probadas convicciones religiosas”.¹⁶ En este sentido, “la libertad de la conciencia individual no se respeta porque sea objetivamente acertada ([en tal caso] los tribunales tendrían entonces que enjuiciar la verdad de las creencias alegadas, al modo de una nueva suerte de Inquisición), sino porque el ordenamiento jurídico ha decidido no interferir en el ejercicio de esa libertad *mientras no se pongan en peligro otros bienes jurídicos merecedores de una protección preferente*”.¹⁷

Por otro lado, la resolución también sobredimensiona el peso de la directriz constitucional prevista en el artículo 3º, que dispone que la educación que imparta el Estado deberá tender a desarrollar, entre otras cosas, el “amor a la patria”. Lo hace al otorgarle, de manera injustificada desde mi punto de vista, *mayor peso* que a la propia libertad de conciencia, es decir, el tribunal considera que la consecución de un objetivo social (que la educación que imparta el Estado fomente el “amor a la patria”) tiene primacía sobre un derecho fundamental. Pero hay además un entendimiento por lo menos deficiente tanto de la *estructura* de una norma programática como de su *función* en el marco del razonamiento jurídico (legislativo y judicial). Veamos.

Partiendo de que todas las normas jurídicas regulativas correlacionan casos genéricos (conjuntos de propiedades) con soluciones (calificación normativa de una determinada conducta), puede decirse que las directrices establecen de forma abierta tanto sus condiciones de aplicación como la conducta prescrita.¹⁸ Así, por lo que ve a las propiedades que configuran el caso genérico del segundo párrafo del artículo 3º consti-

¹⁶ Martínez-Torrón, 2000, p. 17.

¹⁷ *Ibid.*, p. 25. [Las cursivas son mías].

¹⁸ Atienza y Ruiz Manero, 2004, p. 33.

tucional, no se establece claramente qué instancias estatales de las que imparten educación pública (escuelas primarias, secundarias, preparatorias, universidades, etc.) tienen la obligación de llevarla a cabo. Pero lo que resulta más importante para los efectos de esta crítica, es que tampoco prescribe la realización de ninguna acción en concreto, sino más bien “la consecución de un objetivo, de un estado de cosas con cierta característica”.¹⁹ en la especie, que la educación que imparta el Estado *fomente* el “amor a la patria”.

De esta manera, la constitución *no determina* cuáles sean “las acciones (o los cursos de acción) causalmente idóneas”²⁰ para alcanzar dicho objetivo. Esto quiere decir que corresponde al legislador determinar esas acciones o cursos de acción. Sin embargo, es evidente que la decisión legislativa está sujeta a un control, al de constitucionalidad. Y ese control pueden realizarlo los jueces de amparo.

Así, cuando en sede legislativa se opera con directrices, de lo que se trata básicamente es de “*concretar un fin y/o sus formas de realización*, teniendo en cuenta los límites marcados por otros fines y eligiendo medios que sean aptos para lograr el fin en cuestión, deteriorando lo menos posible el logro de otros fines también ordenados”.²¹ En este sentido, el razonamiento emprendido por el legislador para establecer el curso de acción considerado más propicio para fomentar el “amor a la patria” podría reconstruirse de la siguiente manera:

- 1) Es obligatorio que la educación que imparta el Estado fomente el “amor a la patria”.
- 2) Si se consigue que en la escuelas tanto profesores como alumnos mantengan una actitud de adhesión hacia los símbolos patrios, se promoverá con ello el “amor a la patria”.
- 3) Si se obliga a profesores y alumnos a que participen en las ceremonias de “hombres a la bandera”, esto conseguirá su adhesión a los símbolos patrios y a lo que éstos representan.
- 4) Al obligar a profesores y alumnos a que participen en las ceremonias de “hombres a la bandera”, *no se afectan* de manera esencial otros principios (que recogen valores) del ordenamiento jurídico mexicano.

¹⁹ Atienza y Ruiz Manero, 2004, p. 33.

²⁰ *Ibid.*, 2004, p. 33.

²¹ *Ibid.*, p. 37.

5) Por lo tanto, está justificado establecer la norma que obliga a rendir “honorés a la bandera” en las escuelas a profesores y alumnos.²²

Así, el legislador ha entendido que obligar a alumnos y profesores a participar en las ceremonias de “honorés a la bandera” es un curso de acción que contribuye a alcanzar el objetivo ordenado constitucionalmente (según se desprende de 1, 2 y 3). Sin embargo, esto no quiere decir que en el ámbito del razonamiento judicial (que se encargaría fundamentalmente de revisar la corrección de los pasos 4 y 5 del razonamiento llevado a cabo por el legislador, y eventualmente también de revisar lo establecido en 3) los jueces de amparo tengan que aceptar sin más la constitucionalidad de las determinaciones del legislador para dar cumplimiento a una directriz,²³ pues a ellos corresponde el deber de con-

²² Utilizo aquí esquema del razonamiento con directrices (de adecuación medio a fin) propuesto por Manuel Atienza (Cfr. Atienza, 2006, p. 175). El razonamiento podría formalizarse (con alguna simplificación, también sigo a Atienza en esto) de la siguiente manera:

- 1) ...OF
- 2) $F' \rightarrow F$
- 3) $N \rightarrow F'$
- 4) $N \rightarrow E$
- 5) J(N)

O sea:

- 1) Es obligatorio el fin F (en las condiciones abiertas “...”).
- 2) Si se obtiene el objetivo F', entonces se obtendrá el fin F.
- 3) Si se establece la norma N, entonces se alcanzará el fin F'.
- 4) Si se establece la norma N, no quedan afectados de manera esencial otros fines (distintos de F) o valores del ordenamiento.
- 5) Por lo tanto, está justificado establecer la norma N.

²³ Habría que distinguir cuando menos dos formas de control constitucional respecto de las decisiones legislativas que se toman para dar cumplimiento a una directriz constitucional. Por un lado, cabría realizar un control sobre la *idoneidad causal* de la medida (norma) adoptada para alcanzar el objetivo establecido en la directriz. Y por otro lado, también existiría la posibilidad de revisar si el acto legislativo con el que se pretende cumplir la directriz *contraviene* o se *opone* a algún principio constitucional. En el primer caso, si se parte del hecho de que la concreción de directrices es una actividad altamente discrecional que, precisamente por esa razón, normalmente se reserva a los órganos que poseen legitimación democrática (como son los poderes legislativo y ejecutivo) se asume que el control judicial de dicha actividad debe estar muy restringido, de tal manera que tendría que limitarse “a aquellos casos en los que tales órganos adoptan decisiones o emprenden cursos de acción *nítidamente opuestos* a la obtención de los estados de cosas ordenados” (Atienza y Ruiz Manero, 2004, p. 38, las cursivas son mías). No es el caso del segundo supuesto, donde ya no se trata de realizar un *juicio empírico* sobre las relaciones de

trolar la constitucionalidad de la actividad legislativa y en esa deliberación también pueden entrar en juego otras razones (otros principios) a las que pueden asignarles mayor peso que a la directriz de marras.²⁴ Cuando en el razonamiento judicial se utilizan directrices, la ponderación tiene una función negativa: sirve para constatar y justificar que el legislador no ha traspasado ciertos límites, los establecidos por el resto de los principios constitucionales. De este aspecto *funcional* de las directrices me ocuparé con mayor detalle cuando articule el modelo de solución alternativo que propondré. Por lo pronto, sólo me gustaría adelantar que mi posición es que en el caso del establecimiento de la obligación de rendir “hombres a la bandera” como un medio para alcanzar un objetivo constitucional (el fomento del “amor a la patria”), el legislador efectivamente *traspasó* los límites de lo que constitucionalmente le está permitido, al afectar un ámbito protegido por la libertad de conciencia, además de que también me parece que existen buenas razones para dudar de la idoneidad del medio seleccionado para dar cumplimiento a la directriz.

El otro punto que me parece criticable de la decisión, que por lo demás se conecta con el anterior reparo, es su formalismo, que se traduce en un excesivo legalismo. Los jueces mexicanos olvidan con frecuencia que en un Estado constitucional el juez no sólo está sujeto a la ley, sino que además, y por encima de cualquier otra consideración, está vinculado a la constitución. Como dice Ferrajoli, “la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de *elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas*”.²⁵ En esta resolución el tribunal únicamente se limitó a verificar si la conducta desplegada por los profesores constituía una causal de despido justificado conforme a las normas infraconstitucionales, pero nunca indagó con seriedad si ese comportamiento encontraba cobertura en un derecho fundamental.

causalidad entre medios y fines (o entre fines intermedios y fines últimos), sino uno *normativo*, es decir, lo que interesa aquí es indagar si la norma que el legislador ha aprobado con la finalidad de alcanzar algún objetivo previsto en una directriz contraviene un principio constitucional, particularmente los derechos fundamentales. Por lo demás, ambas posibilidades serán exploradas en su momento en este ensayo.

²⁴ Atienza y Ruiz Manero, 2004, p. 36.

²⁵ Ferrajoli, 2001, p. 26. Las cursivas son mías.

3.2. *Algunas críticas a los modelos de los alumnos*

Como en el caso de los alumnos expulsados se presentaron dos modelos de solución distintos, las críticas a éstos también las expondré por separado.

3.2.1. El primer modelo, que por fortuna parece ya no estar vigente, es por demás lamentable. No voy a entrar a analizar en profundidad la posición del tribunal cuando sostiene que las expulsiones no violan el derecho a la educación ni el debido proceso previstos, respectivamente, en los artículos 3º y 14 constitucional, pues ya el segundo modelo de solución se encargó de refutar convincentemente estas afirmaciones. Sólo haré un par de comentarios al respecto.

Por un lado, el hecho de que no se impida en forma absoluta el acceso de un menor a la educación no quiere decir que las autoridades educativas hayan respetado cabalmente el *contenido esencial* de ese derecho. Sobre todo, si se tiene en cuenta que la expulsión se basa en criterios abiertamente discriminatorios.²⁶ Por otro lado, es un despropósito la afirmación del tribunal en el sentido de que “si la educación como garantía individual de los mexicanos, está al margen de toda creencia, dogma o doctrina religiosa, no rige el principio de previa audiencia para que los alumnos sean separados de las escuelas, pues de escucharlos implicaría el absurdo de darles oportunidad de oponerse a las disposiciones reguladoras de la disciplina interna del plantel”. En el artículo 14 no existe ninguna excepción a la garantía de audiencia en materia educativa, y tampoco se encuentra en ninguna parte de la constitución una disposición que pudiera justificar tal criterio, de tal suerte que resulta inexplicable y lamentable que el tribunal sostenga que se puede impedir a un menor el acceso a la educación pública y que las autori-

²⁶ En este sentido, es ilustrativo que el comité de derechos sociales, económicos y culturales de la ONU, en su observación general número 13, haya establecido que el derecho a la educación comprende la *accesibilidad* a ésta. La accesibilidad supone, entre otras cosas, que en el acceso a la educación no se discrimine a nadie, en especial a los grupos vulnerables (como sería una minoría religiosa como los testigos de Jehová), con base en algunos de los criterios prohibidos por el artículo 2º del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 (suscrito y ratificado por México), entre los que se encuentra la religión. *Cfr.* Carbonell, 2004, p. 807.

dades educativas no tienen ni siquiera el deber de escuchar y evaluar sus argumentos para oponerse a tal medida, como lo prescribe el debido proceso.

Ahora bien, en cuanto a la libertad de conciencia también hay varias cuestiones que señalar. En primer lugar, el absoluto desconocimiento que se aprecia en la resolución sobre el tema de la objeción de conciencia y la consecuente banalización a la que se somete este tema. Cuando los alumnos y profesores testigos de Jehová objetan en conciencia las disposiciones legales que los obligan a participar en los “hombres a la bandera” no están procediendo como si vinieran de otro planeta. La objeción de conciencia es una institución que se ha abierto camino desde hace mucho tiempo en sociedades democráticas. Baste recordar que los primeros *flag salute cases*, por hacer referencia a una problemática muy parecida a la que aquí se aborda, se empezaron a plantear a finales de la segunda década del siglo xx en Estados Unidos,²⁷ y que ya para 1943 el Tribunal Supremo norteamericano había reconocido el derecho de objeción de conciencia para quienes, como los testigos de Jehová, se negaban a cumplir las disposiciones legales que obligan a saludar y prometerle lealtad a la bandera de aquel país.²⁸

No es acertado sostener que “si por imperativos concernientes a su convicción de conciencia de una fe religiosa se permitiera a los que la profesan apartarse de las normas jurídicas que regulan el comportamiento de toda la sociedad, *equivaldría a someter la vigencia de esas normas, a la aprobación del individuo*”. Hay que matizar esta afirmación. Objetar en conciencia una norma no significa que por ese solo hecho esté justificado el incumplimiento de la obligación legal impuesta por aquella. En palabras de Marina Gascón,

el reconocimiento de que la objeción de conciencia descansa y se explica desde la libertad de conciencia, parece que debe llevar a la conclusión de que en un sistema desarrollado de libertades públicas existe un derecho general a la objeción de conciencia; esto es, existe una presunción favorable de quien incumple un deber jurídico por motivos de con-

²⁷ Bergman, 1997, 217.

²⁸ En relación a los *flag salute cases* promovidos por miembros de los testigos de Jehová en Estados Unidos, que culminaron con el reconocimiento al derecho a la objeción de conciencia en esta materia por parte del Tribunal Supremo norteamericano, véase Martínez-Torrón, 1985, pp. 429-435.

ciencia se halla amparado por un derecho fundamental, *sin perjuicio naturalmente de que ese derecho fundamental haya de ceder luego ante otros derechos o valores más atendibles, justamente ante los derechos o valores tutelados por el deber jurídico incumplido.*²⁹

Dicho de otro modo, quien incumple un deber por motivos de conciencia no siempre es eximido autoritativamente de dicho cumplimiento. Sobre este punto volveré más adelante.

3.2.2. No se puede dejar de reconocer que el segundo modelo de solución para el caso de los alumnos testigos de Jehová expulsados de las escuelas constituye una respuesta jurídica mucho más plausible a esta problemática. Considerar inconstitucional esas sanciones y ordenar la inmediata readmisión en las escuelas de los alumnos es un avance significativo. Con todo, me parece que hay al menos un aspecto que sí es susceptible de crítica. Y es el escaso peso que tiene la libertad de conciencia en la argumentación de los tribunales. Es cierto que en alguna sentencia ya se alude explícitamente a este derecho, sin embargo, la constatación de su afectación no constituye la *ratio decidendi* del fallo, pues este lugar lo ocupa la conculcación del derecho a la educación.

3.3. *Algunas críticas dirigidas al conjunto de los modelos de solución*

Por último, termino con algunas críticas que considero pueden dirigirse de manera más general a los distintos modelos de solución (tanto al de los profesores como a los de los alumnos). Por principio de cuentas, me gustaría señalar que algunas de las razones por las cuales los modelos resultan insatisfactorios no pueden imputarse exclusivamente a los jueces. Me explico.

La manera en que se configuraron los modelos de solución no se podría explicar sin las concretas intervenciones de los abogados que defendieron los casos ante los jueces de amparo. Creo que el hecho de que no se haya atacado la constitucionalidad de la ley sobre el escudo, la bandera y el himno nacionales, aunado al excesivo tecnicismo con el que se ha venido estructurado jurisprudencial y legislativamente el jui-

²⁹ Gascón Abellán, 1990, p. 275.

cio de amparo,³⁰ dificultó enormemente la tutela efectiva de los derechos fundamentales conculcados por los actos concretos (despidos y expulsiones) de aplicación de la ley. Dicho de otra manera, es probable que al no haber sido la ley uno de los actos reclamados en el juicio (o al no haber sido combatida con sólidos argumentos), esto haya dado mayor margen de maniobra a los jueces para eludir el espinoso tema de la objeción de conciencia, que se conecta directamente con la afectación de la ley al derecho fundamental de la libertad de conciencia.

Me parece además que las decisiones tomadas por los tribunales echan en falta un mayor soporte argumentativo. Los casos se resolvieron como si se tratara de casos rutinarios. Se sustentan en premisas que no se explican cabalmente y menos aún se justifican con propiedad. Por otro lado, lamentablemente los modelos de solución se caracterizan por su pobreza teórica. En la mayoría de los casos el entendimiento de los derechos fundamentales que de ahí se desprende es sumamente estrecho y frágil. En fin, que algunas de las posiciones ahí reflejadas son francamente alarmantes, teniendo en cuenta que son elaboradas por tribunales cuya función primordial es la tutela de los derechos fundamentales.

Sin embargo, como acabo de señalar, desde mi punto de vista el aspecto más criticable de los distintos modelos de solución tiene que ver con la débil presencia de la libertad de conciencia en todos ellos. Esta situación resulta inexplicable, sobre todo si se piensa que son exclusivamente razones de conciencia las que fundamentan la conducta insumisa de profesores y alumnos. No hay que perder de vista que, como señala Martínez-Torrón, “el problema de los Testigos de Jehová y el saludo a la Bandera *es un problema relativo a la libertad de religión y de conciencia*”.³¹

En mi opinión, tampoco es adecuado tratar este problema por separado, en función de si los objetores son profesores o alumnos. Es cierto

³⁰ Un ejemplo emblemático de esta situación lo constituye el tratamiento jurisprudencial y legislativo de la noción de “interés jurídico”, aunque a decir verdad los problemas que el tratamiento de esta cuestión supone para la tutela efectiva de los derechos fundamentales parecen tener que ver menos con cuestiones estrictamente técnicas que con la oscuridad conceptual con la que se han conducido en esta materia jueces, legisladores y juristas dogmáticos, por no mencionar el hecho de que en buena medida todas estas falencias se explican por el desconocimiento o falta de dominio de la teoría jurídica contemporánea. Un lúcido y esclarecedor análisis de esta específica problemática puede encontrarse en Cruz Parceró, 2003, pp. 67-87.

³¹ Martínez-Torrón, 2000, pp. 65-66. Las cursivas son mías.

que los teóricos de la objeción de conciencia suelen clasificar ésta dependiendo de la naturaleza del deber objetado. Así, por ejemplo, se distingue entre deberes legales (sobre todo de carácter cívico) y deberes contractuales (especialmente en el ámbito laboral). Aunque en principio pudiera pensarse que es conducente trasladar esta distinción al caso que nos ocupa, lo que justificaría un tratamiento por separado del problema de alumnos y profesores, lo cierto es que en ambos supuestos se está incumpliendo *el mismo deber* (la obligación *legal* de rendir “honorés a la bandera”) por *las mismas razones* (porque es contrario a las convicciones religiosas de los testigos de Jehová), de tal suerte que el hecho de que las consecuencias del incumplimiento tengan un alcance diferente para unos u otros (en el ámbito laboral para los profesores y en la denegación de educación para los alumnos) no constituye una razón de peso para emprender un tratamiento por separado. La plausibilidad de un abordaje que no distinga la calidad del objetor se hace más patente cuando se comprueba que el análisis diferenciado de este problema, es decir, distinguiendo si el objetor es profesor o alumno, puede conducir a soluciones contradictorias, como de hecho ha sucedido según se desprende de los modelos de solución arriba reconstruidos.

Por todo lo anterior, en el siguiente epígrafe intentaré reformular el problema y proponer un modelo de solución cuya estructura argumentativa girará, principalmente, en torno a la libertad de conciencia.

4. Reformulación del problema

Indagar si los despidos y las expulsiones a profesores y alumnos testigos de Jehová estuvieron apegados a la ley es una pesquisa que no se ocupa del verdadero problema de fondo. Cuando la intervención de los jueces de amparo se circunscribió a verificar la legalidad de los actos antes descritos, la posición de los tribunales casi siempre fue la misma: los despidos y las expulsiones sí se apegaron a la ley.

Por razones técnicas anejas al propio juicio de amparo, incluso tampoco sería muy fructífero (para efectos de garantizar una efectiva tutela de los derechos fundamentales involucrados) indagar sobre la constitucionalidad de los actos concretos de aplicación de la ley (despidos y expulsiones), si esta pesquisa no está acompañada de un cuestionamiento suficientemente sólido de la constitucionalidad de la

propia ley sobre el escudo, la bandera y el himno nacionales. Como mencioné anteriormente, posiblemente éste haya sido uno de los errores cometidos por los abogados de los testigos de Jehová, pues dada la técnica del juicio de amparo, si concomitantemente al cuestionamiento de la constitucionalidad de los actos concretos no se alegaba también el de la propia ley, era más difícil que se otorgara la protección de la justicia federal. Esto es así porque aunque los actos concretos (despidos y expulsiones) fueran efectivamente inconstitucionales, sólo lo serían en función de que la propia ley en la que se fundamentan fuera inconstitucional. De aquí que la posibilidad de que la pretensión prosperara hubiera aumentado si se hubiera reclamado al mismo tiempo que la constitucionalidad de los actos, la de la ley.

Ahora bien, desde mi punto de vista, enfocar el asunto en términos de la constitucionalidad (así en general y sin mayores especificaciones) tanto de la ley como de los actos concretos de aplicación de la misma, también tiene algunos efectos distorsionantes del verdadero problema. Me explico. En el tema de los despidos y la expulsiones están implicados varios derechos fundamentales, tales como: el derecho a no ser discriminado (artículo 1º), el derecho a la educación (artículo 3º), la libertad de expresión (artículo 6º), el derecho al debido proceso (artículo 14); y, desde luego, de manera primordial la libertad de conciencia (artículo 24). En mi opinión, el hecho de que todos estos derechos estén en juego ha servido a los tribunales para eludir un pronunciamiento claro respecto del fondo de la cuestión, particularmente en el caso de los alumnos expulsados, ya que cuando se han llegado a considerar inconstitucionales las expulsiones ha sido sobre todo con apoyo en la violación al derecho a la educación. Aunque también es verdad que los tribunales han analizado tanto los despidos como las expulsiones a la luz de la libertad de conciencia, lo han hecho casi siempre de manera muy superficial y como *una cuestión más* entre las varias que plantea el problema. Es decir, no han estudiado este aspecto como lo que es: *la cuestión más importante* que este caso comporta (sin duda, también en parte porque los abogados no han planteado así las cosas). Que la sanción por el incumplimiento del deber jurídico de rendir “hombres a la bandera” puede llevar aparejada la afectación de los derechos a no ser discriminado, a la educación, a la libertad de expresión, al debido proceso, etc., se da por descontado. No obstante, considero que se trata de aspectos secundarios.

Al plantear el problema en los términos antes aludidos se pierde de vista la cuestión principal que conlleva el caso de los profesores y alumnos testigos de Jehová que se niegan a intervenir en las ceremonias de “honosres a la bandera” mexicana. En efecto, lo importante es saber si la libertad de conciencia da cobertura a una conducta que se traduce en un incumplimiento a un deber jurídico. Para ello, lo primero que hay que averiguar es cuál es la *amplitud normativa* de la libertad de conciencia, pues en esa medida se estará en condiciones de determinar si la obligación de rendir “honosres a la bandera” *concorre* con la disciplina jurídica de alguna de las modalidades del ejercicio de este derecho fundamental. Sólo a partir de esta constatación sería posible contestar a la primera cuestión.

Dicho todo esto, considero que el problema abordado hasta ahora puede *replantearse* en los siguientes términos: ¿la libertad religiosa tutelada por el artículo 24 constitucional, en tanto concreta expresión del derecho a la libertad de conciencia, posibilita a los alumnos y profesores testigos de Jehová a incumplir con la obligación legal de rendir “honosres a la bandera”, prevista en el artículo 15 de la ley sobre el escudo, la bandera y el himno nacionales, que tiene su sustento en la directriz constitucional (artículo 3º) y donde se establece que la educación que imparta el Estado deberá tender a desarrollar, entre otras cosas, el “amor a la patria”? Si la respuesta es afirmativa significaría precisamente que la norma en cuestión es inconstitucional, a pesar de que haya sido dictada para dar cumplimiento a la citada directriz constitucional.

A continuación propondré un modelo de solución para este problema y seguidamente presentaré las razones que lo justifican.

5. Una propuesta de solución

Va de suyo que la libertad de conciencia permite al individuo “esco-ger o elaborar las respuestas que estime más convenientes a los interrogantes que plantea su vida personal y social”.³² Pero considerar que este derecho se proyecta únicamente en el ámbito del fuero interno es una visión excesivamente estrecha y anacrónica del mismo. La liber-

³² Prieto Sanchís, 2004, p. 57.

tad de conciencia es además “una *facultad práctica y plenamente social* que protege al individuo frente a las coacciones o interferencias externas que pudiera sufrir por comportarse de acuerdo con sus creencias o convicciones.”³³ En este sentido, la libertad religiosa (en tanto especificación de la libertad de conciencia) también posibilita a los individuos “conducirse conforme a los mandatos que les dicte su creencia”.³⁴ Lo anterior no significa que se trate de derechos absolutos. Tanto la libertad de conciencia como la libertad religiosa están sujetas a ciertos límites. Sobre este tema volveré más adelante.

Así las cosas, enfocado el problema en los términos arriba apuntados, éste se puede contestar afirmando que, efectivamente, la libertad religiosa *sí permite* que los alumnos y profesores testigos de Jehová incumplan con el deber jurídico de participar activamente en la ceremonia cívica de los “honosres a la bandera” cuando su insumisión se basa en motivos de conciencia. Sin embargo, esta conclusión no puede alcanzarse *fácilmente*, pues no es en absoluto evidente que sea *la única* respuesta jurídica a este problema. Con todo, sí me parece que es *la mejor* de las respuestas posibles que el ordenamiento jurídico mexicano proporciona a esta cuestión. En el siguiente apartado intentaré mostrar la plausibilidad de la solución que he propuesto.

6. Explicación y justificación del modelo de solución propuesto

El modelo de solución arriba planteado presupone la utilización de algunas categorías conceptuales que son moneda común en la teoría y filosofía jurídica contemporáneas, pero que son escasamente utilizadas por los jueces mexicanos en el marco del razonamiento judicial. El empleo de estas categorías “extrañas” al lenguaje de los jueces mexicanos se justifica exclusivamente en función de su utilidad explicativa y justificativa, pues me parece que contribuyen a *explicar mejor* el problema jurídico que nos ocupa (en comparación con los modelos de solución que prescinden de ellas), así como a articular y *justificar mejor* su solución. Como he venido haciéndolo, me detendré brevemente a explicar el alcance de las mismas cuando emplee alguna de ellas. En

³³ Prieto Sanchís, 2004, p. 57. Las cursivas son mías.

³⁴ Carbonell, 2004, p. 517.

primer término, es necesario distinguir entre dos tipos de normas: las reglas y los principios.

Entre las muchas caracterizaciones que pueden ofrecerse de las reglas y los principios, utilizaré aquí la propuesta por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero.³⁵ De acuerdo con estos autores, desde un punto de vista estructural, y asumiendo que las normas regulativas siguen un esquema condicional (correlacionan casos genéricos con soluciones normativas), puede decirse que las reglas configuran de forma *cerrada* sus condiciones de aplicación y prescriben que la solución normativa (una conducta en el caso de las *reglas de acción* o un estado de cosas en las *reglas de fin*) debe cumplirse en forma *plena*.³⁶ Esto explica por qué Dworkin ha sostenido que cuando las reglas son válidas se aplican a la manera “todo o nada” (*all-or-nothing fashion*),³⁷ es decir, que si se dan sus condiciones de aplicación la conducta prescrita debe cumplirse sin más; mientras que si aquéllas no concurren no surge la obligación de realizar la conducta prescrita.

Por su parte, los principios se caracterizan por configurar de forma *abierta* sus condiciones de aplicación, al grado de que con frecuencia estas normas carecen de supuesto de hecho. En cuanto al grado de cumplimiento de la solución normativa, habría dos posibilidades según se trate de alguna de las subcategorías en las que se dividen los principios. Mientras que los *principios en sentido estricto* exigen un cumplimiento *pleno*, las directrices prescriben (como se dijo en otro lugar) que un determinado estado de cosas se cumpla en *la mayor medida posible*.³⁸

Dicho lo anterior, es pertinente aclarar a qué se alude cuando se habla, respectivamente, de *casos fáciles y difíciles* y conectar esta distinción con el tema de las reglas y los principios. Se trata de una cuestión importante porque el caso en estudio constituye un ejemplo paradigmático de *un caso difícil* dentro de la práctica constitucional mexicana y, sin embargo, ha sido resuelto la mayoría de las veces como si se tratara de un caso fácil. Veamos.

Es una opinión extendida que los casos fáciles se caracterizan por ser asuntos que los jueces resuelven simplemente como una cuestión lógi-

³⁵ Cfr. Atienza y Ruiz Manero, 2004, Capítulo I y su apéndice.

³⁶ Atienza y Ruiz Manero, 2004, pp. 30-31.

³⁷ Dworkin, 2001, p. 24.

³⁸ Atienza y Ruiz Manero, 2004, p. 30-33.

ca, es decir, se trata únicamente de *justificar internamente* la decisión. Dicho de otro modo, “los casos fáciles son aquellos en los que se parte de premisas que no son discutidas (y de ahí que no sea necesario presentar argumentos para avalarlas) y que, por tanto, producen conclusiones aceptables sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo”.³⁹

Por su parte, los casos difíciles plantean dificultades en la *justificación externa* de las premisas.⁴⁰ Esto significa que se está en presencia de un caso difícil cuando existen problemas para justificar algunas de las premisas, ya sea la normativa o la fáctica. En lo que aquí interesa, el caso de los testigos de Jehová supone problemas de justificación en relación con la premisa normativa, concretamente problemas de *interpretación* y de *relevancia*.⁴¹ Mientras que aquéllos se presentan cuando existen dudas sobre el significado que ha de adscribirse a una determinada disposición normativa, estos últimos surgen cuando no está claro cuál es la norma aplicable para resolver un caso individual. El caso de los testigos de Jehová que se niegan a participar en las ceremonias de “hombres a la bandera” conjuga tanto problemas de interpretación como de relevancia, precisamente porque dependiendo de qué significado se asigne a la disposición normativa contenida en el artículo 24 constitucional (“todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade”), se estará en posibilidad de saber si esta norma *concorre* con la disciplina jurídica establecida en el artículo 15 de la ley sobre el escudo, la bandera y el himno nacionales.

Como se mencionó antes, si la libertad religiosa se *interpreta* como un derecho fundamental que protege al individuo (hasta ciertos límites) contra las interferencias externas que le impidan conducirse de conformidad con sus convicciones religiosas, surge el problema de *relevancia*, pues resta determinar si la norma que debe disciplinar el caso en cuestión es el propio artículo 24 constitucional o la regla prevista en el artículo 15 de la ley sobre el escudo, la bandera y el himno nacionales, que, por otro lado, constituye el medio elegido por el legislador para dar cumplimiento a la directriz contemplada en el artículo 3º constitucional.

Ahora bien, la gran mayoría de las resoluciones que decretaron y justificaron los despidos y expulsiones (de profesores y alumnos testi-

³⁹ Atienza, 2001, p. 264.

⁴⁰ Sobre la justificación externa de las premisas del razonamiento judicial y su relación con la justificación interna, véase Atienza, 1991, pp. 25-26.

⁴¹ Sigo aquí la terminología acuñada en MacCormick, 1997, pp. 62 y ss.

gos de Jehová) enfocaron la cuestión como si se tratara de un caso fácil, es decir, como si no hubiera dudas sobre la norma aplicable al caso. En efecto, en opinión de las autoridades educativas era indisputable que tenía que aplicarse la *regla* contenida en el artículo 15 de la ley sobre el escudo, la bandera y el himno nacionales, donde se establece el deber jurídico de rendir honores a la bandera en las escuelas. Esto es así porque desde un punto de vista *funcional*, es decir, entendidas como razones para la acción, las reglas se consideran *razones perentorias*,⁴² lo que significa, por un lado, que una regla constituye una “razón de primer orden para realizar la acción exigida”,⁴³ de donde se sigue un deber para los órganos jurisdiccionales y administrativos de resolver los casos en que la regla sea aplicable de conformidad con el contenido de la misma. Pero por otro lado, también comporta que la regla debe entenderse como una razón de segundo orden “para excluir o suprimir cualquier deliberación independiente por parte de su destinatario sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción”.⁴⁴ Dicho sin tantos rodeos, en principio, la existencia de una regla como la que se deriva del artículo 15 de la ley sobre el escudo, la bandera y el himno nacionales supone que tanto los destinatarios de la regla como los órganos encargados de controlar su cumplimiento deben obedecer su contenido.

Así las cosas, a primera vista no parece incorrecta la manera en que procedieron tanto los tribunales como las autoridades administrativas, pues constataron la existencia de una regla y procedieron a hacerla cumplir. Como dije antes, al proceder así se actuó como si se tratara de un caso rutinario. Sin embargo, aun para saber cuándo estamos en presencia de un caso fácil resulta necesario introducir un elemento adicional a la pura consideración de las *reglas* del sistema jurídico. Ese elemento son los *principios*.

El entendimiento de las reglas arriba descrito (tanto el estructural como el funcional) puede conducir a pensar que los casos fáciles se resuelven únicamente tomando en consideración la existencia de reglas, lo que vendría a significar que “los principios sólo entran en juego en el razonamiento justificativo de los órganos jurisdiccionales cuando

⁴² Atienza y Ruiz Manero, 2004, p. 35.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Idem*.

éstos tienen que hacer frente a casos difíciles, pues en los casos fáciles las reglas son elementos necesarios y suficientes para justificar la decisión”.⁴⁵ Si esto fuera así, sería evidente que el caso de los profesores y alumnos testigos de Jehová que son, respectivamente, despedidos y expulsados de las escuelas mexicanas por negarse a rendir “hombres a la bandera”, se solucionaría exclusivamente atendiendo a la regla contenida en el artículo 15 de la ley sobre el escudo, la bandera y el himno nacionales. Pero sucede que esto no es así exactamente, ya que incluso en la calificación de un caso como fácil o difícil los principios juegan un papel importante. En palabras de Atienza y Ruiz Manero, “[u]n caso es fácil precisamente cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla *no resulta controvertible a la luz del sistema de principios* que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate”. Si uno se pregunta por el principio que dota de sentido a la regla en cuestión (artículo 15 de la ley sobre el escudo, la bandera y el himno nacionales), encontrará enseguida la directriz prevista en el artículo 3º de la constitución, que establece que la educación que imparta el Estado deberá *tender* a desarrollar, entre otras cosas, el “amor a la patria”.

Esto parece fuera de toda duda, pues los propios jueces ante quienes se han promovido los juicios de amparo (sobre todo en el caso de los profesores que son testigos de Jehová) han reconocido que el deber de los profesores de inculcar en sus alumnos el hábito de rendir “hombres a la bandera” deriva a su vez de la obligación que tienen de fomentar en sus alumnos el “amor a la patria”,⁴⁶ y es precisamente el artículo 3º constitucional donde se establece expresamente dicho mandato (en forma de directriz). Incluso las propias autoridades educativas (a través del acuerdo 168 de la secretaría de educación pública, de 28 de septiembre de 1992) han afirmado que *una* de las manifestaciones del “amor a la patria” del que habla el artículo 3º constitucional es el saludo a la bandera.⁴⁷

Si esta directriz fuera el único principio en juego, quizás podría considerarse que, aun bajo este criterio complementario (analizar el caso a la luz de los principios del ordenamiento), se trata de un caso fácil que

⁴⁵ Atienza y Ruiz Manero, 2004, p. 46.

⁴⁶ Martínez-Torrón, 2000, pp. 50 y 71 (nota 169).

⁴⁷ Martínez-Torrón, 2000, p. 62.

hay que resolver solamente atendiendo al contenido de la regla aplicable. Sin embargo, como se mencionó antes, existe otro principio relevante para el caso (o mejor, es el más relevante): el previsto en el artículo 24 constitucional. Como se verá más adelante, la libertad de conciencia es un principio relevante porque entra en conflicto con la regla que ordena que se rindan honores a la bandera o, si se quiere, puede decirse que el conflicto se produce no tanto entre la regla y la libertad de conciencia, sino entre ésta y la directriz constitucional que da sentido a la regla. En cualquier caso, lo que es evidente es que

si la consideración de un caso como *fácil*, esto es, como subsumible en una determinada regla a adoptar como razón perentoria para la resolución del mismo, sólo puede hacerse teniendo en cuenta principios, entonces la dimensión de *obediencia* a razones perentorias ya no puede aparecer como primaria: la *obediencia* a tales razones presupone la previa consideración de que no hay razones de principio que tengan más fuerza y que exijan la no obediencia.⁴⁸

Dicho de otro modo, una vez comprobado que el caso no puede resolverse invocando la regla, pues a pesar de que ésta resulta *aplicable*,⁴⁹ toda vez que el caso individual está comprendido en el *alcance* de la norma, existe al menos un *principio* (la libertad de conciencia) que entra en conflicto no sólo con la regla sino con el principio (directriz) que la sustenta, ya no es conducente sostener que la regla en cuestión *funcione* como una *razón perentoria* que excluye la deliberación del órgano jurisdiccional (especialmente cuando se trata de un tribunal de amparo), sino que éste tiene el deber de considerar las otras razones que se oponen al cumplimiento de la regla y decidir la cuestión una vez efectuada esa deliberación. Así las cosas, la pretensión de imponer deberes concluyentes (obligaciones o prohibiciones) y no meramente *prima facie* que se asocia a las reglas, se encuentra limitada “por la posibilidad de que la aplicación de la regla en un determinado caso entre en conflicto con un principio que, en relación con las propiedades relevantes de dicho caso, tenga un mayor peso que el (o los) principio(s) subyacentes a

⁴⁸ Atienza y Ruiz Manero, 2004, p. 47.

⁴⁹ Utilizo aquí el concepto de aplicabilidad en su sentido *interno*, “la aplicabilidad interna de una norma *N* proporciona una respuesta a la pregunta ¿está el caso *c* regulado por la norma *N*?”. Navarro y Moreso, 1996, p. 128.

la regla.”⁵⁰ En este sentido, huelga decir que resulta indispensable que el juez incorpore la regla aplicable al caso individual (en nuestro caso, artículo 15 de la ley sobre el escudo, la bandera y el himno nacionales) en su razonamiento y justifique por qué dicha norma es desplazada por un principio que regula ese mismo supuesto de hecho en sentido contrario al expresado por la regla.

Ahora bien, siguiendo a Moreso, puede decirse que “los principios en sentido estricto establecen derechos constitucionalmente protegidos, mientras las directrices establecen bienes constitucionalmente protegidos”.⁵¹ Así, en nuestro caso el *derecho* constitucionalmente tutelado por el principio en estricto sentido sería la libertad de conciencia y el *bien* constitucionalmente protegido por la directriz sería el “amor a la patria”. Aquí el bien constitucionalmente protegido viene a erigirse en un *límite* del derecho de libertad de conciencia; a esta tensión entre el derecho y su límite puede llamársele *objeción de conciencia*.⁵²

De acuerdo con Luis Prieto, la objeción de conciencia puede definirse como “la libertad de conciencia en caso de conflicto”,⁵³ esto significa que toda objeción de conciencia conlleva “un caso de conflicto entre la libertad de conciencia y el principio o bien constitucional que está detrás del deber objetado y que proporciona su justificación”.⁵⁴ En la misma línea, Marina Gascón afirma que “la resistencia jurídica de la Constitución y su incidencia en la interpretación de todo el ordenamiento y [...] la posición preferente de unos derechos humanos que expresan el sistema de valores adoptado por la comunidad [...] obligan a plantear el problema de la objeción [...] como un conflicto entre la libertad de conciencia y los bienes o derechos protegidos por los distintos deberes jurídicos.”⁵⁵

Este entendimiento de la objeción de conciencia, tal y como lo plantean los profesores Prieto y Gascón,⁵⁶ permite explicar satisfactoriamente

⁵⁰ Atienza y Ruiz Manero, 2004, p. 32.

⁵¹ Moreso, 2001, p. 154. Las cursivas son mías.

⁵² Prieto Sanchís, 2004, p. 78.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 79.

⁵⁵ Gascón Abellán, 1990, p. 276.

⁵⁶ Marina Gascón sostiene que “...los juristas han estimado que la objeción de conciencia representaba una figura excepcional dentro del catálogo de derechos, de manera que sólo el legislador era competente para acuñar modalidades concretas de objeción: su fundamento o engarce sería sin duda la libertad de conciencia pero sólo una vez que la objeción hubiese sido

las dos posibilidades que existen para su concreta configuración en un sistema jurídico determinado.

Así, es posible que la objeción de conciencia encuentre acomodo en un ordenamiento jurídico a través de su reconocimiento expreso a nivel legislativo (o constitucional), lo que supondría que el legislador (ordinario o constitucional) ha *anticipado* el conflicto que existe entre la libertad de conciencia y el principio o bien constitucional que subyace a la regla que establece el deber jurídico objetado,⁵⁷ razón por la cual la objeción de conciencia implica aquí una *excepción explícita* a la regla en cuestión.⁵⁸ La otra posibilidad es que el legislador *no haya anticipado* ese conflicto entre el principio que sustenta a la regla que contiene el deber objetado y la libertad de conciencia, en cuyo caso corresponde a los jueces llevar a cabo ese balance de razones, de tal suerte que serán ellos los que, en los asuntos llevados ante su jurisdicción, determinen cuál de los principios tiene más peso y, por tanto, si es posible dejar de cumplir con la regla que contiene el deber jurídico.

Evidentemente, el caso de los testigos de Jehová que se niegan a participar en las ceremonias de “hombres a la bandera” encuadraría en este segundo supuesto. Desde mi punto de vista, lo que sucede en un caso como éste (cuando la objeción no ha sido regulada expresamente como una excepción a la regla que contempla el deber) puede explicarse acudiendo a un concepto propuesto por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: la *licitud atípica*.⁵⁹

Parafraseando la definición dada por estos autores,⁶⁰ puede afirmarse que la omisión de una conducta que *prima facie* es obligatoria, por

específicamente regulada.” (Gascón Abellán, 1990, p. 266). En otro lugar, esta autora afirma: “...la objeción de conciencia no debe ser concebida como una excepción al deber jurídico, excepción que por tanto ha de estar consagrada en ley, sino a la inversa, que el deber jurídico ha de concebirse como una limitación a la libertad de las personas y que, en consecuencia, el juez que se halle en presencia de un conflicto viene obligado a ponderar y a preguntarse en qué medida ese deber está justificado para preservar otros bienes constitucionales.” (Gascón Abellán, 1990, p. 287).

⁵⁷ La idea de que en el nivel de las reglas el legislador proporciona por anticipado el resultado de una ponderación para los efectos de un determinado caso genérico, la tomo de Bayón, 2001, p. 52.

⁵⁸ En este sentido, una excepción a una regla sería cualquier componente del antecedente de la norma a cuya ausencia quede condicionada la consecuencia jurídica estipulada por ésta. *Cfr.* Bayón, 2001, p. 38.

⁵⁹ Atienza y Ruiz Manero, 2000, pp. 115 y ss.

⁶⁰ Aunque estos autores proponen una definición de *licitud atípica* (a la que consideran la converso de la *ilicitud atípica*) a partir de la existencia de una regla prohibitiva, creo que no hay

resultar subsumible en una regla de mandato que ordena su realización, es *atípicamente lícita* cuando deviene finalmente permitida una vez que han sido considerados todos los principios relevantes del sistema jurídico para ese caso concreto. Lo anterior vendría a confirmar, por otra parte, la capacidad de los principios para excepcionar a las reglas.

En estos términos, el caso de los testigos de Jehová que se niegan a participar en las ceremonias de “hombres a la bandera” a que los obliga la ley y cuyo comportamiento sería una instancia concreta de licitud atípica, constituye una *excepción* a la regla de mandato que ordena su realización. En efecto, aunque en relación con este caso se dan las razones que justifican la existencia de la regla (que en las escuelas tanto profesores como alumnos mantengan una actitud de adhesión hacia los símbolos patrios, con lo que supuestamente se estaría fomentando el “amor a la patria”), también existen *razones más fuertes* (la libertad de conciencia) no contempladas por la regla que justifican la omisión de la conducta ordenada.⁶¹

Si se acepta lo dicho hasta ahora, es incontestable que nos encontramos en un supuesto de objeción de conciencia, esto es, un caso donde la libertad de conciencia se encuentra en tensión con el principio constitucional que constituye el fundamento del deber jurídico objetado. Sin embargo, esa constatación es apenas el primer paso a la resolución del conflicto, ya sea a favor de la libertad de conciencia o de la directriz que ordena fomentar el amor a la patria. Hay, pues, dos principios constitucionales enfrentados: el derecho y el bien constitucional que respalda al deber objetado. Ambos principios colisionan y la constitución no preestablece cuál de ellos sea el que debe prevalecer en un caso concreto.

Obviamente, si estamos en presencia de una colisión de principios habrá que resolverla. Toda vez que el conflicto se presenta entre principios de diferente tipo, es decir, entre un principio en estricto sentido

inconveniente en extender su planteamiento a los casos (como el de los testigos de Jehová aquí estudiado) donde lo que existe es una regla de mandato que *obliga* a realizar determinada conducta. Esto es así porque, como se sabe, los operadores deónticos “prohibido” y “obligatorio” son interdefinibles, es decir, una conducta *p* que se encuentre prohibida se puede expresar en términos de obligación (obligatorio no *p* [O~*p*]) y una obligación de hacer *p* siempre se puede reformular en clave de prohibición (prohibido no *p* [Ph~*p*]).

⁶¹ Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 116.

(la libertad de conciencia) y una directriz (el deber de fomentar el “amor a la patria”), podrían ensayarse al menos dos maneras de solucionarlo.

Atendiendo a la *función* de los principios en el razonamiento judicial, se podría argumentar a favor de la primacía de la libertad de conciencia, en tanto principio en estricto sentido, sobre el mandato constitucional que ordena fomentar en la educación que imparta el Estado el “amor a la patria”, que constituye una directriz. Esta primacía es justificada por Atienza y Ruiz Manero en los siguientes términos:

...Las directrices generan razones para la acción de tipo utilitario: el que la consecución de un fin *F* sea deseable hace que exista, en principio, una razón a favor de todo aquello que conduzca a ese fin; la razón no es excluyente, pues puede haber razones en sentido contrario y que tengan una mayor fuerza. Por el contrario, las razones para la acción que derivan de principios en sentido estricto son razones de corrección: al igual que las anteriores, no son tampoco excluyentes, pero, en la deliberación del sujeto, las razones de corrección operan como razones últimas (no son *finalistas*, sino razones *finales*). Por eso, las razones utilitarias que derivan en directrices pueden y deben ser evaluadas –y, en su caso, superadas– por razones de corrección, basadas en principios, mientras que lo contrario no puede ocurrir: si se tiene una razón de corrección para hacer *X*, entonces el no hacer *X* sólo puede justificarse apelando a otras razones del mismo tipo –esto es, basadas en principios– que tengan un mayor peso, pero no a razones utilitarias –basadas en directrices– que muestren que la consecución de un cierto fin es incompatible con la acción *X*.⁶²

De esta manera, si asumimos que la libertad de conciencia es un principio en estricto sentido, ésta suministra razones de corrección para realizar la conducta tutelada, de tal suerte que habría una razón *final* a favor de la primacía de la libertad de conciencia que en ningún caso podría ser superada por una razón *finalista* (o utilitaria) como la proporcionada por la directriz que ordena fomentar el “amor a la patria”. Esto es así, entre otras razones, porque “los principios en sentido estricto constituyen límites en la selección de los medios idóneos admisibles para dar cumplimiento a las diversas directrices”.⁶³ De aquí se desprende que,

⁶² Atienza y Ruiz Manero, 2004, pp. 36-37.

⁶³ Atienza y Ruiz Manero, 2001, p. 122.

de acuerdo con Atienza y Ruiz Manero, considerados en abstracto (en la dimensión de la validez) los principios en estricto sentido y las directrices no tienen el mismo peso o valor, pues éstas nunca podrían primar sobre aquéllos.⁶⁴ Una concepción como ésta, sin embargo, incumple con una de las características que frecuentemente se adscribe a los principios: su igual valor en abstracto,⁶⁵ de tal suerte que la ponderación pierde cualquier sentido, toda vez que en casos como éste no habría nada que ponderar.

No obstante, este criterio *funcional* y *abstracto* para resolver la colisión de los principios involucrados en nuestro caso parece muy débil para justificar satisfactoriamente una solución a favor de la libertad de conciencia. Así, resulta ineludible acudir al juicio de ponderación para alcanzar una solución mejor respaldada.⁶⁶ Que la pretensión de los profesores y alumnos testigos de Jehová quede amparada depende “de cuál sea el *peso relativo* en el caso de los principios que militan a favor del deber jurídico objetado.”⁶⁷

Normalmente la ponderación es una actividad que sirve para establecer la relación de precedencia que, en determinadas circunstancias, debe primar entre dos principios contrapuestos.⁶⁸ A partir del establecimiento

⁶⁴ Que las directrices *nunca* puedan derrotar a los principios en estricto sentido es una afirmación cuestionable empíricamente, al menos por lo que ve a la práctica del Tribunal Constitucional español. Al respecto, véase Moreso, 2001, pp. 153-155. De hecho, Atienza y Ruiz Manero han matizado su posición original (expresada en la primera edición de *Las piezas del Derecho*) al distinguir entre *principios sustantivos*, en cuyo ámbito seguiría teniendo validez la tesis de la superioridad axiológica de los principios en estricto sentido sobre las directrices, y *principios institucionales*. Estos últimos admitirían también las dos subcategorías en que se dividen los primeros: así, habría “principios institucionales en estricto sentido” y “directrices institucionales”. De esta manera, Atienza y Ruiz Manero llegan a admitir la posibilidad de que un principio institucional *pueda derrotar* a un principio sustantivo, lo que permitiría explicar el hecho de que en determinadas circunstancias una directriz (institucional) tenga más peso que un principio (sustantivo) en estricto sentido. De cualquier manera, en el caso que nos ocupa los principios que colisionan son ambos sustantivos, de tal suerte que este desarrollo introducido por los profesores de la Universidad de Alicante a su concepción de los enunciados jurídicos no afecta su posición arriba citada. Sobre esta aparente rectificación, *cfr.* Atienza y Ruiz Manero, 2001, pp. 120 y ss., y Atienza y Ruiz Manero, 2004, pp. 38-39 y 165-166.

⁶⁵ *Cfr.* Prieto Sanchís, 2003, p. 189 y Alexy, 1993, pp. 89 y ss.

⁶⁶ En su trabajo sobre la objeción de conciencia de los testigos de Jehová en relación con los símbolos patrios en México, Martínez-Torrón también sostiene la necesidad de acudir al juicio de ponderación o *balancing process* (según la terminología de la doctrina jurídica estadounidense) para solucionar este conflicto. *Cfr.* Martínez-Torrón, 2000, p. 69.

⁶⁷ Prieto Sanchís, 2004, p. 80. Las cursivas son mías.

⁶⁸ Alexy, 1993, pp. 92-95.

de esa relación de precedencia, es posible la formulación de una *nueva regla* que resuelve el caso, con lo cual la ponderación permite pasar del nivel de los principios al de las reglas. Este tipo de ponderación es la que se presenta cuando los principios que colisionan son principios en estricto sentido,⁶⁹ sin embargo, como se expuso en otro lugar, cuando las directrices entran en juego la estructura de la ponderación es un poco diferente.

En primer lugar, porque no se trata de formular una nueva regla. En este caso, la regla ya existe: el artículo 15 de la ley sobre el escudo, la bandera y el himno nacionales. Como se vio en su oportunidad, lo que se requiere es indagar si con el establecimiento de la regla en cuestión se han traspasado los límites impuestos al legislador por los restantes principios del sistema, particularmente por la libertad de conciencia prevista en el artículo 24 constitucional. Aquí la ponderación tiene un papel *negativo*, en la medida en no sirve para establecer una nueva regla, sino para descartar que con una regla ya existente, la establecida con la finalidad de dar cumplimiento con la directriz y que prevé el deber jurídico objetado, se hayan vulnerado ciertos límites impuestos por los demás principios constitucionales.

Hasta aquí he indicado cuál sería el camino que tendría que seguir el juez para estar en posibilidad de resolver el caso a favor de la libertad de conciencia, pero no he aportado todavía ningún argumento que sustente el mayor peso de ésta. A este propósito dedicaré lo que resta del ensayo.

6.1. *El juicio de ponderación*

El juicio de ponderación que se requiere emprender para resolver un caso como éste supone examinar al menos las siguientes cuestiones: 1) que el deber jurídico objetado tenga respaldo en un bien o valor constitucionalmente protegido y que sea un medio idóneo y necesario para su tutela; 2) comprobar que el incumplimiento del deber no sea por moti-

⁶⁹ "...cuando se opera con principios en estricto sentido– la ponderación consiste esencialmente en construir casos genéricos (conjuntos de propiedades) y determinar en cuáles de ellos prevalece un principio respecto de otro(s) principio(s) concurrente(s)...". Atienza y Ruiz Manero, 2004, p. 37.

vos estratégicos, sino verdaderamente por razones de conciencia; 3) considerar en qué medida el incumplimiento del deber afecta intereses o derechos de terceros respaldados por la constitución; y 4) el grado de sacrificio que el cumplimiento de ese deber supone para la libertad de conciencia.⁷⁰

6.1.1. Que el deber jurídico de participar en las ceremonias cívicas de los “hombres a la bandera” (impuesto por el artículo 15 de la ley sobre el escudo, la bandera y el himno nacionales) está sustentado en un bien constitucionalmente protegido parece fuera de duda. En efecto, como se ha dicho en múltiples ocasiones, la directriz prevista en el artículo 3º de la constitución establece que la educación que imparta el Estado deberá tender a desarrollar, *entre otras cosas*, el “amor a la patria”.

Sin embargo, aunque hasta el momento sólo me había centrado en uno, en realidad la directriz del artículo 3º protege varios bienes constitucionales. Es decir, el mandato de optimización no sólo ordena fomentar el “amor a la patria”. Este precepto también prescribe que la educación que imparta el Estado debe “desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano” y fomentar, al mismo tiempo que el “amor a la patria”, “la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia”. Parece evidente, pues, que la propia directriz contempla la persecución de varios fines que potencialmente pueden entrar en conflicto.⁷¹

En el caso que nos ocupa, por ejemplo, ¿la formación de una conciencia, ya sea moral o religiosa (con todas las consecuencias que de ello se deriva), no formaría parte de “todas las facultades del ser humano” que la educación pública debe desarrollar armónicamente? Y si esto es así, por seguir con nuestro caso, ¿esta finalidad no podría entrar en conflicto con el fomento del “amor a la patria”, que en la mayoría de los casos supone una determinada adhesión política y/o ideológica? En mi opinión, las distintas finalidades prescritas por el artículo 3º para la educación que imparte el Estado sí pueden eventualmente ser contradictorias.

⁷⁰ Sigo aquí los planteamientos de Marina Gascón. Véase Gascón Abellán, 1990, pp. 287-288.

⁷¹ Atienza y Ruiz Manero, 2004, p. 41.

Hay que considerar además que las distintas fracciones de este precepto establecen una amplia y heterogénea lista de valores y objetivos que deben orientar la educación que imparta el Estado, lo que hacen aún más plausible la tesis de un eventual conflicto entre ellos. Por citar sólo algunos, se mencionan como criterios orientadores “el progreso científico” (lo que supongo conlleva los progresos en las ciencias sociales, desde donde se concibe a la objeción de conciencia como una necesidad en toda sociedad pluralista), la lucha contra los “fanatismos” (que no sólo son religiosos, pues nacionalismos tan inflamados como el mexicano también pueden inducir a ellos) y los “prejuicios” (que en nuestro país se dan con mucha frecuencia contra las minorías religiosas), “la comprensión de nuestros problemas” (entre los que podemos incluir la intolerancia a la diversidad cultural y religiosa), “la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona”, “los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos”. De esta tensión parece dar cuenta la CNDH, cuando afirma:

Esta Comisión Nacional tiene presente que las autoridades educativas, en términos del artículo 3° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deben fomentar en el educando el amor a la Patria; sin embargo, las medidas adoptadas para resolver la problemática que se presenta en torno a las creencias religiosas de los testigos de Jehová y su negativa a rendir honores a los símbolos patrios, *no son acordes con los principios que rigen la educación que debe impartir el Estado.*⁷²

En fin, que sería muy difícil sostener que la constitución no contempla otros bienes o valores que pueden orientar la educación en sentido tendencialmente opuesto a lo que implica la imposición de un deber jurídico que va en contra de la conciencia de algunas personas, como es la obligación de rendir “honores a la bandera”.

Lo anterior significa que aun reconociendo que el fomento del “amor a la patria” en las escuelas es un bien constitucionalmente protegido, también debe aceptarse que existen otros valores o bienes igualmente

⁷² Recomendación General 5/2003. Las cursivas son mías.

tutelados por la constitución (y no me refiero aquí a los derechos fundamentales, sino a los otros objetivos previstos en el artículo 3º) que hacen que no pueda considerarse que el establecimiento del deber jurídico de participar en las ceremonias cívicas de “hombres a la bandera” es un medio idóneo para cumplir con *todos* los fines que prescribe la directriz prevista en el artículo 3º constitucional.

Ahora bien, cabe preguntarse si la imposición del deber jurídico de rendir “hombres a la bandera” es realmente necesaria. De lo que se trata es de averiguar si existen otras medidas menos lesivas de las creencias de los testigos de Jehová con las cuales se pueda dar cumplimiento a lo prescrito por el artículo 3º sobre el fomento del “amor a la patria”.

Una característica de las directrices, al que ya he aludido parcialmente en otras ocasiones, tiene que ver con el hecho de que éstas no ordenan la realización de una conducta sino la consecución en la mayor medida posible de un determinado objetivo, un estado de cosas que se considera deseable. Así, cuando la constitución establece una directriz, como la prevista en el artículo 3º, no configura *ex ante* las medidas o acciones idóneas para alcanzar dicho objetivo. Casi siempre corresponde al legislador o a la administración *elegir* los medios que permitan cumplir con el contenido de la directriz. Huelga decir que se trata de un ejercicio extremadamente discrecional, razón por la cual (como se mencionó en otro lugar) el cumplimiento de directrices es un asunto primordialmente reservado a los órganos que gozan de legitimación democrática. Así, en el caso en estudio fue el legislador quien *decidió* que el “amor a la patria” se fomenta obligando a profesores y alumnos a rendir “hombres a la bandera”.

Lo anterior no obsta para que los jueces y tribunales de amparo puedan controlar la constitucionalidad de una norma infraconstitucional (cualquiera que sea) que pretende ser el medio causalmente idóneo para dar cumplimiento a una directriz, pues es posible que el legislador haya elegido un medio que *colisione* con otros principios constitucionales. En una situación así, los órganos de control constitucional tienen el deber de examinar si el legislador tenía a su disposición otras opciones que no implicaran una afectación de otros principios constitucionales.

En este sentido, Martínez-Torrón escribe en relación con el caso de los profesores despedidos por negarse a rendir los “hombres a la bandera”, que “[i]nculcar el amor a la patria *es mucho más* que acatar una

ceremonia externa de saludo a un símbolo nacional”⁷³ y sostiene que “*es exagerado* entender que sólo por el hecho de no participar activamente en esta última el deber del maestro [de inculcar el “amor a la patria”] resulta incumplido”.⁷⁴ A esto mismo alude la CNDH cuando critica que las autoridades educativas hayan considerado que “el amor a la patria” sólo se puede fomentar “por medio de la ceremonia de honores a los símbolos patrios, es decir, mediante el saludo civil a la Bandera y entonando el Himno”.⁷⁵

El propio Martínez-Torrón afirma en otro lugar que hay que estar prevenidos en contra de “una *concepción superficial del patriotismo*, que lo reduciría a su dimensión más externa y efímera”.⁷⁶ En opinión de este autor,

El amor a la patria incluye el aprecio y la aceptación del sistema de libertades políticas garantizado por la Constitución a todos los ciudadanos. El respeto de la disidencia basada en las creencias religiosas forma también parte de los valores nacionales —es un derecho constitucional—, y posee una importante dimensión educativa que los responsables de la enseñanza deben fomentar, como lo señalan las diferentes normas reguladoras de la educación en México.

Creo que todos estos argumentos *debilitan* considerablemente la idea de que el deber jurídico de rendir “honores a la bandera” es *necesario* para tutelar el “amor a la patria” que debe fomentar la educación. Como señala Marina Gascón, un deber jurídico “puede ser absolutamente fundamental para la satisfacción del valor protegido, pero puede también ser *circunstancial o fácilmente sustituible*”.⁷⁷ En este caso, sin duda que existen otros medios para perseguir el objetivo deseado que no afecten derechos fundamentales. Por ejemplo, es probable que el respeto a la libertad de conciencia y la tolerancia religiosa contribuyan más a promover el “amor a la patria” que la imposición de un deber que contra- viene la conciencia de los profesores y alumnos testigos de Jehová.

⁷³ Martínez-Torrón, 2000, p. 50. Las cursivas son mías.

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ *Recomendación General 5/2003*.

⁷⁶ Martínez-Torrón, 2000, p. 76. Las cursivas son mías.

⁷⁷ Gasón Abellán, 1990, pp. 226-227. Las cursivas son mías.

6.1.2. Uno de los aspectos más controvertidos de la disciplina jurídica de la objeción de conciencia es el de su fiscalización. No sólo porque en la mayoría de los casos el procedimiento es ineficaz para comprobar la sinceridad del objetor, sino porque llevado hasta ciertos límites puede constituir una violación intolerable a la intimidad personal. Por ello, lo más plausible en aras de corroborar la autenticidad de la creencia, al menos para el caso que nos ocupa, es conformarse con la simple declaración del objetor.⁷⁸

En un caso como el de los testigos de Jehová que se niegan a cumplir con el deber legal de rendir “hombres a la bandera”, lo único que pueden hacer los jueces (y en su caso, también las autoridades administrativas) es comprobar la *sinceridad* o *autenticidad* de la creencia. No es admisible que se pretenda juzgar su *corrección* o *razonabilidad*. Esto no significa sin más caer en la *falacia relativista*, que consiste en sostener que “una acción está concluyentemente justificada si se conforma a las convicciones morales sinceras del agente.”⁷⁹ Que en este caso el juez deba limitarse a comprobar la sinceridad del objetor no se justifica desde el relativismo moral, sino a partir de la existencia del principio liberal de la *autonomía* personal. Más adelante explicaré esta idea con algún detalle, por ahora sólo la dejo enunciada.

Ahora bien, si se analiza el tema de la sinceridad en el caso concreto de los testigos de Jehová, creo que no debe haber mucha dificultad en comprobar que se trata de una creencia auténtica. En este sentido, es útil recurrir al expediente del derecho comparado y observar cuántos casos parecidos a los que hemos tenido en México han sido llevados a los tribunales en países de casi todos los continentes y lo que los miembros de esta congregación han sido capaces de soportar con tal de mantenerse fieles a esa creencia.⁸⁰ Jerry Bergman, por ejemplo, recuerda que en la Alemania nazi y en algunos países comunistas los testigos de Jehová estuvieron dispuestos a morir antes que reverenciar los símbolos nacionales de esos Estados.⁸¹

⁷⁸ Gasón Abellán, 1990, p. 324.

⁷⁹ Nino, 1989, p. 403.

⁸⁰ Una revisión de algunos casos de testigos de Jehová suscitados en torno al problema de la veneración de los símbolos patrios o nacionales en Estados Unidos, Canadá, Argentina, India y Filipinas, puede verse en Martínez-Torrón, 2000, pp. 13-22.

⁸¹ Bergman, 1997, p. 244.

Una vez revisado el tema de la fiscalización y sinceridad de las creencias, creo que ahora sí puedo decir algo más sobre la necesidad de la medida examinada. Veamos.

6.1.3. Otra cuestión que hay que tener en cuenta es qué tanto afecta los intereses o derechos de terceros el incumplimiento del deber jurídico de rendir “honor a la bandera”. Este tema está estrechamente relacionado con el principio de autonomía moral antes aludido.⁸² De acuerdo con Carlos Nino, este principio podría formularse de la siguiente manera:

siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe intervenir en esa elección o adopción limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.⁸³

El principio de autonomía comporta, pues, distinguir dos dimensiones de la moralidad. Por un lado, lo que se podría llamar una *moral intersubjetiva*, que “está constituida por las reglas morales que se refieren a nuestro comportamiento hacia los demás, proscribiendo aquellas acciones que perjudiquen el bienestar de terceros u ordenando la realización de otras que promuevan intereses ajenos”.⁸⁴ Y por el otro, una *moral autorreferente* que comprende “las pautas morales que definen modelos de virtud personal y que permiten juzgar las acciones por sus efectos en el carácter moral del propio agente, perjudiquen o no a terceros”.⁸⁵

Desde un punto de vista liberal, el derecho sólo puede tomar en cuenta la moral intersubjetiva, es decir, sólo puede prohibir u ordenar aquellos comportamientos relacionados con el bienestar de terceros y sus intereses legítimos. Por eso se sostiene que “el Estado no debe interferir con

⁸² Del principio de autonomía moral se infiere indirectamente tanto la libertad de conciencia, como todos los otros derechos que posibilitan al individuo la elección de planes de vida. *Cfr.* Nino, 1989, p. 421

⁸³ Nino, 1989, pp. 204-205. *Cursivas suprimidas.*

⁸⁴ Vázquez, 1999, p. 41.

⁸⁵ Vázquez, 1999, p. 41.

los planes de vida y los ideales de excelencia humana de la gente –aun cuando ellos sean erróneos–, *salvo* que la persecución de esos planes y la concreción de tales ideales comprenda acciones que afecten el bienestar de terceros”.⁸⁶ Obviamente, las convicciones morales o religiosas de un individuo pertenecen al ámbito de la moral autorreferente, pues constituyen “ideales de excelencia humana”. Si esto es así, en principio parece ilegítimo que el orden jurídico imponga deberes que interfieran con la autonomía individual. Esto explica por qué en ciertos casos los jueces no pueden incursionar en consideraciones valorativas acerca de la creencia del objetor. En palabras de Carlos Nino, el principio de autonomía personal

veda a los jueces [...] entrar a juzgar la corrección de las ideas morales, religiosas o políticas de un objetante de conciencia, en tanto y en cuanto tales creencias sólo constituyan ideales de virtud personal o modelos de existencia individual y no tenga implicaciones, materializadas por la acción del objetante, respecto de intereses legítimos de terceros.⁸⁷

Así, afirmar que la objeción de conciencia no puede justificarse por un “mero *juicio subjetivo* del objetor, sino que debe de estar basada en un conciencia cierta, *recta y bien formada*”,⁸⁸ sólo tiene algún sentido en el supuesto de incumplimiento de deberes que afecten los intereses de terceros. Por otro lado, aunque para reconocer un supuesto de objeción se requiere que la conciencia sea *cierta* (si esta expresión se entiende como sinónimo de sinceridad o autenticidad), no me parece muy adecuado que, en los casos en que proceda, se intente juzgar la corrección de la creencia con base en una concepción moral que sostenga cosas tales como “que todo hombre de buena voluntad [sic] puede conocer con facilidad los primeros principios de la moralidad, que se llega a ello por institución [sic], no por razonamiento”.⁸⁹ No creo que una concepción iusnaturalista como ésta deba ser utilizada por los jueces cuando tengan que juzgar la corrección de las creencias morales de un objetor.

Pero lo que realmente interesa ahora es aclarar si el comportamiento pasivo en el que se traduce la negativa de los testigos de Jehová a ren-

⁸⁶ Nino, 1983, p. 325. Las cursivas son mías.

⁸⁷ Nino, 1983, p. 326.

⁸⁸ Tondopó Hernández, 2001, p. 388.

⁸⁹ *Idem.*

dir “honores a la bandera” constituye una afectación a los intereses de terceros. La importancia de esta pesquisa se desprende del hecho de que tan pronto como aparezca que la acción del objetante de conciencia pudo haber comprometido tales intereses, los jueces pueden y deben juzgar la corrección de la creencia en cuestión para determinar si los derechos de otros están efectivamente afacetados y, en caso negativo, si la creencia proporciona una razón fuerte como para justificar la desviación de la disposición legal.⁹⁰

Para encarar esta tarea conviene realizar un pequeño rodeo. En general, cuando se habla de objeción de conciencia resulta indispensable indagar la justificación moral de los deberes jurídicos objetados. Esto es así porque, como dice Joseph Raz, “[e]l fundamento para tener un deber jurídico particular es de gran importancia para evaluar la fuerza de la exigencia de reconocer un derecho a la objeción de conciencia”.⁹¹

Así, siguiendo también a Raz,⁹² puede decirse que los deberes jurídicos se justifican bajo tres puntos de vista distintos: a) en interés de *la persona* sometida al deber; b) en interés de *otros individuos determinados*; o c) en interés *del público en general*. Como se dijo, esta distinción es importante porque según se trate de cada tipo de justificación puede haber mejores o peores posibilidades de aceptar el incumplimiento de un determinado deber. Toda vez que éste no es el lugar para llevar a cabo una explicación exhaustiva de todas estas cuestiones, me limitaré a encuadrar el deber jurídico de rendir “honores a la bandera” en una de estas categorías y obtener a partir de ahí algunas conclusiones al respecto.

Lo más plausible es sostener que el deber en cuestión encuadra en la primera categoría. En efecto, el deber jurídico de rendir “honores a la bandera” sólo se podría justificar en interés de la propia persona. Aunque en primera instancia parezca que “no es un deber que beneficie al propio sujeto, tampoco parece que se haya establecido para proteger a terceras personas.”⁹³ Esta aparente ambigüedad se explica porque se trata de un deber *perfeccionista o autorreferente*.⁹⁴

⁹⁰ Nino, 1983, p. 327.

⁹¹ Raz, 1985, p. 347.

⁹² *Idem*.

⁹³ Gascón Abellán, 1990, p. 227.

⁹⁴ *Idem*.

Esto se conecta también con el principio de autonomía personal, toda vez que el perfeccionismo es una doctrina filosófica que se opone a este principio de la moral liberal. Para el perfeccionismo es legítimo y necesario que el Estado promueva, a través del orden jurídico, determinados ideales de virtud personal, ideales que desde luego pertenecen al ámbito de la moral autorreferente de la que se habló antes. Una de las maneras en las que se promueven esos ideales es precisamente mediante el establecimiento de deberes jurídicos. En nuestro caso, el ideal de virtud personal es el “amor a la patria” y el deber jurídico lo constituye la obligación legal de “rendir honores a la bandera”.

Por ello, tiene razón Marina Gascón cuando afirma que cuando se objetan deberes perfeccionistas, como el saludo o el acatamiento obligatorio a una bandera u otros símbolos, “no existen motivos sólidos para imponer la conducta ordenada o para castigar la infracción, pues ningún valor sustantivo es puesto en riesgo como consecuencia del incumplimiento”.⁹⁵

6.1.4. Una vez que se ha constatado que el deber objetado invade ilegítimamente el ámbito de la autonomía personal (al ser un deber perfeccionista) y que el incumplimiento del mismo no trae aparejados daños a intereses de terceros,⁹⁶ en aras de determinar si el juicio de conciencia proporciona una razón de peso suficiente (por si no bastara con lo expuesto hasta ahora) para justificar la desviación del deber legal, cabe aún inquirir el grado de sacrificio que el cumplimiento de ese deber supone para la libertad de conciencia.

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ Carlos Nino sostiene que si la actitud de los testigos de Jehová se tradujera en una conducta activa que menospreciase los símbolos patrios (por ejemplo, quemar o escupir una bandera) sí habría una afectación a intereses legítimos de terceros. Para el profesor argentino, con este tipo de comportamiento se ofende “gravemente sentimientos legítimos de la mayoría de respeto y afecto hacia ellos”, por lo que concluye que “[t]ales actos pueden y deben ser interferidos y desalentados por el Estado.” (Nino, 1983, p. 328). Con todo, en Estados Unidos la legislación penal que castigaba la *flag desecration* (quema de la bandera y conductas similares) ha sido declarada inconstitucional por la Corte Suprema al considerar que contravenía la libertad de expresión. Por su parte, en supuestos equivalentes a la *flag desecration* el Tribunal Constitucional alemán ha encuadrado las conductas “ofensivas” hacia los símbolos patrios (que en el caso de la bandera alemana, no involucraban su destrucción física) en la libertad artística y ha considerado que ésta debe prevalecer, al menos en los casos concretos por él resueltos, sobre la protección constitucional de la bandera y el himno nacional. Para un estudio comparado de los casos norteamericano y alemán sobre este tema, *cf.* Krüdewagen, 2002 y Quint, 1992.

Seguiré también aquí los pasos dados por Carlos Nino al analizar una sentencia pronunciada por un tribunal argentino sobre un caso muy parecido al nuestro, donde también estaban involucrados los testigos de Jehová y los símbolos patrios de aquel país.⁹⁷ Hay que establecer primero algunas premisas. Veamos.

El principio moral de la autonomía personal resulta muy importante dentro de la dimensión justificatoria de los derechos fundamentales, ya que contribuye a fundamentar, al menos indirectamente, todos los derechos que permiten a los individuos seleccionar y materializar los planes de vida que consideren más adecuados. Huelga decir que la libertad de conciencia se encuentra entre esos derechos a los que contribuye a justificar el principio de autonomía personal.

En este punto y siguiendo siempre a Carlos Nino, uno debe preguntarse “si la conducta prohibida –omitir reverenciar los símbolos patrios– puede ser parte relevante de un cierto plan de vida individual o de un ideal personal (con independencia del valor de éstos).”⁹⁸ La respuesta que Nino da a esta cuestión, y con la que estoy de acuerdo, es que el incumplimiento del deber de rendir “hombres a la bandera” sí forma parte de un determinado plan de vida o, si se quiere, de un cierto ideal de virtud personal. Me parece que si se acepta esto también quedan despejadas las dudas sobre si el comportamiento insumiso corresponde a un efectivo ejercicio de la libertad de conciencia.

Los argumentos de Nino para respaldar su afirmación podrían resumirse de la siguiente manera. Obligar a alguien a llevar a cabo determinados movimientos corporales o actividades (como saludar a la bandera o entonar el himno nacional) no viola *per se* ningún ideal personal. Sin embargo, es evidente que para los testigos de Jehová sí constituye un ideal el que los gestos de afecto y respeto deban ser sinceros, pues expresan una determinada actitud espiritual. Y no sólo eso. En su caso particular, forma parte de su ideal la creencia de que esos gestos sólo se pueden tener hacia Dios. De aquí surge el conflicto entre el deber jurídico y ese ideal. Al obligárseles a los testigos de Jehová a “rendir honores a la bandera” se les estaría compeliendo a realizar un gesto insincero que contraviene sus creencias. De acuerdo con Nino, es esta

⁹⁷ El texto del fallo puede consultarse al final del comentario de Nino. *Cfr.* Nino, 1983, pp. 329-333.

⁹⁸ Nino, 1983, p. 327.

falta de sinceridad lo que puede llegar a violentar los ideales de determinada gente, como los de los testigos de Jehová en este caso.⁹⁹

Finalmente, a lo anterior podría sumarse todavía un argumento utilitarista. En opinión de Marina Gascón, cuando se trata de deberes perfeccionistas, como el que obliga a rendir “honosres a la bandera”, y “el cumplimiento de algunas de estas obligaciones no es sincero, la conducta se torna ineficaz si no contraproducente para los intereses protegidos por la norma”.¹⁰⁰ Como sostiene Nino, “las preferencias porque los demás sientan respeto por los símbolos patrios no son satisfechas cuando se obliga a adoptar, hacia esos símbolos, gestos hipócritas.”¹⁰¹

Creo que si en el juicio de ponderación se toman en cuenta todos estos argumentos, en este caso concreto la libertad de conciencia debe tener un *mayor peso* que la directriz constitucional que ordena fomentar el “amor a la patria”. Una decisión en este sentido significaría el reconocimiento de un *derecho a la objeción de conciencia* que eximiría a los testigos de Jehová del deber de participar en las ceremonias cívicas de “honosres a la bandera”. En la terminología acuñada por Atienza y Ruiz Manero, podría decirse que el incumplimiento de este deber jurídico constituye una conducta *atípicamente lícita*, esto es, permitida por el orden jurídico una vez que se ha considerado todos los principios relevantes del caso. Ese reconocimiento se podría lograr a través del juicio de amparo,¹⁰² reclamando la inconstitucionalidad de la ley, así como la de los despidos y las expulsiones de profesores y alumnos testigos de Jehová por contravenir la libertad de conciencia.

7. A modo de conclusión

Con este ensayo he pretendido abordar este caso desde la dogmática jurídica. En México, muchos juristas teóricos y prácticos piensan que

⁹⁹ Nino, 1983, p. 327-328.

¹⁰⁰ Gascón Abellán, 1990, pp. 227-228.

¹⁰¹ Nino, 1983, p. 328.

¹⁰² Tondopó Hernández es de esta opinión, sin embargo, y por paradójico que parezca, este autor intenta justificar la objeción de conciencia bajo el argumento de la violación de otros derechos fundamentales distintos a la libertad de conciencia. *Cfr.* Tondopó Hernández, 2001, p. 284 y ss.

las elaboraciones dogmáticas sólo sirven para realizar proposiciones de *lege ferenda*, y olvidan con frecuencia que otra de sus funciones es la de sugerir cambios en los criterios interpretativos que se utilizan en sede judicial. La incidencia práctica de esta otra función del discurso dogmático puede ser considerablemente mayor que las recomendaciones sobre modificaciones legislativas.

En el caso concreto de la objeción de conciencia de los testigos de Jehová que se niegan a rendir “hombres a la bandera”, lo que he propuesto es las páginas anteriores es que los jueces la tutelen a partir de la libertad de conciencia prevista en el artículo 24 constitucional. La justificación de una decisión en ese sentido podría hacerse utilizando algunos de los argumentos aquí expuestos.

Es cierto que “[l]a ausencia de una norma constitucional que reconozca la objeción de conciencia, dificulta que en estos y otros casos se pueda hacer valer la libertad de conciencia”.¹⁰³ Sin embargo, esa dificultad no es sinónimo de imposibilidad. Si se entiende que la libertad de conciencia es “la nodriza ideológica que suministra razones para la objeción, o descalifica a la obligación contraria”,¹⁰⁴ resulta factible que los jueces puedan justificar el incumplimiento de un deber jurídico por considerarlo inconstitucional, es decir, contrario a la libertad de conciencia. Sostener, por ejemplo, que “[e]s urgente que *nuestros legisladores* hagan frente a un problema que la sociedad necesita se solucione, y se pronuncien respecto de la objeción de conciencia”,¹⁰⁵ significa suponer que este derecho sólo puede ser reconocido ahí donde el legislador lo ha contemplado expresamente. Este enfoque resulta contrario al planteado en este ensayo y se basa en una idea extendida entre los juristas mexicanos que no se apega a la realidad. Según esta idea, “en nuestra patria no existe una tradición de desarrollo del derecho por vía de la jurisprudencia”,¹⁰⁶ de tal manera que “[e]l nuestro es un país en donde el derecho avanza fundamentalmente por la legislación”.¹⁰⁷ Más allá de que no se reconozca, existen muchos casos en donde los tribunales

¹⁰³ *Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México*, elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, México, 2003, p. 50.

¹⁰⁴ Peces Barba, 1989, p. 174.

¹⁰⁵ Tondopó Hernández, 2001, p. 388. Las cursivas son mías.

¹⁰⁶ Soberanes Fernández, 1998, p. 147.

¹⁰⁷ *Idem*.

mexicanos, especialmente la Suprema Corte, *adecuan* el derecho a las emergentes necesidades y cambios sociales. Las técnicas interpretativas correctoras o adecuadoras son de uso corriente con ese propósito en la práctica jurisprudencial mexicana. Por ello, creo no hay razón que impida que en el caso de los testigos de Jehová que objetan el deber jurídico de rendir “hombres a la bandera” se tutele su pretensión apelando a la libertad de conciencia.

Quizás tenga razón Joseph Raz cuando afirma que “[e]l mejor instrumento para proteger la libertad de conciencia es, y tiene que ser, en cualquier caso, *evitar* disposiciones jurídicas contra las cuales las personas probablemente tengan objeciones de conciencia”,¹⁰⁸ lo que implica “no requerir acciones en áreas conocidas como susceptibles a convicciones morales”,¹⁰⁹ como serían las cuestiones relacionadas con la veneración de símbolos patrios. Evidentemente, es el legislador quien tendría que hacerse cargo de esta situación. Sin embargo, cuando esto no ocurre, son los jueces quienes deben entrar a escena para proteger los derechos fundamentales afectados, pues, como bien señala Carlos Nino, “los casos admisibles de objeción de conciencia son, generalmente, casos de inconstitucionalidad de la disposición legal objetada”.¹¹⁰

¹⁰⁸ Raz, 1985, p. 353. Las cursivas son mías.

¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹⁰ Nino, 1983, p. 327.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC.
- Atienza, Manuel, (1986) “Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 3, Alicante.
- _____, (1991), *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC.
- _____, (1995), “Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática”, en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, núm. 3, México.
- _____, (2001), *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel.
- _____, (2006), *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (2000), *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta.
- _____, (2001), “La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 24, Alicante.
- _____, (2004), *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed., Barcelona, Ariel.
- Bayón, Juan Carlos (2001), “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 24, Alicante.
- Bergman, Jerry (1997), “The Modern Religious Objection to Mandatory Flag Salute in America: A History and Evaluation”, en *Journal of Church and State*, núm. 215.

- Carbonell, Miguel (2004), *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH/UNAM-IIIJ.
- Cruz Parcerero, Juan Antonio (2003), “Derecho subjetivo e interés jurídico en la jurisprudencia mexicana”, *Juez. Cuadernos de investigación del Instituto de la Judicatura Federal*, vol. II, núm. 3, México
- Cázares López, Carlos, y Peña de Hoyos, José Luis (1998), “Los testigos de Jehová y la objeción de conciencia”, en VV. AA., *Objeción de conciencia*, México, UNAM/IIIJ.
- Dworkin, Ronald (2001), *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press.
- Ferrajoli, Luigi (2001), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2ª ed., Madrid, Trotta.
- Gascón Abellán, Marina (1990), *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Madrid, CEC.
- Krüdewagen, Ute (2002), “Political Symbols in Two Constitutional Orders: the Flag Desecration Decisions of the United States Supreme Court and the German Federal Constitutional Court”, en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 19, núm. 2.
- MacCormick, Neil (1997), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press.
- Martínez-Torrón, Javier (1985), “La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano”, en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, vol. I, Madrid.
- _____, (2000), “Los testigos de Jehová y la cuestión de los honores a la bandera en México”, en *Gaceta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, núm. 117, México.
- Moreso, José Juan (2001), “El encaje de las piezas del derecho (primera parte)”, en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, núm. 14, México.
- _____, y Navarro, Pablo (1996), “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, núm. 5, México.
- Nino, Carlos (1983), “Un caso de conciencia (La cuestión del deber de reverenciar los símbolos patrios)”, en *Doctrina penal*, núm. 6, Buenos Aires.
- _____, (1989), *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel.

- Peces-Barba, Gregorio (1989), “Desobediencia civil y objeción de conciencia”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5, Madrid.
- Prieto Sanchís, Luis (2003), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.
- _____, (2004), “El derecho fundamental de libertad religiosa”, en Iván C. Ibán, Luis Prieto Sanchís y Agustín Montilla, *Manual de derecho eclesiástico*, Madrid, Trotta.
- Quint, Peter E. (1992), “The Comparative Law of the Flag Desecration: The United States and the Federal Republic of Germany”, en *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 15.
- Raz, Joseph (1985), *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, 2ª ed., México, UNAM/IIJ.
- Soberanes Fernández, José Luis (1998), “La objeción de conciencia ante la justicia constitucional en México”, en VV. AA., *Objeción de conciencia*, México, UNAM/IIJ.
- _____, y Melgar Adalid, Mario (1998), “La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional en México”, en Javier Martínez-Torrón (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Granada, Comares.
- Tafoya Hernández, José Guadalupe (2001), “La libertad de conciencia en la constitución política de los estados unidos mexicanos”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 9, México
- Tondopó Hernández, Carlos Hugo (2001), “La objeción de conciencia como derecho fundamental en la constitución mexicana”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 9, México
- Vázquez, Rodolfo (1999), *Educación liberal. Un enfoque igualitario y democrático*, 2ª ed., México, Fontamara.

Otros documentos citados

- Comisión Nacional de Derechos Humanos (2003), *Recomendación General número 5. Sobre el caso de la discriminación por motivos religiosos*, México.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México (2003), *Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México*, México.

Recepción: 5/10/2005

Aceptación: 1/12/2006