

DOCUMENTACIÓN EXTRANJERA

Agustín Motilla
Universidad Carlos III
Madrid
Rafael Palomino
Universidad Complutense
Madrid

1. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA. TRIBUNAL SUPREMO, SENTENCIA GONZALES, ATTORNEY GENERAL, ET AL., PETITIONERS V. O CENTRO ESPIRITA BENEFICENTE UNIAO DO VEGETAL ET AL., 21 DE FEBRERO DE 2006 (EMPLEO DE SUSTANCIA TÓXICAS EN RITUALES RELIGIOSOS)¹.

Coincidiendo prácticamente con la incorporación del nuevo Presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, John Roberts, y la nominación del nuevo magistrado Samuel Alito, el Tribunal Supremo se hace eco de un cambio de orientación en el tratamiento jurídico de la libertad religiosa. Durante dieciséis años, el Supremo ha sostenido que la Constitución no obliga a establecer exenciones por motivos religiosos a las leyes generales aparentemente neutrales (es decir, sin connotaciones religiosas, ni favorables ni adversas). Dicha doctrina nació en el año 1990 con la sentencia del Tribunal Supremo “Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith”. La sentencia Smith propició un movimiento legislativo (federal y estatal) dirigido a dotar de protección especial a la libertad religiosa, con el fin de que esas exenciones fueran posibles, de acuerdo con criterios jurisprudenciales sentados durante los setenta y ochenta. Pues bien: dieciséis años después de la sentencia Smith, otra decisión que curiosamente también trata sobre el empleo de sustancias tóxicas en rituales religiosos, acoge la legislación federal y declara que si el gobierno no es capaz de demostrar un interés prevalente y primordial para coartar el sincero y libre ejercicio de la religión, éste no puede restringirse ni siquiera por leyes aparentemente neutrales. Recogemos algunos párrafos de esta sentencia en el Anuario, por su carácter histórico y por la sensibilidad que manifiesta el Tribunal, a través de su ponente, hacia una razonable flexibilidad a favor de los grupos religiosos minoritarios. Casi al final del pronunciamiento judicial, Roberts realiza una afirma-

¹ En línea [ref. 07.09.2006], disponible en web, Supreme Court of the United States (web site) <<http://www.supremecourts.gov/opinions/05pdf/04-1984.pdf#search=%22supreme%20court%20espirita%22>>.

ción de plena actualidad en los debates jurídicos acerca de la objeción de conciencia por motivos religiosos: “Las argumentaciones del gobierno recuerdan la clásica repetición de los burócratas de todos los tiempos: si hago una excepción para ti, entonces la tengo que hacer para todos, luego nada de excepciones”.

Supreme Court of the United States
 Alberto R. GONZALES, Attorney General, et al., Petitioners,
 v.
 O CENTRO ESPIRITA BENEFICENTE UNIAO DO VEGETAL et al.
 No. 04-1084.
 Argued Nov. 1, 2005.
 Decided Feb. 21, 2006.

126 S.Ct. 1211 (2006)

Chief Justice Roberts delivered the opinion of the Court.

A religious sect with origins in the Amazon Rainforest receives communion by drinking a sacramental tea, brewed from plants unique to the region, that contains a hallucinogen regulated under the Controlled Substances Act by the Federal Government. The Government concedes that this practice is a sincere exercise of religion, but nonetheless sought to prohibit the small American branch of the sect from engaging in the practice, on the ground that the Controlled Substances Act bars all use of the hallucinogen. The sect sued to block enforcement against it of the ban on the sacramental tea, and moved for a preliminary injunction. It relied on the *Religious Freedom Restoration Act* of 1993, which prohibits the Federal Government from substantially burdening a person’s exercise of religion, unless the Government “demonstrates that application of the burden to the person” represents the least restrictive means of advancing a compelling interest. 42 U. S. C. § 2000bb–1(b). The District Court granted the preliminary injunction, and the Court of Appeals affirmed. We granted the Government’s petition for certiorari. Before this Court, the Government’s central submission is that it has a compelling interest in the uniform application of the Controlled Substances Act (...)

I

In *Employment Div., Dept. of Human Resources of Ore. v. Smith*, 494 U. S. 872 (1990), this Court held that the Free Exercise Clause of the First Amendment does not prohibit governments from burdening religious practices through generally applicable laws. In *Smith*, we rejected a challenge to an Oregon statute that denied unemployment benefits to drug users, including Native Americans engaged in the sacramental use of peyote. *Id.*, at 890. In so doing, we rejected the interpretation of the Free

Exercise Clause announced in *Sherbert v. Verner*, 374 U. S. 398 (1963), and, in accord with earlier cases, see *Smith*, 494 U.S., at 879–880, 884–885, held that the Constitution does not require judges to engage in a case-by-case assessment of the religious burdens imposed by facially constitutional laws. *Id.*, at 883–890. Congress responded by enacting the Religious Freedom Restoration Act of 1993 (RFRA), 107 Stat. 1488, as amended, 42 U. S. C. §2000bb et seq., which adopts a statutory rule comparable to the constitutional rule rejected in *Smith*. Under RFRA, the Federal Government may not, as a statutory matter, substantially burden a person’s exercise of religion, “even if the burden results from a rule of general applicability.” §2000bb–1(a). The only exception recognized by the statute requires the Government to satisfy the compelling interest test—to “demonstrat[e] that application of the burden to the per-son—(1) is in furtherance of a compelling government interest; and (2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest.” §2000bb–1(b). A person whose religious practices are burdened in violation of RFRA “may assert that violation as a claim or defense in a judicial proceeding and obtain appropriate relief.” §2000bb–1(c).¹

The Controlled Substances Act, 84 Stat. 1242, as amended, 21 U. S. C. §801 et seq. (2000 ed. and Supp. I), regulates the importation, manufacture, distribution, and use of psychotropic substances. The Act classifies substances into five schedules based on their potential for abuse, the extent to which they have an accepted medical use, and their safety. (...)The Act authorizes the imposition of a criminal sentence for simple possession of Schedule I substances, see §844(a), and mandates the imposition of a criminal sentence for possession “with intent to manufacture, distribute, or dispense” such substances, see §§841(a), (b). O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal (UDV) is a Christian Spiritist sect based in Brazil, with an American branch of approximately 130 individuals. Central to the UDV’s faith is receiving communion through *hoasca* (pronounced “wass-ca”), a sacramental tea made from two plants unique to the Amazon region. One of the plants, *psychotria viridis*, contains dimethyltryptamine (DMT), a hallucinogen whose effects are enhanced by alkaloids from the other plant, *banisteriopsis caapi*. DMT, as well as “any material, compound, mixture, or preparation, which contains any quantity of [DMT],” is listed in Schedule I of the Controlled Substances Act. §812(c), Schedule I(c).

In 1999, United States Customs inspectors intercepted a shipment to the American UDV containing three drums of *hoasca*. A subsequent investigation revealed that the UDV had received 14 prior shipments of *hoasca*. The inspectors seized the intercepted shipment and threatened the UDV with prosecution.

The UDV filed suit against the Attorney General and other federal law enforcement officials, seeking declaratory and injunctive relief. The complaint alleged, *inter alia*, that applying the Controlled Substances Act to the UDV’s sacramental use of *hoasca* violates RFRA. Prior to trial, the UDV moved for a preliminary injunction, so that it could continue to practice its faith pending trial on the merits.

At a hearing on the preliminary injunction, the Government conceded that the challenged application of the Controlled Substances Act would substantially burden a

sincere exercise of religion by the UDV. See *O Centro Espirita Beneficiente Uniao do Vegetal v. Ashcroft*, 282 F. Supp. 2d 1236, 1252 (NM 2002). The Government argued, however, that this burden did not violate RFRA, because applying the Controlled Substances Act in this case was the least restrictive means of advancing three compelling governmental interests: protecting the health and safety of UDV members, preventing the diversion of *hoasca* from the church to recreational users, and complying with the 1971 United Nations Convention on Psychotropic Substances, a treaty signed by the United States and implemented by the Act. Feb. 21, 1971, [1979–1980], 32 U. S. T. 543, T. I. A. S. No. 9725. See 282 F. Supp. 2d, at 1252–1253. (...) The court entered a preliminary injunction prohibiting the Government from enforcing the Controlled Substances Act with respect to the UDV’s importation and use of *hoasca*. The injunction requires the church to import the tea pursuant to federal permits, to restrict control over the tea to persons of church authority, and to warn particularly susceptible UDV members of the dangers of *hoasca*. (...) The Government appealed the preliminary injunction and a panel of the Court of Appeals for the Tenth Circuit affirmed, *O Centro Espirita Beneficiente Uniao do Vegetal v. Ashcroft*, 342 F. 3d 1170 (2003), as did a majority of the Circuit sitting en banc, 389 F. 3d 973 (2004). We granted certiorari. 544 U. S. 973 (2005). (...)

III

(...) According to the Government, there would be no way to cabin religious exceptions once recognized, and “the public will misread” such exceptions as signaling that the substance at issue is not harmful after all. (...) RFRA, and the strict scrutiny test it adopted, contemplate an inquiry more focused than the Government’s categorical approach. RFRA requires the Government to demonstrate that the compelling interest test is satisfied through application of the challenged law “to the person”—the particular claimant whose sincere exercise of religion is being substantially burdened. 42 U. S. C. §2000bb–1(b). RFRA expressly adopted the compelling interest test “as set forth in *Sherbert v. Verner*, 374 U. S. 398 (1963) and *Wisconsin v. Yoder*, 406 U. S. 205 (1972).” 42 U. S. C. §2000bb(b)(1). (...) In *Yoder*, for example, we permitted an exemption for Amish children from a compulsory school attendance law. We recognized that the State had a “paramount” interest in education, but held that “despite its admitted validity in the generality of cases, we must searchingly examine the interests that the State seeks to promote . . . and the impediment to those objectives that would flow from recognizing *the claimed Amish exemption*.” 406 U. S., at 213, 221 (emphasis added). The Court explained that the State needed “to show with more particularity how its admittedly strong interest . . . would be adversely affected by granting an exemption *to the Amish*.” *Id.*, at 236 (emphasis added). (...)

Under the more focused inquiry required by RFRA and the compelling interest test, the Government’s mere invocation of the general characteristics of Schedule I substances, as set forth in the Controlled Substances Act, cannot carry the day. It is true, of course, that Schedule I substances such as DMT are exceptionally dangerous. See, e.g., *Touby*

v. *United States*, 500 U. S. 160, 162 (1991). Nevertheless, there is no indication that Congress, in classifying DMT, considered the harms posed by the particular use at issue here—the circumscribed, sacramental use of *hoasca* by the UDV. The question of the harms from the sacramental use of *hoasca* by the UDV was litigated below. Before the District Court found that the Government had not carried its burden of showing a compelling interest in preventing such harms, the court noted that it could not “ignore that the legislative branch of the government elected to place materials containing DMT on Schedule I of the [Act], reflecting findings that substances containing DMT have ‘a high potential for abuse,’ and ‘no currently accepted medical use in treatment in the United States,’ and that ‘[t]here is a lack of accepted safety for use of [DMT] under medical supervision.’” 282 F. Supp. 2d, at 1254. But Congress’ determination that DMT should be listed under Schedule I simply does not provide a categorical answer that relieves the Government of the obligation to shoulder its burden under RFRA.

This conclusion is reinforced by the Controlled Substances Act itself. The Act contains a provision authorizing the Attorney General to “waive the requirement for registration of certain manufacturers, distributors, or dispensers if he finds it consistent with the public health and safety.” 21 U. S. C. §822(d). The fact that the Act itself contemplates that exempting certain people from its requirements would be “consistent with the public health and safety” indicates that congressional findings with respect to Schedule I substances should not carry the determinative weight, for RFRA purposes, that the Government would ascribe to them.

And in fact an exception has been made to the Schedule I ban for religious use. For the past 35 years, there has been a regulatory exemption for use of peyote—a Schedule I substance—by the Native American Church. See 21 CFR §1307.31 (2005). In 1994, Congress extended that exemption to all members of every recognized Indian Tribe. See 42 U. S. C. §1996a(b)(1). Everything the Government says about the DMT in *hoasca*—that, as a Schedule I substance, Congress has determined that it “has a high potential for abuse,” “has no currently accepted medical use,” and has “a lack of accepted safety for use . . . under medical supervision,” 21 U. S. C. §812(b)(1)—applies in equal measure to the mescaline in peyote, yet both the Executive and Congress itself have decreed an exception from the Controlled Substances Act for Native American religious use of peyote. If such use is permitted in the face of the congressional findings in §812(b)(1) for hundreds of thousands of Native Americans practicing their faith, it is difficult to see how those same findings alone can preclude any consideration of a similar exception for the 130 or so American members of the UDV who want to practice theirs. (...)

The Government responds that there is a “unique relationship” between the United States and the Tribes, (...) but never explains what about that “unique” relationship justifies overriding the same congressional findings on which the Government relies in resisting any exception for the UDV’s religious use of *hoasca*. In other words, if any Schedule I substance is in fact always highly dangerous in any amount no matter how used, what about the unique relationship with the Tribes justifies allowing their

use of peyote? Nothing about the unique political status of the Tribes makes their members immune from the health risks the Government asserts accompany any use of a Schedule I substance, nor insulates the Schedule I substance the Tribes use in religious exercise from the alleged risk of diversion.

The Government argues that the existence of a congressional exemption for peyote does not indicate that the Controlled Substances Act is amenable to judicially crafted exceptions. RFRA, however, plainly contemplates that courts would recognize exceptions. (...)The Government points to some pre-Smith cases relying on a need for uniformity in rejecting claims for religious exemptions under the Free Exercise Clause, see Brief for Petitioners 16, but those cases strike us as quite different from the present one. Those cases did not embrace the notion that a general interest in uniformity justified a substantial burden on religious exercise; they instead scrutinized the asserted need and explained why the denied exemptions could not be accommodated. (...)These cases show that the Government can demonstrate a compelling interest in uniform application of a particular program by offering evidence that granting the requested religious accommodations would seriously compromise its ability to administer the program.

Here the Government's argument for uniformity is different; it rests not so much on the particular statutory program at issue as on slippery-slope concerns that could be invoked in response to any RFRA claim for an exception to a generally applicable law. The Government's argument echoes the classic rejoinder of bureaucrats throughout history: If I make an exception for you, I'll have to make one for everybody, so no exceptions. But RFRA operates by mandating consideration, under the compelling interest test, of exceptions to "rule[s] of general applicability." 42 U. S. C. §2000bb-1(a). (...) We reaffirmed just last Term the feasibility of case-by-case consideration of religious exemptions to generally applicable rules. (...) We do not doubt that there may be instances in which a need for uniformity precludes the recognition of exceptions to generally applicable laws under RFRA. But it would have been surprising to find that this was such a case, given the longstanding exemption from the Controlled Substances Act for religious use of peyote, and the fact that the very reason Congress enacted RFRA was to respond to a decision denying a claimed right to sacramental use of a controlled substance. See 42 U. S. C. §2000bb(a)(4).

IV

Before the District Court, the Government also asserted an interest in compliance with the 1971 United Nations Convention on Psychotropic Substances, Feb. 21, 1971, [1979-1980], 32 U. S. T. 543, T. I. A. S. No. 9725. The Convention, signed by the United States and implemented by the Controlled Substances Act, calls on signatories to prohibit the use of hallucinogens, including DMT. The Government argues that it has a compelling interest in meeting its international obligations by complying with the Convention. The District Court rejected this interest because it found that the Convention does not cover *hoasca*. The court relied on the official commentary to the

Convention, which notes that “Schedule I [of the Convention] does not list . . . natural hallucinogenic materials,” and that “[p]lants as such are not, and it is submitted are also not likely to be, listed in Schedule I, but only some products obtained from plants.” U. N. Commentary on the Convention on Psychotropic Substances 387, 385 (1976). The court reasoned that *hoasca*, like the plants from which the tea is made, is sufficiently distinct from DMT itself to fall outside the treaty. See 282 F. Supp. 2d, at 1266–1269. (...) The fact that *hoasca* is covered by the Convention, however, does not automatically mean that the Government has demonstrated a compelling interest in applying the Controlled Substances Act, which implements the Convention, to the UDV’s sacramental use of the tea. At the present stage, it suffices to observe that the Government did not even submit evidence addressing the international consequences of granting an exemption for the UDV. (...) The Government repeatedly invokes Congress’ findings and purposes underlying the Controlled Substances Act, but Congress had a reason for enacting RFRA, too. Congress recognized that “laws ‘neutral’ toward religion may burden religious exercise as surely as laws intended to interfere with religious exercise,” and legislated “the compelling interest test” as the means for the courts to “strick[e] sensible balances between religious liberty and competing prior governmental interests.” 42 U. S. C. §§2000bb(a)(2), (5).

2. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C-355/06 DE 10 DE MAYO DE 2006 (ABORTO-CASOS EN QUE NO CONSTITUYE DELITO)².

Esta sentencia de la Corte Constitucional Colombiana elimina la pena de uno a tres años que el Código Penal contemplaba para quien practicara un aborto (artículos 122 a 124). La despenalización se aplica en tres casos: a) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer; b) cuando exista grave malformación del feto; c) cuando el embarazo sea resultado de violación, de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. Igualmente se entiende inconstitucional el artículo 123 que penaliza el aborto en menores de 14 años. La decisión se produce con la ausencia del presidente del Tribunal, Jaime Córdoba Triviño, pues se declaró impedido al haber participado en la redacción de la norma impugnada. Del texto de la sentencia —más de seiscientos páginas—, se recogen aquí algunos argumentos bien conocidos acerca del aborto y su tratamiento penal, así como parte del voto particular de los magistrados Gerardo Monroy Cabrera y Rodrigo Escobar Gil de particular valor por su rigurosa y sólida argumentación. En la sentencia se analiza con tono reticente la objeción de conciencia al aborto. En efecto, por un lado, parece negarse la posibilidad de su ejercicio a favor de las personas

² La sentencia se encuentra disponible en línea [ref. 07.09.2006], Corte Constitucional de Colombia (sitio web), <<http://www.constitucional.gov.co/corte/>>

jurídicas de tendencia y, por otro, limita la objeción al aborto sólo a los médicos por «convicción de carácter religioso debidamente fundamentada», que a posteriori puede ser sometida al control con el fin de determinar si «era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica».

IV. Consideraciones y Fundamentos de la Corte.

(...) 5. La vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado colombiano, y su diferencia con el derecho a la vida. (...) cabe establecer una distinción entre la vida como un bien constitucionalmente protegido y el derecho a la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental.

Distinción que ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional. (...) en virtud de lo dispuesto en distintos preceptos constitucionales, la Carta de 1991 se pronuncia a favor de una protección general de la vida. Desde esta perspectiva, toda la actuación del Estado debe orientarse a protegerla y no sólo y exclusivamente en un sentido antropocéntrico. Este deber de protección de la vida como valor constitucional trasciende del plano meramente axiológico al normativo y se constituye como mandato constitucional en una obligación positiva o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado, sin excepción, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, deben realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones para el desarrollo efectivo de la vida humana. El deber de protección de la vida en cabeza de las autoridades públicas se erige entonces como la contrapartida necesaria del carácter de la vida como bien constitucionalmente protegido, y como tal ha dado lugar a la creación de múltiples líneas jurisprudenciales por parte de esta Corporación. (...) el Poder Legislativo, dada la relevancia de sus funciones dentro de un Estado Social y democrático de derecho, es uno de los principales destinatarios del deber de protección y está obligado a la adopción de disposiciones legislativas con el propósito de salvaguardar la vida de los asociados.

Esas disposiciones legislativas pueden ser de muy diversa índole e incluir un espectro muy amplio de materias, desde aquellas de carácter prestacional y asistencial hasta disposiciones penales que tipifiquen las conductas que atentan contra este bien de relevancia constitucional. (...) Por otra parte, si bien corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida, y que sean de su cargo, esto no significa que estén justificadas todas las que dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales. (...) el legislador ha expedido normas del Código Penal que consagran ciertos motivos a considerar por parte del juez penal en cada caso, aún tratándose del conocimiento de atentados contra la vida, a fin de poder disponer tanto la ausencia de responsabilidad, como el caso de quien obre en legítima defensa, o las que incluyen circunstancias de menor punibilidad. También ha tipificado delitos como la muerte y abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida, con penas menores a las del homicidio. (...) Ahora

bien. Dentro del ordenamiento constitucional la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición.

En relación con esta distinción cabe recordar, que por ejemplo en la sentencia C-133 de 1994, la Corte no reconoció expresamente al *nasciturus* el carácter de persona humana y titular del derecho a la vida. (...) Ahora bien, considera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión. En efecto, más allá de la discusión de si el *nasciturus* es una persona y en esa calidad titular de derechos fundamentales, es una vida humana en gestación, y como tal el Estado colombiano tiene un claro deber de protección que se deriva, como antes se dijo, de numerosas disposiciones constitucionales. Deber de protección que tiene un alcance amplio, pues no sólo significa la asunción por parte del Estado de medidas de carácter prestacional, tomadas a favor de la madre gestante pero orientadas en definitiva a proteger la vida de quien se encuentra en proceso de formación, sino por cuanto también deben adoptarse las normas necesarias para prohibir la directa intervención tanto del Estado como de terceros en la vida que se está desarrollando.

En todo caso, como se sostuvo anteriormente, dentro de los límites fijados en la Constitución, determinar en cada caso específico la extensión, el tipo y la modalidad de la protección a la vida del que está por nacer corresponde al legislador, quien debe establecer las medidas apropiadas para garantizar que dicha protección sea efectiva, y en casos excepcionales, especialmente cuando la protección ofrecida por la Constitución no se puede alcanzar por otros medios, introducir los elementos del derecho penal para proteger la vida del *nasciturus*.

Cabe recordar, que de manera reiterada la jurisprudencia ha sostenido, que el recurso a la penalización de conductas solamente debe operar como ultima ratio, cuando las demás medidas no resulten efectivamente conducentes para lograr la protección adecuada de un bien jurídico; por tanto, el recurso al derecho penal queda limitado a la inexistencia o insuficiencia de otros medios para garantizar la protección efectiva de la vida del *nasciturus*. Esta es una decisión que corresponde al poder legislativo, quien al decidir sobre la conveniencia de tipificar penalmente ciertas conductas, deberá realizar valoraciones de orden político, las cuales "...respondiendo a un problema de carácter social debe, de manera responsable aprobar, luego del debate parlamentario correspondiente, un tipo penal ajustado a la Constitución" (Sentencia C-205 de 2003). (...) El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al *nasciturus*, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que

en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta.

De manera que estas consideraciones habrán de ser tenidas en cuenta por el legislador, si considera conveniente fijar políticas públicas en materia de aborto, incluidas la penal en aquellos aspectos en que la Constitución lo permita, respetando los derechos de las mujeres.

6. La vida y los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

(...) como ha sostenido esta Corporación, la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos no se agota en el uso de los argumentos literales o gramaticales, y es necesario en esa medida acudir a criterios sistemáticos y teleológicos. (...) de las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado.

Dicha ponderación exige identificar y sopesar los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, así como apreciar la importancia constitucional del titular de tales derechos, en estos casos, la mujer embarazada.

7. Los derechos fundamentales de las mujeres en la Constitución Política Colombiana y en el derecho internacional.

(...) la Constitución de 1991 dejó expresa su voluntad de reconocer y enaltecer los derechos de las mujeres y de vigorizar en gran medida su salvaguarda protegiéndolos de una manera efectiva y reforzada. Por consiguiente, hoy en día, la mujer es sujeto constitucional de especial protección, y en esa medida todos sus derechos deben ser atendidos por parte del poder público, incluyendo a los operadores jurídicos, sin excepción alguna.

Es así como la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, y por ende protectora de los derechos fundamentales de todas las personas, en multitud de providencias ha hecho valer de manera primordial los derechos en cabeza de las mujeres. (...)

Cabe recordar ahora, que respecto de las mujeres es evidente que hay situaciones que la afectan sobre todo y de manera diferente, como son aquellas concernientes a su vida, y en particular aquellas que conciernen a los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción. (...) en la Conferencia Mundial sobre población y Desarrollo de El Cairo en 1994, en el documento de programa de acción, se puso un gran énfasis en

los derechos humanos de la mujer, y se reconoce que los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos que ya han sido reconocidos en tratados internacionales y que incluyen el derecho fundamental de todas las personas a “decidir libremente el número y el espaciamiento de hijos y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo”. Este programa establece además, que “la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgo y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia”. (...) La cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Plataforma de Beijing), confirma los derechos reproductivos establecidos en el Programa de Acción de El Cairo. (...) En conclusión, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos.

Derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social.

No obstante, de las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito. De tal forma que el Congreso dispone de un amplio margen de configuración de la política pública en relación con el aborto. Sin embargo, dicho margen no es ilimitado. Aún en el campo penal de dicha política, el legislador ha de respetar dos tipos de límites constitucionales, como lo ha resaltado esta Corte. En efecto, al legislador penal, en primer lugar, le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales y, en segundo lugar, le está ordenado no desproteger bienes constitucionales, sin que ello signifique desconocer el principio de que al derecho penal, por su carácter restrictivo de las libertades, se ha de acudir como última ratio.

A continuación, se resaltarán los límites al margen de configuración del legislador que decide acudir al derecho penal para sancionar el aborto, empezando por los límites generales para luego entrar a resolver el caso concreto.

8. Los límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal.

En relación con el poder punitivo ordinario del Estado, esta corporación ha considerado de manera reiterada, que el legislador cuenta con una amplia libertad de configuración para determinar cuales conductas han de ser consideradas punibles así como para fijar las penas correspondientes a tales comportamientos. Sin embargo, como también lo ha reiterado la Corte, el legislador no cuenta con una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos, por cuanto encuentra claros límites en los principios y valores constitucionales así como en los derechos constitucionales de las personas (...)

8.1. El principio y el derecho fundamental a la dignidad humana como límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal.

(...) ha sostenido esta Corporación que en aquellos casos en los cuales se emplea argumentativamente la dignidad humana como un criterio relevante para decidir, se entiende que ésta protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). (...) La dignidad humana asegura de esta manera una esfera de autonomía y de integridad moral que debe ser respetada por los poderes públicos y por los particulares. Respecto de la mujer, el ámbito de protección de su dignidad humana incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluye la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, o inflingirle sufrimientos morales deliberados. (...)

8.2. El derecho al libre desarrollo de la personalidad como límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad parte de una consideración de tipo axiológico: el principio de la dignidad humana y el marcado carácter libertario de la Carta de 1991. (...) Bajo ésta nueva óptica la autonomía individual –entendida como la esfera vital conformada por asuntos que sólo atañen al individuo– cobra el carácter de principio constitucional que vincula a los poderes públicos, a los cuales les está vedada cualquier injerencia en este campo reservado, pues decidir por la persona supone “arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen” (Sentencia C-221/94). (...) No obstante, esto no quiere decir que se trate de un derecho que carezca de sustancia o cuyo contenido sólo sería posible delimitarlo a partir de sus restricciones; por el contrario, el contenido del derecho está vinculado al ámbito de decisiones propias del individuo, las cuales constituyen su plan de vida o su modelo de realización personal. A lo largo del tiempo, la jurisprudencia constitucional ha identificado un ámbito de conductas protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad (...) El derecho a ser madre, o, en otros términos, la consideración de la maternidad como una “opción de vida” que corresponde al fuero interno de cada mujer. En consecuencia, no es constitucionalmente permitido que el Estado, la familia, el patrono o instituciones de educación, establezcan normas que desestimen o coarten la libre decisión de una mujer de ser madre, así como tampoco lo es cualquier norma, general o particular, que impida el cabal ejercicio de la maternidad. (...) Además, en virtud de la autonomía de toda persona para tomar decisiones relativas a su salud, puede decidir seguir un tratamiento médico o rehusarlo, y esto último aún cuando existan en esa persona perturbaciones mentales que no constituyan obnubilación total que le impidan manifestar su consentimiento, o a pesar de que la elección del paciente no conduzca,

según criterios de otros, incluido el del médico, a su restablecimiento o a la recuperación de su salud. (...)

8.3. La salud, así como la vida y la integridad de las personas, como límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal.

Al igual que la vida y la dignidad humana la salud desempeña múltiples funciones en nuestro ordenamiento constitucional. Por un lado se trata de un bien constitucionalmente protegido que justifica la adopción estatal de medidas para su defensa y deberes en cabeza de los particulares, pero simultáneamente es un derecho constitucional con múltiples contenidos y un servicio público a cargo del Estado. (...) Ahora bien, el derecho a la salud es un derecho integral que incluye el concepto de salud mental y física; y además, en el caso de las mujeres, se extiende a su salud reproductiva, íntimamente ligada a la ocurrencia del aborto espontáneo o provocado, casos en los cuales, por múltiples circunstancias, puede estar en peligro la vida de la madre o ser necesario un tratamiento para recuperar su función reproductiva. (...) Desde esta perspectiva pueden resultar inconstitucionales las medidas adoptadas por el legislador que restrinjan desproporcionadamente el derecho a la salud de una persona, aun cuando sean adoptadas para proteger bienes constitucionalmente relevantes en cabeza de terceros.

En efecto, *prima facie* no resulta proporcionado ni razonable que el Estado colombiano imponga a una persona la obligación de sacrificar su propia salud, en aras de proteger intereses de terceros aun cuando éstos últimos sean constitucionalmente relevantes. (...)

Dentro del ámbito de protección de la autonomía en materia de salud se incluyen distintos derechos de profunda relevancia para el caso objeto de estudio, entre los que cabe destacar el derecho a planear la propia familia, el derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas y el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la salud sexual y reproductiva. (...)

En conclusión las distintas facetas de la salud como bien constitucionalmente protegido y como derecho fundamental implica distintos deberes estatales para su protección. Por una parte la protección a la salud obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias inclusive medidas legislativas de carácter penal. Por otra parte la salud como bien de relevancia constitucional y como derecho fundamental constituye un límite a la libertad de configuración del legislador pues excluye la adopción de medidas que menoscaben la salud de las personas aun cuando sea en procura de preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional. (...)

8.5. La proporcionalidad y la razonabilidad como límites al libertad de configuración del legislador en materia penal.

En numerosas decisiones la Corte Constitucional ha afirmado que el Legislador cuenta con un amplio margen para establecer las conductas punibles y determinar sus sanciones, sin embargo, también ha indicado que el poder punitivo cuenta con límites

en esa labor, tales como el de respetar los derechos constitucionales y atender los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

(...)el legislador puede elegir entre las distintas medidas a su alcance aquellas que considere más adecuadas para la protección de los bienes de relevancia constitucional, y que en ejercicio de tal potestad de configuración puede decidir adoptar disposiciones legislativas de carácter penal que sancionen las conductas que amenacen o vulneren el bien protegido, tratándose de un valor, principio o derecho fundamental. No obstante, dicha potestad de configuración está sujeta a diversos límites constitucionales y en este sentido el principio de proporcionalidad actúa como un límite en dos direcciones. En primer lugar, la medida legislativa de derecho penal no puede suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego, no puede ser, por ejemplo, una medida perfeccionista por medio de la cual se pretenda imponer un determinado modelo de conducta a los asociados, tampoco puede suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección.

Por otra parte, el principio de proporcionalidad opera al interior mismo del tipo penal, pues debido al carácter de última ratio del derecho penal en un Estado social de derecho, las sanción penal como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana – fundamentos axiológicos de este modelo estatal- debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible.

En conclusión, el legislador penal cuenta con un amplio margen de configuración en materia penal, pero dicho margen encuentra sus principales límites en los derechos constitucionales, dentro de los cuales se destacan la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, y la salud en conexidad con la vida y la integridad de las personas. Como sobre tales derechos, del bloque de constitucionalidad no se deriva un mandato determinante para la solución de los problemas jurídicos planteados en este proceso, es necesario aplicar un juicio de proporcionalidad para decidir en qué hipótesis el legislador penal, con el propósito de proteger la vida del *nasciturus*, termina afectando de manera desproporcionada los derechos de la mujer y transgrediendo los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración. (...)

10. Examen del caso concreto.

10.1. La inexecutable de la prohibición total del aborto.

Empero, si bien no resulta desproporcionada la protección del *nasciturus* mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional. (...)

Determinar las hipótesis normativas particulares en las cuales resulta excesivo exigir a la mujer continuar con la gestación porque supone la total anulación de sus derechos fundamentales es una labor que también incumbe al legislador. Una vez ha decidido que las medidas de carácter penal son las más convenientes para proteger la vida del *nasciturus*, le corresponde prever la circunstancias bajo las cuales no resulta excesivo el sacrificio de los bienes jurídicos de los cuales es titular la mujer gestante. No obstante, si el legislador no determina estas hipótesis, corresponde al juez constitucional impedir afectaciones claramente desproporcionadas de los derechos fundamentales de los cuales es titular la mujer embarazada, sin que ello signifique que el legislador carezca de competencia para ocuparse del tema dentro del respeto a los límites constitucionales.

Ahora bien, a pesar de que el Código Penal consagra una prohibición general del aborto, las disposiciones acusadas muestran que bajo ciertas hipótesis el legislador previó la atenuación de la pena o inclusive su exclusión a juicio del funcionario judicial que conoce el caso. Se trata del supuesto cuando el embarazo es resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas (Art. 124 C. P.) (...) el legislador consideró que la mujer aún en tales hipótesis extremas de afectación de su dignidad y autonomía debía ser juzgada y condenada como delincuente. Una regulación en este sentido es desproporcionada porque en definitiva el supuesto sigue siendo sancionable penalmente y en esa medida continúan siendo gravemente afectados los bienes constitucionalmente relevantes de la mujer gestante. la prevalencia absoluta de la protección de la vida del *nasciturus* supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos y que por esa misma razón están sancionadas penalmente en varios artículos del Código Penal (...) En este supuesto cabría incluir también el embarazo resultado del incesto, porque se trata también de un embarazo resultado de una conducta punible, que muchas veces compromete el consentimiento y la voluntad de la mujer. (...) Como ha sostenido esta Corporación en reiteradas ocasiones, el Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos¹¹⁸ y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aun cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido, máxime cuando existe el deber constitucional en cabeza de toda persona de adoptar medidas para el cuidado de la propia salud, al tenor del artículo 49 constitucional. (...)

Una última hipótesis es la existencia de malformaciones del feto, certificadas médicamente. Si bien cabe identificar distintas clases de malformaciones, desde el punto de vista constitucional las que plantean un problema límite son aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable. Se trata de una hipótesis completamente distinta a la simple identificación de alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto. En efecto, la hipótesis límite ineludible a la luz de la

Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación. En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones.

Un fundamento adicional para considerar la no penalización de la madre en este supuesto, que incluye verdaderos casos extremos, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal para la protección de la vida en gestación entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable. (...)

Cabe recordar además, que la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia. En lo que respecta a las personas naturales, cabe advertir, que la objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto, y tampoco puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres; por lo que, en caso de alegarse por un médico la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que si pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica. (...)

Del anterior análisis resulta, que si bien la decisión de penalizar el aborto, como una medida para proteger la vida en gestación resulta constitucionalmente justificada –aunque se insiste, no es la única opción que puede adoptar el legislador ya que este puede escoger otro tipo de medidas de carácter asistencial y prestacional que cumplan con este propósito–, la prohibición completa e incondicional del aborto en todas las circunstancias es abiertamente desproporcionada porque anula completamente derechos de la mujer embarazada garantizados por la Constitución de 1991 y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Protección de los derechos de la mujer que tampoco puede implicar la declaración de inexecutable del artículo 122 acusado, pues sería dejar desprotegida la vida. Además, impediría que el ordenamiento jurídico sobre el aborto surtiera sus efectos en situaciones donde la Constitución no lo ha ordenado permitir.

Por tanto, en virtud del principio de conservación del derecho, resulta necesario proferir una sentencia de exequibilidad condicionada mediante la cual se considere que no se incurre en el delito de aborto en las hipótesis a las cuales se ha hecho mención

con anterioridad. De esta manera se impide que la debida protección a la vida en gestación represente una afectación manifiestamente desproporcionada de los derechos de la mujer embarazada.

Se declarará por lo tanto ajustado a la Constitución el artículo 122 del Código Penal en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

10.2. La inexequibilidad de la expresión “o en mujer menor de catorce años” contenida en el artículo 123 del Código Penal.

El artículo 123 del Código Penal sanciona el aborto causado sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años. La disposición demandada establece por lo tanto una presunción, cual es que la mujer de catorce años carece de capacidad para consentir el aborto, y en esa medida su consentimiento no es relevante desde el punto de vista de la sanción penal.

Se trata por lo tanto de una medida cuya finalidad esencial no es la protección de la vida en gestación, pues este bien resulta protegido de manera amplia y general por medio del artículo 122 ya analizado, sino específicamente en protección de la menor de catorce años embarazada, mediante la presunción que ésta es incapaz de consentir el aborto, lo que se infiere claramente de la lectura del tipo penal, el cual no prevé una sanción para mujer embarazada sino para quien cause el aborto sin su consentimiento. (...)

Se tiene entonces, que la jurisprudencia constitucional ha reconocido en los menores la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la posibilidad de consentir tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo, aun cuando tengan un carácter altamente invasivo. En esta medida, descarta que criterios de carácter meramente objetivo, como la edad, sean los únicos determinantes para establecer el alcance del consentimiento libremente formulado por los menores para autorizar tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo. En materia de aborto el legislador, si lo estima conveniente, podrá establecer reglas específicas en el futuro sobre representación, tutela o curatela sin menoscabar el consentimiento de la menor de catorce años.

Desde esta perspectiva, una medida de protección que despoje de relevancia jurídica el consentimiento del menor, como lo constituye la expresión demandada del artículo 123 del Código Penal resulta inconstitucional porque anula totalmente el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía y la dignidad de los menores.

Adicionalmente, esta medida de protección se revela incluso como contraproducente, y no resultaría idónea para conseguir el propósito perseguido, en aquellos even-

tos que sea necesario practicar un aborto para garantizar la vida o la salud de una menor embarazada. En efecto, dada la presunción establecida por el legislador cualquier persona que practique un aborto en una menor de catorce años sería autor del delito tipificado en el artículo 123 del Código Penal, aun cuando esta intervención sea necesaria para proteger la vida y la salud de la menor y sea consentida por la gestante.

Por las anteriores razones es menester concluir que por anular los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la dignidad de la menor embarazada y adicionalmente, por no resultar adecuada para conseguir los fines que se propone, la medida establecida por el artículo 123 del Código Penal resulta claramente desproporcionada y por lo tanto inconstitucional, razón por la cual la expresión “o en mujer menor de catorce años” contenida en el artículo 123 del Código Penal será declarada inexecutable. (...)

VII. Decisión.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

Resuelve

Primero. Negar las solicitudes de nulidad de conformidad con lo expuesto en el punto 2.3. de la parte considerativa de esta sentencia.

Segundo. Declarar EXEQUIBLE el artículo 32, numeral 7 de la Ley 599 de 2000, por los cargos examinados en la presente sentencia.

Tercero. Declarar EXEQUIBLE el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Cuarto. Declarar INEXEQUIBLE la expresión “...o en mujer menor de catorce años ...” contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000.

Quinto. Declarar INEXEQUIBLE el artículo 124 de la Ley 599 de 2000.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

Salvamento de voto de los Magistrados Marco
Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil a
la Sentencia c-355/06

1. Cuestión previa: inexistencia de cosa juzgada material, pero subsistencia de la *ratio decidendi* con base en la cual se adoptó la Sentencia C-133 de 1994.

[C]omo la jurisprudencia de esta Corporación lo ha venido explicando, el juez constitucional debe ser respetuoso de sus propias decisiones previas, por razones que tocan con los más elementales postulados de seguridad jurídica, igualdad, justicia y confianza legítima. Por ello, según lo reitera el mismo fallo del que ahora nos apartamos, “la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (*ratio decidendi*) de sus precedentes decisiones.” (Sentencia C-447 de 1997). De esta manera, si bien es posible que respecto de decisiones de exequibilidad, el carácter dinámico de la interpretación constitucional lleve a la Corte a redefinir o a modificar la jurisprudencia sentada por ella en algún asunto, para producir este cambio le corresponde esgrimir razones muy poderosas, que tengan fundamento en cambios sociológicos, económicos, políticos o ideológicos que sean constatables con gran facilidad. (...)

En la Sentencia C-133 de 1994, la Corte hizo una interpretación de varios artículos constitucionales, en especial del artículo 11 de la Carta y de sus alcances frente al concebido pero no nacido, interpretación que la llevó a concluir que la vida del *nasciturus* merecía desde la concepción la protección constitucional dispensada en ese artículo 11 y en las demás normas constitucionales mencionadas en tal fallo. Esta argumentación constituyó la *ratio decidendi* del fallo. Véase:

(...)“El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte”.

Adicionalmente, dentro de la *ratio decidendi* que llevó a la Corte al fallo que pronunció en aquella ocasión, estuvo el reconocimiento del hecho científicamente comprobado de que la vida humana existe desde el momento mismo de la concepción; dicho criterio científico fue presentado así:

“El doctor Jérôme Lejeune, profesor de Genética Fundamental en la Universidad de René Descartes y miembro del Instituto de Progénesis de París, en testimonio presentado ante el Subcomité del Senado de los Estados Unidos, de separación de poderes, en punto a la determinación del momento en que comienza la vida humana, expresó: ‘¿Cuándo comienza a existir un ser humano? Trataré de dar la respuesta más precisa a esta cuestión de acuerdo con los conocimientos científicos actuales. La biología moderna nos enseña que los progenitores están unidos a su prole por un eslabón material continuo, de modo que de la fertilización de una célula femenina (el óvulo) por la célula masculina (el espermatozoide) surgirá un nuevo miembro de la especie. La vida tiene una historia muy, muy larga, pero cada individuo tiene un comienzo muy preciso, el momento de su concepción.’

‘El eslabón material es el filamento molecular del DNA. En cada célula reproductora, este filamento de un metro de longitud aproximadamente, está cortado en piezas (23 en nuestra especie). Cada segmento está cuidadosamente enrollado y empaquetado (como una cinta magnetofónica en un minicasette) de tal modo que al microscopio aparece como un pequeño bastón, un cromosoma. Tan pronto como los 23 cromosomas

que proceden del padre se unen por la fertilización a los 23 cromosomas maternos, se reúne toda la información genética necesaria y suficiente para expresar todas las cualidades hereditarias del nuevo individuo. Exactamente como la introducción de un minicasette en un magnetófono permitirá la restitución de la sinfonía, así el nuevo ser comienza a expresarse a sí mismo tan pronto como ha sido concebido.”

En la presente ocasión, en la Sentencia de la cual nos apartamos los suscritos echamos de menos la presentación de razones poderosas que expliquen que los anteriores criterios científicos carecen de validez, o que han sido sustituidos por otros, o rebatidos de alguna forma. Simplemente, sin mayor argumentación se deja de lado en este punto la *ratio decidendi* que llevó a la Corte adoptar el fallo contenido en la Sentencia C-133 de 1994 (...) la Sentencia de la cual nos apartamos tampoco cumple con la carga argumentativa de demostrar que han cambiado las concepciones sociológicas respecto de la forma de entender y aplicar los valores, principios y reglas constitucionales involucrados en el asunto del respeto a la vida del no nacido desde el momento mismo de la concepción, de manera que ciertamente pueda hablarse de un consenso social no mínimo sino máximo, respecto de la nueva lectura de la Carta en este punto. Es de anotar que la interpretación histórica de la Carta revela que la Asamblea Nacional Constituyente descartó el posible derecho de la mujer a abortar y se ratificó la inviolabilidad de la vida humana desde el momento mismo de la concepción.

De otro lado, los suscritos hacen ver que la interpretación constitucional conforme a la cual la vida humana merece protección desde el momento mismo de la concepción no estaba recogida únicamente en la Sentencia C-133 de 1994, sino que sostenidamente la jurisprudencia de esta Corporación había defendido esta postura tanto en sede de constitucionalidad como de tutela. (...)

2. La vida como derecho subjetivo fundamental de todo ser humano desde el momento mismo de la concepción, y no como simple bien constitucionalmente relevante.

(...) Los argumentos que utiliza la Sentencia son en extremo ambiguos. Consisten en reducir la vida humana, o por lo menos la vida humana del *nasciturus*, a la categoría de valor o bien abstracto, despojándola de su verdadera naturaleza: la de constituir para el ser humano viviente su mismo ser. Así pues, si la vida ya no es para el viviente su mismo ser, el titular de la misma, en este caso el *nasciturus*, queda reducido al mundo de las cosas, y por lo tanto, su protección constitucional se ve reducida frente a la de los demás sujetos titulares de cualquier otro derecho, considerados, éstos sí, como seres humanos vivientes.

De esta manera, la diferenciación entre las nociones de persona humana y vida humana tiene como principal objetivo dar una pretendida fundamentación teórica a la desprotección jurídica de la vida del no nacido, y a la supuesta prevalencia de los derechos en cabeza de terceros.

En efecto, la vida del *nasciturus* entendida sólo como un “bien” o “cosa” y no

como un verdadero derecho puede entonces ser objeto de disposición por parte de otros: justamente por aquellos cuyos derechos entran en conflicto con tal vida humana.

Lo más grave de esta diferenciación entre la vida como bien y la vida como derecho es que puede ser extendida no solo a los casos de la vida humana naciente, como se hizo en la presente oportunidad, sino a otros supuestos de hecho, como por ejemplo el de la vida al término del ciclo vital, lo cual permite que los intereses de los más fuertes se impongan sobre los más débiles.

2.2 La sola presencia de vida humana biológica independiente determina que, desde el momento de la concepción, exista la titularidad del derecho fundamental a la vida en cabeza del ser humano no nacido.

(...) *Prima facie* parecería que la Constitución Política no establece claramente el momento en que se adquiere la titularidad de derechos, y especialmente el derecho a la vida, dada la textura abierta de las normas directamente relevantes. (...)

Siendo ésta pues la perspectiva que plantea la exégesis meramente textual de la Carta Política, a juicio de los suscritos magistrados disidentes se hacía imperativo acudir a criterios de interpretación complementarios, que permitieran esclarecer el significado real de los artículos constitucionales en cuestión.

2.2.2 El primer criterio al que debió haberse acudido, por mandato expreso del artículo 93 de la Constitución⁴⁸¹, es aquel emana de lo que al respecto dicen los tratados internacionales sobre derechos humanos. Así pues, los suscritos acuden a este tipo de convenios en búsqueda de la definición relativa al momento en el cual aparece la titularidad de derechos en cabeza del ser humano. Al respecto encuentran que la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, adoptada y proclamada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de diciembre de 1948, en su artículo 6° dice lo siguiente:

“Artículo 6: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

Para los suscritos, la norma internacional transcrita señala con precisión que una vez que aparece la vida humana en cabeza de un ser biológicamente individualizado, como según la ciencia lo es el *nasciturus*, en él se radica la personalidad jurídica, es decir, la efectiva titularidad de derechos fundamentales, entre ellos el primero y principal, la vida, así como la aptitud para ser titular de otra categoría de derechos.

En el mismo orden de ideas, el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Pacto de San José de Costa Rica) señala que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”, en una clara alusión a que todo ser humano es titular de los derechos humanos que reconoce el Derecho Internacional.

Con más claridad aún, el numeral 2° del artículo 1° de esta misma Convención dice así:

“2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”

Por lo anterior, estiman los suscritos que conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no cabía duda respecto a que el ser humano que está por nacer tiene derecho a ser reconocido como persona, y en tal virtud es titular del derecho a la vida, por lo cual los artículos de la Constitución Política relativos a este derecho debieron ser interpretados a la luz de esta premisa fundamental.

2.2.3 El segundo criterio al que debió haberse acudido para establecer el momento en que se adquiere la titularidad de derechos desde la perspectiva de la Constitución Política era el criterio sistemático, a la luz del marco axiológico y los principios fundamentales de la Carta. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que a partir de los artículos primero superior, relativo al principio de dignidad humana, quinto, referente a la primacía de los derechos inalienables de la persona humana, 94 que acepta como fundamentales todos los derechos inherentes a la persona humana, y 14 que afirma que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, puede afirmarse que el Constituyente de 1991 entendió los derechos fundamentales, no como un acuerdo político o una elaboración conceptual, sino como una consecuencia y manifestación directa de la dignidad especialísima del ser humano, de su indisponibilidad, y de su no pertenencia al “reino de las cosas”, que el Estado no puede más que reconocer y garantizar. (...)

2.2.4. En efecto, la identidad entre el concepto constitucional de persona y la noción de ser humano, y la subsiguiente consecuencia según la cual todo ser humano (toda persona) tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (C.P Art. 14), se derivan de las características mismas de la vida humana. Ciertamente, lo único en lo que todos los seres humanos coinciden, sin que haya diferencia alguna de modo o intensidad, es en el hecho mismo de la pertenencia a la especie humana, mientras que en lo relativo a todo cuanto manifiesta o se sigue de esta condición, las diferencias pueden ser bastante significativas. Y así por ejemplo, mientras que es indudable que un infante de seis meses y un hombre maduro son igualmente individuos de la especie humana, no se puede afirmar lo mismo en lo que respecta al uso de la razón o al desarrollo físico, así como tampoco es posible predicar la misma sensibilidad de una persona sana, que de quien por hallarse en estado de coma ha perdido la capacidad sensitiva.

De este modo hay que concluir que la fundamentación de la personalidad jurídica en aspectos que pueden variar notablemente de un hombre a otro sólo puede conducir a la aceptación de una gradación en los derechos fundamentales con prevalencia de los derechos de los más fuertes. (...)

Indudablemente, las conclusiones arriba enunciadas sólo son compatibles con un modelo de Estado estamental, en donde la carta de derechos no es universal sino que varía notablemente de acuerdo con la clase o casta de cada sujeto, y en el que el principio de protección a los débiles queda esencialmente excluido. El Estado Social y democrático de derecho, fundado en los principios de la dignidad humana (valía intrínseca del ser humano), de igualdad y de solidaridad parece pugnar frontalmente con estos supuestos. (...)

3. La vida humana en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Dice la Sentencia de la cual nos apartamos, que, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la noción de ser humano es un concepto indeterminado, cuya precisión corresponde a los Estados y a los organismos encargados de interpretar el alcance de los tratados. Los suscritos discrepamos de esta conclusión, pues estimamos que diversas normas, recogidas en tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad, son precisas al señalar que todo ser humano es persona, y en tal virtud, desde la concepción, es titular de derechos fundamentales amparados por el Derecho Internacional.

Para empezar, como arriba se dijo, la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, adoptada y proclamada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de diciembre de 1948, en sus artículos 3° y 6° dice lo siguiente:

“Artículo 3: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

“... ”

“Artículo 6: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

Al parecer de los suscritos, las disposiciones anteriores no consagran conceptos jurídicos indeterminados que deban ser precisados por los Estados o por los organismos internacionales, sino el claro y preciso mandato de reconocimiento de titularidad de derechos en cabeza de todo ser humano individual, cualquiera que sea la etapa de su desarrollo histórico en que se encuentre.

Por su parte, como se dijo anteriormente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica en 1969, en el número 2° del artículo 1° de la Parte I, indica con toda claridad lo siguiente:

“2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”

Para quienes nos apartamos de la posición mayoritaria, la anterior disposición no deja margen a los Estados para interpretar la norma internacional en un sentido diferente al que con claridad arroja su lectura literal.

En el mismo sentido, en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante la Ley 12 de 1991, se lee:

“Preámbulo:

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, **tanto antes como después del nacimiento**”,

“... ”

“Artículo 1

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

“... ”

“Artículo 6

“1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

“2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”(Negritillas fuera del original)

3. La vida humana en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (...)

3.2.1.6. Las conferencias internacionales y el aborto:

Por último, en lo relativo a la posible obligación internacional de despenalizar el aborto aunque fuera en casos excepcionales en que podría eventualmente estar el Estado colombiano, los sucritos recuerdan con particular énfasis, que en el año 1994 se llevó a cabo en El Cairo la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIPD), bajo los auspicios de las Naciones Unidas, en donde se planteó a la Asamblea la conveniencia de que los Estados asumieran la obligación de legalizar el aborto. Tal proposición fue rechazada por la mayoría de los Estados, que en cambio aprobó al respecto el siguiente texto, que aparece en el párrafo 8.25 del informe de dicha Conferencia internacional:

“En ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación de la familia. Se insta a todos los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes a incrementar su compromiso con la salud de la mujer, a ocuparse de los efectos que en la salud tienen los abortos realizados en condiciones no adecuadas (definidas en una nota de pie de página) como un importante problema de salud pública y a reducir el recurso al aborto mediante la prestación de más amplios y mejores servicios de planificación de la familia. Las mujeres que tienen embarazos no deseados deben tener fácil acceso a información fidedigna y a asesoramiento comprensivo. Se debe asignar siempre máxima prioridad a la prevención de los embarazos no deseados y habría que hacer todo lo posible por eliminar la necesidad del aborto. **Cualesquiera medidas o cambios relacionados con el aborto que se introduzcan en el sistema de salud se pueden determinar únicamente a nivel nacional o local de conformidad con el proceso legislativo nacional.**”(Negritillas fuera del original).

Por su parte, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, llevada a cabo en Beijing, China, en 1995, también auspiciada por la ONU, la propuesta sobre la necesidad de legalización del aborto se presentó como un derecho sexual y reproductivo de la mujer, posiblemente integrante de los llamados derechos sexuales y reproductivos. No obstante, dicha conferencia de Beijing tampoco aceptó la legalización del aborto ni la obligación de los Estados de legislar en este sentido. En la plataforma de acción que surgió de aquella Conferencia, dice:

“La aplicación de las medidas que se han de adoptar contenidas en la sección relativa a la salud son un derecho soberano de cada país y deben ajustarse a las leyes nacionales y las prioridades de desarrollo, respetar plenamente los distintos valores religiosos y éticos y las tradiciones culturales de sus poblaciones y observar los

derechos humanos internacionales reconocidos universalmente.” (Negrillas fuera del original) (...)

4. Los derechos fundamentales de las mujeres en la Constitución Política y en el Derecho internacional. (...)

Los suscritos comparten las apreciaciones de la mayoría en torno al reciente desarrollo de los derechos de la mujer tanto en el constitucionalismo colombiano como en el Derecho Internacional. Así mismo, aceptan que la libertad de configuración del legislador en materia penal no es absoluta, y que encuentra límites en los derechos fundamentales y en la dignidad humana. Sin embargo, no comparten las consideraciones vertidas en la sentencia conforme a las cuales no resultaba proporcionado ni razonable que el Estado colombiano impusiera a una persona la obligación de sacrificar su salud o su libertad en aras de la protección de intereses de terceros, aun cuando estos últimos fueran jurídicamente relevantes, es decir en aras de la protección de la vida del no nacido entendida como “bien” constitucionalmente relevante.

4.2 La dignidad humana, la armonización de los derechos que de ella dimanar, y la protección del derecho a la vida del que está por nacer. (...)

4.2.1 La noción de dignidad humana. (...) El reconocimiento de la dignidad humana implica, por tanto, la aceptación de que el sólo hecho de ser humano confiere al individuo un estatus que lo sitúa por encima del orden de las cosas y le hace acreedor de un trato diferenciado de aquello que pertenece al mundo de los objetos. Significa que el individuo humano, sea cual sea su condición o circunstancia, es de suyo un ser merecedor de un trato adecuado a su especial estatus, y que en consecuencia es un ser exigente ante el derecho. Significa, además, que por su especial jerarquía y superioridad respecto de las demás cosas, no puede recibir el mismo trato que se da a estas, y que, en consecuencia, no puede hallarse bajo ningún otro dominio que aquel que él mismo ejerza sobre su propio ser. (...) De otra parte, la expresión dignidad, referida al ser humano, ha de entenderse como manifestación de que el individuo de la especie humana constituye un fin en sí mismo y posee un valor intrínseco. En virtud de ello, ha de considerarse contrario al orden jurídico y social todo aquello que contribuya a la instrumentalización de la humanidad, esto es, a la reducción de cualquier individuo humano a la categoría de medio, esto es, de ser disponible y utilizable para la consecución de los fines de otros. Ha de tenerse en cuenta que la dignidad humana no solamente comporta la exigencia de un trato determinado, de respeto a ciertos derechos llamados fundamentales, sino que también supone que los actos lesivos de dichos derechos sean efectivamente reparados. (...)

4.2.2 La dignidad de la persona humana y la coexistencia de los derechos fundamentales. Ahora bien, el ser humano es un ser insertado en la sociedad. Su condición de socio de sus congéneres le obliga a vivir en convivencia con ellos, de lo cual resulta que los derechos que dimanar directamente de su dignidad como exigencias de ésta, es decir los derechos fundamentales, puedan en ciertos casos entrar en conflicto con

iguales derechos de los demás, e incluso con objetivos sociales considerados como de bien común. Así, compete a la ciencia jurídica, no sólo reconocer tales derechos dimanantes directamente de la dignidad humana, sino lograr su coexistencia.

A diversos criterios acude el Derecho para solucionar el conflicto o tensión que puede presentarse entre los derechos fundamentales de los seres humanos, y entre éstos y el bien común. En primer lugar, respecto de éste último punto, los valores y principios que sirven de fundamento al concepto de Estado Social de Derecho permiten afirmar que el bien común prevalece sobre el bien particular, pero que para conseguirlo no es posible apelar al desconocimiento de los derechos fundamentales del hombre, reconocidos como exigencia de su dignidad intrínseca (...)

4.2.3 Criterios para resolver los conflictos entre los derechos fundamentales de las personas, en el entendido de que todas ellas se revisten de igual dignidad.

En cuanto a los criterios para resolver los conflictos entre los derechos fundamentales de las personas, en el entendido de que todas ellas se revisten de igual dignidad, y que por lo tanto, respecto de un mismo derecho se encuentran en igual posición, la doctrina y la jurisprudencia han utilizado los siguientes:

a) El criterio de la jerarquización de derechos: (...) todos y cada uno de los valores y principios superiores, entre ellos los derechos fundamentales, en cuanto son el fundamento o base de la organización social, tendrían igual importancia, de manera que lo que correspondería al juez constitucional en caso de conflicto no sería escoger entre derechos enfrentados, sino lograr la aplicación de todos ellos mediante un ejercicio de ponderación que, partiendo de la base de que no existen derechos absolutos, pues todos ellos admiten restricciones o límites, lograra el reconocimiento en el mayor grado posible de todos los derechos enfrentados, y evitara restricciones que acabaran en el desconocimientos del contenido esencial de cualquiera de los derechos implicados en el conflicto.

Empero, en ciertas circunstancias cobra importancia la utilización de este criterio. En efecto, la jerarquización es el método de resolución de conflictos de derechos en el cual se da prevalencia a uno sobre otro u otros, tras la demostración de que uno de ellos tiene mayor valía, y que por lo tanto su ejercicio debe prevalecer sobre el ejercicio de los demás. Tal sucede con el derecho a la vida, respecto del cual la Carta política parece referirse abstractamente a la mayor jerarquía de tal derecho, cuando en el artículo 11 enuncia: "El derecho a la vida es inviolable". Tal afirmación, no recogida respecto de los demás derechos, indica el carácter impropfanable de la vida humana entendida como derecho. Y ello obedece a varias razones en las cuales vale la pena reparar.

En primer lugar, la vida para el ser humano viviente es su mismo ser; en tal virtud, es el presupuesto fáctico de la titularidad y vigencia de todos los demás derechos fundamentales, sin excepción. Por lo cual el desconocimiento del derecho a la vida implica de suyo el desconocimiento subsiguiente e inmediato de todos los demás que de él dependen. La anterior afirmación resulta tan

obvia y evidente, que no merece más consideraciones. Pero, adicionalmente, la vida humana entendida como derecho no admite gradaciones o restricciones. Ciertamente, no se puede estar más o menos vivo. Simplemente se está vivo o se está muerto. Cosa que no sucede respecto de los demás derechos que, por su estructura y modo de ejercicio, pueden reconocerse en mayor o menor grado respecto de su titular. Así por ejemplo, como es sabido, la libertad o la igualdad admiten restricciones (no su desconocimiento), en aras del logro de objetivos constitucionales relevantes.

La vida en cambio es inviolable, consecuente con ello, no admite nuestra Constitución la pena de muerte. Podría la ley exigir que la vida se ponga en riesgo a fin de lograr objetivos constitucionalmente importantes, como de hecho puede en ciertas circunstancias suceder en el ejercicio de ciertas profesiones como la médica o la militar, o en el cumplimiento de deberes constitucionales, como el de prestar servicio militar. Pero el sacrificio mismo de la vida en aras de cualquier otro objetivo externo al sujeto, por loable que sea, no es exigible en derecho. (...)

b) El criterio de ponderación de derechos. El otro criterio al que usualmente acude la ciencia constitucional para resolver conflictos de derechos es el criterio de la ponderación. La ponderación de derechos, entendidos como principios, parte de la base de que las normas que los reconocen son mandatos de optimización. En este sentido dice Alexy: En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de principios”.

La ponderación consiste en determinar el peso que debe tener en un caso concreto un derecho, frente a otro que entra en tensión con él. Para ello el juez constitucional utiliza prevalentemente el principio de proporcionalidad. De cualquier manera, la finalidad de este método es similar al de jerarquización, pues persigue evidenciar qué ejercicio de derechos puede ser calificado de legítimo, dada la importancia que reviste o peso que tiene, en relación con los otros que se encuentren implicados. Sin embargo, la ponderación también puede llevar al juez a establecer restricciones correlativas de derechos en tensión, a fin de lograr su efectividad coetánea, pero limitada. (...)

4.2.4. Por qué el aborto terapéutico no resultaba constitucionalmente admisible por no resistir un test de proporcionalidad.

A la base de la justificación del llamado aborto terapéutico, se encuentra un conflicto de derechos: el derecho a la vida de la madre frente al derecho a la vida del

hijo. Entre la muerte de uno de los dos, la Sentencia mayoritariamente adoptada sostuvo que debía optarse por la vida de la madre frente al “bien jurídico” representado en la vida del hijo.

A juicio de los suscritos, partiendo de la base de que la vida del hijo no es sólo un bien jurídico sino un verdadero derecho, en el conflicto de derechos que se acaba de plantear, no se podía optar por la vida de la madre, como tampoco por la del hijo. (...)

Al parecer de los suscritos, el tipo penal básico de aborto contenido en el artículo 122 del Código Penal se ajustaba a esa neutralidad jurídica que exigía no “escoger” entre la vida de uno o del otro; en efecto, la norma prohibía toda acción directamente occisiva dirigida contra la vida del hijo (aborto), tendiente a defender la vida de la madre, pero una lectura sistemática del Código Penal revelaba que otras disposiciones prohibían idéntica acción directamente occisiva dirigida en contra de la vida de la madre (homicidio), intentada para defender la vida del hijo. Por lo anterior no era cierto, como lo afirmaba la demanda y aceptó la Corte, que en el artículo 122 del Código Penal el legislador consagraba una norma que sólo se ocupaba de defender la vida del feto, olvidándose de la protección que también debía dispensar a la madre.

4.2.4.1. El conflicto de derechos implícito en el aborto terapéutico, y la manera de resolverlo:

La situación fáctica en que se halla la madre en el caso del llamado aborto terapéutico es aquella en la cual su vida está amenazada o corre riesgo, y el aborto de la criatura que lleva en el vientre haría desaparecer, o al menos menguar, ese riesgo de muerte. Así las cosas, a la hora de estudiar si tal aborto resulta posible desde la perspectiva del respeto de los derechos involucrados, la ciencia jurídica se enfrenta ante el evidente conflicto de derechos que se da entre la vida de la madre y la del hijo, derechos ambos de la misma jerarquía.

La Constitución no prohíbe la restricción de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, reiteradamente la Corte ha afirmado que el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 superior no impide que la ley establezca tratos diferentes, sino que exige que éstos tengan un fundamento objetivo y razonable. De manera general, la jurisprudencia ha admitido que la restricción de los derechos fundamentales es constitucionalmente admisible, siempre y cuando supere el llamado test o juicio de proporcionalidad, que comprende distintas etapas. En efecto, en la aplicación de dicho test, el juez constitucional debe superar varios pasos: el primero consiste en verificar si la restricción del derecho fundamental persigue un objetivo constitucionalmente válido.

Determinado lo anterior, debe examinar si la medida para lograr dicho objetivo es “adecuada” para ello, es decir si resulta idónea para alcanzar el propósito constitucional de que se trata. Establecida la idoneidad de la medida, debe constatar que la misma sea necesaria o indispensable para ese propósito, es decir debe verificarse que no existan otros medios alternativos para lograr el mismo objetivo, que no impliquen restricción de derechos fundamentales. Por último, el juez debe realizar un análisis de “proporcionalidad en estricto sentido” que consiste en establecer si el sacrificio del derecho fundamental implicado no resulta excesivo frente a la realización de los logros

o beneficios obtenidos. (...)

En cuanto al objetivo perseguido con esta modalidad de aborto –salvar la vida de la madre–, ciertamente el mismo se ajusta a la Carta, que define que todas las personas tienen derecho a la vida y que las autoridades de la República están construidas para defender este derecho. Así pues, el aborto terapéutico persigue un fin constitucionalmente válido. Adicionalmente, la medida escogida puede estimarse adecuada, pues una vez determinado médicamente que la muerte y extracción del feto llevarían al reestablecimiento de la salud materna y a conjurar el peligro de muerte que sobre ella pesa, la idoneidad de tal medida aparece demostrada. Así mismo, en ciertos casos tal procedimiento puede revelarse como necesario para conjurar el riesgo de muerte, en el sentido de no existir otro tratamiento, medicamento o procedimiento alternativo que conduzca a los mismos resultados.

Empero, el requisito de proporcionalidad en sentido estricto no se cumple. Ciertamente, el sacrificio o afectación de derechos del feto resulta superior al beneficio obtenido, que sería evitar el peligro de muerte de la madre. Pues el sacrificio de derechos del feto es el máximo posible que un ser humano pueda experimentar, si se tiene en cuenta que siendo la vida el presupuesto fáctico de vigencia de todos los demás derechos, su aniquilamiento no sólo desconoce ese primer derecho fundamental, sino todos los otros. Además, en este caso tal sacrificio se da con carácter de certeza, pues la acción médica que culmina con el aborto terapéutico es una acción directamente occisiva, encaminada a causar intencionalmente la muerte del ser humano no nacido. Frente a este sacrificio en grado de intensidad máximo, el beneficio obtenido es evitar el riesgo o amenaza de muerte de la madre, es decir de una muerte eventual o probable, mas no cierta. En otras palabras, frente a la eventual muerte de la madre se yergue la cierta muerte de su hijo, de modo que la ponderación de derechos acaba haciéndose a partir de una situación fáctica de riesgo de muerte de la madre, a la que se opone la situación fáctica de certeza de muerte del feto.

4.2.4.2. Una precisión necesaria: Aborto directo y aborto indirecto.

En este punto, los suscritos consideran necesario referirse a las diferencias entre las nociones de aborto directo y aborto indirecto, pues el artículo 122 del Código Penal, antes de la presente sentencia, solamente penalizaba la primera de estas conductas. En efecto, en esa disposición el legislador no prohibía llevar a cabo todos los tratamientos y procedimientos al alcance del cuerpo médico, que tuvieran por objeto directo preservar la vida de la madre, incluso si como consecuencia indirecta de ellos se llegaba a producir la muerte del feto. (...) para que pudiera hablarse de aborto criminal era necesario un requisito fundamental: el dolo, esto es la intención positiva de causar la muerte a un ser humano no nacido, cuya vida no es viable extra uterinamente. En efecto, dentro de los elementos del delito, la doctrina unánimemente menciona la necesidad de que concurra el “animus feticida”, es decir, que la conducta esté conscientemente dirigida a la destrucción o expulsión del feto no viable. En otras palabras, la conducta penalmente reprimida era (y aun es) la conducta intencional o voluntaria. No existe, por tanto, el aborto culposo. (...)

4.2.4.3. El estado de necesidad y el llamado aborto terapéutico.

Conforme lo prescribe el numeral 7º del artículo 32 del Código Penal, “(n) *habrá lugar a responsabilidad penal cuando... 7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.*”

De la anterior manera consagra el Código la causal de justificación llamada “estado de necesidad”. De manera general, se entiende por estado de necesidad “una situación de peligro actual e inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede ser evitada mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona.”

Para que pueda hablarse de estado de necesidad se requieren tres supuestos: (i) que esté en peligro un bien jurídico protegido del agente; (ii) que ese peligro sea grave e inminente; (iii) que la necesidad no se pueda imputar a la culpa del agente. (iv) que no existan medios alternativos de proteger el bien jurídico que se trata de preservar; (v) que la conducta sea proporcionada, es decir haya adecuación entre el peligro corrido y la conducta del agente; (vii) que el peligro no deba afrontarse por obligación profesional.

En cuanto al requisito de proporcionalidad, enunciado como la necesidad de que haya equivalencia o adecuación entre el peligro corrido y la conducta del agente, la exigencia incluye dos dimensiones: una es la relativa al valor de los bienes jurídicos que entran en juego, y la otra es la referente a la certeza de la afectación de dichos bienes.

En el caso del llamado aborto terapéutico, los bienes jurídicos son equivalentes, es decir la vida de la madre y la del hijo tienen el mismo valor o jerarquía. No así la certeza respecto de la afectación de dichos bienes. Pues en el evento en el cual el embarazo ocasione un riesgo grave para la vida de la madre, mientras la continuación del embarazo sólo supone el aumento de dicho riesgo, incluso hasta en un grado muy alto, el aborto terapéutico, como forma de aborto directo, siempre implica la certeza de la muerte del *nasciturus*, es decir la seguridad de afectación máxima del bien jurídico en cabeza de suya. Así pues, aunque existe una equivalencia de bienes jurídicos, la anulación cierta de uno no se justifica por la mera probabilidad de la afectación del otro.

Por lo anterior, para los suscritos nuevamente se demuestra que en el aborto terapéutico no se cumplía a cabalidad el requisito de proporcionalidad estricta, que debe darse para que se configure la causal de justificación por estado de necesidad, por lo cual esta modalidad de aborto no podía considerarse amparada por esta figura, como lo consideró la mayoría.

4.2.4.4. El aborto terapéutico, la igualdad y la dignidad humana. (...)

Pero adicionalmente, el aceptar que la necesidad de salvar una vida justifique una acción directamente occisiva sobre la vida de un tercero, que por lo demás se encuentra en total estado de indefensión, supone una relativización tácita del principio de dignidad humana que, como se ha visto anteriormente, es uno de los principios fundan-

tes del orden jurídico colombiano. (...)

Despojar al ser humano de su estatuto jurídico propio, negar su indisponibilidad frente a terceros, equivale a negar su condición de sujeto de derechos, y no habiendo en el Derecho más categoría que la de sujeto de derechos propios u objeto de derechos ajenos, supone necesariamente el reconocimiento del principio de que un ser humano puede, por razones temporales, funcionales o circunstanciales (el peligro de muerte de otro sujeto de derecho) ser considerado propiedad ajena, por cuanto sólo es posible disponer de lo que es propio. (...)

La aceptación del aborto, aún en casos excepcionales y extremos, implica de suyo, un retorno a modelos jurídicos en los que se aceptaba la distinción de los seres humanos entre personas (sujetos de derecho) y no personas o esclavos, es decir seres que se encuentran bajo el dominio de otro. (...)

Ciertamente, al parecer de los suscritos el Derecho tiene como función aliviar los padecimientos humanos y procurar el bienestar de los asociados. Sin embargo, esta finalidad no puede ser entendida en términos absolutos, porque al Derecho sólo le es dado perseguir estos fines en cuanto sea posible alcanzarlos a través de medios lícitos, es decir no contrarios a los derechos de terceros. En caso contrario, no queda más que padecer o tolerar ciertos males, que comparados con el daño jurídico que supone el quebrantamiento de derechos fundamentales de otros, y con ello del orden social justo, deben ser considerados males menores. (...)

4.2.5. El aborto eugenésico, eutanásico o aborto en las circunstancias excepcionales de malformación del feto incompatible con la vida extrauterina. (...)

4.2.5.1. La dignidad humana y las malformaciones.

(...) si la dignidad se tiene por la sola condición humana, y si la condición humana no radica en la apariencia física, que es sólo su manifestación, las malformaciones en el desarrollo, entendidas en sentido amplio como defectos estructurales o anatómicos, o alteraciones fisiológicas, no conllevan la indignidad de quien las padece. Así pues, la presencia de malformaciones o alteraciones fisiológicas no hace carente de dignidad al malformado, por lo cual también él es sujeto de derechos fundamentales, dado que la dignidad humana es el fundamento de toda exigibilidad jurídica. Ahora bien, las malformaciones o alteraciones del hijo en modo alguno representan tampoco una fuente de indignidad para su madre, pues tampoco su estatus de persona humana y las exigencias que de ello se derivan dependen de la apariencia externa o de la particular fisiología del hijo que lleva en el vientre, o que ya ha nacido.

4.2.5.2. Las malformaciones estructurales y la vida en condiciones dignas.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte ha establecido que la dignidad exige el reconocimiento de ciertas condiciones de vida al ser humano, conjunto de condiciones que ha llamado "vida digna". Las cuales comprenderían aquellas circunstancias mínimas de orden material, moral y cultural, que le permitirían a la persona vivir de conformidad con la especial valía que tienen por el solo hecho de su pertenencia a la especie humana. Dentro de estas condiciones materiales, la salud física ha sido vinculada a los requerimientos de la vida en condiciones dignas.

¿Significa lo anterior que si las malformaciones estructurales o las alteraciones fisiológicas que padece un ser humano afectan su “vida digna”, entendida en los términos que se acaban de explicar, esta circunstancia haga que la persona que padece de tales malformaciones vea afectada por ese hecho su dignidad?

Los suscritos respondemos en forma categóricamente negativa el anterior interrogante. La dignidad intrínseca de cada ser humano no depende de la calidad de vida que sus circunstancias personales le permiten disfrutar.

Como se dijo arriba, la dignidad es una noción abstracta equivalente a un especial valor, por el sólo hecho de pertenecer a la especie humana.

Ahora bien, el concepto de vida digna (o si se quiere calidad de vida), responde al reconocimiento o aceptación de que la dignidad humana genera verdaderas exigencias de conducta para todos los protagonistas del orden jurídico, tendientes a reconocer en todos los hombres seres de especial valía, independientemente de su situación fáctica. Por ello, tal concepto lejos de significar que quien no tiene “calidad de vida”, o no vive una “vida digna”, carece de dignidad, constituye más bien un apremio para que, en la medida de lo naturalmente posible, ese mínimo de circunstancias acordes con la dignidad abstracta le sean efectivamente suministradas a quien no goza de ellas.

En este sentido, el principio constitucional de solidaridad adquiere una especial relevancia, en cuanto se orienta a establecer una exigencia jurídica de cooperación de todos los asociados, para la creación de condiciones que favorezcan el mantenimiento de una vida digna por parte de los mismos. Compromiso colectivo de solidaridad, que se hace más exigente aún con los más débiles y que se funda, a su vez, en el reconocimiento constitucional del principio de dignidad de todo ser humano. (...)

4.2.5.3 El aborto como medio para terminar los padecimientos físicos del feto que padece malformaciones incompatibles con la vida extrauterina carece de justificación constitucional. (...)

(...) el asunto del aborto puede proponerse como una forma de aliviar o acabar con los padecimientos que dichas malformaciones le acarrearán o le traerán en un futuro al mismo feto, y simultáneamente con correlativos padecimientos morales que afectarán a la madre por ese mismo hecho de la malformación de su hijo. Así planteado, el aborto presentaría cierta analogía con el homicidio por piedad, de tal manera que podría ser llamado “aborto eutanásico”. (...)

Así pues, la Corte ha estimado que causar la muerte a otro movido por la piedad puede estar justificado. Empero, ha exigido que para que se configure tal causal de justificación, debe estar de por medio “la voluntad libre del sujeto pasivo del acto”. Es más, ha puesto énfasis en que deben existir regulaciones “destinadas a asegurar que el consentimiento sea genuino”.

Visto lo anterior, debe estimarse que no es posible asimilar el homicidio pietístico justificado (eutanasia consentida) al aborto que se practica en caso de detección de malformaciones genéticas, pues en este último el sujeto pasivo de la acción (el feto), no ha dado su consentimiento ni está en condiciones de hacerlo, sin que tampoco pueda razonablemente entenderse que su progenitora puede consentir por él, en asunto tan

fundamental como el concerniente a la disposición de su vida.

4.2.5.4. El aborto eugenésico en el caso en que las malformaciones del feto lo hacen inviable extrauterinamente. (...)

Así pues, siguiendo la propia jurisprudencia de la Corte, los suscritos magistrados disidentes rechazamos que el aborto eugenésico, cuando las malformaciones del feto lo hagan incompatible con la vida extrauterina, pueda estar justificado por la sola decisión o voluntad de la madre del niño por nacer que viene afectado de tales malformaciones. Ello significa simplemente dejar en manos de la madre, por razones de supuesta piedad, la disposición sobre la vida de su hijo. De allí a justificar en cualquier caso el homicidio por piedad de personas nacidas, prescindiendo de la voluntad de quien padece los sufrimientos incurables, no hay sino un pequeño paso; lo anterior por cuanto tan ser humano es la persona malformada nacida como la no nacida, por lo cual la eutanasia no consentida, como el aborto eutanásico o eugenésico, implican en ambos casos la misma conducta: la de disponer impunemente de la vida de un ser humano indefenso.

4.2.5.5. El aborto eugenésico o eutanásico y los derechos de la madre.

Puede argüirse, como de hecho lo hace la Sentencia de la cual discrepamos, que la prolongación del embarazo no parece justificada frente a los derechos de la madre, quien no tendría por qué verse sometida a soportar las incomodidades que de la gestación se derivan para ella, cuando es un hecho cierto que el hijo que alberga morirá inexorablemente debido a sus malformaciones. Tales incomodidades incluso se asimilan en el fallo a tratos crueles y degradantes.

Este argumento de tipo pragmático mira entonces a los derechos de la madre, en particular al derecho al libre desarrollo de su personalidad, y propone que éste, en tales circunstancias, debe ser prevalente frente al derecho a la vida del hijo, que se juzga precario dada la situación de malformación detectada. (...)

No obstante, antes de proceder a lo anterior, debe tenerse en cuenta que en cuanto la dignidad y los derechos fundamentales que de ella se derivan como exigencia, entre ellos en primer lugar el derecho a la vida, no dependen de la calidad de vida del sujeto, para resolver el conflicto de derechos propuesto en el párrafo anterior no era posible considerar que el feto fuera titular de un derecho a la vida de menor valía en razón de las malformaciones padecidas. Esta consideración resultaría contraria a la noción de dignidad compatible con la condición humana, que exige reconocer dignos a todos los hombres sin excepción. Solo sobre el supuesto anterior, hubiera podido pasar a ponderarse, es decir a dar peso o valor a los derechos de la madre y del feto implicados en el caso del aborto eutanásico. (...)

No era posible justificar la eliminación de una persona humana no nacida afectada de malformaciones, bajo el argumento según el cual la anticipación de su muerte reduciría la afectación de la libertad de otro ser humano: su madre. Este argumento pragmático supone justificar constitucionalmente la eliminación anticipada de los más débiles, en aras de no incomodar a aquellos que están, por razones fácticas, en situación de superioridad física material. La aceptación de esta posibilidad pone en riesgo

los más preciados fundamentos del Estado y del Derecho, como son la igualdad humana sin distinción de condiciones, y la solidaridad que exige responder con acciones concretas, tendientes a la defensa de los derechos fundamentales de los más débiles. La decisión mayoritaria abre las puertas a la aceptación de la eliminación de aquellos seres que, de una u otra forma, por su especial condición de minusvalía restringen la órbita de nuestra libertad, al exigimos, por motivos constitucionales de solidaridad, atender a sus necesidades vitales.

4.2.6. El aborto ético o aborto en caso de embarazo fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento o abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida.

Para la mayoría la penalización de aborto en caso de violación o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas representa no sólo la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la madre, del cual se desprendería el derecho a decidir su maternidad, sino también del derecho a la dignidad, supuestamente desconocida por razón del embarazo producido en tales circunstancias. (...)

Para los suscritos, el problema jurídico que plantea el aborto en caso de violación tiene que ver con este último asunto mencionado: el de la manera de reparar los daños que producen el acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o la inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas por la mujer, específicamente en el caso en que dichos actos llevan al estado de embarazo. (...)

De manera entonces que lo que era necesario estudiar para determinar la exequibilidad del artículo 122 del Código Penal era si el aborto podía llegar a ser tenido como: (i) una forma de restauración o de reparación de los derechos de la mujer desconocidos por el delito, o (ii) una manera jurídica de resolver el conflicto de derechos de la madre y el feto.

4.2.6.1. El aborto como posible forma de restauración, reparación o compensación del daño sufrido por la mujer que es víctima del delito.

La jurisprudencia de la Corte, siguiendo la tradición jurídica, ha explicado que la reparación de un daño puede darse en forma restitutoria (devolución del mismo bien o restablecimiento de la situación afectada por la acción dañosa), reparadora (entrega de algo equivalente al daño causado) o compensatoria (entrega de un bien que no repara el daño en su integridad pero mitiga sus efectos negativos). Visto lo anterior, cabe preguntarse si el aborto puede ser considerado como una cualquiera de las tres formas de reparación del daño causado por el delito de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento o abusivo, o inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas por la mujer, específicamente en el caso en que dichos actos llevan al estado de embarazo.

Para resolver el problema jurídico que se acaba de plantear, *prima facie* se aprecia que la verificación de la conducta típica en los delitos mencionados representa, en la órbita de los derechos de la mujer, un daño consumado, es decir, uno de aquellos daños en que no es posible la restauración o restablecimiento de la situación afectada

por la acción dañosa, o la devolución del mismo bien (dignidad, libertad) desconocido.

Ciertamente, el atropello que significan tales conductas no puede ser retrotraído en el tiempo, a fin de volver las cosas a su estado inicial, anterior a la verificación del delito, como si nada hubiese sucedido. El desconocimiento de la dignidad de la mujer al haber sido utilizada como medio para los fines sexuales (o de otra índole) del delincuente, es un daño físicamente y moralmente irretrotraíble. Igual cosa sucede con su libertad, al haber sido coaccionada a servir como cosa para los propósitos del agente. Y si el delito culmina en embarazo (supuesto de la demanda), la mujer se torna en madre sin haber dado su consentimiento.

Se destaca con particular énfasis esta última afirmación; ciertamente, en el terreno fáctico el embarazo como dato biológico puede provenir de la decisión libre de la madre, pero igualmente puede devenir de los resultados no buscados de una relación sexual, o del acto delictual de un tercero. En cualquiera de estos supuestos, dado que desde la concepción existe un ser humano independiente y ontológicamente autónomo, resulta claro que el embarazo de la mujer da lugar a su maternidad biológica (no necesariamente genética ni civil). Así, la mujer puede llegar a ser madre biológica sin su consentimiento, no obstante lo cual tal estado de maternidad constituye un hecho verificado. Ahora bien, cabe entonces preguntarse si es posible que quien ha llegado a ser madre en estas circunstancias, deje de serlo por razón de la muerte y extracción del feto cuando todavía no es viable, es decir, si la maternidad como hecho biológico puede ser erradicada por efectos del aborto. (...) la circunstancia de la maternidad no es retrotraíble, y en tal virtud el acceso carnal violento seguido de embarazo, o la inseminación artificial que llevan a igual resultado, representan un daño consumado en la esfera de los derechos de la mujer a decidir su propia maternidad. El aborto no tiene la virtualidad de devolver a la madre la libertad de decidir, libertad cuyo ejercicio le fue injustamente coartado.

La anterior realidad está directamente relacionada con el momento en el que puede ser ejercido el derecho a decidir la maternidad (autonomía reproductiva). Como la Corte lo ha dejado decidido, tal momento es antes de la concepción o fertilización; (...)

Por lo anterior, no es posible entender el aborto como posible acto de restauración, o restablecimiento de la situación afectada por el delito, o como la devolución o restitución de los bienes jurídicamente protegidos que resultaron afectados por el mismo, en este caso la dignidad y la libertad de la mujer violentada o abusada.

Tampoco es posible entender el aborto como una forma acción reparadora, es decir como una de aquellas formas de indemnización en que se entrega a la víctima algo equivalente al daño que se le ha causado. El aborto no entrega nada a la mujer, en términos materiales ni morales; finalmente, el aborto tampoco representa, por las mismas razones, una acción compensatoria equivalente a la entrega de un bien que, sin reparar el daño en su integridad, atenúa sus efectos negativos.

No obstante todo lo anterior, evidentemente el aborto libera a la mujer de la carga que ella no ha consentido, consistente en soportar el proceso de gestación. En este

sentido, podría ser considerado como una forma de restitución a la situación de no embarazo, anterior a la comisión del delito, y en este sentido el aborto puede ser entendido como una forma de reparar, aunque sea parcialmente, el daño que se le ha infringido.

Empero, esta visión de las cosas choca con un elemento indispensable que proviene de las exigencias del orden justo que instaura la Constitución, acogido universalmente por la ciencia del derecho: dicho principio es aquel que vincula la carga de reparar o indemnizar, con la responsabilidad por el daño perpetrado.

Evidentemente, si a alguien correspondiera restaurar, reparar, indemnizar o compensar el daño producido por los delitos de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas por la mujer, seguidos de embarazo, es al agente de dichos delitos. A lo sumo, en determinadas circunstancias podría resultar implicada la responsabilidad de terceros, y aun del propio Estado, atribuibles a la culpa in vigilando que eventualmente les pudiera ser imputada. Pero en modo alguno puede estimarse que la obligación de restituir los bienes jurídicos lesionados por el delito, o de indemnizar o compensar los daños que devienen de su afectación, corresponda al ser humano no nacido que la mujer lleva dentro de sí, y que, además, dicha compensación deba lograrse mediante el sacrificio de su propia vida. (...)

Por todo lo anterior, los suscritos descartan la idea de que el aborto pueda ser considerado como una forma justa de reparación de los daños materiales y morales causados a la mujer por los delitos de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento o abusivo, o inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas por la mujer, específicamente en el caso en que dichos delitos llevan al estado de embarazo.

4.2.6.2. El aborto en el evento en que el embarazo es producto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas por la mujer, como forma de resolver el conflicto entre los derechos de la madre y el hijo.

Descartado que el aborto pueda ser visto como una forma de restaurar, reparar o compensar los daños causados a la mujer por los delitos que atentan contra su libertad y pudor sexuales, pasa a estudiarse si puede ser estimado como una forma razonable de resolver el conflicto de derechos que el embarazo producido por estos comportamientos criminales origina, conflicto de derechos que se plantearía entre el libre desarrollo de la personalidad de la madre, bajo la forma de libertad de decidir su propia maternidad (autonomía reproductiva) y el derecho a la vida del feto.

Desde un criterio que atiende a la jerarquización de derechos en tensión, el juez constitucional se vería forzado a admitir que el derecho a la vida tiene mayor valía que el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la madre, bajo su manifestación de autonomía reproductiva. El derecho a la vida representa para el viviente su mismo ser, y es, además, el presupuesto fáctico de verificación de todos los demás derechos, de manera que su vigencia supone la efectividad del derecho al libre desarrollo de la

personalidad. Así pues, el derecho a la vida conlleva el derecho a la libertad, por lo cual vale más que este último aisladamente (...) Evidentemente, como arriba se dejó dicho, el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la madre se ve intensamente restringido cuando la norma bajo examen le impide abortar respecto de un embarazo que ella no ha consentido y que, además, es fruto de los delitos mencionados. La mujer se ve forzada a ser madre en sentido biológico, y llevar la carga del embarazo durante todo el proceso de gestación (posteriormente puede optar por entregar el niño en adopción, por lo cual las obligaciones que a partir de entonces penden de la maternidad y el parentesco no le son necesariamente imputadas). Empero, frente a esta restricción muy fuerte de derechos se erige la más fuerte aun restricción de derechos del hijo. En efecto, la vida del no nacido se afecta por el aborto en grado absoluto, por cuanto se ve anulada de forma total. Además, en cuanto la vida como derecho resulta indispensable para el ejercicio de cualquier otro derecho, todos estos se ven igualmente afectados hasta su desconocimiento total, cosa que no sucede en cabeza de la madre, a quien la continuación del embarazo sólo restringe, sin anular, su libertad de autonomía reproductiva, que en adelante puede continuar ejerciendo. (...)

4.2.6.4. El aborto en caso de violación, inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentida y la autodeterminación reproductiva.

Un último punto debe ser aclarado en relación con la prohibición general del aborto y el derecho a de la mujer a decidir libremente el número de hijos que desea tener y el momento correspondiente, derecho al cual se le denomina autodeterminación reproductiva. (...) es menester tener en claro que sujeto causante de la violación de derechos mencionada no es el Estado que en defensa del derecho a la vida del no nacido, y por las razones de jerarquización y ponderación de derechos que se acaban de estudiar, decide penalizar el aborto, sino el agente del delito. Como tampoco lo es el ser humano concebido como fruto de la comisión de la conducta ilícita, cuya vida se protege con la penalización mencionada. (...)

5. La penalización general del aborto frente a la libertad de configuración legislativa. (...)

Si bien es cierto que el recurso a la penalización de conductas solamente debe operar como última ratio, cuando las demás medidas no resulten efectivas, la tradición jurídica universal sostenidamente ha considerado que, por razones elementales de necesaria protección de las personas y para garantizar la convivencia social, los atentados contra la vida humana deben ser penalizados y castigados de manera ejemplar. Lo anterior obedece a que la penalización de las conductas homicidas, entre ellas el aborto, define en concreto la vigencia efectiva del núcleo esencial el derecho a la vida. Por su contenido material, este derecho no encuentra otra forma efectiva de ser protegido.

En este sentido, en la Sentencia C-133 de 1994, con razón la Corte había dicho lo siguiente.

“El Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se

inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional. El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte.” (...)

6. La indeterminación de las circunstancias en las cuales resulta lícito abortar.

Aunado a todo lo anterior, los suscritos hacen ver que la decisión adoptada por la mayoría arroja un margen amplio de indeterminación acerca de las circunstancias en las cuales el aborto puede considerarse lícito en los tres casos examinados, aparte de una laxitud excesiva en lo referente a la prueba de tales circunstancias, que conlleva que la desprotección jurídica del derecho a la vida del no nacido sea aun más grave.

En efecto, dentro de las consideraciones vertidas respecto de la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en caso de embarazo producto de conducta constitutiva de acceso carnal violento o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentida, así como de incesto, la Sentencia parece exigir como única prueba de estas circunstancias, el que el hecho punible haya sido denunciado en forma debida ante las autoridades, pero descarta expresamente que el legislador, al regular el asunto, establezca medidas complementarias tendientes a demostrar tales delitos, como por ejemplo la prueba forense de los delitos sexuales. (...)

Por su parte, respecto de la licitud del aborto llevado a cabo en aras de la salud de la madre, que la mayoría justificó al considerar que la vida formada debía prevalecer sobre la vida en formación, es de observar que la Corte estimó que la hipótesis cobijaba tanto la afectación de la salud física de la madre, como la de su salud mental, médicamente certificadas. Respetto de la salud física, no hizo ninguna alusión al grado en el cual tal afectación debía presentarse para que estuviera justificada la conducta abortiva; respecto de la salud mental, sí precisó que debía tratarse de una afectación severa o grave, certificada médicamente. En todo caso, se presenta una indeterminación a cerca de las calidades profesionales del médico que expida la certificación sobre la afectación de la salud mental o física, y tampoco se dice nada a cerca de la incompatibilidad que naturalmente debería establecerse entre la posibilidad de expedir tal tipo de certificaciones y al mismo tiempo ofrecer y practicar el procedimiento abortivo. Nuevamente estas indeterminaciones obran en contra de la garantía del primero y principal de los derechos del ser humano no nacido, cual es la vida humana en cabeza suya.

Por último, respecto del aborto eugenésico, la Sentencia señala que estaría justificado en el caso de malformaciones cuya gravedad determine la inviabilidad del niño que está por nacer. No obstante, dicha inviabilidad no está definida temporalmente, lo

cual es grave porque no todas las malformaciones determinan la muerte inmediata del ser humano después del parto, siendo posible la sobrevivencia durante plazos más o menos extensos, incluso de años. Y al tratar de precisar el tipo de malformaciones a las que se refiere, la Sentencia introduce una confusión aun mayor, cuando señala que se trata de hipótesis distintas a las de enfermedades curables antes o después del parto. Cabe preguntarse si las enfermedades incurables que no obstante permiten a la persona sobrevivir durante lapsos de tiempo variables, incluso de años, están comprendidas dentro de la categoría de malformaciones que la Corte encontró que justificaba la eliminación de los seres humanos. Se preguntan los suscritos si, por ejemplo, el síndrome de Down cae bajo la categoría de malformación a la que la Corte se refirió.

De otro lado, la Sentencia nada dice acerca del límite temporal dentro del cual puede practicarse el aborto en los tres casos excepcionales. Es decir, no señala un momento de la gestación a partir del cual se excluya esta posibilidad, de tal modo que debe entenderse que incluso en el último día de los nueve meses del embarazo puede llevarse a cabo. Tampoco se hacen indicaciones a cerca de las condiciones técnico científicas y sanitarias en las cuales debe ser practicado. Con lo anterior, el fallo tolera abortos con altísimos grados de inseguridad para la madre gestante, pues son públicamente conocidos los graves peligros que para ella significan los abortos en los últimos meses del embarazo, y en cualquier tipo de condiciones médico sanitarias. (...)

3. PARLAMENTO EUROPEO. RESOLUCIÓN SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL RESPETO A LAS CONVICCIONES RELIGIOSAS³.

El conflicto provocado por las “caricaturas de Mahoma” se suma a aquellos episodios de relevancia jurídica en los que símbolos, imágenes, visualización y expresión generan problemas sociales que traspasan las fronteras nacionales o regionales en la era de la globalización. El Parlamento Europeo se hizo eco del problema en una Resolución que refleja los distintos intereses y aspectos del tema, al tiempo que deja entrever las perplejidades internas a las que queda sometida la difícil y confusa política comunitaria en asuntos internacionales.

P6_TA(2006)0064 Derecho a la libertad de expresión y el respeto a las convicciones religiosas Resolución del Parlamento Europeo sobre el derecho a la libertad de expresión y el respeto a las convicciones religiosas

El Parlamento Europeo,

– Vistos los artículos 9 y 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, los artículos 10 y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los artículos 6 y 11 del Tratado

³ Texto disponible en Parlamento Europeo [en línea] [ref. 08.09.2006], disponible en web <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?language=ES&pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0064+0+DOC+XML+V0//ES>>.

de la Unión Europea,

– Visto el artículo 22 del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas,

– Vistas las reacciones del Alto Representante para la PESC, Javier Solana, del Presidente del Parlamento Europeo, Josep Borrell, y de la Presidencia austriaca del Consejo, así como la Declaración común del Secretario General de las Naciones Unidas y del Secretario General de la Organización de la Conferencia Islámica,

– Visto el apartado 4 del artículo 103 de su Reglamento,

A. Considerando que en los artículos 9 y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se consagra la libertad de expresión, de pensamiento, de conciencia y de religión,

B. Considerando que estas libertades son elementos fundamentales de la evolución de las democracias europeas, al igual que la clara separación entre Estado y religión,

C. Considerando que las violentas protestas en distintas partes del mundo se dirigen contra Estados miembros de la Unión Europea individuales y el denominado mundo occidental en su conjunto, y que las protestas han sido provocadas por la publicación privada de caricaturas que no constituían en ningún caso comunicaciones de ningún Estado,

D. Considerando que todo ello ha dado lugar a protestas y a acciones de boicot comercial y por parte de los consumidores, además de a violentos desórdenes en todo el mundo, en particular en países islámicos, algunos de ellos orquestados,

E. Considerando que una abrumadora mayoría de los pueblos de la Unión Europea, así como de los países afectados por esos desafortunados acontecimientos, desean el diálogo y una relación pacífica basada en el mutuo respeto y entendimiento, y que sólo grupos opuestos a ello se benefician de los recientes acontecimientos,

F. Considerando que las caricaturas que han provocado las protestas no favorecen el diálogo que ha iniciado la Unión Europea para crear vínculos interculturales e interreligiosos y que la Unión Europea mantiene plenamente su compromiso de seguir desarrollando y fortaleciendo vínculos con los países afectados en un espíritu de cooperación mutua y una visión común de relaciones reforzadas,

G. Considerando que la libertad y la independencia de los medios de comunicación son requisitos esenciales para el pleno respeto del derecho a la libertad de expresión y fortalecen el principio de la democracia en el que se fundamenta la Unión Europea,

1. Defiende la libertad de expresión como valor fundamental de la Unión Europea; considera que la libertad de expresión se ha de ejercer dentro de los límites que marca la ley y debería coexistir con la responsabilidad personal y basarse en el respeto de los derechos y sensibilidades de los demás; reconoce que equilibrar estas preocupaciones necesita un debate permanente en una democracia;

2. Pide que todos los que gozan de libertad de expresión se comprometan a apoyar los valores fundamentales de la Unión Europea, es decir, la democracia, el pluralismo y la

tolerancia, y a no abusar de esta libertad incitando al odio por motivos de religión o mediante la divulgación de actitudes xenófobas y racistas que tratan de excluir a cualesquiera personas, sea cual sea su origen o convicción religiosa;

3. Recuerda que la libertad de expresión, pensamiento, conciencia y religión está consagrada en la Carta de los Derechos Fundamentales y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos;

4. Considera que la libertad de expresión debe ejercerse siempre dentro de los límites que marca la ley y debería coexistir con la responsabilidad y el respeto de los derechos humanos, los sentimientos y convicciones religiosos, independientemente de que se trate de la religión musulmana, cristiana, judía o cualquier otra;

5. Afirma que la libertad de expresión y la independencia de la prensa, como derechos universales, no pueden ser socavadas por ningún individuo ni grupo que se considere ofendido por lo que se afirme o escriba; expresa al mismo tiempo su solidaridad con quienes se hayan sentido ofendidos por las caricaturas del profeta Mahoma, pero señala que la compensación por los posibles delitos debe pedirse ante los tribunales de conformidad con la legislación nacional y europea vigente;

6. Condena con la máxima energía la quema de embajadas de los Estados miembros de la Unión Europea y las amenazas lanzadas contra individuos; deplora que determinados gobiernos no hayan tomado medidas para prevenir los actos de violencia y lamenta la tolerancia de otros gobiernos con respecto a esos ataques violentos; hace un llamamiento a los países en que se han producido esos incidentes para que muestren claramente y en la práctica que dichos incidentes no se tolerarán en el futuro; pide a todos los Estados que respeten las obligaciones que emanan del Convenio de Viena;

7. Señala que muchos de los países en los que han tenido lugar actos de violencia y manifestaciones contra las caricaturas son países en los que se violan habitualmente la libertad de expresión, la libertad de palabra y la libertad de reunión;

8. Acoge con satisfacción las declaraciones y los esfuerzos de algunos dirigentes de las comunidades musulmanas europeas y del mundo árabe que han condenado firmemente los ataques violentos a las embajadas y la quema de banderas;

9. Expresa su solidaridad con los periodistas de Jordania, Egipto y Argelia que han hecho gala de valor al reproducir y comentar pertinentemente las caricaturas; condena sin ambages su detención e insta a los respectivos Gobiernos a que retiren todas las acusaciones contra ellos;

10. Subraya que un boicot contra un Estado miembro contradice el hecho de que los acuerdos comerciales son siempre con la Unión Europea en su conjunto;

11. Expresa su pleno apoyo y su solidaridad a Dinamarca y a los países afectados y a los ciudadanos afectados por estas situaciones tan difíciles y sin precedentes; recuerda la cláusula de solidaridad incluida en el artículo 11 del Tratado de la Unión Europea;

12. Expresa su apoyo a todas las fuerzas democráticas –políticos, medios de comunicación y sociedad civil– que se enfrentan a regímenes religiosos autoritarios y represivos y se oponen a ellos;

13. Condena el asesinato del padre Santoro por parte de un fanático religioso en

Turquía y la muerte de todas las demás víctimas de los actos violentos que se han producido recientemente;

14. Acoge con satisfacción la iniciativa de Turquía de unirse a las fuerzas diplomáticas y de actuar como mediador en este conflicto;

15. Lamenta profundamente que haya, al parecer, grupos extremistas organizados, tanto en Europa como en el mundo musulmán, que ven ventajas en intensificar las tensiones actuales y utilizan las caricaturas como pretexto para incitar a la violencia y a la discriminación; observa que la mayoría de la población de todos los países afectados tiene otra visión y anhela la paz, la estabilidad y los intercambios económicos y culturales;

16. Lamenta la reiteración y el recrudecimiento de la propaganda antisemítica y antiisraelí en algunos países árabes y en Irán; señala que en estos países se editan regularmente caricaturas degradantes y humillantes de los judíos, lo que demuestra que, obviamente, no aplican las mismas normas a todas las comunidades religiosas;

17. Pide que se restablezca un clima de diálogo constructivo y pacífico y que los responsables locales políticos y religiosos intervengan para poner fin a la violencia;

18. Considera que el fomento del diálogo intercultural e interreligioso y de la comprensión y el respeto mutuos representa un desafío permanente para el mundo globalizado;

19. Se declara convencido de que para avanzar en esta dirección se hará pleno uso del marco de cooperación y diálogo con los países socios mediterráneos y asiáticos;

20. Recuerda que la Asamblea Parlamentaria Euromediterránea es el foro apropiado para colaborar con los socios de la Unión Europea de la orilla meridional del Mediterráneo en favor de una sociedad democrática, pluralista, tolerante y basada en los valores de los derechos humanos; pide que en su sesión del mes de marzo se trate este asunto con carácter prioritario;

21. Encarga a su Presidente que transmita la presente Resolución al Consejo, a la Comisión, al Consejo de Europa, a los Gobiernos y Parlamentos de los Estados miembros, a la Organización de la Conferencia Islámica y a la Liga Árabe.

4. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, EN PARTICULAR LAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA INTOLERANCIA RELIGIOSA”. INFORME PRESENTADO POR ASMA JAHANJIR, RELATORA ESPECIAL SOBRE LIBERTAD DE RELIGIÓN O CREENCIAS. ADICIÓN: MISIÓN A FRANCIA (18 A 29 DE SEPTIEMBRE DE 2005)⁴.

Un año después de la celebración en Francia del aniversario de la Ley de Separación, se publica un informe de la visita a Francia de la nueva Relatora Especial

⁴ Texto disponible en Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [en línea] [ref. 08.09.2006], disponible en web <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/117/22/PDF/G0611722.pdf?OpenElement>>.

de las Naciones Unidas sobre libertad de religión o de creencias, la paquistaní Asma Jahanjir. El informe arroja un saldo poco positivo para el secular experimento separatista francés. Con un lenguaje respetuoso y positivo hacia la República Francesa, la Relatora no deja de señalar las consecuencias negativas que determinados tipos de separatismo generan en la igualdad de oportunidades, en la integración de nuevos ciudadanos inmigrantes y en la normalización social de los nuevos movimientos religiosos. De igual manera, destaca en su informe los graves problemas relacionados con el resurgimiento del antisemitismo en Francia. Este informe viene a las páginas del Anuario porque dentro del contexto europeo de respeto a los derechos y libertades públicas, no dejan de producirse —como en el caso— situaciones larvadas de amenaza para las libertades públicas que es necesario tener en cuenta a la hora de sopesar equilibradamente los modelos de relación entre el Estado y los grupos religiosos. Se reproduce aquí el resumen (en español) y las conclusiones y recomendaciones (en inglés).

Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, 62º período de sesiones, E/CN.4/2006/5/Add.4, 8 de marzo de 2006. “Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la intolerancia religiosa”. Informe presentado por Asma Jahanjir, Relatora Especial sobre libertad de religión o creencias. Adición: Misión a Francia (18 a 29 de septiembre de 2005)

Resumen

La Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias realizó una visita a Francia del 18 al 29 de septiembre de 2005 y, en su informe, pone de relieve que el Gobierno de Francia respeta en general el derecho a la libertad de religión o de creencias protegido por los tratados internacionales pertinentes. Sin embargo, algunos aspectos son motivo de preocupación.

Si bien reconoce que en una sociedad organizada de acuerdo con el principio de separación de las iglesias y el Estado se garantiza el derecho fundamental a la libertad de religión o de creencias, a la Relatora Especial le preocupa que, en algunas circunstancias, la interpretación selectiva y la rígida aplicación de ese principio se han hecho a expensas de ese derecho. En particular, se congratula del debate entablado dentro de la sociedad francesa en torno a la Ley de separación de las iglesias y el Estado de 1905 (Loi concernant la séparation des églises et de l'Etat), y considera que, en una sociedad democrática basada en el principio de legalidad, es necesario proceder a una evaluación minuciosa de su aplicación en el contexto actual, caracterizado por un mayor pluralismo religioso.

En lo que respecta a los grupos culturales y a determinados movimientos religiosos o comunidades de creyentes, la Relatora Especial considera que la política del Gobierno puede haber contribuido a un clima de sospecha general y de intolerancia hacia las comunidades incluidas en una lista establecida a raíz de un informe parlamentario y ha afectado negativamente al derecho a la libertad de religión o de creencias de algunos miembros de esos grupos o comunidades.

Sin embargo, la Relatora Especial ha observado que, en los últimos años, las auto-

ridades francesas han adoptado una actitud más equilibrada hacia ese fenómeno reajustando su política, en particular reemplazando la Misión interministerial de lucha contra las sectas (Mission interministérielle de lutte contre les sectes - MILS) por la Misión interministerial de vigilancia y de lucha contra las desviaciones sectarias (Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires - MIVILUDES). No obstante, seguirá muy de cerca las diversas iniciativas que vaya adoptando la MIVILUDES.

En opinión de la Relatora Especial, la legislación aprobada en 2004 sobre el porte de signos religiosos ostensibles en las escuelas públicas es apropiada en la medida en que tenga por finalidad, de acuerdo con el principio de protección del interés superior del niño, proteger la autonomía de las personas menores que pueden ser objeto de presiones o verse forzadas a llevar un velo u ostentar otros signos religiosos. Sin embargo, la ley deniega los derechos de los menores que han decidido, sin que nadie los obligue, llevar un signo religioso en la escuela como parte de sus creencias religiosas.

Además, la aplicación de la ley por parte de las instituciones educativas ha dado lugar en varias ocasiones a abusos que han provocado humillación, en particular entre las jóvenes musulmanas. Se han alzado numerosas voces para decir que esas humillaciones no pueden sino conducir a la radicalización de las personas afectadas y de sus allegados. Por otra parte, la estigmatización del velo da origen a actos de intolerancia religiosa cuando las mujeres lo llevan fuera de la escuela, en la universidad o en el lugar de trabajo.

Entre otras recomendaciones, la Relatora Especial exhorta al Gobierno a que adopte medidas apropiadas para informar mejor a las autoridades escolares y, de manera más general, a la población francesa, sobre la verdadera naturaleza y finalidad de ley. Debe quedar claro que el porte más o menos aparente de símbolos religiosos es un elemento esencial del derecho de toda persona a manifestar su religión o sus creencias y sólo puede limitarse en condiciones bien definidas. (...)

IX. Conclusions and Recommendations

94. The Special Rapporteur on freedom of religion or belief was impressed by the expertise that exists in France on the issues relevant to her mandate. The visit was of the highest interest because France is a unique model. However, the complexity of the situation means that it is not easy to draw conclusions. Nevertheless, the Special Rapporteur remains convinced that French society will be able to overcome the obstacles as its commitment to fundamental rights runs deep and is the foundation of the Republic.

95. The Special Rapporteur would first like to highlight that the Government of France generally respects the right to freedom of religion or belief, as it is protected by the international treaties to which France is a party. Furthermore, the strength of its judiciary undoubtedly constitutes a guarantee of these main values. However, she wishes to highlight a number of areas of concern.

- The principle of *laïcité*

96. The Special Rapporteur notes that the situation prevailing today in France is different from the one which existed at the time of the adoption of the 1905 law on the separation of Church and State (*loi concernant la séparation des Eglises et de l'Etat*), which constitutes the basis of the principle of *laïcité* (which is almost equivalent to secularism) in France. While recognizing that the organization of a society according to this principle may not only be healthy, but also guarantees the fundamental right to freedom of religion or belief, she is concerned that, in some circumstances, the selective interpretation and rigid application of the principle has operated at the expense of the right to freedom of religion or belief.

97. The Special Rapporteur welcomes the fact that the one hundredth anniversary of the law of 1905 has prompted an important debate within French society, and considers that a thorough assessment of its application in the present context of religious pluralism is a necessary process in a democratic society based on the rule of law. The question of religious symbols in the public school system.

98. Law 2004-228 of 15 March 2004 on the wearing of conspicuous religious symbols in public schools is widely supported by the political apparatus as well as by the population. Although the law is intended to apply equally to all persons, the Special Rapporteur is of the opinion that it has mainly affected certain religious minorities, and notably, people of a Muslim background. The Special Rapporteur believes that the wide political support for the law has conveyed a demoralizing message to religious minorities in France.

99. The law is appropriate insofar as it is intended, in accordance with the principle of the best interests of the child, to protect the autonomy of minors who may be pressured or forced to wear a headscarf or other religious symbols. However, the law denies the right of those minors who have freely chosen to wear a religious symbol to school as part of their religious belief.

100. The Special Rapporteur is of the opinion that the direct and, in particular, the indirect consequences of this law may not have been thoroughly considered. Although many interlocutors at the governmental level are satisfied with the results of the implementation of the law, she noticed that the figures are often disputed, including because the criteria used for the assessment vary. Moreover, the Special Rapporteur considers that aside from statistics, the issue is one of principle.

101. The concerns of the Special Rapporteur are more serious with regard to the indirect consequences of Law 2004-228 in the longer term. The implementation of the law by educational institutions has led, in a number of cases, to abuses that have provoked humiliation, in particular amongst young Muslim women. According to many sources, such humiliation can only lead to the radicalization of the persons affected and those associated with them. Moreover, the stigmatization of the headscarf has provoked instances of religious intolerance when women wear it outside school, at university or in the workplace. Although the law was aimed at regulating symbols related to all religions, it appears to mainly target girls from a Muslim background wearing the

headscarf.

102. The Special Rapporteur encourages the Government to closely monitor the way educational institutions are implementing the law, in order to avoid the feelings of humiliation that were reported to her during her visit. She also recommends a flexible implementation of the law which would accommodate the schoolchildren for whom the display of religious symbols constitutes an essential part of their faith.

103. In all circumstances, the Government should uphold the principle of the best interests of the child and guarantee the fundamental right of access to education, as has been recommended by several United Nations treaty-monitoring bodies.

104. Moreover, the Government should take appropriate measures to better inform school authorities, and more generally the French population, about the exact nature and purpose of the law. It should be made clear that the wearing or display of religious symbols is an essential part of the right to manifest one's religion or belief that can only be limited under restrictive conditions. The Government should also promptly provide redress in any situation where persons have been the victim of discrimination or other act of religious intolerance because of their religious symbols, including by prosecuting the perpetrators of such acts in the relevant cases.

- Acts of religious intolerance

105. The Jewish community, as well as its members, continue to be the target of a number of acts of religious intolerance. More recently, members of other religious communities, including Muslims, have reported that they were increasingly the victims of acts of religious intolerance. The Special Rapporteur has noted that the Government takes these acts very seriously and rarely underestimates their importance.

106. Regardless of the underlying reasons for these acts, the Special Rapporteur believes that the Government of France should remain, extremely vigilant and continue to take the appropriate measures to prosecute the perpetrators as well as to provide redress vis-à-vis the victims. The Government may consider ways to facilitate the judicial procedures for those victims in order to provide them with an even more appropriate form of redress.

- The question of cult groups and certain new religious movements or communities of belief.

107. The Special Rapporteur understands the legitimate concerns regarding the victims of criminal acts that have been committed by certain religious groups or communities of belief. She considers that, in many cases, the Government of France, and its judicial apparatus, have adopted a responsible attitude and provided an appropriate response to the offences committed.

108. However, she is of the opinion that the policy and measures that have been adopted by the French authorities have provoked situations where the right to freedom of religion or belief of members of these groups has been unduly limited. Moreover, the public condemnation of some of these groups, as well as the stigmatization of their members, has led to certain forms of discrimination, in particular vis-à-vis their children.

109. The Special Rapporteur has observed that the government policy may have contributed to a climate of general suspicion and intolerance towards those communities on the list created by the National Assembly in 1996, of movements and groups classified as sectes. Moreover, the campaigns and other actions that have been initiated by associations composed, inter alia, of victims of criminal acts committed by these groups, have often been emotional.

110. The Special Rapporteur notes that in recent times the French authorities have adopted a more balanced approach to this phenomenon by adjusting their policy, including through the transformation of the Inter-ministerial Mission to Combat "Sectes" (MILS) into the Inter-ministerial Mission to monitor and combat abuse by sects (MIVILUDES). A number of improvements nevertheless remain to be carried out in order to ensure that the right to freedom of religion or belief of all individuals is guaranteed, and to avoid the stigmatization of members of certain religious groups or communities of belief, including those whose members have never committed any criminal offence under French law.

111. The Special Rapporteur hopes that future actions of MIVILUDES will be in line with the right to freedom of religion or belief and avoid past mistakes. She will continue to closely monitor the various efforts that are carried out by MIVILUDES.

112. The Special Rapporteur urges the Government to ensure that its mechanisms for dealing with these religious groups or communities of belief deliver a message based on tolerance, freedom of religion or belief and on the principle that no one can be judged for his actions other than through the appropriate judicial channels.

113. Moreover, she recommends that the Government monitor more closely preventive actions and campaigns that are conducted throughout the country by private initiatives or Government-sponsored organizations, in particular within the school system in order to avoid children of members of these groups being negatively affected.

114. She urges judicial and conflict resolution mechanisms to no longer refer to, or use, the list published by Parliament in 1996.

- On freedom of religion or belief for persons deprived of their liberties.

115. While the Special Rapporteur was not able to make a thorough assessment of the status of religious freedom in prisons and other detention facilities, the information that she has obtained during her visit reveals a generally satisfactory level of respect for the religious rights of persons deprived of their liberty.

116. However, she refers the Government of France to her chapter on the freedom of religion or belief of persons deprived of their liberty in her report to the sixtieth session of the General Assembly (A/60/399) for further details about the applicable international standards. She encourages French authorities to further implement the necessary measures in line with the principles set forth in the said report.

5. SERBIA. LEY SOBRE IGLESIAS Y COMUNIDADES RELIGIOSAS, APROBADA POR EL PARLAMENTO EL 20 DE ABRIL DE 2006 Y FIRMADA POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EL 27 DE ABRIL DE 2006⁵.

Diversas organizaciones no gubernamentales internacionales han denunciado, a lo largo de todo el "iter" parlamentario, el contenido de la nueva ley serbia sobre Iglesias y Comunidades Religiosas de 2006, que podría resultar discriminatorio hacia los grupos religiosos minoritarios. La ley pivota esencialmente sobre un registro de entidades religiosas como instrumento de relación jurídica entre la República y los grupos religiosos. El carácter discriminatorio que se ha achacado a la ley podría localizarse en los artículos 10 a 15 (que establecen las iglesias y comunidades religiosas tradicionales, con particular mención de la Iglesia Ortodoxa Serbia) artículo 18 (que establece como requisito de inscripción que los miembros o fieles fundadores sean al menos el 0,001 % del total de la población adulta de la República que residan en el país conforme al último censo oficial, lo cual significa al menos 94 miembros fundadores), artículo 20 ("una organización religiosa registrada conforme a la normativa de asociaciones, que no presente su solicitud para inscripción en el Registro de Entidades religiosas en el año que sigue a la entrada en vigor de esta ley no será considerada organización religiosa a los efectos de esta ley"), artículo 36 (ayuda de la República a las instituciones educativas religiosas en proporción a el número de fieles). No obstante, la ley también recoge algunas medidas interesantes como instrumentos de normalización de la libertad religiosa; así, el principio de cooperación establecido 28 y las medidas de discriminación positiva para la financiación de la seguridad social de los ministros de culto, recogidas en el artículo 29. De cualquier forma, esta ley resulta de interés para un estudio comparado de las regulaciones de la libertad religiosa que siguen surgiendo en el ámbito de los países de Europa del Este y, en general, de los países que estuvieron bajo la influencia soviética.

L A W
ON CHURCHES AND RELIGIOUS COMMUNITIES

I. BASIC PROVISIONS

Freedom of religious expression

Article 1

In accordance with the Constitution, all are guaranteed the right to freedom of conscience and religious expression.

Freedom of religious expression includes: freedom of confession of faith in God; freedom to have, not to have, to keep or to change ones religious expression or religious convictions; freedom, either individually or in community with others, publicly

⁵ Traducción inglesa por cortesía de Forum 18 News Service <<http://www.forum18.org>>.

or privately to express beliefs or religious convictions by participating in worship and through performing religious ceremonies, through religious instruction and education, by cultivating and developing religious tradition; freedom to develop and advance religious education and culture.

Prohibition of religious discrimination

Article 2

No-one may be subjected to such compulsion as might endanger their freedom of religious expression, nor may they be compelled to make statements expressing their religious orientation and religious convictions or the non-existence thereof.

No-one may be disturbed, discriminated against or privileged because of their religious convictions, their affiliation or non-affiliation with a religious community, their participation or non-participation in worship and religious ceremonies and their use or non-use of guaranteed religious liberties or rights.

There is no state religion.

Limitations of religious liberties

Article 3

Freedom of religious expression or religious conviction may be subjected only to those limitations laid down by the Constitution, law and ratified international documents, which are necessary in a democratic society in order to protect public security, public order, morals and the protection of the liberties and rights of others.

Religious liberties may not be used in such a way as to encroach on the right to life, the right to health, the rights of children, the right to personal and family integrity and the right to personal property, nor in such a way as to engender and encourage religious, national or racial intolerance.

II THE LEGAL STATUS OF CHURCHES AND RELIGIOUS COMMUNITIES

1. Autonomy

The subjects of religious liberties

Article 4

The subjects of religious liberties in regard to this law are traditional Churches and religious communities, confessional communities and other religious organisations (hereinafter: Churches and religious communities).

Freedom of association and assembling

Article 5

Citizens have the freedom to associate and assemble publicly for the purposes of expressing their religious convictions, in accordance with the Constitution and law.

Citizens have the freedom to join Churches and religious communities, in accordance with the law.

The autonomy of churches and religious communities

Article 6

Churches and religious communities are independent of the state and are equal before the law.

Churches and religious communities are free and autonomous in determining their identity.

Churches and religious communities have the right to independently determine and implement their own order and structure and to independently engage in their internal and public affairs.

Autonomous regulation of churches and religious communities

Article 7

The state may not hinder the implementation of the autonomous regulations of Churches and religious communities.

The state may extend appropriate assistance in the execution of legally-binding decisions and judgments issued by the relevant authorities of Churches and religious communities, at their request, in accordance with the law.

The rights of priests and religious workers

Article 8

Priests and religious workers are elected and appointed by Churches and religious communities in accordance with their autonomous regulations.

The performance of priestly and religious functions is governed by the autonomous regulations of Churches and religious communities.

Priests and religious workers are free and independent in the performance of their religious activities, carried out in accordance with the law and the autonomous rights of the Church or religious community.

Priests and religious workers may not be called to account before state authorities for their behaviour in performing the religious activities carried out in accordance with paragraph 3 of this article.

A priest or religious worker has the right to participate in all aspects of public life, except where this is prohibited by the internal rules or individual ruling of the Church or religious community which appoints him.

The state may not limit the civil or political rights of a priest or religious worker on the basis of his religious status or function.

A priest may not be called to testify concerning facts and circumstances made known to him during confession.

If a relevant state authority makes arrest of a priest or religious worker, it must immediately notify the relevant authority of the Church or religious community to which he/she belongs of this fact.

The state protects the official uniform and its parts, as well as marks of ranks and dignity of priests and religious workers, in accordance with the law and autonomous rights of the Church or religious community.

Legal competence of Churches and religious communities

Article 9

Churches and religious communities registered in accordance with this law have the status of legal entity.

The organisational units and institutions of Churches and religious communities may gain the properties of a legal entity in accordance with the autonomous regulations of a Church or religious community, on the basis of a decision by a relevant authority of a Church or religious community.

Churches and religious communities may take the decision to alter or close their organisational units, authorities and institutions having the status of legal entity and to request their removal from the Register.

Churches and religious communities, as well as their organisational units and institutions with the properties of legal entity may publicly use only the official name under which they are registered.

Traditional Churches and religious communities

Article 10

Traditional Churches are those which in Serbia have historical continuity spanning centuries and whose legal status was gained on the basis of special laws, those being: the Serbian Orthodox Church, the Roman Catholic Church, the Slovak Evangelical Church a.v., the Christian Reformed Church and the Evangelical Christian Church a.v.

Traditional religious communities are those which in Serbia have historical continuity spanning centuries and whose legal status was gained on the basis of special laws, those being the Islamic community and the Jewish community.

Serbian Orthodox Church

Article 11

The Serbian Orthodox Church has recognised continuity based on the legal status gained on the basis of the *Nacertanije o duhovnoj vlasti* [Charter on spiritual government – translator's note] (Official decision of the National Assembly of the Serbian Principedom from 21st May 1836) and the Law on the Serbian Orthodox Church (State Gazette of the Kingdom of Yugoslavia, no. 269/1929).

The Serbian Orthodox Church has played an exceptional historical, nation-building and civilizing role in the shaping, preservation and development of the identity of the Serbian people.

Roman Catholic Church

Article 12

The Roman Catholic Church is recognised to have continuity with the legal status gained on the basis of the Law on the Concordat between the Kingdom of Serbia and the Holy See (Decision of the National Assembly of the Kingdom of Serbia from 26th

July 1914, Srpske novine [official government publication – translator’s note], no. 199/1914).

Slovak Evangelical Church a.v., Reformed Christian Church and Evangelical Christian Church a.v.

Article 13

The Slovak Evangelical Church a.v., the Reformed Christian Church and the Evangelical Christian Church a.v. are recognised to have continuity with the legal status gained on the basis of the Law on Evangelical-Christian churches and on the Reformed Church of the Kingdom of Yugoslavia (Sluzbene novine Kraljevine Jugoslavije [State Gazette of the Kingdom of Yugoslavia – translator’s note], no. 95/1930).

Jewish community

Article 14

The Jewish community is recognised to have continuity with the legal status gained on the basis of the Law on the religious community of Jews in the Kingdom of Yugoslavia (Sluzbene novine Kraljevine Jugoslavije, no. 301/1929).

Islamic community

Article 15

The Islamic community is recognised to have continuity with the legal status gained on the basis of the Law on the Islamic religious community of the Kingdom of Yugoslavia (Sluzbene novine Kraljevine Jugoslavije, no 29/1930).

Confessional communities

Article 16

Confessional communities are all those churches and religious organisations whose legal status was regulated on the basis of the Law on the legal status of religious communities (Slu_beni list FNRJ [State Gazette of the Federal National Republic of Yugoslavia - translator's note], no. 22/1953) and the Law on the legal status of religious communities (Sluzbeni glasnik SR Srbije [State Gazette of the Federal Republic of Yugoslavia - translator’s note], no. 44/1977).

2. Registration

The Register of Churches and religious communities

Article 17

The Ministry responsible for religious affairs (hereinafter: the Ministry) maintains the Register of Churches and religious communities (hereinafter: the Register).

Procedure for registration of religious organisations

Article 18

For entry of churches and religious communities into the Register, application is made to the Ministry, containing the following:

- 1) name of the church or religious community;
- 2) address of the headquarters of the church or religious community;
- 3) name, surname and capacity of the person authorised to represent the church or religious community;

Religious organisations supply, except those mentioned in Article 10 of this Law, along with their application:

- 1) a founding memorandum of the religious organisation with the names, surnames, numbers of identity documents and signatures of the founders comprising at least 0.001% of adult citizens of the Republic of Serbia who are resident in the Republic of Serbia according to the last official population census, or foreign citizens with permanent residence on the territory of the Republic of Serbia;
- 2) the statute, or other document of the religious organisation containing: a description of the organisational structure, method of governance, rights and obligations of members, procedure for founding and closing organisational units, list of organisational units with the status of legal entity and other information of importance for the religious organisation;
- 3) a summary of the essentials of the religious teaching, religious ceremonies, religious goals and basic activities of the religious organisation;
- 4) information on the ongoing source of funding of the religious organisation.

Name of the religious organisation

Article 19

No religious organisation may be entered into the Register whose name contains a name or part of a name expressing the identity of a Church, religious community or religious organisation which is already entered in the Register or submitted an application for entry first.

Decision on applications for entry into the Register

Article 20

The Ministry decides on the application for entry into the Register within 60 days of receipt of a complete application with necessary documentation.

If the application is incomplete or the name is in contravention of article 19 of this law, the Ministry will request that the applicant supplement or correct the application within 30 days. If the application is not supplemented or corrected within the aforementioned time, the Ministry will reject the application.

A religious organisation registered according to the regulations on associations, which does not submit an application for entry into the Register within one year from the day of this law coming into force will not be considered a religious organisation in accordance with this law.

The Ministry can decide to reject an application for entry of a religious organisation into the Register if its goals, teachings, ceremonies or activities are contrary to the

Constitution and public order or if they endanger the life, health, liberty and rights of others, the rights of children, the right to personal and family integrity and the right to property.

In making a decision on an application for entry in the Register, the Ministry will also take into account the decision of the European Court of Human Rights, as well as administrative or judicial decisions regarding the registration or activities of a specific religious organisation in one or more member states of the European Union.

Having been entered into the Register, a religious organisation gains the status of a legal entity.

If the Ministry fail to make a decision in accordance to the terms from Paragraph 1 of this Article, it will be considered that an application of religious organization for entry in the Register has been granted.

Contents of the Register

Article 21

The Register contains the following information:

name of the Church, religious community or religious organisation; headquarters and address; organisational structure and territorial organisation; name and surname, address and capacity of person authorised to represent the Church, religious community or religious organisation; number and date of certificate of entry; number and date of certificate of deletion from the previous register of legal entities, as well as all changes to entered data.

Also entered into the Register are data on religious schools, cultural institutions and associations, humanitarian, charity and health organisations whose founder is the Church, religious community or religious organisation, as well as data on business or other activities engaged in by the Church, religious community or religious organisation.

The Church, religious community or religious organisation is obliged to notify the Ministry of any changes to the data entered into the Register within 30 days of their coming about.

The regulations determining, in greater detail, the content of and mode by which the Register will be maintained, will be established by the minister responsible for religious affairs.

Removal from the Register

Article 22

The Ministry will take an official decision on deletion from the Register:

- 1) If the Church, religious community or religious organisation submits a request to that effect;
- 2) if conditions are met whereby entry into the Register would have been refused;
- 3) if valid court judgment finds that the religious organisation is involved in promoting ends different to those for which it was founded.

Legal redress

Article 23

Approval of entry, rejection of application, refusal of entry or deletion from the Register is final and may be appealed administratively.

Procedure regarding property

Article 24

For property belonging to Churches, religious communities and religious organisations which have been deleted from the Register, the regulations for associations are applicable.

Monitoring

Article 25

Monitoring of implementation of this law is to be done by the ministry responsible for religious affairs.

3. Property and funding

Property

Article 26

Churches and religious communities fund their activities from income from their own property, endowments, legacies and funds, inheritance, gifts and donations, other legal non profit-based business and activities, in accordance with the law.

Churches and religious communities manage their property and financial assets independently, in accordance with their own autonomous regulations.

Churches and religious communities may conduct business or other activities in the manner and according to the regulations which govern the performance of such activities.

Protection of property

Article 27

The sacral and cultural heritage of Churches and religious communities, including immovable cultural assets, may not be subject of debt enforcement and may not be taken away as a part of liquidation procedure.

Until regulations are introduced concerning the return of the property of Churches and religious communities, the relevant state authority or local government authority may, at their request, in accordance with the law, give them the confiscated property or parts thereof for their use.

Cooperation of the state with Churches and religious communities

Article 28

The state cooperates with Churches and religious communities for the purposes

of the advancement of religious liberties and the achievement of the public good and of mutual interests.

In order to promote religious liberties and cooperation with Churches and religious communities, in the common interest, the state may give material aid to Churches and religious communities.

Social rights of priests and religious workers

Article 29

Priests and religious workers have the right to health and pensions and disability insurance, in accordance with the law.

For the purposes of promoting religious liberties, in consultation with Churches and religious communities, funds for the health and pensions and disability insurance of priests and religious workers may be provided from the budget of the Republic of Serbia in accordance with the law.

If funds are provided from the budget of the Republic of Serbia, the Government determines the amount of the funds to be used for ensuring the social rights of priests and religious workers equally and in proportion to the number of believers of individual Churches and religious communities, according to the last population census in the Republic, while the principle of positive discrimination may be applied to Churches and religious communities with a small number of believers.

Churches and religious communities may found independent funds for social, health and pensions and disability insurance for their priests and religious workers, in accordance with their autonomous regulations.

A priest or religious worker who is a foreign citizen and performs permanent duties in accordance with the law and the autonomous rights of a Church or religious community and also has permanent residence in the Republic of Serbia, enjoys all the rights from this article, in accordance with the law.

Tax relief

Article 30

In carrying out their activities and providing income in accordance with this law, Churches and religious communities may be wholly or partially exempted from tax and other obligations, in accordance with the laws which govern the introduction of the particular public revenue source.

Individuals and legal entities giving donations and gifts to Churches and religious communities may be exempted from relevant tax obligations, in accordance with the laws which govern the introduction of the particular public revenue source.

III ACTIVITIES OF CHURCHES AND RELIGIOUS COMMUNITIES

1. Worship activities

Premises of worship

Article 31

Churches and religious communities hold worship services, religious ceremonies and other religious activities in church buildings, other buildings and premises in their possession, or in rented premises.

Worship services, religious ceremonies and other religious activities may also be performed in public places, or in the open, as well as in places connected with significant historical events or persons, in accordance with the law.

Premises and times of worship are protected and inviolable, in accordance with the Constitution and law and the autonomous rights of Churches and religious communities.

On the request of relevant authority worship services and religious ceremonies may be performed in hospitals, military and police facilities, penal institutions and other institutions and facilities while in services schools and social and child protection institutions only upon special occasions.

The relevant authority of the institution from paragraph 4 of this article is obliged, as far as the possibilities allow, to provide for the performance of worship services and religious ceremonies at the request of members of that institution or at the request of users of its services.

Churches and religious communities, in consultation with the relevant authority of the institution, determine the manner and conditions under which it will meet the request to occasionally, permanently or from time to time perform worship services and religious ceremonies.

Construction

Article 32

Churches and religious communities may independently in accordance to the law construct church buildings and other buildings for worship purposes, as well as parochial homes, monastic lodgings, administrative and office buildings, schools, boarding schools and hospitals (hereinafter: religious facilities).

Churches and religious communities may also construct residential buildings, manufacturing and other facilities for their own needs, in accordance with the law.

The relevant authority of the local government, in drawing up urban plans, must take into account the expressed needs of Churches and religious communities for the construction of religious facilities.

The construction of religious facilities may be carried out subsequent to a decision by the Church or religious community, to obtaining the necessary permits required by law and the regulations which govern this area, with consent of relevant ministry, and with the expert supervision of the relevant state authority.

The relevant state authority must respect the right of the Church or religious community to independently organise and manage construction and to determine the purpose, style and equipping of the facility, based on the law and autonomous regula-

tions of the churches and religious communities.

The relevant state authority and the local government authority may set aside budgetary funds for the construction, maintenance and renovation of religious facilities, in accordance with need and ability.

Burials may be conducted in church buildings and other worship facilities owned by a Church or religious community, as well as on a land where these buildings were constructed, only based on a decision of relevant authority of a church of religious community.

Charitable activities

Article 33

Churches and religious communities may, as part of their social and charitable activities, found appropriate institutions and organisations, in accordance with the law.

The social and charitable activities of Churches and religious communities are separate from their worship activities.

Churches and religious communities, as well as the institutions and organisations from paragraph 1 of this article, in performing their social and charitable activities, must visibly identify themselves by their full name by which they were registered, while institutions and organizations must visibly identify full name of a founding church or religions community.

2. Educational activities

Religious educational institutions

Article 34

Churches and religious communities may found institutions for the education of future priests and religious workers, for the promotion of spiritual and theological culture and for other similar ends (hereinafter: religious educational institutions).

Founding of educational institutions according to general regulations

Article 35

Churches and religious communities may found preschool establishments, primary schools, high schools, vocational and artistic high schools and colleges, faculties and universities, in accordance with the law.

Religious educational institutions in the education system

Article 36

A Church or religious community may initiate a procedure for verification and accreditation of a religious educational institution for the purposes of its inclusion in the education system, in accordance with the regulations on education.

Religious educational institution receiving verification, that is accreditation, have the right to funding from the Budget, in proportion to the number of believers, accor-

ding to the last population census in the Republic.

In order to promote religious liberties and education, the state may also offer financial assistance to religious educational institutions which are not a part of the education system.

The autonomy of religious educational institutions

Article 37

Religious educational institutions have autonomy in their structure and in their curriculum.

The Church or religious community independently determines the curriculum, textbooks and manuals, appoints and removes teaching and other staff and carries out monitoring of the work of the religious educational institution.

Religious educational institutions included in the education system must respect the conditions and standards applicable to the education system, in accordance with the regulations on education.

Certificates and diplomas of religious educational institutions

Article 38

The certificates and diplomas of verified, that is, accredited religious educational institutions have the same legal validity as the equivalent certificates and diplomas gained in state educational institutions.

Certificates and diplomas gained in other religious educational institutions, after completion of a procedure to determine their equivalence before the relevant state authority, may have the same legal validity as the equivalent certificates and diplomas gained at state educational institutions.

Social rights of pupils and students of religious educational institutions

Article 39

Full-time pupils and students of religious educational institutions have the right to health and social benefits, pupil and student norms and postponement of military service, to civilian military service, and their parents the right to child allowances under the same conditions applicable to pupils and students of state educational institutions.

Religious education in state and private schools

Article 40

The right to religious education in state and private primary and high schools is guaranteed, in accordance with the law.

3. Cultural activities

The bearers of cultural and scientific activities

Article 41

The bearers of cultural and scientific activities of Churches and religious communities are monasteries, vestries, museums, archives, scientific research establishments,

libraries, specialised schools and institutions, artistic preserving-restoring workshops, folk ensembles, choirs and other institutions and associations.

Religious buildings and institutions of exceptional historical, national and cultural significance enjoy the special protection, care and financial support of state and local government authorities.

Protection of sacral heritage and cultural assets

Article 42

Churches and religious communities may establish institutes for the protection of sacral inheritance, within unique system of protection in accordance to the law.

Verified institutions from the previous paragraph may enjoy financial support from the budget of Republic of Serbia or the budget of local government.

Informative and publishing activities

Article 43

For the purposes of promoting religious liberties and the freedom of information, Churches and religious communities have the right, in accordance with the Constitution and the law to use public radio broadcast services as well as to independently engage in their own informative and publishing activities.

Churches and religious communities must, in engaging their informative and publishing activities, visibly identify themselves by their full name.

In informing the public of their activities, Churches and religious communities must clearly state the purpose and content of specific activities.

Financing of cultural and scientific institutions and programs

Article 44

In order to promote religious liberties and culture, the relevant state authority and the local government authority may, in accordance with their resources, provide subsidies to Churches and religious communities for their cultural and scientific institutions and programs.

Churches and religious communities have the right to compete for allocation of funds for their cultural and scientific programs before state authorities and committees under the same conditions as other legal entities and individuals.

IV TRANSITIONAL AND FINAL PROVISIONS

Deadline for passing of delegated legislation

Article 45

The regulations for application of this law shall be brought by the minister responsible for religious affairs within 90 days of this law coming into force.

Coming into force of this law

Article 46

This law comes into force the eighth day from the day of its publication in the "State Gazette of the Republic of Serbia".

6. ESLOVAQUIA. BORRADOR DE ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA ESLOVACA Y LA SANTA SEDE SOBRE EL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA (2005)⁶.

Desarrollando las previsiones contenidas en el artículo 7 del Acuerdo Base entre la Santa Sede y la República Eslovaca de 24 de Noviembre de 2000, las Partes acordes negociaron un sub-acuerdo sobre el derecho de objeción de conciencia, paralelo al celebrado también con otros grupos religiosos. El Acuerdo ha sido contestado desde algunas instancias internacionales, y celebrado desde otras. No obstante la polémica, el valor y la futura proyección del Acuerdo —desde la perspectiva jurídica— quedan intactos, al tratarse de un instrumentos en el que la dimensión institucional de las relaciones entre los estados y las religiones se pone de forma patente al servicio de la defensa de la libertad individual.

Draft Treaty between the Slovak Republic and the Holy See on the Right to Objection of Conscience

The Slovak Republic and the Holy See,

Recognising the freedom of conscience in the protection and promotion of values intrinsic to the meaning of human life,

Emphasising this recognition in relation to freedom of thought and freedom of religion,

Recognising human life, human dignity, meaning of human life, family and marriage as the highest universal values, which are at the source of common good, and, as such, must be protected from loss or injury and from impediments to their development and generational handing down,

Declaring the will to protect the right to human life, human dignity, human physical integrity, human biological and psychological identity, family and marriage, invoking the commitments given in the Basic Treaty between the Slovak Republic and the Holy See, signed in the Vatican on 24 November 2000 (hereinafter the "Basic Treaty"), and the Slovak Republic, applying the Constitution of the Slovak Republic, and the Holy See, applying the teaching of faith and morals of the Catholic Church, have agreed as follows:

Article 1

The Slovak Republic and the Holy See (hereafter "Contracting Parties") conclude this Treaty with the aim to set out the scope and terms of exercising the right to objection of conscience in conformity with Article 7 of the Basic Treaty.

Article 2

The Contracting Parties recognise the freedom of conscience regarding human life, human dignity, the meaning of human life, family and marriage, and the right of

⁶ Texto disponible en The Protection of Conscience Project, [en línea] [ref. 08.09.2006] disponible en web < <http://www.consciencelaws.org/Proposed-Conscience-Laws/International/Intl01.html> >.

everyone to freely exercise objection of conscience in relation to these universal human values.

Article 3

(1) For the purposes of this Treaty, "principles of the teaching of faith and morals" mean the principles proclaimed in the Magisterium of the Catholic Church.

(2) For the purposes of this Treaty, "objection of conscience" means an objection raised in conformity with the principle of the freedom of conscience according to which anyone may refuse to act in a manner that he deems incompatible in his conscience with the teaching of faith and morals.

(3) The term "to act" includes participating in an act or any other activity of unspecified duration connected with such act, including assistance.

Article 4

(1) The right to exercise objection of conscience shall apply to:

- a) the service in the armed forces or an armed corps, including conscription service,
- b) performing certain acts in the area of healthcare, in particular, acts related to artificial abortion, artificial or assisted fertilisation, experiments with and handling of human organs, human embryos and human sex cells, euthanasia, cloning, sterilisation or contraception,
- c) activities in the field of education, in particular those relating to Articles 12 and 13 of the Basic Treaty,
- d) provision of legal services,
- e) labour law and other employment relationships falling under the scope of this Treaty.

(2) The Slovak Republic undertakes not to impose an obligation on the hospitals and healthcare facilities founded by the Catholic Church or an organisation thereof to perform artificial abortions, artificial or assisted fertilisations, experiments with or handling of human organs, human embryos or human sex cells, euthanasia, cloning, sterilisations, acts connected with contraception, and not to make the establishment or operation of a hospital or a healthcare facility founded by the Catholic Church or an organisation thereof conditional on the performance of the aforementioned activities.

Article 5

The right to exercise objection of conscience shall be implemented in conformity with the legal system of the Slovak Republic and within its limits. In setting out the scope and manner of exercising the right to objection of conscience, the Slovak Republic shall take care to preserve the essence and meaning of this right.

Article 6

(1) The exercise of objection of conscience shall not entail legal liability of the person who has exercised that right.

(2) The right to invoke objection of conscience shall not be exercised in a manner leading to the misuse of that right. The misuse of the right to objection of conscience shall not entail protection from legal liability. The exercise of objection of conscience must not endanger human life or human health.

Article 7

(1) The Contracting Parties shall resolve contentious issues arising in connection with the interpretation or execution of this Treaty through mutual consultations. The Contracting Parties shall supply information to one another, in particular as regards individual activities falling under the scope of objection of conscience, and information concerning the drafts of generally binding legal acts that have a bearing on objection of conscience.

(2) The Contracting Parties shall set up a joint commission with an advisory status for the purposes of executing this Treaty. The joint commission shall have a parity composition and include three representatives of each contracting party; it will be convened at least twice a year or at any time when so requested by a Contracting Party. The tasks of the joint commission shall include, in particular:

- a) monitoring the areas and particular activities in respect of which objection of conscience may be invoked,
- b) submitting comments concerning the drafts of generally binding legal acts and making legislative proposals concerning the right to objection of conscience and preventing its misuse,
- c) evaluating the implementation of this Treaty,
- d) submitting proposals with a view to amending or supplementing this Treaty.

Article 8

The present Treaty can be changed and amended to include the facts that are not covered by the Treaty through written agreement of the Contracting Parties.

Article 9

This Treaty is concluded for an unlimited period and shall be terminated by agreement of the Contracting Parties or upon the termination of the Basic Treaty.

Article 10

This Treaty shall be subject to ratification and shall enter into force as from the thirtieth day from the date of exchange of the instruments of ratification.

7. BOSNIA-HERZEGOVINA. ACUERDO BÁSICO CON LA SANTA SEDE⁷.

El 19 de abril de 2006, en la sede de la Presidencia de Bosnia-Herzegovina, se firmó el Acuerdo Básico entre Bosnia-Herzegovina y la Santa Sede, en presencia de numerosas personalidades de la vida política y social del país. Ivo Miro Jovic firmó el

Acuerdo en representación de la Presidencia del Estado; por parte de la Santa Sede, lo hizo el Nuncio Apostólico Mons. Alessandro D'Enrico. En Acuerdo confirma una vez más la vitalidad de la institución concordataria y responde en la mayoría de sus disposiciones a las características e influencias propias de los concordatos usualmente llamados "Acuerdos del Pontificado de Juan Pablo II". Tal vez quepa subrayar algunos elementos característicos de este Acuerdo Básico, tales como la devolución de los bienes inmuebles a la Iglesia católica (artículo 14) o la enseñanza de la religión católica en los centros de titularidad estatal (artículo 16, con algunos elementos de semejanza con el Acuerdo español sobre enseñanza y asuntos culturales de 1979).

Basic Agreement Between Bosnia and Herzegovina and the Holy See

Bosnia and Herzegovina and the Holy See,

- wishing to establish the juridical framework of relations between the Catholic Church and Bosnia and Herzegovina;
- with reference on the part of Bosnia and Herzegovina to the constitutional principles by which it was created, and on the part of the Holy See to the documents of the Second Vatican Council and the norms of canon law;
- mindful of the centuries-old presence of the Catholic Church in Bosnia and Herzegovina and of her current role in social, cultural and educational fields;
- respecting internationally recognized principles concerning the distinction between religion and the state and concerning freedom of religion; have established by mutual agreement what follows:

Article 1

Bosnia and Herzegovina and the Holy See reaffirm that the state and the Catholic Church, each in its proper sphere, are independent and autonomous, and they commit themselves to total respect for this principle in their relations and to mutual cooperation for integral human development, both spiritual and material, and for the promotion of the common good.

Article 2

1. Bosnia and Herzegovina recognizes the public juridical personality of the Catholic Church.

2. Bosnia and Herzegovina also recognizes the public juridical personality of all ecclesiastical institutions which possess such juridical personality in conformity with the norms of canon law.

3. The competent ecclesiastical authority may establish, modify, abolish or recognize ecclesiastical juridical persons according to the norms of canon law. It informs the

⁷ Versión inglesa de la Conferencia Episcopal de Bosnia-Herzegovina, Biskupske Konferencija Bosne i Hercegovine [en línea] [ref. 08.09.2006], disponible en <<http://www.bkbih.org/kta/ugovor%20-%20sveta%20stolica%20i%20bih%20-%20ENG.htm>>.

competent agency of the civil administration accordingly, in order that registration be made according to the applicable civil norms.

Article 3

Bosnia and Herzegovina guarantees to the Catholic Church and to her juridical and physical persons the freedom to communicate and to maintain contacts with the Holy See, with the Episcopal Conferences of other countries, and also with particular Churches, institutions and persons both within the state and abroad.

Article 4

Respecting the right to freedom of religion, Bosnia and Herzegovina recognizes the free exercise by the Catholic Church, and by her communities of whatever rite, of her apostolic mission, in particular with regard to divine worship, governance, teaching and the activity of the associations indicated in Article 13.

Article 5

The competent ecclesiastical authority has the exclusive right to regulate freely its proper ecclesiastical order, to establish, alter and suppress ecclesiastical provinces, archdioceses, dioceses, apostolic administrations, territorial prelatures, territorial abbas, personal prelatures, parishes, institutes of consecrated life and societies of apostolic life, as well as other ecclesiastical juridical persons.

Article 6

1. The Catholic Church is responsible for all ecclesiastical appointments and the conferring of ecclesiastical offices, in conformity with the norms of canon law.

2. The appointment, transfer and removal of Bishops is the exclusive competence of the Holy See.

Article 7

1. Bosnia and Herzegovina guarantees to the Catholic Church the freedom to conduct worship.

2. Bosnia and Herzegovina guarantees the inviolability of places of worship: churches, chapels and their respective annexes.

3. Only for grave reasons and with the explicit agreement of the ecclesiastical authority may such places be destined for other uses.

4. The competent authority of Bosnia and Herzegovina cannot take security measures in the aforementioned places without previous authorization from the competent ecclesiastical authority, unless such action is urgently needed for the defence of life or health or to preserve goods of particular artistic or historical value.

5. In the event that public worship is conducted in places other than those indicated in section 2 above (as in the case of processions, pilgrimages or other activities), the ecclesiastical authorities will inform the competent authorities of Bosnia and Herzegovina, who are obliged to guarantee public order and safety.

Article 8

1. In the case of a judicial inquiry into alleged offences against the penal code on the part of a cleric, a religious man or woman, the judicial authorities of Bosnia and Herzegovina will inform the competent ecclesiastical authorities beforehand.

2. In every case, the seal of Confession is inviolable.

Article 9

1. Sundays and the following feast-days will be classed as non-working days for Catholics throughout the country according to the law of Bosnia and Herzegovina:

- a) 6 January, the Epiphany of the Lord
- b) Corpus Christi
- c) 15 August, Assumption of the Blessed Virgin Mary;
- d) 1 November, All Saints;
- e) 25 December, Christmas Day.

2. The two interested parties will come to an agreement on any changes to the feast-days, should this prove necessary.

Article 10

1. Ecclesiastical juridical persons may acquire, possess, use and usufruct or alienate moveable and immoveable goods, and may also acquire and alienate patrimonial rights, according to the norms of canon law and the legislation of Bosnia and Herzegovina.

2. The juridical persons indicated in section 1 may institute foundations. Their activity, as far as its civil effects are concerned, is regulated according to the legal norms of Bosnia and Herzegovina.

3. Bosnia and Herzegovina will restore to the Catholic Church within ten years from the entry into effect of this Agreement all immoveable goods nationalized or seized without adequate compensation. For goods which cannot be restored, Bosnia and Herzegovina will give just compensation, to be agreed upon by the authorities and those with legitimate title to the properties.

Article 11

1. The Catholic Church has the right to construct churches and ecclesiastical buildings and to enlarge or alter those already in existence, according to the laws in force in Bosnia and Herzegovina.

2. The diocesan Bishop decides when it is necessary to construct ecclesiastical buildings within the territory of his diocese, by norm of canon law, and he proposes where they are to be located; and the competent authorities of Bosnia and Herzegovina will agree unless there are objective reasons not to do so.

3. The competent authorities in Bosnia and Herzegovina will not consider requests for the construction of Catholic ecclesiastical buildings in the absence of the diocesan Bishop's written approval (cf. section 2 above).

Article 12

1. The Catholic Church is guaranteed the freedom to own, print, publish and distribute books, newspapers, journals, as well as audiovisual material, and also any other activity connected with her mission.

2. The Catholic Church has the right to establish and to administer in her own name radio and television stations, in conformity with the laws of Bosnia and Herzegovina.

3. The Catholic Church also has access to the public communications media (newspapers, radio, television, internet).

Article 13

1. Bosnia and Herzegovina recognizes the right of the Catholic faithful to form associations, in conformity with canonical norms, according to the Church's proper purposes. As far as the civil effects of their activities are concerned, such associations are to be regulated in conformity with the legal norms of Bosnia and Herzegovina.

2. Bosnia and Herzegovina guarantees to Catholics and to their associations and institutions full freedom of action and of public activity, both in speech and in writing.

Article 14

1. The Catholic Church has the right to establish educational institutions at all levels and to administer them according to its own norms, while respecting the legal dispositions of Bosnia and Herzegovina.

2. Bosnia and Herzegovina will accord to such institutions the same rights that are guaranteed to state institutions, including financial treatment and the recognition of academic degrees and any university qualifications obtained.

3. Bosnia and Herzegovina guarantees to the pupils and students of educational institutions (cf. section 1 above) the same rights as pupils and students of state educational institutions of the equivalent level. The same rule also applies to the teaching and non-teaching staff of such institutes.

Article 15

1. Bosnia and Herzegovina recognizes and guarantees to the Catholic Church the right to pastoral care of Catholic faithful who are members of the armed forces and the forces of public order, and of those who are resident in penal institutions, in hospitals, in orphanages and in any institute of medical and social assistance, whether public or private.

2. Pastoral activity in the armed forces and in the forces of public order, and in the public institutions listed in section 1 above, will be regulated by appropriate Agreements between the competent ecclesiastical authorities and Bosnia and Herzegovina.

Article 16

1. Bosnia and Herzegovina, in the light of the principle of freedom of religion,

recognizes the fundamental right of parents to see to the religious education of their children; and it guarantees within the framework of the academic programme and in conformity with the wishes of parents or guardians, the teaching of the Catholic religion in all public schools, elementary, middle and higher, and in pre-school centres, as a required subject for those who choose it, under the same conditions as other required subjects.

2. In collaboration with the competent Church authorities, the educational authorities will allow parents and adult students the possibility to avail themselves freely of such teaching at the time of registration for the academic year, in such a way that their decision does not give rise to any form of academic discrimination.

3. The teaching of the Catholic religion will be carried out by teachers who are suitable, with the canonical mandate of the local diocesan Bishop, and in possession of the qualifications required for the particular level of school by the laws in force in Bosnia and Herzegovina, with respect for all the rights and duties pertaining thereto. In the case of withdrawal of the canonical mandate by the diocesan Bishop, the teacher will not be able to continue teaching the Catholic religion.

4. Teachers of religion are full members of the teaching staff of the educational institutions mentioned in section 1 of this Article.

5. The programmes and the content of the teaching of the Catholic religion, as well as the text-books and didactic material must be prepared and approved by the Episcopal Conference of Bosnia and Herzegovina. The ways in which the teaching of the Catholic religion is conducted will be object of a particular agreement between the competent authorities of Bosnia and Herzegovina and the Episcopal Conference.

Article 17

1. The Catholic Church may freely organize institutions intended to provide charitable activity and social assistance, in conformity with the relevant civil norms.

2. Ecclesiastical institutions or institutions dependent on the Church for purposes of charitable assistance are regulated in conformity with their own statutes and they enjoy the same rights and privileges and the same treatment as the state institutions established for the same purpose.

3. The Catholic Church and Bosnia and Herzegovina will reach an agreement about mutual cooperation between their respective institutions for charitable assistance.

4. As far as civil effects are concerned, the institutions listed in section 1 of this Article will be regulated according to the legal norms of Bosnia and Herzegovina.

Article 18

1. Bosnia and Herzegovina and the Holy See will resolve, by common accord, through diplomatic means, any doubts or difficulties which might arise in the interpretation and application of the provisions of the present Agreement.

2. Matters of common interest that require new or additional solutions will be

addressed by a Mixed Commission set up for the purpose, composed of representatives of the two parties, which will submit its proposals for the approval of the respective authorities.

Article 19

1. The present Agreement, drawn up in English, will be signed in duplicate, will be ratified according to the proper procedural norms of the contracting Parties and will take effect at the moment of the exchange of instruments of ratification.

2. Should one of the contracting parties consider that the circumstances in which the present Agreement was established have changed radically, in such a way as to necessitate modifications, negotiations to that effect are to be initiated.

Signed in Sarajevo, on 19th April 2006.

8. ARGELIA – ORDEN PRESIDENCIAL DEL PRESIDENTE BOUTEFLIKA SOBRE LAS “CONDICIONES Y REGLAS PARA EL EJERCICIO DEL CULTO RELIGIOSO DISTINTO DEL MUSULMÁN”⁸.

La Constitución argelina prevé que el Islam es la religión del Estado, prohibiendo al mismo tiempo la discriminación en materia de libertades individuales. El Gobierno ha venido respetando la libertad religiosa, estableciendo algunas restricciones en el ejercicio del culto a través de una necesaria solicitud de permisos oficiales. La Iglesia católica, la Comunidad Protestante y los Adventistas del Séptimo Día venían ejerciendo la libertad de culto como comunidades no islámicas reconocidas con permiso para actuar en el territorio nacional. En octubre de 2005, el gobierno aceptó una propuesta de ley para restringir la libertad de proselitismo de los grupos cristianos. Finalmente, el febrero de 2006, se aprobó una legislación restrictiva del ejercicio de la libertad religiosa y de culto.

Ruling number 06-03 of 29 Moharram 1427, Corresponding to 28 February 2006 fixing the conditions and rules for the exercise of religious worship other than Muslim.

The President of the Republic,

In view of the Constitution, notably its articles 2, 29, 36, 43, 122 and 124;

In view of the international pact relative to civil and political rights, to which Algeria has subscribed by the presidential decree number 89-67 of 16 May 1989;

In view of the ruling number 66-154 of 8 June 1966, modified and supplemented,

⁸ Texto inglés procedente de Human Rights Without Frontiers, que remite a fuentes oficiales: Official Journal of the Algerian Republic Nr 12, Aouel Safar 1427 Ruling number 06-03 of 29 Moharram 1427, Corresponding to 28 February 2006 fixing the conditions and rules for the exercise of religious worship other than Muslim [en línea] [ref. 08.09.2006], disponible en web < http://www.hrwf.net/html/2006PDF/Algeria_2006.pdf>.

containing code of civil procedure;

In view of ruling number 66-155 of 8 June 1966, modified and supplemented, containing code of criminal procedure;

In view of ruling number 66-156 of 8 June 1966, modified and supplemented, containing penal code;

In view of ruling number 77-03 of 19 February 1977 relative the collection of money in a public place;

In view of law number 89-28 of 31 December 1989, modified and supplemented, relative to meetings and public demonstrations;

In view of law number 90-08 of 7 April 1990, supplemented, relative to towns and cities;

In view of law number 90-09 of 7 April 1990, supplemented, relative to administrative districts;

In view of law number 90-31 of 4 December 1990 relative to associations;

The Council of competent ministers,

Made known the ruling of which the contents follow:

General Dispositions

Art. 1. -The present ruling has as its objective to fix the conditions and rules of exercise of religious worship other than Muslim.

Art. 2. -The Algerian state, of which the religion is Islam, guarantees the free exercise of religious worship in the framework of respect of the dispositions of the Constitution, of the present ruling, of the laws and regulations in force, of the public order, of good moral standards and of the fundamental rights and liberties of third parties.

The State equally guarantees the toleration and respect of different religions.

Art. 3. -Associations of religious practice other than Muslim enjoy the protection de the State.

Art. 4. -It is forbidden to use religious affiliation as the basis for discrimination towards any person or group of persons.

Chapter II. Conditions for the exercise of religious worship

Art. 5. -Modification of a structure for the exercise of religious worship is subject to the prior approval of the national commission of the exercise of religious worship provided under article 9 of the present ruling.

Any activity is forbidden in premises intended for the exercise of religious worship, which would be contrary to the nature and objectives for which (the premises) are intended.

Structures intended for the exercise of religious worship are subject to being registered by the State, who assures their protection.

Art. 6. -Collective exercise of religious worship is organized by associations of a

religious character of which the creation, approval and the functioning is subject to the dispositions of the present ruling and of the legislation in force.

Art. 7. -Collective exercise of religious worship takes place exclusively in structures intended for this purpose, open to the public and identifiable from the exterior.

Art. 8. -Religious gatherings take place in structures; they are public and subject to prior declaration.

The conditions and terms of the application of the present article are set by statutory means.

Art. 9. -A national commission of religious worship is created by the minister charged with religious affairs and of wakfs. The commission is charged in particular with:

- watching over the respect of the free exercise of religious worship;
- taking in charge the affairs and concerns related to the exercise of religious worship;
- giving prior approval for the formation of associations of a religious character.

Chapter III. Criminal provisions

Art. 10. -The punishment is one (1) year to three (3) years of imprisonment and a fine from 250.000 DA 500.000 DA for anyone who by verbal or written or distributed discourse in structures where religious worship takes place or who utilizes any other audiovisual means, containing a provocation to resist the fulfillment of the laws or the decision of the public authority, or tending to incite a part of the citizens to rebellion, without prejudice of more serious penalties, if the provocation is followed by effects. The penalty is imprisonment from three (3) years to five (5) years and the fine is from 500.000 DA to 1.000.000 DA if the guilty person is as leader of religious worship.

Art. 11. -Without prejudice of more serious penalties, the punishment is imprisonment from two (2) years to five (5) years and a fine from 500.000 DA to 1.000.000 DA for whomever:

- 1 -incites, constrains or utilizes means of seduction tending to convert a Muslim to another religion, or by using to this end establishments for teaching, for education, for health, of a social or cultural nature, or training institutions, or any other establishment, or any financial means.
- 2 -makes, stores, or distributes printed documents or audiovisual productions or by any other aid or means, which has as its goal to shake the faith of a Muslim.

Art. 12. -The punishment is imprisonment from one (1) year to three (3) years and a penalty of from 100.000 DA to 300.000 DA, for anyone who has recourse to money collected from the public or who accepts gifts, without authorization by legally approved authorities.

Art. 13. -The punishment is imprisonment from one (1) year to three (3) years and a fine from 100.000 DA to 300.000 DA, for anyone who:

1 -conducts a religious worship service contrary to the dispositions under articles 5 and 7 of the present ruling.

2 -organizes a religious gathering contrary to the dispositions of article 8 of the present ruling.

3 -preaches in structures intended for the exercise of religious worship, without being designated, approved, or authorized by the religious governing body of his faith, competent, duly authorized on national territory and by the competent Algerian authorities.

Art. 14. -The competent authorities may forbid residency on the national territory to a foreigner convicted following the commission of one of the infractions provided for by the present ruling, definitively or for a period, which cannot be less than ten (10) years.

The residency ban of and expulsion from the national territory of the convicted person begins with full effect after carrying out the penalty of imprisonment.

Art. 15. -A legal entity that commits one of the infractions provided for by the present ruling is punished by:

-one or several of the following penalties:

-the confiscation of the means and the materials utilized in the commission of the infraction,

-the ban from observing, in the place concerned, a religious worship service or any religious activity,

-the dissolution of the legal entity.

Chapter IV. Temporary and Final dispositions

Art. 16. -Persons exercising a religious worship service other than Muslim, in a collective setting, are required to conform to the dispositions of the present ruling, within six (6) months, starting with its publication in the Official Journal.

Art. 17. -The present ruling will be published in the Official Journal of the Democratic and Popular Republic of Algeria.

Done in Algiers, on 29 Moharram 1427,
corresponding to 28 February 2006.

Abdelaziz BOUTEFLIKA.

9. RUMANÍA.- LEY DE LIBERTAD RELIGIOSA.

La Ley de Libertad Religiosa recientemente aprobada en Rumanía sigue el modelo, en cuanto a su extensión (51 artículos), de la Ley portuguesa. Su contenido se divide en tres partes. La primera se dedica al reconocimiento y desarrollo del derecho de

libertad religiosa. Es destacar, como disposición especialmente novedosa, la edad que se señala para el ejercicio del derecho a elegir la enseñanza religiosa: los niños de más de catorce años deberán dar su consentimiento para todo acto indicativo de un cambio de religión, y con más de dieciséis años los jóvenes escogerán la religión por sí mismos. La libertad religiosa se extiende tanto a las creencias y actividades individuales como colectivas. En el ámbito colectivo, la Ley garantiza el ejercicio de la libertad religiosa a todas las confesiones, sin personalidad jurídica – a las que denomina “grupos religiosos” – o que hayan adquirido dicha personalidad jurídica. Lo cual no excluye que con las confesiones que hayan acreditado una cierta estabilidad y presencia social los poderes públicos puedan establecer relaciones de cooperación a fin de facilitar el ejercicio de la libertad religiosa de sus miembros. Es precisamente el desarrollo de los procedimientos, condiciones y efectos que pueden alcanzar esa cooperación a lo que la Ley dedica el grueso de su articulado, los capítulos dedicados a “los cultos” y a “las asociaciones religiosas”. Bajo el concepto de “cultos” se encontrarían las confesiones que, habiendo demostrado su permanencia en el país por más de doce años y que aglutinen a más del 0,1 por ciento de la población, sean reconocidos como tales por el Gobierno. Con ellos despliega el Estado rumano el máximo grado de cooperación, que conlleva, por ejemplo, el garantizar la enseñanza de sus respectivas religiones en las escuelas públicas, pagar un salario y la pensión tras la jubilación a los ministros de culto de los cultos reconocidos, la exención del servicio militar obligatorio a los clérigos y religiosos, o, entre otras medidas, el reconocimiento de los estudios civiles que se imparten en los colegios e instituciones pertenecientes a estas confesiones. El anexo de la Ley incorpora una relación de dieciocho confesiones reconocidas como “cultos”, entre las que se encuentran la Iglesia ortodoxa rumana, la Iglesia católica, varias Iglesias evangélicas, los Testigos de Jehová, la Federación de comunidades judías y el Culto musulmán. Las “asociaciones religiosas” se constituyen previa inscripción de la confesión en los Registros al respecto que se crean bajo la dependencia de los tribunales de las distintas circunscripciones territoriales. Las confesiones que soliciten la inscripción deberán aportar los elementos que identifican a la entidad peticionaria, la estructura organizativa, el patrimonio con el que cuentan, el cuerpo de su doctrina y la declaración de fe, sus fines u objetivos y probar que poseen más de trescientos miembros. Entre otros derechos que comporta el status de “asociación religiosa”, el más destacable es el poder beneficiarse de exenciones fiscales para las actividades que realicen de naturaleza religiosa.

Loi n. 489/2006 sur la liberté religieuse et le régime général des cultes. Publiée dans le «Monitorul Oficial», première partie, n. 11/8.01.2007.

Le Parlement de la Roumanie adopte la présente loi.
CHAPITRE I

Dispositions générales

Art. 1 – (1) L'Etat roumain respecte et garantit le droit fondamental à la liberté de pensée, de conscience et liberté religieuse de toute personne sur le territoire de la

Roumanie, selon la Constitution et selon les traités internationaux auxquels la Roumanie a souscrit.

(2) Personne ne peut être empêché ou contraint d'adopter une opinion ou d'adhérer à une croyance religieuse, contraire à ses convictions, et ne peut être soumis à aucune discrimination, ni poursuivi, ni mis dans une situation d'infériorité à cause de sa foi, son appartenance ou non appartenance à un groupement, à une association ou à un culte, ou en raison de l'exercice de la liberté religieuse, dans les conditions de la loi.

Art. 2 – (1) La liberté religieuse comprend le droit de chaque personne d'avoir ou d'adopter une religion, de la manifester individuellement ou collectivement, en public ou en privé, à travers les pratiques et les rites spécifiques au culte, y compris à travers l'éducation religieuse, de même que la liberté de conserver ou de changer sa croyance religieuse.

(2) La liberté de manifester sa croyance religieuse ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui sont prévues par la loi et constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique pour la sécurité publique, la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique ou pour la protection des droits et des libertés fondamentales de l'homme.

Art. 3 – (1) Les parents ou les tuteurs ont le droit exclusif d'opter pour l'éducation religieuse des enfants mineurs, conformément à leurs propres convictions.

(2) La religion d'un enfant qui a 14 ans accomplis ne peut être changée sans son consentement; l'enfant, qui a 16 ans accomplis, a le droit de choisir lui-même sa religion.

Art. 4 – Toute personne, culte, association religieuse ou groupement religieux de Roumanie est libre d'établir et d'entretenir des relations œcuméniques et fraternelles avec d'autres personnes, cultes ou groupements religieux et avec les organisations inter chrétiennes et interreligieuses, au niveau national et international.

Art. 5 – (1) Toute personne a le droit de manifester sa croyance religieuse de façon collective, conformément à ses propres convictions et aux dispositions de la présente loi, tant dans des structures religieuses avec une personnalité juridique, que dans des structures sans personnalité juridique.

(2) Les structures religieuses avec personnalité juridique, réglementées par la présente loi, sont les cultes et les associations religieuses, tandis que les structures religieuses sans personnalité juridique sont les groupements religieux.

(3) Les communautés religieuses choisissent librement leur structure associative dans laquelle elles manifestent leur croyance religieuse : culte, association religieuse ou groupement religieux, dans les conditions de la présente loi.

(4) Dans leur activité, les cultes, les associations religieuses et les groupements religieux ont l'obligation de respecter la Constitution et les lois du pays et de ne pas porter atteinte à la sécurité publique, à l'ordre, à la santé et à la morale publique, de même qu'aux libertés et aux droits fondamentaux de l'homme.

(5) Il est interdit d'utiliser des données à caractère personnel, liées aux convictions religieuses ou à l'appartenance aux cultes, à l'exception de campagnes de recensement

national approuvées par loi ou dans le cas dans lequel la personne visée a donné, expressément, son consentement pour celle-la.

(6) Il est interdit d'obliger toute personnes de mentionner sa religion, dans toutes les relations avec les autorités publiques ou avec les personnes juridiques de droit privé.

Art. 6 – (1) Le groupement religieux est la forme d'association sans personnalité juridique de certaines personnes physiques qui, sans aucune procédure préalable et librement, adoptent, partagent et pratiquent une croyance religieuse.

(2) L'association religieuse est la personne juridique de droit privé, constituée dans les conditions de la présente loi, formée de personnes physiques qui adoptent, partagent et pratiquent la même croyance religieuse.

(3) Une association religieuse peut devenir culte dans les conditions de la présente loi.

CHAPITRE II

Les Cultes

Section 1

Les relations entre l'Etat et les cultes

Art. 7 – (1) L'Etat roumain reconnaît aux cultes le rôle spirituel, éducative, social caritatif, culturel et de partenariat social, ainsi que leur statut de facteurs de paix sociale.

(2) L'Etat roumain reconnaît le rôle important de l'Eglise Orthodoxe Roumaine et des autres églises et cultes reconnus dans l'histoire nationale de la Roumanie et dans la vie de la société roumaine.

Art. 8 – (1) Les cultes reconnus sont des personnes juridiques d'utilité publique. Ils s'organisent et fonctionnent conformément aux dispositions constitutionnelles et de la présente loi, de façon autonome, conformément à leurs propres statuts ou codes canoniques.

(2) Également, sont des personnes juridiques, les parties composantes des cultes, suivant la manière dont elles sont mentionnées dans les statuts ou les codes canoniques, si elles accomplissent les conditions prévues dans ces statuts (celles-ci).

(3) Les cultes fonctionnent en respectant les dispositions légales et conformément aux propres statuts ou codes canoniques, dont les dispositions sont applicables à ses propres fidèles.

(4) La dénomination d'un culte ne peut être identique à la dénomination d'un autre culte reconnu en Roumanie.

Art. 9 – (1) En Roumanie il n'y a pas de religion d'Etat; l'Etat est neutre vis-à-vis de toute croyance religieuse ou idéologie athée.

(2) Les cultes sont égaux devant la loi et les autorités publiques. L'Etat, par ses autorités, ne promouvra pas et ne favorisera pas l'octroi des privilèges ou la création

de discriminations au détriment d'un culte.

(3) Les autorités publiques coopèrent avec les cultes dans les domaines d'intérêt commun et soutiennent leur activité.

(4) L'Etat roumain par les autorités publiques habilitées, soutient l'activité spirituelle culturelle et sociale à l'étranger des cultes reconnus en Roumanie.

(5) Les autorités publiques centrales peuvent conclure avec les cultes reconnus des partenariats dans les domaines d'intérêt commun, ainsi que des accords pour la réglementation de certains aspects spécifiques à la tradition des cultes, qui se soumettent à l'approbation par la loi.

Art. 10 – (1) Les frais pour l'entretien des cultes et le développement de leurs activités seront couverts, en premier lieu, par les moyens propres des cultes, créés et administrés conformément à leurs statuts.

(2) Les cultes peuvent établir des contributions de la part de leurs fidèles afin de soutenir les activités qu'ils développent.

(3) L'Etat promeut le soutien accordé par les citoyens à travers des déductions d'impôt sur le revenu et encourage le mécénat envers les cultes, dans les conditions de la loi.

(4) L'Etat soutient, sur demande, à travers des contributions, en rapport avec le nombre des fidèles citoyens roumains et des nécessités réelles de subsistance et d'activité, la rémunération du personnel clérical et non clérical, appartenant aux cultes reconnus. L'Etat soutient, avec des contributions, en proportion plus grande, la rémunération du personnel de culte appartenant aux unités de culte avec des revenus réduits, dans les conditions établies par la loi.

(5) Personne ne peut être contraint par des actes administratifs ou à travers d'autres méthodes de contribuer aux frais d'un culte religieux.

(6) Les cultes reconnus peuvent bénéficier, sur demande, de soutien matériel de la part de l'Etat, pour les frais de fonctionnement des unités de culte, pour des réparations et des constructions nouvelles, en rapport avec le nombre de fidèles, conformément au dernier recensement, et avec les nécessités réelles.

(7) L'Etat soutient l'activité des cultes reconnus également comme étant des fournisseurs de services sociaux.

(8) Les autorités publiques assurent à toute personne, sur demande, le droit d'être conseillé selon ses propres convictions religieuses à travers la facilitation de l'assistance religieuse.

Art. 11 – Le soutien de l'Etat consiste aussi dans l'octroi des facilités fiscales, dans les conditions de la loi.

Art. 12 – L'utilisation des fonds reçus du budget d'Etat ou des budgets locaux, ainsi que le respect de la destination des biens reçus en propriété ou usufruit des autorités publiques locales ou centrales se soumettent au contrôle de l'Etat.

Art. 13 – (1) Les rapports entre les cultes, ainsi que celles entre les associations et les groupements religieux sont régis par la tolérance et le respect réciproque.

(2) En Roumanie est interdite toute forme, moyens, actes ou actions de diffama-

tion et de discorde religieuse.(3) L'entrave ou le trouble à la liberté d'exercer une activité religieuse, qui se développe selon la loi, est punie conformément aux dispositions de la loi pénale.

Art. 14 – (1) Chaque culte doit avoir un organe national de direction ou de représentation.

(2) Les unités de culte, y compris leurs filiales sans personnalité juridique, sont fondées et organisées par les cultes conformément à leurs propres statuts, règlements et codes canoniques.

(3) La fondation d'une unité de culte doit être communiquée, pour enregistrement, au Ministère de la Culture et des Cultes.

(4) Les unités de culte nouvellement fondées comme personnes juridiques peuvent solliciter et recevoir soutien financier, dans les conditions de la loi.

Art. 15 – Les sceaux et les estampilles utilisées par un culte ou par une unité locale de culte doivent contenir également la dénomination officielle sous laquelle le culte a été reconnu ou les initiales de celui-ci.

Art. 16 – (1) Les cultes reconnus peuvent utiliser, dans l'exercice de leurs activités, toute langue qu'ils considèrent comme appropriée. Le relevé financier sera tenu aussi dans la langue roumaine.

(2) Dans les relations officielles avec l'Etat, les cultes reconnus emploient la langue roumaine.

Section 2

La reconnaissance de la qualité de culte

Art. 17 – (1) La qualité de culte reconnu par l'Etat est acquise à travers la décision du Gouvernement, a la proposition du Ministère de la Culture et des Cultes, des associations religieuses qui, par leur activité et leur nombre de fidèles, offrent les garanties de durabilité, stabilité et d'intérêt publique.

(2) La reconnaissance des statuts et des codes canoniques s'accorde dans la mesure dans laquelle ceux-ci ne portent pas atteinte, à travers leur contenu, à la sécurité publique, à l'ordre, à la santé et à la morale publique ou aux droits et libertés fondamentales de l'homme.

Art. 18 – L'association religieuse qui sollicite la reconnaissance de la qualité de culte formulera une demande en ce sens au Ministère de la Culture et des Cultes, accompagnée de la documentation suivante :

- a) la preuve qu'elle est constituée légalement et que fonctionne sans interruption sur le territoire de la Roumanie comme association religieuse depuis au moins 12 ans ;
- b) les originaux des listes contenant les adhésions des membres citoyens roumains ayant leur domicile en Roumanie, dont le nombre représente au moins 0,1% de la population de la Roumanie, conformément au dernier recensement ;
- c) la confession de foi propre et le statut d'organisation et de fonctionnement,

qui doit contenir : la dénomination du culte, sa structure d'organisation centrale et locale, les modalités de gouvernement, d'administration et de contrôle, les organes de représentation, les modalités de création et de dissolution des unités de culte, le régime du personnel propre, ainsi que les dispositions spécifiques au culte respectif.

Art. 19 – (1) Dans un délai de 60 jours suivant la déposition de la demande, le Ministère de la Culture et des Cultes transmet au Gouvernement la documentation pour la reconnaissance du culte, accompagné de son avis consultatif, élaboré sur la base de la documentation déposée.

(2) Si la documentation est incomplète ou si les statuts contiennent des dispositions contraires à la loi, ceux-ci seront retournés justifiés afin d'être complétés ou modifiés, tandis que le délai sera prolongé en adéquation.

Art. 20 – (1) Dans un délai de 60 jours après la réception de l'avis, le Gouvernement se prononce sur la demande, par une décision de reconnaissance ou de rejet justifié.

(2) La décision de Gouvernement sera publiée dans le « Monitorul Oficial » de la Roumanie, première partie et elle peut être attaquée en justice, conformément à la loi.

(3) En cas de rejet de la demande, l'association religieuse peut solliciter la reprise de la procédure de reconnaissance de la qualité de culte, seulement si elle présente des preuves desquelles résulte que les motifs, pour lesquelles la demande a été rejetée, ont cessé.

(4) Les droits et les obligations afférentes à la qualité de culte reconnu peuvent être exercés à partir de la date d'entrée en vigueur de la décision du Gouvernement de reconnaissance de ce culte.

Art. 21 – Le Gouvernement, par décision, à la proposition du Ministère de la Culture et des Cultes, peut révoquer la qualité de culte reconnu lorsque, à travers son activité, le culte porte atteinte gravement à la sécurité publique, à l'ordre, à la santé et à la morale publique et aux libertés et aux droits fondamentaux de l'homme.

Art. 22 – (1) La modification et les compléments apportés aux statuts d'organisation et de fonctionnement ou aux codes canoniques des cultes se communiquent, pour reconnaissance, au Ministère de la Culture et des Cultes.

(2) Les actes administratifs émis dans la base des conditions prévues par la présente loi, ainsi que la non-émission de ceux-ci, dans les délais prévus, peuvent être attaqués en justice, dans les conditions de la loi.

Section 3

Le personnel des cultes

Art. 23 – (1) Les cultes choisissent, désignent, emploient ou révoquent le personnel conformément à leurs propres statuts, codes canoniques ou règlements.

(2) Le personnel des cultes peut être sanctionné disciplinairement pour la transgression des principes doctrinaux ou moraux du culte, conformément à leurs propres statuts, codes canoniques ou règlements.

(3) Le personnel clérical et assimilé des cultes reconnus ne peut pas être obligé de dévoiler les faits qui leur sont confiés ou desquelles ils ont pris connaissance en vertu de leur statut.

(4) L'exercice de la fonction de prêtre ou de toute autre fonction qui présume l'exercice des attributions de prêtre sans l'autorisation ou l'accord express donné par les autorités religieuses, avec ou sans personnalité juridique, se sanctionne selon la loi pénale.

Art. 24 – (1) Les salariés et les assurés des cultes dont les caisses de retraites et pensions sont intégrées dans le système d'assurances sociales d'Etat seront assujettis aux dispositions de la législation régissant les assurances d'Etat.(2) Les salariés et les assurés des cultes qui disposent de caisses de retraites et pensions ou de fonds de pensions propres sont assujettis aux règlements adoptés par les organes de gouvernement des cultes, en conformité avec leurs statuts et en accord avec les principes généraux de la législation régissant les assurances d'Etat.Art. 25 – Le personnel clérical et assimilé, ainsi que le personnel monacal appartenant aux cultes reconnus est exempté des obligations militaires.

Art. 26 – (1) Les cultes peuvent avoir des organes propres de jugement religieux pour les problèmes de discipline interne, conformément à leurs propres statuts et règlements.

(2) Pour les problèmes de discipline interne sont applicables, de façon exclusive, les dispositions statutaires et canoniques.

(3) L'existence d'organes propres de jugement n'exclue pas l'application de la législation concernant les contraventions et les infractions dans le système judiciaire.

Section 4

Le patrimoine des cultes

Art. 27 – (1) Les cultes reconnus et leurs unités de culte peuvent avoir et acquérir, en propriété ou en administration, des biens mobiliers ou immobiliers, dont ils peuvent disposer conformément à leurs statuts propres.

(2) Les biens sacrés, respectivement ceux affectés directement et exclusivement au culte, établis conformément aux statuts propres en conformité avec la tradition et les pratiques de chaque culte, acquis avec titre, sont insaisissables et imprescriptibles et ne peuvent être aliénés que dans les conditions statutaires spécifiques de chaque culte.

(3) Les dispositions du paragraphe 2 ne portent pas atteinte au retournement des biens sacrés confisqués abusivement par l'Etat dans la période 1940-1989, ainsi que pour celles prises sans titre

Art. 28 – (1) Les unités locales des cultes peuvent avoir et entretenir, seules ou en association avec d'autres cultes, des cimetières confessionnels pour leurs fidèles. Les cimetières confessionnels sont administrés conformément aux règlements du culte qui les détient. L'identité confessionnelle des cimetières historiques est protégée par la loi.

(2) Dans les localités où il n'y a pas de cimetières communaux et certains cultes

n'ont pas de cimetières propres, les personnes décédées qui appartenaient aux cultes respectifs peuvent être inhumées selon leur propre rite, dans les cimetières en activité existants.

(3) Les dispositions du paragraphe 2 ne s'appliquent pas aux cimetières appartenant aux cultes juif et islamique.

(4) Les autorités de l'administration publique locale ont l'obligation de créer des cimetières communaux et citadins dans chaque localité.

(5) Les cimetières communaux et citadins s'organisent de manière qu'ils aient des secteurs correspondants à chaque culte reconnu, sur la demande des cultes qui fonctionnent dans la localité respective.

Art. 29 – (1) Les cultes ont le droit exclusif de produire et de valoriser les objets et les biens nécessaires à l'activité du culte, dans les conditions de la loi.

(2) L'utilisation d'œuvres musicales dans l'activité des cultes reconnus se fait sans le payement des taxes aux autorités de gestion commune des droits d'auteur.

Art. 30 – Les biens ecclésiastiques ou similaires de l'étranger, propriété de l'Etat roumain ou des cultes de Roumanie, peuvent constituer l'objet d'accords bilatéraux signés par l'Etat roumain, à la sollicitation des intéressés.

Art. 31 – (1) Les biens qui font l'objet d'apport de tout ordre – contributions, donations, successions – et tout autres biens entrés légalement dans le patrimoine d'un culte ne peuvent pas être revendiqués ultérieurement.

(2) Les personnes qui abandonnent un culte reconnu ne peuvent pas émettre des prétentions sur le patrimoine de ce culte.

(3) Les disputes patrimoniales entre les cultes reconnus se résolvent à l'amiable, ou, en cas contraire, conformément au droit commun.

(4) En cas de suppression de la qualité de culte reconnu conformément aux dispositions de la présente loi ou de dissolution, la destination du patrimoine est celle établie par son statut.

Section 5

L'enseignement organisé par les cultes

Art. 32 – (1) Dans l'enseignement d'Etat et privé, l'enseignement de la religion est assuré par la loi aux cultes reconnus.

(2) Le personnel enseignant qui enseigne la religion dans les écoles d'Etat est désigné, avec l'accord du culte qu'il représente, dans les conditions de la loi.

(3) Dans le cas où un enseignant commet des graves infractions à la doctrine ou à la morale du culte, le culte peut lui retirer l'accord d'enseigner la religion, fait qui conduit à la résiliation du contrat de travail.

(4) Sur demande, dans le cas où la direction d'école ne pourrait pas assurer des professeurs de religion appartenants au culte auquel les élèves appartiennent, les élèves peuvent faire la preuve de l'étude de la religion avec attestation de la part du culte auquel ils appartiennent.

Art. 33 – (1) Les cultes ont le droit de fonder et d'administrer des unités d'enseig-

nement pour la préparation du personnel de culte, des professeurs de religion, ainsi que d'autres spécialistes nécessaires à l'activité religieuse de chaque culte, dans les conditions prévues par la loi.

(2) Chaque culte est libre d'établir la forme, le degré, le nombre et le plan de scolarisation pour les institutions d'enseignement propres, dans les conditions prévues par la loi.

Art. 34 – (1) Les cultes élaborent les plans et les programmes d'enseignement pour l'enseignement théologique pré-universitaire et les programmes pour l'enseignement de la religion. Ceux-ci sont soumis à l'avis du Ministère de la Culture et des Cultes et sont approuvés par le Ministère de l'Education et de la Recherche.

(2) Pour l'enseignement supérieur, les plans et les programmes d'enseignement sont élaborées par les institutions d'enseignement, avec l'accord du culte respectif et sont approuvés par les sénats des universités.

Art. 35 – (1) Le personnel enseignant des unités d'enseignement théologique intégrées dans l'enseignement d'Etat est reconnu par le Ministère de l'Education et de la Recherche, dans les conditions prévues par la loi, avec l'accord préalable des organes statutaires des cultes religieux concernés.

(2) Le personnel enseignant des unités d'enseignement théologique qui ne sont pas intégré dans l'enseignement d'Etat est désigné par les organes statutaires des cultes, conformément à leurs statuts. Le personnel enseignant qui enseigne la religion dans les écoles, doit respecter les dispositions de la Loi concernant le Statut du personnel enseignant n. 128 / 1997, avec les modifications et les compléments ultérieures.

Art. 36 – (1) Dans les centres de placement organisés par les institutions publiques, privées ou appartenant aux cultes, l'éducation religieuse des enfants se fait conformément à l'appartenance religieuse.

(2) Dans les centres de placement, indifféremment du financeur, l'éducation religieuse des enfants, dont on ne connaît pas la religion, se fait seulement avec l'accord des personnes établies par les actes normatifs incidents dans ce domaine.

Art. 37 – La rémunération du personnel enseignant et administratif des unités d'enseignement théologique qui ne sont pas intégrées dans l'enseignement d'Etat est assurée par les cultes. Sur demande des cultes, l'Etat, à travers le Ministère de la Culture et des Cultes, peut assurer une contribution au salaire, proportionnelle, en rapport avec le nombre des membres de ces cultes.

Art. 38 – L'équivalence et la reconnaissance des diplômes et des certificats d'études théologiques obtenus à l'étranger se font dans les conditions prévues par la loi.

Art. 39 – (1) Les cultes reconnus ont le droit de fonder et d'administrer des formes d'enseignement confessionnel de tous les degrés, profils et spécialisations, dans les conditions de la loi.

(2) Les diplômes pour les certifiés des unités et des institutions privées, confessionnelles, organisées par les cultes religieux sont délivrés conformément à la législation en vigueur.

(3) L'Etat soutiendra financièrement l'enseignement confessionnel, dans les

conditions de la loi.

(4) Les unités d'enseignement confessionnel bénéficiant d'autonomie organisationnelle et fonctionnelle conformément à leurs statuts et canons, en concordance avec les dispositions légales du système national d'enseignement.

(5) Dans l'enseignement confessionnel peuvent être inscrits des étudiants et des élèves, indifféremment de religion ou confession, en garantissant la liberté de l'éducation religieuse de ceux-ci, correspondant à la propre religion ou confession.

CHAPITRE III

Les Associations religieuses

Art. 40 – (1) La liberté religieuse peut être exercée également dans le cadre d'associations religieuses, qui sont des personnes juridiques constituées d'au moins 300 personnes, citoyens roumains ou résidents en Roumanie, qui s'associent pour manifester une foi religieuse.

(2) L'association religieuse acquiert la personnalité juridique à travers l'inscription dans le Registre des associations religieuses, qui s'institue au greffe du tribunal dans la circonscription territoriale où elle a le siège.

Art. 41 – (1) Quiconque des associés, sur la base du mandat donné par les autres, peut formuler une demande d'inscription de l'association dans le Registre des associations religieuses.

(2) La demande d'inscription sera accompagnée de la documentation suivante :

- a) l'exemplaire original de l'acte constitutif, dans lequel seront indiqués obligatoirement la dénomination de l'association religieuse, qui ne peut pas être identique ou similaire à celle d'un culte ou d'une autre association religieuse reconnue, les dates d'identification et les signatures des associés, le siège, le patrimoine initial d'au moins deux salaires bruts sur économie, constitué de l'apport en nature ou en argent de la part des associés, ainsi que les premiers organes de gouvernement ;
- b) la confession de foi propre et le statut de l'association religieuse, qui doit comprendre : sa structure d'organisation centrale et locale, la manière de gouvernement, administration et contrôle, les modalités de création et de dissolution des unités locales, les droits et obligations des membres, les principales activités que l'association envisage d'exercer, afin d'atteindre ses objectifs spirituels; d'autres dispositions spécifiques à l'association religieuse;
- c) les actes qui prouvent le siège et le patrimoine initial;
- d) l'avis consultatif du Ministère de la Culture et des Cultes;
- e) la preuve concernant la disponibilité de la dénomination, délivrée par le Ministère de la Justice.

Art. 42 – (1) Dans un délai de 3 jours du dépôt de la demande d'inscription et des documents prévus par l'article 41, alin. 2, le juge désigné par le président de l'instan-

ce vérifie la légalité de ceux-ci et décide, par jugement, de l'inscription de l'association dans le Registre des associations religieuses.

(2) En même temps que l'inscription, la décision d'inscription est communiquée, d'office, à l'organe financier local dans la circonscription territoriale où se trouve le siège de l'association religieuse, pour enregistrement fiscal, avec mention du numéro d'inscription dans le Registre des associations religieuses.

Art. 43. – Les associations religieuses peuvent fonder des filiales avec personnalité juridique, conformément à leurs statuts, selon la procédure établie par l'art. 41 et 42.

Art. 44 – (1) Les associations religieuses bénéficient de facilités fiscales liées à leur activité religieuse, conformément à la Loi n. 571 / 2003 concernant le Code fiscal, avec les modifications et les compléments ultérieures.

(2) Les dispositions de l'art. 10, alin. 2, art. 15, 16 et 28 de la présente loi sont également appliquées aux associations religieuses, de façon adéquate.

Art. 45 – La dissolution d'une association religieuse est prononcée par l'instance compétente lorsque, à travers son activité, l'association religieuse porte gravement atteinte à la sécurité publique, à l'ordre, à la santé et à la morale publique, de même qu'aux droits et libertés fondamentales de l'homme ou quand l'association suit un autre but que celui pour lequel elle a été constituée.

Art 46 – Les dispositions du présent chapitre sont complétées par les dispositions de l'Ordonnance Gouvernementale n. 26 / 2000 concernant les associations et les fondations, approuvée avec les modifications et les révisions à travers la Loi n. 246 / 2005.

Art. 47 – (1) Les associations existantes, constituées conformément aux réglementations légales concernant les associations et fondations, qui ont comme objet principal d'activité, l'exercice d'une foi religieuse, et qui désirent acquérir le statut d'association religieuse déposeront, au tribunal où sont enregistrées, une demande de conversion de l'association et de son retrait du Registre des associations et fondations et enregistrement dans le Registre des associations religieuses, tenu par le greffe du même tribunal, accompagnée de la documentation prévue par l'art. 41.(2) La demande sera signée par les organes statutaires du gouvernement de l'association, étant indiqué expressément le désir de conversion de l'association initiale en association religieuse.

(3) Le juge délégué se prononcera, tant sur la conversion de l'association, que sur l'enregistrement de l'association religieuse, établissant aussi la période pendant laquelle l'association a eu comme objet d'activité l'exercice d'une foi religieuse.

(4) La période établie par l'instance sera prise en considération et sera ajoutée à la période de fonctionnement de l'association religieuse, pour acquérir la qualité de culte reconnu.

Art. 48 – (1) Dans toutes les demandes et actions en justice concernant l'acquisition ou la perte de la qualité d'association religieuse, le jugement est fait dans la présence du procureur, en citant le représentant du Ministère de la Culture et des Cultes.

(2) Les conclusions ou les décisions prononcées par l'instance dans les causes

concernant les associations religieuses peuvent être attaquées avec recours, dans un délai de 15 jours à partir de la prononciation, au tribunal.

CHAPITRE IV

Dispositions transitoires et finales

Art. 49 – (1) A la date de l'entrée en vigueur de la présente loi, en Roumanie fonctionnent 18 cultes reconnus, conformément à l'Annexe qui fait partie intégrante de la loi.

(2) Dans un délai de 12 mois à partir de l'entrée en vigueur de la présente loi, les cultes de Roumanie prévus dans l'annexe de la présente loi présenteront leurs statuts et codes canoniques au Ministère de la Culture et des Cultes, pour reconnaissance.

(3) La reconnaissance se réalise par l'ordonnance du Gouvernement, sur proposition du Ministère de la Culture et des Cultes et est publiée dans le « Monitorul Oficial » de la Roumanie, première partie. Les dispositions d'art. 17, alin. 2 s'appliquent de façon adéquate.

Art. 50 – (1) Toute modification ou complément de la présente loi se réalisent avec la consultation préalable de tous les cultes reconnus et avec le respect des normes légales concernant la transparence décisionnelle.

(2) Les représentants des cultes religieux ont le droit de participer comme invités au débat qui a lieu au Parlement et dans les commissions de celui-ci, sur les projets d'actes normatifs concernant la vie religieuse, l'activité des cultes, l'éducation et l'enseignement confessionnel, l'assistance sociale et le patrimoine national en lien avec les cultes.

Art. 51 – A la date d'entrée en vigueur de la présente loi, le Décret n. 177 / 1948 concernant le régime général du culte religieux, publié dans le « Monitorul Oficial » de la Roumanie, n. 178 du 4 août 1948, avec les modifications et révisions ultérieures, ainsi que toutes autres dispositions contraires, sont abrogées.

Annexe

La Liste des cultes reconnus en Roumanie :

1. L'Eglise orthodoxe roumaine
2. L'Evêché orthodoxe serbe du Timi_oara
3. L'Eglise catholique roumaine
4. L'Eglise roumaine unie avec Rome, grecque catholique
5. L'Archevêché de l'Eglise arménienne
6. L'Eglise chrétienne russe d'ancien rite de la Roumanie
7. L'Eglise réformée de la Roumanie
8. L'Eglise évangélique C.A. de la Roumanie
9. L'Eglise évangélique luthérienne de la Roumanie
10. L'Eglise unitarienne de la Transylvanie

11. L'Union des Eglises chrétiennes baptistes de la Roumanie
12. L'Eglise chrétienne selon l'Évangile de la Roumanie – L'Union des Eglises chrétiennes selon l'Évangile de la Roumanie
13. L'Eglise évangélique roumaine
14. L'Union pentecôtiste – L'Eglise du Dieu apostolique de la Roumanie
15. L'Eglise chrétienne adventiste du septième jour de la Roumanie
16. La fédération des communautés juives de la Roumanie
17. Le culte musulman
18. L'Organisation religieuse du témoins de Jéhovah

Cette loi a été adoptée par le Parlement de la Roumanie, en respectant les dispositions de l'article 75 et de l'article 76, paragraphe 1, de la Constitution de la Roumanie, republiée.

Le Président du Chambre des Deputes – Bogdan OLTEANU

Le Président du Sénat – Doru Ioan TARACILA

Bucharest, 08 janvier 2007

Nr. 489