



Por Braulio Carreira

“LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA, UN DERECHO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO”

DISCRIMINACIÓN Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Debate en Francia sobre discriminación, ante la prohibición de signos religiosos en las escuelas públicas

En el país gallo ha existido una controversia permanente acerca del uso de signos religiosos en el ámbito estatal. La controversia se actualizó a propósito de la discusión parlamentaria del proyecto de ley que prohibía el uso en colegios primarios y secundarios estatales de signos religiosos que exteriorizaran de manera “ostensible” la filiación religiosa de los estudiantes. Esta ley fue finalmente sancionada en el año 2004, quedando comprendidos el “kipá” judío, las cruces cristianas, el “shador” islámico y otros signos religiosos. Hasta la pequeña comunidad “shik” francesa también se consideró comprendida, ya que los turbantes que caracterizan a esta secta religiosa de la India fueron considerados, alcanzados por la nueva legislación, dado que el texto legal hace referencia a la “vestimenta”

La situación se hizo más conflictiva, cuando fueron expulsadas tres alumnas de la escuela pública. Dos de ellas tenían 12 años, eran excelentes alumnas de una escuela de Mulhouse, y la medida se tomó después que los responsables de su colegio intentaran en vano explicar durante dos meses a sus familias los alcances de la ley. La tercera alumna – de 17 años – fue expulsada de un colegio de Fleurs, convirtiéndose así en las primeras afectadas por la nueva legislación.

Al comienzo del año escolar siguiente se registraron más de 600 casos de alumnos que se negaron a dejar de usar el velo islámico, pero la gran mayoría de tales situaciones conflictivas fue resuelta durante la “fase de diálogo” establecida por la ley. Sólo quedaban algo más de 60 casos pendientes, que se consideraban en la fase mencionada (La Nación, 23-10-2004).

Sin embargo, según informa Alicia Dujovne Ortiz, escritora y periodista argentina radicada en París desde hace más de dos décadas, hasta 1994 en la capital francesa no había joven nacida en ese país, hija de padres musulmanes, que se cubriera con el velo, a pesar de la inmensa presencia árabe en esa ciudad. La escena más común – testimonio – era la de

una anciana enmarcada con un velo sobre su cabeza y, junto a ella, una nieta de pantalones ceñidos, ombligo al aire y melena alborotada a la vista.

De las investigaciones periodísticas realizadas para explicar el cambio operado en la gente joven, surgía como una de las respuestas más frecuentes de las entrevistadas que el velo logra que “...los muchachos las admiren y las respeten. Lo del respeto – prosigue – nos conduce al drama de las mujeres musulmanas de los suburbios violentos, a menudo víctimas de violaciones colectivas o de crímenes atroces”

Una de las voces críticas más atinadas de esta ley fue la de la alcaldesa de Lille, quien consideró que si se expulsa del colegio a una joven islámica por usar el velo se la obliga a estudiar en escuelas musulmanas, donde no compartirá sus días con alumnos que provienen de otros horizontes, perdiendo así la esperanza de abrirse a otras nuevas enseñanzas. (“La danza de los siete velos”, La Nación, Notas, 22-1-2004).

A favor de la ley, sin embargo, se manifestó el Consejo Francés del Culto Musulmán, que agrupa a los distintos cultos de ese credo religioso, pues sostuvo que había una pulseada entre la laicidad y el fundamentalismo, y la ley era “...el primer freno a la versión radical del Islam”, según da cuenta el periodista Patricio Arana en su nota “Entre la ley y la religión” (La Nación, 23-4-2004).

La preocupación por la eventual gravitación de las formas radicalizadas del islamismo, volverá a aparecer en los pronunciamientos judiciales que consideraremos seguidamente.

Una alumna universitaria turca recurre a la Corte Europea de Derechos Humanos, considerándose discriminada por la prohibición del velo islámico

En Turquía, la Universidad de Estambul dispuso prohibir el uso de signos religiosos en el ámbito de esa casa de estudios, agravándose una alumna de la misma por la prohibición del uso del velo islámico ante la Corte Europea de Derechos Humanos, luego que el Tribunal Constitucional de Turquía rechazara su amparo.

El citado tribunal europeo consideró que la prohibición de símbolos religiosos en ese país está justificado en su principio jurídico y en su proporcionalidad con el fin perseguido, y puede ser considerado necesario para una sociedad democrática, inscribiéndose en la pauta constitucional turca de laicidad. En un párrafo anterior, el fallo había destacado que "... no puede hacerse abstracción del impacto que podría tener su uso sobre quienes no la exhiban, persiguiendo dicha medida tomar posición frente a los movimientos políticos extremistas y proteger el pluralismo dentro de la Universidad".

Es importante señalar que, la prohibición comentada fue dispuesta en una nación en la que se había sancionado en la Constitución el principio de laicidad del Estado, pocos años después de la primera guerra mundial (1914-1918), una de las medidas fundamentales de la política de occidentalización de la sociedad turca llevada adelante por el gobierno de Kemal Atatürk.

Los precedentes considerados, en la óptica del constitucionalista Bidart Campos

En nuestro medio, el distinguido jurista sostuvo que la ley francesa importaba "... una aberrante violación a la libertad". Y a continuación se preguntaba "... ¿desde cuándo en un espacio público como es el de los establecimientos educativos estatales se puede impedir a los alumnos que exterioricen pacíficamente sus preferencias religiosas? ... Otra vez una falsa igualdad incurre en la aniquilación del derecho a la identidad y el derecho a la diferencia" ("Prohibiciones que violan la libertad religiosa", La Ley 2004-B-1435).

El mismo constitucionalista, en relación a la medida dispuesta en Turquía, consideró que una sociedad como organización política-jurídica "...debe asumir la filosofía cultural-religiosa de esa sociedad, en el marco de una democracia pluralista". Luego advierte que "... la laicidad implica ignorar el dato religioso de la realidad y dar la espalda a uno de los fenómenos de más constancia y presencia histórica". De ahí que este autor repudie todo lo que, desde el Estado, coarte la exteriorización de la religiosidad personal, en tanto con ello no se lesionen el orden, la moral pública y los derechos ajenos.

Sin embargo, Bidart Campos se hace cargo de la visión realista que los fallos de la Corte Constitucional turca y de la Corte Europea han puesto como contorno jurídico de sus pronunciamientos. Tales decisiones judiciales no se sostienen en argumentaciones de un Derecho "ideal", sino que han privilegiado las "circunstancias de la causa" (la dimensión sociológica), haciendo mérito de muy intrincadas tendencias que operan en la sociedad turca.

En síntesis, a su juicio, en la búsqueda de una solución que sea "la mejor entre las posibles", se arriba a una opción por el mal menor, lo cual es algo; se trata de salvar la paz y evitar la violencia en la sociedad turca "... a costa de sacrificar una faceta de la libertad religiosa, cual es la de hacer expresión pública inofensiva de la propia fe" ("La prohibición

del velo islámico (de Francia a Turquía)", La Ley 2005-A-48. Este artículo constituyó el trabajo póstumo del recordado constitucionalista, según nota al pie de página).

Los mismos precedentes, considerados desde una perspectiva constitucional imbricada en el "laicismo"

Según señala el constitucionalista Andrés Gil Domínguez, desde el punto de vista lexical, "laicismo" significa "doctrina que defiende la independencia del hombre o de la sociedad, y más particularmente del Estado, respecto de cualquier organización o confesión religiosa" (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Edit. Espasa-Calpe, 2001, pág.1342).

Desde la perspectiva constitucional, dice el citado autor –recordando la opinión de Bidart Campos –, un Estado laico es aquel que sin reparar en la realidad religiosa que se da en el medio social, adopta una postura indiferente, que se denomina neutralidad. Para Gil Domínguez el "desinterés estatal", como ausencia de prevalencia de cualquier clase de religión en ámbitos que son comunes, no significa que el Estado no garantice el derecho fundamental a la libertad religiosa.

En esa línea de pensamiento, señala dicho autor que "...mientras que el laicismo permite la composición de un espacio común respetando las particularidades de cada persona, el pensamiento único impone una sola visión, desconociendo las construcciones biográficas personales. Por tal motivo, la orientación laica de la Declaración Universal de los Derechos Humanos representa un común denominador pragmático, diseñado para hacer posible un acuerdo entre muchos puntos de vista culturales y políticos divergentes".

En síntesis, para el autor mencionado la protección de la libertad de conciencia es un presupuesto del Estado constitucional de derecho, en donde uno de los elementos que lo definen es la pluralidad de planes de vida. Y en tal sentido se anima a decir que el siglo XXI probablemente "...se proponga

En el caso “D.A.F.”, un tribunal federal consideró que la abstención pacífica de reverenciar los símbolos patrios por objeción de conciencia no era lesiva del orden jurídico “...por exigencia del derecho constitucional que ampara la libertad de conciencia, comprensiva de la libertad religiosa y el correlativo derecho de expresarse con inmunidad de coacción es lo que la conciencia dicta a cada individuo”

tan religioso en lo personal como laico en los puntos de encuentro. Tanta necesidad subyace en las personas de poder encontrar verdades eternas para soportar el peso de la finitud, como en una sociedad pluralista evitar que alguna verdad se erija constitucionalmente como única y absoluta por sobre todas las demás (“Laicismo y libertad religiosa en un fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, La Ley 2005-A-56)

Nuestra visión de esta delicada temática tiene más afinidad con la posición de Bidart Campos, por parecernos más respetuosa del sentir íntimo del hombre. Sin embargo, consideramos que una filosofía política integradora haría compatible ambas posturas, enriqueciéndose así la vida social, pues sería una expresión “concreta” de reconocimiento de los otros y una experiencia más valiosa de la convivencia democrática ¿Tenemos que recurrir al ocultamiento en una cuestión tan trascendente para asentar pacíficamente las relaciones humanas? ¿Acaso mejorarían si se prohibiera la exteriorización de las convicciones filosóficas, culturales y políticas de las personas?

Las objeciones de conciencia de los fieles de una confesión religiosa, abren caminos antidiscriminatorios en la vida nacional

Según el historiador Félix Luna, en nuestro país la ley 1.420 de educación primaria gratuita, obligatoria y laica sancionadas en 1883, durante la primera presidencia de Julio A. Roca y bajo el impulso del ministro Eduardo Wilde, condujo al “guardapolvo blanco” en los colegios públicos como elemento integrador de los distintos estratos sociales (“Yo Roca”, Edit. Sudamericana, pág. 201 y ss.).

Posteriormente, diversas leyes y fallos de singular relevancia fueron abriendo el camino hacia una creciente conciencia social contraria a la discriminación. Y probablemente fueron los Testigos de Jehová quienes instalaron social y judicialmente la problemática que consideramos. Ya en 1979, la Corte Nacional debió entender en una acción por expulsión de una escuela primaria estatal de dos alumnos de 7 y 8 años de edad, pertenecientes a la mencionada comunidad religiosa, con fundamento en que no reverenciaron los símbolos patrios, los próceres y las efemérides nacionales, según se establecía en una resolución del entonces Consejo Nacional de Educación.

El alto tribunal sentó doctrina en el sentido de que la resolución adolecía de arbitrariedad manifiesta, se oponía al derecho constitucional de aprender, al deber del Estado de asegurar la educación primaria y a la obligatoriedad de ésta.

En su nota al fallo, destaca Bidart Campos que la resolución objetada aludía a la “reverencia obligatoria de los próceres”, preguntándose entonces si había “una lista oficial de quienes lo son” (ejemplificó con Rozas, que para él fue un tirano y para otros un héroe) y contestó que “al Estado no le incumbe fabricar santos laicos”, oportunidad en que reafirmó su convicción en defensa de una libertad que ya sostenía en sus primeras obras: “el derecho al silencio” o a “no expresarse” (“El amparo de los Testigos de Jehová por la expulsión de las escuelas”. ED 82-220).

Hubo otros casos judiciales similares, cercanos en el tiempo. En uno de ellos se estimó el amparo planteado por haberse separado a un alumno de un colegio de educación técnica sita en Córdoba, quien se había negado reiteradamente a izar la bandera nacional, por razones de índole espiritual (ED 95-223).

La sentencia dictada en el caso “D.A.F.”, una “pieza brillante” de la jurisprudencia argentina

Así calificó acertadamente Bidart Campos la fundamentación de este fallo, dictado por un tribunal federal de Córdoba:

En efecto; a la sazón un alumno regular de 4º año de un Colegio Nacional ubicado en la citada provincia fue designado como escolta de la bandera, honor que declinó con fundamento en las creencias que profesaba como Testigo de Jehová Ese mismo día, la directora dispuso separarlo temporalmente del establecimiento, decidiendo finalmente el Director Nacional la expulsión de todos los colegios del país por estimar que “...su actitud era agravante contra nuestros símbolos patrios”

Estimada la demanda consiguiente en primera instancia, el Superior creyó necesario considerar el recurso de la demandada, principalmente porque entendió que había llegado el momento de no dejar latente la cuestión de fondo que generó el conflicto.

Antes de entrar en materia, el tribunal consideró necesario formular una salvedad fundamental, suscitada por las defensas esgrimidas por el actor, relativas al credo religioso que compartía con su hijo, y en tal sentido precisó el fallo que el conflicto planteado no exigía el análisis de dichas creencias, toda vez que ellas pertenecen al fuero personal de quienes las profesan y por consiguiente están “... solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. En cambio, es materia de juzgamiento la conducta exteriorizada por el menor, que debe dilucidarse sobre la base de valores y parámetros constitucionales.

La pregunta que debía contestarse era si la conducta del menor era o no lesiva del orden jurídico. El tribunal respondió negativamente "...por exigencia del derecho constitucional que ampara la libertad de conciencia, comprensiva de las libertades religiosa y el correlativo derecho de expresarse con inmunidad de coacción lo que la conciencia dicta a cada individuo y porque ese modo de obrar, aunque sea públicamente, no ofende el orden y la moral pública, ni perjudica a terceros [arts. 14, 19 y 28 de la Constitución Nacional]"

La generalidad de los argentinos – agrega – expresamos los sentimientos hacia los símbolos nacionales por "convicción espontánea" y "... resulta ofensivo para la conciencia nacional mayoritaria que alguien se vea compelido a demostrar sin sinceridad iguales sentimientos mediante la contradicción de sus íntimas creencias; las adhesiones logradas coercitivamente son de ningún valor y es muy poco lo que puede esperarse de las unanimidades forzadas". En ese orden de ideas, destaca la sentencia que el alumno "...expresó su objeción de conciencia en forma respetuosa y sin la intención siquiera de ofender la bandera" (el destacado es nuestro).

Finalmente, el tribunal consideró que el único requerimiento para quien exprese sus objeciones íntimas mediante un acto de abstención, es que lo haga "... con respeto y consideración, para lograr igual tratamiento respecto de su actitud" (ED 102-500).

La criminalización del matrimonio "privignático", un episodio de la discriminación cultural y jurídica de los pueblos indígenas nortños

La Constitución Nacional reformada en 1994, incorporó un nuevo mandato en su artículo 75, inciso 17, al disponer que correspondía al Congreso de la Nación "Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural, reconocer la personería jurídica de sus comunidades (...) Las provincias podrán ejercer concurrentemente estas atribuciones"

Se trata de un nuevo y singular texto del ordenamiento jurídico nacional que, al sentir de Bidart Campos, suministra "... un espacio dilatado para que en él tercia explicaciones, comentarios e interpretaciones que, a veces, llegan a puntos de disensos frontales" ("Los derechos de los pueblos indígenas argentinos", La Ley 1996-B-1205).

En ejercicio de las aludidas facultades concurrentes, algunas provincias han incorporado cláusulas en la materia a sus respectivas constituciones, reconociéndose la calidad de pionera a la "Ley integral del aborigen" (nº 426), sancionada en 1984 por la provincia de Formosa. A ella le siguieron leyes similares en Chaco, Santa Fe, Salta, Misiones y diversas provincias patagónicas.

La reforma constitucional de la provincia de Tucumán fue la más reciente (2006) y su artículo 149 declara que "... se reconoce la preexistencia étnico-cultural, la identidad, la espiritualidad y las instituciones de los pueblos indígenas que habitan el territorio provincial ...teniendo en cuenta la especial importancia que para esos pueblos reviste la relación con su Pachamama" (Cfr. "Derechos de las comunidades aborígenes

en la reciente reforma de la Constitución de Tucumán", por Oscar Flores, docente de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de la citada provincia, en La Ley Noroeste 2006-1238). Se han destacado determinadas expresiones por su singularidad cultural y religiosa, en cuanto podrían eventualmente generar conflictos a los pobladores indígenas.

La situación conflictiva se produjo efectivamente a propósito de una pauta consuetudinaria ancestral que rige en varios pueblos indígenas, para quienes tiene validez el llamado matrimonio "privignático". Un antropólogo, investigador del Conicet - José Braunstein - y un abogado penalista - José Luis Pignocchi - publicaron un trabajo acerca de la problemática involucrada en esta cuestión, cuyos lineamientos seguiremos ("Matrimonio privignático o violación calificada, una encrucijada de nuestra cultura jurídica", en La Ley Litoral 2006, pág.405),

Se ha dado en llamar "privignado" a una institución que rige en las tierras bajas de Sudamérica y particularmente en el "Gran Chaco", integrado por el Chaco paraguayo, el boliviano, las provincias argentinas de Chaco y Formosa, norte de Santa Fe, este de Salta, noreste de Santiago del Estero y extremo este de Jujuy.

En las investigaciones etnológicas, se parte de la existencia de matrimonios poligámicos en estas sociedades, configurándose un tipo de unión relativamente común y que corresponde a reglas de organización social que pueden considerarse normales en esa área geográfica. Estos matrimonios múltiples, ya sean poliginicos (un hombre con más de una mujer) o poliándricos (una mujer con más de un hombre), no son explícitamente excluidos como comportamientos posibles. Dada la dificultad práctica de proveer de bienes a familias tan amplias, estas formas matrimoniales están limitadas a los hombres más eficientes y poderosos.

Ahora bien la competencia por los recursos aportados por el hombre a la casa suele ser el principal motivo de discordias. Es por esa razón que la actitud cooperativa entre mujeres que poseen un nexo previo de parentesco sea buscada, lo que conduce a los dos tipos de matrimonio múltiple que se observan con mayor frecuencia: la poliginia sororal, que designa al matrimonio de un hombre con dos hermanas, y la

poliginia privignática, que designa al matrimonio de un hombre con una mujer y con una hija de un matrimonio anterior de ésta. En la región del Orinoco, entre los tamanacos un hombre podía casarse también con la hija de su hermana o con la hija o sobrina de su esposa.

Acercándonos al meollo de la cuestión considerada, debemos mencionar el Convenio 169 de la OIT sobre "Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes" que fue convertido en ley nacional n° 24.071 en 1992. En lo que aquí interesa, en el art. 8 se estatuye que "al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario"(inciso 1) "...siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionales reconocidos..."Inmediatamente dispone que "... deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio"(inciso 2). Evidentemente, ninguna de las cláusulas destacadas fue respetada, como veremos.

Adentrándonos en los conflictos discriminatorios que motivaron estas consideraciones, debe señalarse que en los últimos meses de 2005 se incoaron dos procesos semejantes, calificados por la relación de guarda entre "victimario" y "víctima", interviniendo tribunales del fuero penal de Salta y Formosa. Tuvieron repercusión pública porque diarios nacionales informaron del corte de la ruta 34 realizados por indígenas de Salta, para protestar contra los fallos aludidos.

Una de las causas fue tramitada en la localidad de Ingeniero Juárez (Formosa) contra un hombre toba, y la otra en Tartagal (Salta) contra uno wichi. En ambos casos, una menor de 13 años quedó embarazada "por el esposo de su madre", lo que determinó que la caratulación procesal fuera "abuso sexual con acceso carnal calificado por el carácter de guardador", figura represiva que una vez probada condujo a una condena muy severa (8 años de prisión). Los autores relatan que en el caso formoseño las esposas del procesado - madre e hija - lloraron abrazadas ante una decisión que consideraban más que cruel absolutamente irracional.

Estamos - reflexionan Braunstein y Pignocchi - ante una colisión normativa de envergadura, en tanto lo que es normal para un grupo de culturas de la Argentina, es desviado y patológico para otras, en particular para las formas hegemónicas del país, colocándose a los indígenas en una situación de "discriminación inversa" con respecto a otros ciudadanos.

De ahí que dichos autores postulen que se ha presentado una verdadera "encrucijada jurídica", ante la cual una parte

importante de la opinión en el país no parece dispuesta de modo sincero a aceptar las reglas culturales ancestrales que colisionan de manera frontal con nuestros Códigos, aunque pertenezcan a pueblos que son preexistentes a la Constitución Argentina..

Finalmente, señalan que en caso de prevalecer esta postura, las llamadas "leyes indígenas", no serían otra cosa que un esfuerzo retórico y meramente declarativo, mientras dos hombres purgan en la cárcel largas condenas por ser "demasiado indígenas". Compartimos ese sentir y nos inquieta profundamente que la discriminación haya sido consumada por el poder judicial de estados provinciales, justamente algunos de los que sancionaron legislaciones protectoras de los llamados "pueblos "originarios".

Desde nuestra perspectiva, consideramos que los fallos mencionados no respetaron la primacía del Derecho Internacional, pues en virtud de la doctrina que emerge de la sentencia dictada por la Corte Nacional en el caso "Ekmekdjian", la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, vigente en nuestro país desde el 27-1-80, confiere primacía al Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, prioridad que ahora integra el ordenamiento jurídico argentino (Cfr. Fallo del fuero civil, en ED 150-514. En la nota al fallo, Bidart Campos señala que "... cuando el Estado se hace parte en un tratado sobre derechos humanos, sus tribunales tienen que reconocerles y prestarles fuerza vinculante".)

Y en ese marco debe consignarse que el citado Convenio 169 de la OIT sobre "Pueblos Indígenas y Tribales" fue ratificado en el año 2000 y está en vigencia desde el 3-7-2001 (datos del citado trabajo de Oscar Flores, nota 12), sin perjuicio de destacar que concurrentemente gravitan, como se viera, normas - incumplidas - del ordenamiento constitucional nacional y provincial del país.

Aproximación inicial

Hemos intentado la primera aproximación a una cuestión jurídica tan íntimamente ligada a la defensa de la dignidad humana, que tiene múltiples ramificaciones conceptuales y casuísticas. En este trabajo, los vacíos temáticos están a la vista, dado que el espacio es un "bien escaso". Quedan pendientes de consideración otros casos de discriminación por objeción de conciencia y temas relativos a la discriminación por razones laborales, religiosas, de género, de apariencia, de nacionalidad, etc, que esperamos publicar en alguno de los próximos trabajos, pues estamos reuniendo más antecedentes normativos, doctrinarios y jurisprudenciales sobre esta cuestión fondal. /

"Tanta necesidad subyace en las personas de poder encontrar verdades eternas para soportar el peso de la finitud, como en una sociedad pluralista evitar que alguna verdad se erija constitucionalmente como única y absoluta por sobre todas las demás"(Gil Domínguez)
