

3. Día de reposo religioso: ¿derecho fundamental o privilegio?

Dámaris Moura Kuo

Traducción: Caroline Fonseca

Las alegaciones de que el derecho sagrado del ser humano de profesar libremente sus creencias sin ser privado de otros derechos daña el derecho de igualdad para todos, son verdaderas aberraciones. La Constitución Federal de Brasil (art. 5, inciso VIII), que garantiza el derecho de una persona a profesar libremente una creencia sin ser privada de otros derechos por este motivo, ha sido a menudo olvidada incluso por los administradores de la justicia, el derecho y la igualdad. Armados de prejuicios, no alcanzan el objetivo de aplicar imparcialmente la cláusula constitucional en su más estricto aprovechamiento y fiel interpretación.

Es frecuente la resistencia por parte de los órganos públicos, las instituciones de enseñanza pública y privada a respetar el imperativo legal que garantiza la objeción de conciencia. En Brasil, para que tal derecho sea disfrutado plenamente, existe la institución de la prestación alternativa. Esta institución tiene por fin que el principio de igualdad sea respetado sin que pueda alegarse la concesión de privilegios a aquellos que posean creencias religiosas.

En lo referente a la igualdad, es correcto afirmar que su aseguramiento no significa asignar a todos igual trato. No significa nivelación. Por el contrario, el más adecuado tratamiento que se debe dar al principio de igualdad es precisamente tratar desigualmente a los desiguales. Por otra parte, no es otro el concepto de justicia de Aristóteles, que afirma que la peor forma de desigualdad es el intento de hacer iguales aquellas cosas que son desiguales. Así, personas desiguales en cualquier dimensión de la vida merecen trato diferenciado como única y conocida salida de asegurar la igualdad plasmada en la Constitución Federal de Brasil.

Veamos algunos ejemplos. Hombres y mujeres reciben tratamiento diferenciado, en razón de su desigualdad natural, en cuanto al tiempo de licencia remunerado frente a la maternidad y la paternidad. También reciben tratamiento diferenciado algunos grupos especiales, como es el caso de quienes poseen necesidades especiales, los ancianos, los niños y los adolescentes, únicamente debido a su desigualdad. Algo similar ocurre con los impuestos progresivos. Muchas veces es la única forma posible de igualar a los ciudadanos que poseen rentas diferentes y que, por lo tanto, no podrán ser tratados de forma igual en lo que se refiere al hecho generador de impuestos. Existen incluso los ciudadanos que, en razón de su desigualdad, están exentos de la recaudación de impuestos sobre sus ingresos, situaciones que, a pesar de representar una aparente desigualdad, tienen por finalidad asegurar la igualdad plasmada por la norma constitucional.

Anteriormente mencionamos solo unos pocos casos, entre muchos, para demostrar que garantizar la igualdad constitucional a las personas significa en la mayoría de las veces destinarles un trato desigual como única forma posible de asegurar la igualdad de todos. No se trata de privilegios, como interpretan algunos.

Está claro que la identificación de los iguales y de los desiguales no siempre es tarea fácil. Mucho menos lo será la determinación del tratamiento diferenciado a aplicarse en tales casos. Sin embargo, pareciera no haber otro camino, sino el de la búsqueda incesante para garantizar la igualdad de todos de forma adecuada y eficiente.

Denegar injustamente la acomodación razonable para promover la igualdad configura abuso del derecho y puede conducir al trato discriminatorio e irrespetuoso hacia los derechos humanos, y la dignidad humana, que constituye el fin último de la Constitución Federal y de las leyes ordinarias que la respaldan.

Hay religiosos que tienen como principios básicos de su fe, tallados entre sus creencias fundamentales, un día de reposo, como por ejemplo los judíos y los adventistas. Los adventistas del séptimo día creen que, según su libro sagrado, la Biblia, el día sábado está reservado al reposo religioso. En ese día no debe realizarse ninguna actividad

secular, aparte de las de naturaleza religiosa o de servicio al prójimo. Esta creencia se encuentra plasmada en el ítem 19, del capítulo 2, del Manual de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, revisado en 1995 por la Asamblea de la Asociación General de dicha iglesia. Allí se refiere a la observancia del séptimo día de la semana —el sábado— como día de descanso, adoración y ministerio, de comunión con Dios y con los demás.

La observancia de este día sagrado se lleva a cabo entre la puesta de sol del viernes y la puesta de sol del sábado. Se trata de uno de los diez mandamientos tallados por Dios, plasmados en Éxodo 20,8-11.

Las personas que eligen el sábado como día sagrado y digno de santificación son a menudo privados de sus derechos en razón de sus creencias y de su práctica religiosa.

Al parecer, la privación de derechos en razón de las creencias religiosas estaría dañando el principio constitucional presente en las disposiciones del artículo 5, inciso VIII, de la Constitución Federal de Brasil, cuando dice “nadie será privado de derechos en razón de su creencia religiosa”.

Cabe destacar también lo que dispone la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo XVIII:

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

A los fines de aclarar dicha cláusula, la misma Organización de las Naciones Unidas, modificó la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (Resolución 36/55), de cuyo documento extraemos lo siguiente:

Artículo 1. Nadie será sujeto a la coerción por parte de cualquier Estado, institución, grupo de personas o personas que debiliten su libertad de religión o creencia de su libre elección.

Artículo 6. El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia incluirá las siguientes libertades: (...); H) observar día de reposo y celebrar festivos y ceremonias de acuerdo con los preceptos de su religión o creencia.

En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), ratificada por el sistema patrio a través del Decreto n° 678 del 6 de noviembre de 1992, con fuerza de cláusula pétrea frente al § 2º, del artículo 5, de la Constitución Federal de Brasil de 1988, cuyo artículo 12, apartado 2, establece lo siguiente:

Artículo 12. “Libertad de Conciencia y de Religión; (...); 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan limitar su libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias.

Por otro lado, en el artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos se establece que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho, sin discriminación alguna, a igual protección de la ley. A este respecto, deberá prohibir cualquier forma de discriminación y garantizar a todas las personas una protección igual y eficaz contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, situación económica, el nacimiento o cualquier opinión”.

En tal sentido, José Afonso da Silva expresa:

La libertad de pensamiento —según Sampaio Dona— es el derecho de expresar, por cualquier forma, lo que se piensa en ciencia, religión, arte, o lo que sea. Se trata de una libertad de contenido intelectual y supone el contacto del individuo con sus semejantes, por la cual el hombre intenta, por ejemplo, a compartir a otros sus creencias, sus conocimientos, su concepción del mundo, sus opiniones políticas o religiosas, y trabajos científicos.¹

El respeto por el libre ejercicio y la manifestación del pensamiento, así como de la libertad de expresión constituyen el fundamento de una sociedad democrática. En ese sentido, Alexandre de Moraes ex-

¹ José Afonso da Silva, *Curso De Direito Constitucional Positivo*, 25a. ed. (São Paulo: Malheiros Editores, 2008), 241.

presa: “Prohibir la libre manifestación del pensamiento es pretender la prohibición del pensamiento y, consecuentemente, obtener la uniformidad autoritaria, arbitraria e irreal”².

Lo que se extrae entonces de estos pensamientos es que los que profesan una religión que tiene como principio un día de reposo religioso, en los términos de lo previsto en el artículo 5 de la Constitución Federal Brasileña (precepto de aplicación y eficacia inmediata), deben ser amparados por la objeción de conciencia y de creencia. Al no participar de actividades consideradas seculares en el día y el horario considerados sagrados, se le pondrá a disposición otra alternativa. Se trata de un derecho también constitucional (parte final del artículo 5, de la CF/88), siempre que no se haya rechazado el “cumplimiento de la prestación alternativa”.

En ese diapasón, enseña José Alfonso da Silva: “La libertad de conciencia, de creencia religiosa y de convicción filosófica deriva el derecho individual de objeción de conciencia, o sea, el derecho de rechazar ciertas imposiciones que violan las creencias religiosas o filosóficas de la persona interesada”³.

Contrario a lo decidido por algunos jueces en los tribunales patrios, el precepto constitucional del artículo 5, inciso VIII, veda la discriminación y la preterición del ciudadano por motivos de convicción religiosa, imponiendo, en consecuencia, la denominada “objeción de conciencia”. Se exime de la obligación a todos impuesta, pero para asegurar a todos el derecho de trato igualitario, e impone el cumplimiento de la prestación (obligación) alternativa para armonizar los diversos principios y las garantías constitucionales en juego.

Por lo tanto, tampoco se muestra razonable la alegación según la cual en virtud de su derecho constitucional de igualdad no puede el religioso alegar la objeción de conciencia y pedir una acomodación

² Alexandre de MORAES, *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência* (São Paulo: Atlas, 1998), 121.

³ José Afonso da Silva, *Curso De Direito Constitucional Positivo*, 25ª. Ed. (São Paulo: Malheiros Editores, 2008), 242.

razonable para la obligación a todos impuesta, incluso porque las normas plasmadas en el artículo 5, inciso VIII, de la CF de Brasil, fueron inspiradas en valores extraordinarios que motivaron a las religiones en la historia de la humanidad.

Alexandre de Moraes enseña: “El derecho a la objeción de conciencia no está simplemente asociado al servicio militar obligatorio, sino que puede abarcar cualquier obligación colectiva que chocara con las creencias religiosas, convicciones políticas y filosóficas...”⁴. El principio de la objeción de conciencia tiene incidencia también en el ámbito privado cuando alguien está obligado a realizar una prestación que entra en conflicto con sus creencias religiosas. Lo mismo sucede en los casos de prestación de servicios educativos, que —si bien son servicios esencialmente públicos— pueden ser prestados bajo un régimen de delegación.

La imposibilidad de objeción de conciencia viola explícitamente los derechos constitucionales de libertad de ejercicio de las creencias religiosas, de acceso a la educación y a la profesionalización. El artículo 205 consagra el derecho de acceso a la educación y el artículo 206 de la CF de Brasil establece el derecho de “igualdad de condiciones para el acceso y permanencia en la escuela” y de “gratuidad de la enseñanza pública en establecimientos oficiales”.

Se trata de un derecho operativo, ya que la posibilidad del ciudadano de cumplir una prestación alternativa en razón de su creencia religiosa no configura un privilegio, sino un derecho, en los términos de la ley, sin que esté obligado a comportarse de manera contraria a sus principios religiosos. Esta institución permite armonizar los principios constitucionales invocados.

Es importante resaltar que no hay violación al principio constitucional de la igualdad ante la ley, en la medida en que el derecho de prestación alternativa también es constitucional y pretende justamente homenajear el principio de igualdad. No debemos olvidar que el

⁴ Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 10ª Edição (São Paulo: Atlas, 2002), 70.

principio de la igualdad ante la ley consiste en tratar desigualmente los desiguales, debiendo los afectados cumplir una prestación alternativa.

Ahora bien, una interesante cuestión que se plantea es la negativa judicial, en muchos casos, a la concesión de la posibilidad de cumplimiento de una prestación alternativa, bajo el equivocado pretexto de dañar el principio de la igualdad ante la ley. Argumentan los magistrados en muchos casos que la parte final de la cláusula constitucional que trata la cuestión (artículo 5, inciso VIII de la CF de Brasil), habla en una prestación alternativa fijada en ley y que, no habiendo esta fijación legal, no corresponde conceder el derecho.

El razonamiento debería ser exactamente el contrario. Si el inciso es *autoaplicable*, pues se encuentra dentro de los derechos y garantías fundamentales y no hay ley que fije la prestación alternativa, subsiste el derecho fundamental de la parte inicial del inciso que determina que “nadie será privado de derechos por motivo de sus creencias religiosas”. Esta determinación es imperativa y debe aplicarse sin excepciones.

A continuación, las normas constitucionales en cuanto a la inviolabilidad del derecho a la libertad religiosa:

Artículo 5 de la CF: “Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, la libertad, la seguridad y la propiedad, en los siguientes términos:

(...);

VI - Es inviolable la libertad de conciencia y de creencia, siendo asegurado el libre ejercicio de los cultos religiosos y garantizada, en la forma de la ley, la protección a los lugares de culto y sus liturgias;

(...);

VIII - Nadie será privado de sus derechos por motivos de creencia religiosa o de convicción filosófica o política, salvo si las invoca para eximirse de obligación legal a todos impuesta y rehusarse a cumplir prestación alternativa, fijada en ley;

(...);

XIII - Es libre el ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión, atendidas las calificaciones profesionales que la ley establezca; (...):”.

Art. 6, de la CF: “Son derechos sociales la educación, la salud, el trabajo, la vivienda, el ocio, la seguridad, la seguridad social, la protección a la maternidad y la infancia, la asistencia a los desamparados, en la forma de esta Constitución”.

En los sumarios de la prestigiosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de São Paulo se recoge la siguiente afirmación en juzgados de una cuestión similar, que por la aplicación analógica permite el mismo tratamiento:

ORDEN DE SEGURIDAD - Concurso público - modificación de fecha preestablecida en el edicto para la realización del examen escrito - Alegación del impetrante de la imposibilidad de comparecer el sábado designado por motivo de creencia religiosa - Orden concedida en primer grado, haciendo definitiva la liminar - Situación ya consolidada a esta altura - Candidato que se sometió a las pruebas en otra fecha, a través del mando judicial, superando, en la secuencia, las otras fases del certamen, logrando aprobación - Compatibilización de la libertad de creencia del postulante y su derecho de acceso a la función pública con la eficiencia y seriedad del certamen que se mostró posible en el caso concreto - Recurso oficial no provisto (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelación nº 101.584.5 / 9-00, relator José Dimas Mascaretti).

Un tema similar ha sido enfrentado por el Tribunal Regional Federal de la Primera región, en el MAS 01000401375, 6.ª clase, DJU de 28/08/2001, p. 223, Relator Juez Souza Prudente, en el que se dejó asentado:

CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. Agencia Nacional de Petróleo. ADVENTISTA DEL SÉPTIMO DÍA. LIBERTAD DE CULTO. CF, ART. 5, VI y VIII. CURSO DE FORMACIÓN. FALTA A LOS SÁBADOS. JUSTIFICACIÓN RAZONABLE. - Con la garantía de ser inviolable la libertad de conciencia y de creencia (CF, arts. 5º, VI), “nadie será privado de derechos por motivo de creencia religiosa o de convicción filosófica o política, salvo si son invocadas para eximirse de obligación legal a todos impuesta y rehusarse a cumplir la prestación alternativa, fijadas en ley “(CF, arts. 5º, VIII). II - Si la justificación de las faltas al Curso de Formación de la ANP, en los días sábado, no pone en riesgo el interés público, una vez que las impetrantes realizarán pruebas

idénticas a las de los otros candidatos, en que se les cobrará el tema explicado en clases en que estuvieron ausentes, la libertad de culto, en el caso no afronta la orden pública y debe garantizarse en beneficio de la pretensión deducida en los autos. III - Apelación desprovista. Sentencia confirmada, con seguridad definitiva.

En el mismo sentido, es el Recurso 9504092560, en el Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región, Relatora Jueza Silvia Goraieb, DJU de 24/01/1996, p. 2506, en verbis:

ADMINISTRATIVO. ORDEN DE SEGURIDAD. REMESA OFICIAL. DERECHO DE PRESTAR PRUEBA FÍSICA DE CONCURSO EN DÍA DIVERSIÓN DEL DETERMINADO. LIBERTAD DE CRISIS RELIGIOSA. 1. Tratándose de prueba física, sin necesidad de sigilo o simultaneidad, no hay perjuicio al interés público, ni al procedimiento del concurso, si por fuerza de la liminar la impetrante realizó la prueba en momento no conflictivo con su creencia religiosa, por pertenecer a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, que tiene el sábado como día de reposo. 2. Resguardo del principio constitucional que asegura la libertad de creencia y de conciencia, así como aquellos que rigen la administración cuando se trata de concurso público. 3. Remisión oficial improcedente.

La libertad religiosa, como las demás libertades públicas, ha sido restringida, particularmente por el Poder Judicial, bajo el entendimiento de que la protección constitucional no es absoluta. Sin embargo, se trata de un derecho fundamental e inalienable. Es por ello que el derecho a la libertad religiosa solo será mitigado cuando sobre él se superpongan otros derechos colectivos de mayor relevancia, aun cuando no se pueda demostrar la armonización de todos esos derechos.

Como fuera dicho:

El magistrado no puede prohibir en las asambleas religiosas el uso de las ceremonias o ritos sagrados establecidos en una Iglesia; pues si lo hiciera, destruiría la Iglesia misma, cuyo objeto es adorar libremente a Dios a su manera.⁵

⁵ John Locke, *Ensayo Y Carta Sobre La Tolerancia* (Madrid: Alianza Editorial, 1999), 94.

¿Qué poder puede darse al magistrado para la supresión de una Iglesia idólatra que no pueda ser usado en algún momento o lugar para destruir una ortodoxa? Pues hemos de recordar que el poder civil es el mismo en todas partes y que la religión de cada príncipe es ortodoxa para él mismo.⁶

De lo expresado se desprende entonces que la percepción de la jurisprudencia mencionada es esencial para que la gran conquista que representó el derecho a la libertad religiosa para los brasileños tenga efectividad. De nada sirve la existencia de una legislación tan ciudadana y democrática como la brasileña, si dicha legislación no cumple su objetivo.

La efectividad de los principios fundamentales de la Constitución Federal y sus beneficios para el ciudadano están íntimamente ligados a la consecución de un objetivo mucho mayor preconizado en la Carta Magna, que es la promoción de la dignidad humana.

Del mismo modo, el espíritu constitucional del principio de igualdad jamás quedará vulnerado, al contrario, será homenajeado en la medida en que el derecho a la objeción de conciencia, mediante prestación alternativa, tenga por objeto acatar tal principio, no olvidándose que la igualdad ante la ley consiste en tratar desigualmente los desiguales.

El precepto constitucional del artículo 5, inciso VIII, de la Constitución Federal Brasileña, veda la discriminación y la preterición del ciudadano por motivos de convicción religiosa, imponiendo, de consecuencia, la denominada “objeción de conciencia”, a la medida que lo deshonor de la obligación a todos impuesta, pero para asegurar a todos el derecho de trato igualitario impone el cumplimiento de la prestación (obligación) alternativa, todo para armonizar los diversos principios y garantías constitucionales en evidencia.

Así, al tratarse de un beneficio que la Constitución Federal ha traído para la armonización de derechos y promoción de la libertad religiosa, no se está hablando solo de una reglamentación, una codificación o un ordenamiento, sino de la valorización de la dignidad humana.

⁶ John Locke, *Ensayo Y Carta Sobre La Tolerancia* (Madrid: Alianza Editorial, 1999), 94.

A pesar de la modernidad y la grandeza del texto constitucional, este no contiene un derecho nuevo, y no puede permanecer a merced de la facultad judicial en lo que se refiere a la interpretación y la aplicación del derecho garantizado.

Es evidente que el presente trabajo tiene como objetivo alertar al magistrado y a la sociedad en general, a instituciones públicas y privadas, a tratar con determinación de combatir la discriminación y la intolerancia. La sociedad en una acción conjunta y solidaria debería buscar el amparo y el respeto del ser humano en todas sus esferas.

Se recuerda además que el derecho a la libertad de creencia y objeción de conciencia traídos por nuestra constitución federal es opo- nible a todos, indistintamente. Se trata de un derecho *autoaplicable*, más aún en situaciones donde la prestación alternativa no traerá ningún perjuicio a la colectividad.

Así, al contrario de lo que se pueda imaginar, no existe ningún conflicto entre la cláusula de igualdad de todos ante la ley y el ins- tituto de la objeción de conciencia. Antes existe una perfecta armo- nización de dichas garantías. La prestación alternativa es la solución del aparente pero inexistente “privilegio” también plasmada en la CF, en la medida en que, para garantizar el principio de igualdad, se hace necesario un trato desigual. Ese es el espíritu del legislador: tratar a los desiguales desigualmente para alcanzar la plenitud del principio constitucional de la igualdad ante la ley.

Es necesario que haya una comprensión profunda del derecho fundamental que toda persona tiene de no estar obligada a actuar en contra de la propia conciencia y en contra de sus principios religiosos. Consiste en una práctica ilícita obligar a los ciudadanos a profesar o rechazar cualquier religión.

Locke, John. *Ensayo Y Carta Sobre La Tolerancia*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

Silva, José Afonso da. *Curso De Direito Constitucional Positivo*. 25a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.