

EL JUEZ FRENTE A LAS OBJECIONES DE CONCIENCIA

Alberto Patiño Reyes*

RESUMEN

La atención de las objeciones de conciencia, remiten al estudio de todos y cada uno de los supuestos formulados. Los jueces llevan a cabo esta tarea mediante un ejercicio de prudencia jurídica. De ahí que la judicatura sea la protagonista del tratamiento jurisprudencial de la objeción de conciencia. Por ello, la importancia que reviste el riguroso examen de los casos sometidos a consideración de los jueces. Una de las soluciones, es conocer de los supuestos individuales de objeción, acordes con la legislación aplicable. El problema surge cuando no existe ley aplicable *ad casum*. El juzgador, pues en última instancia es él quien determina el grado de seriedad y compromiso de las actitudes individuales objetoras, cuando no están previstas en sede legislativa y forman parte de su derecho de libertad de conciencia. Atendiendo a dos intereses públicos de igual jerarquía: la libertad de conciencia y el cumplimiento de la norma jurídica.

ABSTRACT

The attention of conscientious objections, refer to the study of each and every one of the assumptions formulated. The judges carry out this task through an exercise of legal prudence. Hence the judiciary is the protagonist of the jurisprudential treatment of conscientious objection. Therefore, the importance of the rigorous examination of cases submitted to judges. One of the solutions is to know the individual assumptions of objection, in accordance with the applicable legislation. The problem arises when there is no applicable law *ad casum*. The judge, since it is ultimately he who determines the degree of seriousness and commitment of the individual objector attitudes, when they are not planned in legislative seat and are part of their right to freedom of conscience. Serving two public interests of equal rank: freedom of conscience and compliance with the rule of law.

PALABRAS CLAVE

Libertad de conciencia, objeción de conciencia, jueces, desobediencia al derecho.

*Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Académico de Tiempo Completo del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Profesor de Derecho Eclesiástico del Estado. Miembro ordinario del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa.

KEYWORDS

Freedom of conscience, conscientious objection, judges, law disobedience

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL TRATAMIENTO DOCTRINAL DE LAS OBJECIONES DE CONCIENCIA. 1. La definición de objeción de conciencia. 2. Tipos de objeción de conciencia. III. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA. 1. Postura legalista. 2. Equilibrio o ponderación de intereses. 2.1. Sherbert v. Verner. 2.2. Employment Division v. Smith. IV. RECONOCIMIENTO DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN LATINOAMÉRICA. 1. El reconocimiento de la libertad de conciencia en México. 2. El reconocimiento de la objeción de conciencia en el Perú. V. CONCLUSIÓN. VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

El positivismo jurídico, lejos de aminorar sus efectos, aún se impone a toda pretensión que sugiera un contenido de justicia (*ius*) en una ley, el formalismo legalista prevalece por encima de la equidad de la norma. El postulado hobbesiano: *Auctoritas non veritas facit legem* (lo que hace la ley es la Autoridad, no la verdad) sigue en la mente de muchos juzgadores, en concordancia con el axioma: la ley es todo el derecho y la ley es toda derecho. De ahí que los ordenamientos de la tradición jurídica europea continental, a simple vista hayan permanecido en su mayoría varados en el modelo normativista encumbrado en Occidente hasta la primera mitad del siglo XX, contrario a excluir *a priori* toda pretensión contraria a la ley generada por razones axiológicas, de justicia o éticas.

Aunado al prejuicio de corte religioso, es decir bajo una tendenciosa interpretación del principio de laicidad del Estado, se justifica la imposición de una ley, sentencia o resolución, aunque sea contraria a las creencias religiosas o a los contenidos de conciencia de las personas (morales o éticos). En tal virtud, son rechazados por su mera condición de creyentes y la ley se aplica arguyendo que las razones fundadas en la conciencia de la persona no valen en un Estado laico donde la ley es obligatoria para todos, con independencia de las razones esgrimidas a favor del incumplimiento.

Ante este panorama poco alentador para la objeción de conciencia o las objeciones en plural, cabe preguntar ¿cuál es la postura del juez frente al derecho de objeción de conciencia? ¿Está preparado el juzgador para conocer de controversias sobre este tema? Para responder a las interrogantes anteriores sirvan las líneas conformadoras del presente artículo. En ellas, daremos un repaso al tratamiento doctrinal relacionado con este derecho, a la par de la jurisprudencia del derecho comparado en la materia, hasta algunas reformas legales para reconocer la libertad de conciencia.

El lector encontrará algunas propuestas de solución para que el juez atienda los casos de objeciones de conciencia que se le presentan. Enterados de los múltiples asuntos relacionados con este tema y que últimamente han proliferado en nuestros países de habla hispana. Por ello, consideramos de actualidad y de utilidad aportar algunas ideas para enriquecer el debate en torno a este derecho.

Atentos a esta realidad, al final del trabajo, haremos una breve referencia a los cambios legislativos para reconocer las objeciones de conciencia, experimentados durante la presente década en dos países de nuestro subcontinente: México y Perú, en donde la relación entre la libertad de conciencia y la libertad de religión pasa necesariamente por el terreno de este derecho. Es por ello, que la intervención del juez se hace imprescindible. Ya que en última instancia será quien decida sobre la seriedad y viabilidad de las objeciones, sobre todo, en estos tiempos en los cuales el argumento de que sólo se reconocen aquellas que gocen de una regulación va perdiendo fuerza.

Este artículo intenta dar una orientación tanto a estudiantes, jueces y personas interesadas en el tratamiento judicial de las objeciones de conciencia. Con la esperanza que podamos ir avanzando cada día, en la protección y tutela de la libertad de conciencia, así como se ha experimentado un avance considerable en otras libertades constitucionales.

II. EL TRATAMIENTO DOCTRINAL DE LAS OBJECIONES DE CONCIENCIA

1. La definición de objeción de conciencia

Para empezar, destacaríamos las objeciones de conciencia— en plural— no sólo ya la clásica tipología, por ejemplo, la del servicio militar obligatorio. En palabras de Cámara Villar, en términos generales, “no se puede hablar de un *numerus clausus* de supuestos de

objección de conciencia pues la dinámica social va haciendo que unos surjan y otros desaparezcan, o bien que éstos adquieran determinadas modulaciones”¹. Ciertamente, desde hace ya algún tiempo, ha sido de tal magnitud el aumento de supuestos y modalidades, de formas de solución, de presupuestos ideológicos, filosóficos y religiosos, donde lo usual es referirse a objeciones de conciencia en plural.

Lo anterior, es un dilatado y flexible conjunto de negativas al cumplimiento de determinados preceptos legales, propiciadas por la lealtad a las convicciones interiores². Entonces, la objeción de conciencia alude a un aspecto del ordenamiento jurídico y no a una excepción a éste, nos situamos ante un derecho que opera cuando hay tensión, por un lado, entre la norma legal al momento de imponer un hacer, y por el otro, la norma ética o moral que se opone a dicha actuación. Cuya solución merece un análisis crítico, pues por sus características, resulta difícil darle soluciones simples, pues es propio del Estado de Derecho la observancia general y el cumplimiento de la ley³.

Sin embargo, en el contexto actual de Occidente, donde la aparición de las objeciones de conciencia es una realidad, en gran parte debido, a la presencia —cada vez mayor— de un Estado injerencista, es decir a una actitud de intemperancia legal del poder, proclive a invadir campos fronterizos de la conciencia, en palabras de Martínez-Torrón, en lo cultural, “una postmodernidad que se muestra altamente permisiva en relación con algunos patrones éticos, y significativamente rígida en otros”⁴. ¿Podrá sostenerse el argumento de la obligatoriedad de la ley, por encima de las convicciones morales o éticas?

El derecho a la objeción de conciencia, no precisa de la existencia de preferencias personales para rehusar el cumplimiento de la ley, no atiende al capricho, a los gustos o estado de ánimo de la persona. De ahí la determinación de su definición, misma que resulta

¹ CÁMARA VILLAR, G.: *La objeción de conciencia al servicio militar (las dimensiones constitucionales del problema)*, Civitas, Madrid, 1991, p. 30.

² Cfr. NAVARRO-VALLS, R. MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 2da. ed., Porrúa-Iustel, México, 2012, p. 29.

³ “¿Qué es ley? Según el uso general del lenguaje, se entiende por ley, en el sentido propio, toda norma de conducta obligatoria y duradera, que se promulga en una sociedad pública por el gobernante y para el bien común. La ley es, ante todo, una norma del obrar o un precepto general y práctico, es realmente una norma imperativa u obligatoria que impone el deber de su observancia. Siendo la ley una norma obligatoria, no podrá ser verdadera ley, evidentemente, ningún precepto contrario a la razón... Sólo un hombre sin convicción y sin carácter puede doblegarse ante una exigencia manifiestamente irracional”. CATHREIN, V.: *Filosofía del Derecho*, 7ma. ed., 2da reimpresión, Reus, Madrid, 2002, p. 54.

⁴ MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: “Objeción de conciencia y función pública”, en *Separata de las Objeciones de Conciencia en el Derecho Internacional y Comparado. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 89, pp. 103-104.

complicada por su sentido no unívoco en la doctrina. Es evidente que no toda desobediencia ética al derecho es objeción de conciencia, por ejemplo, la desobediencia civil o el derecho de resistencia. En una acepción general, “es la negativa del individuo, por escrúpulos de conciencia a cumplir leyes o mandatos del poder civil contrarios a preceptos morales”⁵.

2. Tipos de objeción de conciencia

De la definición anterior, quisiera resaltar dos peculiaridades:

La primera es que el objetor se ubica en un grave conflicto interior: o se acata la norma jurídica, o en su caso, se opta por la norma ética derivada de su conciencia individual y que se presenta para él con carácter de ley suprema. El resultado próximo es la existencia de una carga moral *in crescendo*, un dilema personal entre contravenir a la ley o infringir a su conciencia. La consecuencia del incumplimiento de la norma jurídica, será el castigo material⁶. Más aún, la sanción por actuar contra la propia conciencia será una aflicción espiritual⁷.

La segunda encuentra cabida en las objeciones de conciencia, pues es en la conciencia de la persona, desde su autonomía como individuo, el *quid* es el conflicto con una determinada obligación jurídica. En efecto, la multiplicación de los supuestos de objeción refleja, por un lado, el pluralismo (ideológico, ético, religioso) de la sociedad, expresado en la formulación de objeciones por personas y grupos al cumplimiento de normas consideradas anteriormente—en una sociedad ideológicamente más homogénea— como no conflictivas; por otro, es la consecuencia de la revalorización de la conciencia personal frente a los poderes públicos, acompañada de la convicción del derecho a rechazar el cumplimiento de imperativos legales, estimados contrarios a las propias convicciones éticas o religiosas⁸.

Por tanto, resulta complicada su regulación, la cual sólo se ha logrado en aquellos casos que han adquirido un cierto reconocimiento social. No obstante, es menester la intervención

⁵ NAVARRO-VALLS, R.: “La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo”, en *El Derecho Eclesiástico a las puertas del siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Juan Goti Ordeñana*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2006, p. 392.

⁶ “Con carácter general, la ley ha de inspirarse en los sentimientos mayoritarios de la población y, lógicamente, no debería entrar en colisión con éstos. Probablemente, en caso de enfrentamiento debería prevalecer el cumplimiento de la norma dado que, en caso contrario, nos encontraríamos ante un riesgo de inseguridad jurídica”. LEAL ADORNA, M. LEÓN BENÍTEZ, M.: *Derecho y Factor Religioso (ad usum privatum)*, Delta Publicaciones, Madrid, 2012, p. 217.

⁷ Cfr. MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: op. cit., pp. 105-106.

⁸ Cfr. PRIETO, V.: *La objeción de conciencia en instituciones de salud*, Temis, Bogotá, 2013, pp.2-3.

jurisprudencial para aquellos casos de objeción de conciencia, regulados o carentes de regulación, especialmente es en estos últimos, donde el análisis propio de los supuestos de objeción, demanda una intervención directa de los jueces.

En definitiva, el reconocimiento legal de la objeción de conciencia (*secundum legem*) plantea un reto jurídico, pues el principio es claro “quien ejerce un derecho no objeta nada”, luego entonces no estaríamos ante una verdadera objeción de conciencia o como algunos la llaman “impropia”⁹. El problema radica en la objeción conocida como *contra legem*, aquella sin reconocimiento legal. A nuestro juicio, aquí radica el problema que el juzgador tendrá que resolver.

III. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

1. Postura legalista

Parte del presupuesto de que el legislador siempre tiene razón, y el núcleo del ordenamiento jurídico se reduce a la ley. Por tanto, cualquier conflicto entre ley y conciencia, se decantaría por la primera. La actuación en contrario conllevaría el riesgo de inseguridad jurídica “en la medida en que las normas generales estarían a expensas de las opciones — imprevisibles, y no siempre razonables— de cada conciencia individual”¹⁰. En donde la objeción de conciencia a un mandato legal, sólo se justificaría, si el legislador expresamente admitiera tal posibilidad (*interpositio legislatoris*).

En relación con la orientación anterior, “[e]l legislador es libre de reconocer la posibilidad de la exención por razones morales frente a aquellos deberes jurídicos que estime conveniente, así como sus términos específicos y el alcance del derecho en cada caso. En consecuencia, no cabe para los ciudadanos la posibilidad de solicitar la liberación de otras obligaciones fuera de los supuestos positivados”¹¹. Así, por ejemplo, el *Tribunal Supremo Español*, en una de sus resoluciones, señaló que fuera del único supuesto constitucionalmente reconocido (el del servicio militar¹²) el legislador tiene plena

⁹ Cfr. NAVARRO-FLORIA, J. G.: *El derecho a la objeción de conciencia*, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2004, p.36.

¹⁰ MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: op. cit., p. 107.

¹¹ CAPODIFERRO CUBERO, D.: *La objeción de conciencia a la interrupción del embarazo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 31.

¹² En España, a decir del Tribunal Supremo, solamente se ha reconocido la objeción de conciencia en dos casos: el servicio militar y el aborto. El primero, en el artículo 30.2 CE. El segundo no fue legislado, sino

capacidad para reconocer la dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos, salvo casos verdaderamente excepcionales¹³.

Entonces ¿cuál será la actitud de un juez formado en el positivismo jurídico, al momento de conocer de un caso de objeción de conciencia no regulado expresamente en la ley? Si de acuerdo con la sentencia del Tribunal Español, el juzgador podría conocer de una objeción *contra legem*, en casos graves ¿quién determina cuándo procede conocer de una excepción grave? Por otra parte, los jueces ¿están obligados a juzgar *ad casum*? Además, queda la duda de la libertad de conciencia, contenida en los documentos internacionales ¿cómo se protege?

De acuerdo con Rafael Navarro-Valls y Javier Martínez-Torrón, la *interpositio legislatoris* no es una condición *sine qua non* para admitir una objeción de conciencia en el derecho español, pero sí conviene indicar que diez de los veintinueve jueces de la Sala rehusaron expresamente compartir este aspecto de las sentencias y abundaron en la idea de que el ordenamiento constitucional español no permite una tal concepción legalista del derecho de objeción¹⁴. Más aún, el artículo 10.2 de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*¹⁵, tiene por finalidad reconocer de manera clara un derecho íntimamente vinculado a la libertad de religión y creencias—la objeción de conciencia— y determinar cómo pueden establecerse limitaciones al mismo: mediante una legislación debidamente aprobada. La expresión “de acuerdo con las leyes nacionales” es simplemente una remisión a la posibilidad de que los derechos nacionales regulen los supuestos más frecuentes de

reconocido en una sentencia del Tribunal Constitucional, *STC 53/1985, 11 de abril 1985, FJ, 14º*: “*Que el derecho a la objeción de conciencia al aborto por parte del personal sanitario existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no la oportuna normativa*”. También se alude a la cláusula de conciencia de los periodistas. Cfr. POLO SABAU, J. R.: “La objeción de conciencia a la asignatura de Educación para la Ciudadanía ante el Tribunal Supremo”, en *Religión, Matrimonio y Derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls*, vol. I, Iustel, Madrid, 2013, p. 1033.

¹³ SSTS, 340/2009, Sala de lo Contencioso, de 11 de febrero de 2009, FJ, 8º: “*nada impide al legislador ordinario, siempre que se respete las exigencias derivadas del principio de igualdad ante la ley, reconocer la posibilidad de dispensa por razones de conciencia a determinados deberes jurídicos (...) es importante aclarar que esta Sala no excluye de raíz que, en circunstancias verdaderamente excepcionales, no pueda entenderse que de la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido*”, debiendo ser en este caso los órganos judiciales los que estimen, *a posteriori*, la pretensión del objetor.

¹⁴ Cfr. NAVARRO-VALLS, R. MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: op. cit., pp 305-306.

¹⁵ “Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

objección, que ha de interpretarse, además, en el sentido de que “regulación” de la objeción nunca podrá entenderse como “negación” de la misma¹⁶.

Cabe destacar, como regla general, en los países pertenecientes al sistema jurídico de tradición europea continental, la existencia de reticencias y dudas por parte de los jueces a la hora de reconocer los derechos de objeción sin que medie *interpositio legislatoris*¹⁷. Los tribunales, salvo muy contadas excepciones, son más propensos a sujetarse a la tesis legalista, quizá por ser la predominante en la formación de los juristas de nuestro entorno. A mi juicio, también por el menosprecio a la argumentación de fondo de los casos no expresamente respaldados en una ley. Todavía persiste el postulado “la ley es todo el derecho y la ley es toda derecho”.

El legalismo, excluye *a priori* toda pretensión contraria a la ley generada por razones axiológicas, de justicia o éticas. Aunado al prejuicio de corte religioso, es decir bajo una tendenciosa interpretación del principio de laicidad del Estado, se justifica la imposición de una ley, sentencia o resolución, aunque sea contraria a las creencias religiosas o a los contenidos éticos de conciencia de las personas, los motivos de un creyente para no cumplir una ley por ser contraria a su código moral, son rechazados, a pesar de sus firmes convicciones y la ley se aplica arguyendo que las razones fundadas en la conciencia de la persona no valen en un Estado laico donde la ley es obligatoria para todos, con independencia de las razones esgrimidas a favor del incumplimiento¹⁸.

Agregaríamos un argumento más de política legislativa, sostenido por Martínez- Torrón¹⁹, contra las posturas estrictamente legalistas en este tema. La regla señala a los objetores de conciencia como personas con prominentes niveles morales. De ahí, surgen, precisamente, sus escrúpulos de conciencia, y su drama personal: la imposibilidad de concordar, en un caso específico, su doble lealtad a la conciencia y a la sociedad; y combaten por obtener la exención de una obligación jurídica que haga posible conservar esa armonía. Son

¹⁶ Cfr. NAVARRO-VALLS, R. MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: op cit., p. 306.

¹⁷ Cfr. DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, R.: “La objeción de conciencia, un indicador de la evolución del sistema jurídico”, en *Religión, Matrimonio y Derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls*, vol. I, Iustel, Madrid, 2013, p. 894.

¹⁸ Para mayor abundamiento, Cfr. PATIÑO REYES, A.: “Situación actual de la objeción de conciencia en México”, en *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión* [en línea], vol. 1, 2015, [10 abril 2017], <http://www.revistaladerechoyreligion.com/ojs/ojs2.4.6/index.php/RLDR/article/view/8/9>>ISSN 0719-7160.

¹⁹ Cfr. MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: op. cit., p. 112.

habitualmente buenos ciudadanos, quieren seguir siéndolo. Por tanto, endurecer la aplicación de la norma legal sin una razón considerable no es, quizá, la mejor política. El análisis jurídico de la objeción de conciencia debe estar despojado de elementos emocionales, su finalidad no puede ser otra que la de buscar una solución de justicia desde la libertad de conciencia, independientemente del acuerdo o desacuerdo con las razones éticas que impulsan a los objetores.

Además, sin que pueda pasarse por alto el sentido de seguridad que a los jueces proporciona tener un respaldo legislativo que no encuentran en la Constitución. No obstante, existe el “prejuicio positivista” o la visión “arqueológica”. El reconocimiento legislativo de la objeción pasa por el reconocimiento de la opción de conciencia, al que una parte de la doctrina sitúa junto a las objeciones *secundum legem* y *contra legem*²⁰. En ella, se ofrecen al ciudadano varias posibilidades de cumplir con un deber cívico, según razones o motivos de conciencia, que no pocas veces han derivado hacia motivos de mera conveniencia u oportunidad. Originalmente, el modelo de alternativa al deber legal lo fue por avaladas razones de conciencia, pero la pérdida de interés del Estado por el deber cívico objeto de la opción—o la propia devaluación de ese deber por diversas razones— ha terminado por hacer equivalentes las distintas formas de prestación y a no exigir especiales requisitos para cumplir de una u otra manera²¹. Así, por ejemplo, las leyes que permiten escoger entre la posibilidad de juramento o de promesa en la toma de posesión de cargos públicos.

La opción de conciencia es propuesta por aquellos autores, como Zoila Combalía, al señalar que el modelo de “judicialización no debería extenderse más allá de los márgenes que le conceden nuestros sistemas. De este modo, corresponde a las normas generales acoger una mayor posibilidad de flexibilidad que dé (*sic*) a los operadores del Derecho una base legal cierta para actuar sin que se produzca inseguridad jurídica en el destinatario. De lo contrario, la ‘creación’ de Derecho por parte del juez puede tener un efecto negativo en la

²⁰ Cfr. NAVARRO-VALLS, R. MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: op cit., p. 36.

²¹ Cfr. Idem.

justicia que se busca, con el riesgo de que sea influenciada por la presión social o sustituida por la arbitrariedad”²².

Para remediar el reconocimiento legal de objeciones de conciencia, convirtiéndolas en opciones de conciencia, según Rocío Domínguez²³, se presentan algunas vías de solución. La primera, sugiere la elaboración de una ley general reguladora de la objeción de conciencia, a pesar de los problemas que pudieran suscitarse. La segunda, consistiría en optar por un sistema de cláusulas específicas de defensa de la conciencia en leyes concretas. Sin embargo, la solución no es tan sencilla como parece porque dejarían fuera a las objeciones derivadas de libertad ideológica en las que, a diferencia de aquéllas en que la justificación se centra en razones de convicciones religiosas, el nivel de variables es superior.

Entonces, ni una ni otra fórmula por sí solas darían completa satisfacción vía *interpositio legislatoris*, al problema cada vez más abundante, de las objeciones de conciencia dado el incremento de los supuestos y modalidades²⁴, a lo que sin duda, incide la promulgación de leyes “neutrales”²⁵ desvinculadas de una moral tradicional. A guisa de ejemplo, la legislación en favor del matrimonio igualitario, así como la despenalización del aborto y el reconocimiento de la eutanasia, entre otras que han proliferado en nuestros ordenamientos jurídicos.

En síntesis, el análisis legalista discurre por esta vía: la libre conciencia es un interés desde luego legítimo, pero individual o privado. Por tanto, debe ceder ante el interés público representado por la ley. En opinión de Martínez-Torrón²⁶, este análisis es inexacto, en primer lugar, la libertad de conciencia no es meramente un interés individual o privado. Sí lo es para la persona que la ejerce. Pero desde la perspectiva del Estado, en la medida en que la libertad de conciencia es un derecho fundamental, su protección es, en todos los

²² COMBALÍA, Z.: “La necesidad de flexibilización del Derecho y la objeción de conciencia en una sociedad plural (Contraste entre el sistema continental y el angloamericano)”, en *Opciones de conciencia. Propuestas para una Ley*, Valencia, 2008, p. 80.

²³ Cfr. DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, R.: op. cit., p. 895.

²⁴ Cfr. Idem.

²⁵ “Una ley que persigue objetivos seculares legítimos, las excepciones al cumplimiento de las obligaciones legales que impone sólo pueden ser concedidas por la propia ley”. MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: “Las objeciones de conciencia de los católicos”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm.9, 2005, pp. 4-5.

²⁶ Cfr. MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: “Objeción de conciencia y función pública”, op. cit., p. 110.

casos, un interés público—sea cual fuere su repercusión social— y, además, de máximo rango. Por otra parte, en los casos de objeción de conciencia lo que está en juego realmente no es el interés público representado por la ley, pues el objetor normalmente no pretende que la ley sea derogada, sino solamente ser eximido de su cumplimiento. De manera que el verdadero interés público en conflicto sería aquél que consiste en mantener la aplicación sin fisuras de una norma legal, al cien por cien, sin exención alguna.

Derivado de lo anterior, el análisis del conflicto entre ley y conciencia cambia por completo, pues no se trata ya de interés privado *versus* interés público, sino de dos intereses públicos en confrontación; y uno de ellos de la máxima categoría, al derivar del ejercicio de un derecho constitucional, reconocido también universalmente en los documentos internacionales de protección de derechos humanos. Además, en principio, la tutela del ordenamiento jurídico a la libertad de conciencia no está condicionada por cuáles son los valores éticos presentes en cada conciencia individual, así como tampoco el Estado no condiciona la protección de la libertad de expresión a cuáles sean las ideas defendidas por cada ciudadano²⁷.

En conclusión, la necesidad de atender a los casos singulares remite al estudio de todos y cada uno de los supuestos formulados. Los jueces llevan a cabo esta tarea mediante un ejercicio de prudencia jurídica. De ahí que la judicatura sea la protagonista del tratamiento jurisprudencial de la objeción de conciencia. Por ello, la importancia que reviste el riguroso examen de los casos sometidos a consideración de los jueces. Una de las soluciones, quizá la más fácil, sea conocer de los supuestos individuales de objeción, acordes con la legislación aplicable. El problema radica en determinar la seriedad de la objeción, donde no existe ley. Atendiendo a dos intereses públicos de igual jerarquía: la libertad de conciencia y el cumplimiento de la norma jurídica. Una tarea nada sencilla, a la cual no puede auto relevarse el juzgador, pues en última instancia es él quien determina el grado de seriedad y compromiso de las actitudes individuales objetoras, cuando no están previstas en sede legislativa y forman parte de su derecho de libertad de conciencia y sean objeto de protección por tratarse de un interés público de máximo rango.

²⁷ Cfr. Idem.

2. Equilibrio o ponderación de intereses

Las posturas doctrinales que incluyen a la objeción de conciencia en el catálogo de los derechos fundamentales, llegan a una doble conclusión. Por un lado, que el ejercicio de la objeción de conciencia no puede quedar limitado sólo a las concretas modalidades amparadas y reguladas por la ley²⁸. Por otro, que, con la presunción de legitimidad constitucional—en la medida en que se trate de una verdadera objeción de conciencia, cuestión que también habrá de ventilarse en el campo de la prudencia jurídica—, el juez viene obligado a una ponderación de los bienes jurídicos en conflicto cuando el sujeto singular elude el cumplimiento de un deber jurídico por razones de conciencia. Tenemos un conflicto que puede describirse como dictamen ético *versus* norma externa, es decir, concreción *ad casum* de los principios más generales de libertad de conciencia *versus* obediencia al derecho²⁹.

El órgano encargado de determinar la viabilidad de la objeción (aquel que establezca la norma la norma reguladora o, a falta de ello, los jueces y tribunales *a posteriori*) debe intentar observar todas las características relevantes del entorno en el que se desarrolla la situación específica, con especial atención en los límites al derecho de objeción, y decidir en consecuencia³⁰. Ciertamente, no es fácil encontrar una solución a dicha problemática. Sin embargo, en países de tradición jurídica continental, por ejemplo, España, se ha podido aplicar el sistema de *balancing process* o de ponderación de intereses³¹, al lado de la solución judicial de la objeción *secundum legem*. A continuación, detallaremos de modo más específico el tratamiento del equilibrio o ponderación de intereses.

La propuesta del equilibrio de intereses, surge de una concepción del derecho libre de los prejuicios del positivismo legalista, de un derecho jurisprudencial a la usanza norteamericana—en general de toda la tradición anglosajona— se base en la idea de que los casos de conflicto entre ley y conciencia han de abordarse desde la perspectiva de un *balancing process*³². Es decir un análisis en el que se ponen en la balanza los intereses

²⁸ Cfr. NAVARRO-VALLS, R. MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: op cit., p. 68.

²⁹ Cfr. Idem.

³⁰ Cfr. CAPODIFERRO CUBERO, D.: *La objeción de conciencia: estructura y pautas de ponderación*, Bosch Editor, Barcelona, 2013, p. 147.

³¹ Cfr. DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, R.: op. cit., p. 896.

³² Cfr. MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: *Objeción de conciencia y función pública*, op.cit., p. 108.

jurídicos en conflicto: la protección de la libertad de conciencia y el interés en mantener sin excepciones la aplicación de la norma. De manera que el Estado está obligado a buscar una adaptación (*accomodation*) de ésta a los deberes de conciencia del ciudadano, salvo que eso suponga un gravamen excesivo (*undue hardship*) para los poderes públicos (o para el empleador, en el supuesto de conflictos entre conciencia y obligaciones derivadas de una relación laboral)³³.

Efectivamente, en este modelo, la objeción de conciencia no se considera como una excepción tolerada a la regla general que—según la mitología positivista—absorbería en sí misma todo el contenido de la justicia. Más bien, la libertad de conciencia es un valor constitucional y por tanto una regla, no una excepción a la regla³⁴. Por tanto, en la tradición angloamericana la libertad de conciencia es protegida como un bien básico o valor³⁵. Al hilo de lo anterior, quizá el caso más discutido sobre la educación en casa y el derecho a la objeción de conciencia lo protagonizaron tres matrimonios pertenecientes al grupo religioso de los *Amish*³⁶ que fueron condenados a una multa por contravenir el Estatuto de Wisconsin que obligaba a la asistencia a la escuela a los menores de edad, ya fuera pública o privada, hasta los dieciséis años. Los padres asentían que sólo estuvieran escolarizados hasta los catorce o quince años.

El Tribunal Supremo norteamericano consideró que la historia y la cultura de la civilización occidental reflejan una fuerte tradición en la que a los padres les concierne el cuidado y educación de los hijos. Por otra parte, los expertos del grupo *Amish*, afirmaban que durante años se identifican como una secta religiosa de larga tradición, como un segmento exitoso y auto suficiente de la sociedad norteamericana. Así, el Tribunal Supremo decidió proteger sus creencias religiosas³⁷. Para los *Amish*, los adolescentes tienen que seguir el modo de

³³ Cfr. *Ibidem*, p. 132.

³⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 108.

³⁵ ¿Cuáles son, entonces las formas básicas de bien para nosotros? A. La vida. B. El conocimiento. C. El juego. D. La experiencia estética. E. La sociabilidad (amistad). F. La razonabilidad práctica. G. La religión. Cfr. FINNIS, J.: *Ley Natural y Derechos Naturales*, estudio preliminar y traducción ORREGO, C., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 117-120.

³⁶ *Wisconsin v. Yoder and the Value of Education* (406 U.S. 205, 1972). “Yoder nunca ha alcanzado estatus de precedente, quedando como rareza en la jurisprudencia norteamericana”. LOEWE, D. “Liberalismo político, educación y particularismo religioso: Wisconsin v. Yoder y el valor de la educación”, en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), número 170, 2015, p.124.

³⁷ Cfr. BRIONES MARTÍNEZ, I.: *La libertad religiosa en los Estados Unidos de América. Un estudio a través del sistema educativo y de la educación en familia*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 44.

vida de la comunidad religiosa, lo cual es difícil en la escuela, ya que estarían expuestos a influencias contrarias a sus convicciones religiosas, así como a la censura de la comunidad.

En tal virtud, “Yoder ha sido el caso más discutido tanto en materia de ejercicio de la religión como de derechos parentales y el mejor interés del menor; la doctrina y la jurisprudencia que lo cita se divide en profundidad, como algo propio de una democracia saludable que trabaja intensamente en el delicado equilibrio de los intereses en conflicto cuando de la educación de los niños se trata”³⁸.

En resumidas cuentas, el caso anterior, al entrar al análisis de la cuestión *Amish*, remite el asunto de las objeciones de conciencia al ámbito de las religiones. Es evidente que representó un éxito jurídico para los *Amish*, no exento de polémica, en contextos judiciales es un clásico digno de análisis. La controversia generada no sólo radica en que permitió una excepción a la regla, por las razones ya mencionadas. También, por la cuestión de la libertad religiosa y la relación de los padres de familia con la educación de sus hijos menores de edad.

2.1. *Sherbert v. Verner*³⁹

En esta decisión del Tribunal Supremo de Estados Unidos, calificaba como objeción de conciencia el comportamiento de una trabajadora perteneciente a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, despedida de su empleo en una empresa textil ya que, al ampliarse el calendario laboral semanal, se negaba por motivos de conciencia, a trabajar en sábado. Por idénticas razones, no pudo conseguir empleo en otra empresa, y solicitó el subsidio de desempleo, obteniendo una respuesta negativa conforme a las leyes de Carolina del Sur, que descalificaban para el subsidio a quienes, sin justa causa, rechazasen una oferta de trabajo “disponible y apropiado”, las autoridades del estado consideraron que los motivos religiosos no constituían justa causa (*good cause*)⁴⁰.

El Tribunal Supremo, dio la razón a la trabajadora demandante, afirmando que la aplicación de la legislación laboral la situaba ante el dilema de actuar conforme a las propias convicciones internas o a quebrantar éstas para obtener un empleo. Por tanto, implicaba una

³⁸ Ibidem, p. 45.

³⁹ *Sherbert v. Verner*, 374 U.S 398 (1963).

⁴⁰ Cfr. MESEGUER VELASCO, S.: “La integración de la diversidad religiosa en el ámbito de las relaciones laborales”, en *Religión, Matrimonio y Derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls*, vol. I, Iustel, Madrid, 2013, p. 978.

restricción de su libre ejercicio de la religión⁴¹. El juez Brennan, arguyó que los deberes de las religiones minoritarias pueden ser vulnerados por las prácticas de las religiones mayoritarias, además, determinó que la cláusula de libre ejercicio de la religión (Primera Enmienda) solamente puede ser vulnerada cuando existe un interés apremiante del Estado (*compelling state interest*): tratándose de derechos fundamentales no bastaba un mero interés racional o de conveniencia, sino que hacía falta fundamentar la restricción en la presencia de un grave peligro o un interés de la máxima importancia.

En este caso, no se demostraba ese interés: las autoridades estatales sólo aludían a la necesidad de eliminar la posibilidad—bastante improbable— de que un número notable de objeciones de conciencia fraudulentas agotaran el fondo público de compensación por desempleo y obstaculizaran la organización del trabajo en sábado por parte de los empleadores. Incluso con esta remota posibilidad, las autoridades estatales estarían obligadas a demostrar que no existían formas alternativas de regulación que evitaran tales abusos sin coartar, al mismo tiempo, el derecho de libertad religiosa. De este modo, la trabajadora tenía el derecho al subsidio de desempleo solicitado, no obstante sus escrúpulos de conciencia para trabajar en sábado⁴².

Para Martínez-Torrón, “incluso en los supuestos en que la libertad de conciencia deba ceder, ha de buscarse aquel modo de aplicar la norma que resulte menos lesivo para la conciencia del objetor: es la doctrina que en Estados Unidos se ha llamado de *least restrictive means* (medios menos restrictivos). Pone de manifiesto la importancia de no simplificar el análisis judicial de los casos de objeción de conciencia, reduciéndolos a una mera respuesta en términos de “sí” o “no” a las pretensiones del objetor. En ocasiones, de lo que se trata es de interpretar o aplicar una norma legal o un contrato laboral, de manera que permita la máxima adaptación posible a las obligaciones morales alegadas por los objetores”⁴³.

En nuestra opinión, el caso *Sherbert*, es digno de mencionarse por la presunción favorable en favor de la demandante y la seriedad de sus convicciones religiosas examinadas, a través del principio de libertad de religión y de conciencia. En donde el Estado tiene que aportar la

⁴¹ Cfr. NAVARRO-VALLS, R. MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: op cit., pp. 424-425.

⁴² Cfr. Ibidem, p. 425.

⁴³ MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: *Objeción de conciencia y función pública*, op. cit., pp. 132-133.

prueba del *compelling state interest*, observando rigurosamente el *balancing test* o criterio de proporcionalidad en la resolución dada para solventar el conflicto entre conciencia y religión en el terreno laboral.

Un dato por demás interesante que nos aporta luces en relación con la trascendencia de este caso, desde 1963 hasta mayo de 1990, las cortes federales norteamericanas habían citado la decisión *Sherbert*, en 546 sentencias, y las cortes estatales habían hecho lo mismo en 393 ocasiones: 939 veces en 27 años⁴⁴. Por esta razón, este caso, representa, sin duda, en la jurisprudencia norteamericana, uno de los más importantes asuntos relacionados con los dilemas a los que se enfrentan los conflictos entre ley y conciencia. Durante tres décadas esta doctrina fue la dominante en los Estados Unidos de América.

2.2. *Employment Division v. Smith*⁴⁵

El Tribunal Supremo rechazó la solicitud de prestación por desempleo a dos miembros de la Iglesia Nativa Americana que habían perdido su empleo por usar peyote en ceremonias religiosas⁴⁶. Por tanto, será hasta los 1990's cuando se reconozca a dicha droga para uso ceremonial de los pueblos originarios norteamericanos⁴⁷. En consecuencia, la jurisprudencia del Supremo perdió uniformidad, con cierta inclinación al legalismo, hacia el sometimiento de esta materia a la decisión de las legislaturas estatales.

Todo lo anterior, provocó una reacción del legislativo federal, materializada en el *balancing test o process*, de la *Religious Freedom Restoration Act (1993)*. Pretendía restaurar la doctrina jurisprudencial anterior dicho caso y según la cual “el Gobierno no infringirá el libre ejercicio de la religión de un individuo, incluso cuando esa infracción resulta de una regla o norma de general aplicación, salvo cuando demuestre que la infracción: 1) es

⁴⁴ Cfr. PALOMINO, R.: *Las objeciones de conciencia: conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano*, Montecorvo, Madrid, 1994, p. 43.

⁴⁵ *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

⁴⁶ El estado de Oregón, incluyó dentro de su prohibición penal general el uso del peyote, incluso para ceremonias religiosas. El Departamento de asuntos laborales, negó beneficios de desempleo a las personas que habían sido despedidas de su empleo debido al uso de peyote para ceremonias religiosas.

⁴⁷ Cfr. SÁNCHEZ BAYÓN, A.: *La modernidad sin prejuicios. La religión en la vida pública estadounidense*, vol. I, Delta Publicaciones, Madrid, 2012, p. 131.

esencial para la promoción de un alto interés del Estado (*compelling governmental interest*) y 2) es el medio menos restrictivo para la promoción de dicho interés”⁴⁸.

Es decir, impone una solución *ad casum*; la libertad de conciencia ocupa un lugar superior a los derechos de contenido patrimonial u otros; el mecanismo propone para la cabal determinación de la sinceridad de las creencias del demandante, que una vez comprobada esta sinceridad, por parte del objetor, se produce una inversión de la carga probatoria: el demandado deberá probar los supuestos 1) y 2) del párrafo anterior.

En *Smith*, el Supremo venía virtualmente a descartar que el criterio del *compelling state interest*, en combinación con el *balancing process*, pudiera ser empleado de manera generalizada en los casos de conflicto entre libertad religiosa y norma jurídica civil. Al contrario, la regla sería más bien que “el derecho al libre ejercicio de la religión no releva al individuo de cumplir con una norma válida y neutral de aplicabilidad general sobre la base de que la norma no prescribe una conducta que su religión prescribe”. En tales situaciones, quien resulta exonerado no es el individuo, sino el Estado, que no queda obligado a probar que persigue un “interés prevalente” cuando no concede exenciones al cumplimiento de la legislación y puede ignorar las restricciones que dicha legislación provoque de hecho respecto a la libertad religiosa de los ciudadanos.

Es decir, el Tribunal Supremo, reclamó que fuese el Poder Legislativo quien diera pautas para el reconocimiento de la legitimidad de la objeción de conciencia. Entre otras cosas, sostuvo que una ley de aplicación general, en este caso, la que prohibía el uso del peyote en ceremonias religiosas, sería válida, aunque tuviera un efecto incidental oprimiendo la religión, siempre y cuando tenga una relación racional con el objetivo legítimo del gobierno y no fuera motivada por un deseo de inferir con la religión.

En respuesta a la decisión anterior, la *Religious Freedom Restoration Act* (1993), restableció la doctrina *Sherbert* para los casos en los que se produce el conflicto entre conciencia y ley. Por ende, la regla general establecida fue que la libertad religiosa debe ser respetada, excepto en el caso concreto en el que pueda demostrarse la existencia de un interés público superior (*compelling state interest*) y que, además, constituye el medio

⁴⁸ KRISKOVICH VARGAS, E. A.: *La objeción de conciencia como derecho humano fundamental: en materia de bioética y bioderecho*, Editrice Vaticana, Roma, 2015, pp. 206-207.

menos restrictivo para la libertad religiosa de promover ese interés. Sin embargo, la *Religious Freedom Restoration Act* perdió su vigencia. A pesar de ello, tanto la jurisprudencia como algunas leyes de restauración de la libertad religiosa continúan aplicando el criterio de proporcionalidad para la resolución de estas cuestiones presentadas en el ámbito laboral⁴⁹.

Así las cosas, el ejercicio de ponderación, de acuerdo con Luis Prieto Sanchís, es la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión para lograr la mejor solución posible, cuando existen justificaciones de sentido contrario a la hora de adoptar una decisión. Estamos ante un método de resolución de casos difíciles, especialmente cuando se encuentran en pugna dos o más principios constitucionales⁵⁰.

Por tanto, si la conducta del objetor afecta negativamente a determinados derechos y principios constitucionales sobre los que no tiene ninguna legitimidad para disponer, resulta razonable que el ordenamiento no permite la plena expansión de su derecho, al no garantizarse la protección del resto de elementos relevantes de su entorno. Es necesario buscar, dentro de lo posible, un equilibrio entre ellos y la libertad de pensamiento [conciencia] del objetor mediante un juicio de ponderación que confronte ambos bienes jurídicos y determine cuál debe prevalecer y en qué medida⁵¹.

En los casos de conflicto entre conciencia y ley, la doctrina jurídica norteamericana se ha decantado por el *balancing process*, un proceso de equilibrio de intereses, un análisis de los intereses jurídicos enfrentados, para ver cuál de los dos ha de prevalecer. También conocido como el *balancing test*. Ha sido hasta ahora el remedio para el tratamiento de las objeciones de conciencia *contra legem*. Aquí la actuación judicial juega un papel preponderante, demostrando que sí es posible el tratamiento jurisprudencial de estos asuntos.

En la región latinoamericana, dos países recientemente han introducido cambios legislativos para el reconocimiento tanto de la libertad de conciencia como de la objeción de conciencia. Consideramos importante revisar dichas modificaciones, cara a una mayor

⁴⁹ Cfr. MESEGUER VELASCO, S.: op. cit., pp. 978-979.

⁵⁰ Cfr. PRIETO SANCHÍS, L.: “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 5, 2001, p. 211.

⁵¹ Cfr. CAPODIFERRO, D.: *La objeción de conciencia: estructura y pautas de ponderación*. op.cit., p. 146.

comprensión del tema abordado. De manera especial, para poder seguir la ruta de sus respectivas judicaturas al momento de entrar de lleno al fondo de los asuntos que mantengan relación con las objeciones de conciencia *contra legem*.

IV. RECONOCIMIENTO DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LATINOAMÉRICA

1. El reconocimiento de la libertad de conciencia en México

De reciente data, el primer párrafo del artículo 24 de la Constitución mexicana reconoce la libertad de conciencia⁵² del modo siguiente:

*Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado. Esta libertad incluye el derecho de participar, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. Nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política*⁵³.

El cambio constitucional es significativo en relación con la objeción de conciencia, inusual hasta hace unos años en el constitucionalismo mexicano, ya que da entrada al reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico nacional del instituto jurídico objeto de nuestro análisis. Este acontecimiento, de la más importante trascendencia para el derecho mexicano. Ya que por un lado, además de ser congruente con los documentos internacionales en materia de derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado mexicano, pensemos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁴, así como el Pacto de San José de Costa Rica⁵⁵. Por otra parte, se asemeja más al modelo norteamericano donde la libertad de conciencia está reconocida como una libertad constitucional.

⁵² Publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 19 de julio de 2013.

⁵³ Las cursivas son nuestras.

⁵⁴ El artículo 18.1.- “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”.

⁵⁵ El artículo 12.1.- “Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado”.

Es decir, el interés público que representa la tutela del derecho fundamental de la persona a la libertad de religión y de conciencia, es un interés público de máximo rango, pues se trata de un derecho de la persona que no sólo goza de protección constitucional, sino también del ordenamiento internacional. Esto es algo que se comprende fácilmente en relación con otras libertades —por ejemplo, la libertad de expresión o la libertad de asociación—, pero que se olvida, a veces de manera inexplicable, cuando se trata de libertad de conciencia y religión⁵⁶.

Es que la libertad de conciencia, inmuniza la actuación libre de la persona, en relación con los más íntimos dictados de la conciencia personal. Protege de modo específico los comportamientos obligados de la propia conciencia y no los simplemente permitidos, tan es así que “la libertad de conciencia tiene en la objeción de conciencia un elemento particularmente destacado y llamativo. Incluso podríamos afirmar que se trata de su exponente más radical y profundo”⁵⁷. Esta libertad, había sido desconocida en el ordenamiento jurídico mexicano.

Desde este punto, consideramos que el juez no podrá argumentar la falta de la *interpositio legislatoris*, o sólo aceptar entrar al conocimiento de las opciones legales. Ahora tendrá mayor margen de maniobra para entrar al fondo de los asuntos controvertidos entre conciencia y ley.

Así las cosas, en México ya tenemos el reconocimiento constitucional de la libertad de conciencia, además de la recepción en nuestro derecho interno de los tratados internacionales que expresamente consideran a dicha libertad. Como dice Ana Valero, “la protección dispensada por nuestra Carta Magna a una de las libertades más claramente enraizadas en la autonomía de cada persona se dirige, pues, no sólo a garantizar la inmunidad del foro interno del individuo y de sus convicciones éticas o morales—sean éstas de carácter religioso o secular—, sino a proteger, igualmente, su manifestación externa”⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: “Los Testigos de Jehová y la cuestión de los honores de la Bandera en México”, en *Gaceta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, número, 117, p. 68.

⁵⁷ PALOMINO LOZANO, R.: “Objeción de conciencia y Religión: una perspectiva comparada”, en *Anuario de Derechos Humanos*, nueva época, volumen 10, p. 438.

⁵⁸ VALERO HEREDIA, A.: *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2009, p. 23.

2. Reconocimiento de la objeción de conciencia en el Perú

La Constitución del Perú reconoce en el inciso 3 del artículo 2° que toda persona tiene derecho:

*A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofendan a la moral o alteren el orden público*⁵⁹.

Corresponde a la Ley N° 29635, Ley de Libertad Religiosa⁶⁰, en el artículo 4°, definir y precisar el alcance de la objeción de conciencia del modo siguiente:

*Es la oposición del individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales o religiosas. Se ejerce la objeción de conciencia cuando alguien se ve imposibilitado de cumplir una obligación legal por causa de un imperativo, moral o religioso, grave o ineludible, reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece*⁶¹.

El Reglamento de la Ley N° 29635, Ley de Libertad Religiosa⁶², en el artículo 8°, dispone que:

8.1. La objeción de conciencia a que se refiere el artículo 4 de la Ley se fundamenta en la doctrina religiosa que se profesa, debidamente reconocida por la autoridad de la entidad religiosa a la que se pertenece, siempre que no atente contra los derechos fundamentales, la moral y las buenas costumbres.

*8.2. Las entidades públicas y privadas toman las previsiones correspondientes para garantizar la atención necesaria en caso de petición de objeción de conciencia.*⁶³

Cabe destacar que la *Ley de Libertad Religiosa*, es la primera legislación nacional en regular la objeción de conciencia. Por esta razón, algunas reflexiones, como las expuestas por Gonzalo Flores⁶⁴. La primera, la objeción de conciencia no tiene porque limitarse a los deberes legales, ya que también, podría oponerse a un deber judicial o a actos

⁵⁹ Las cursivas son nuestras.

⁶⁰ Publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, el 21 de diciembre de 2010.

⁶¹ Las cursivas son nuestras.

⁶² Publicado en el Diario Oficial *El Peruano*, el 19 de julio de 2016.

⁶³ Las cursivas son nuestras.

⁶⁴ Cfr. FLORES SANTANA, G.: “El desarrollo del derecho a la libertad religiosa en el Perú”, en *Terceras Jornadas sobre Derechos Humanos. El Derecho Fundamental de Libertad Religiosa*, Palestra, Lima, 2014, pág. 102.

administrativos. Entonces, lo mejor hubiera sido utilizar “deber jurídico”. De la redacción del artículo 4° de dicha ley, se infiere que el legislador sólo buscó regular parcialmente la objeción de conciencia para asuntos relacionados con las convicciones religiosas.

La segunda, de lo contrario no se explica la razón de que sea la entidad religiosa a la que pertenezca el objetor la que tenga que reconocer la seriedad del imperativo moral o religioso grave. En efecto, la legislación puede resultar parcial, pero constituye un avance sobre el tema. La tercera, hubiera sido deseable que el Reglamento de la Ley, estableciera los límites a este derecho.

No obstante lo anterior, el Reglamento de la Ley, sólo se limita a regular la objeción de conciencia por convicciones religiosas. Sobre esta base, es menester señalar que las objeciones no se encuentran limitadas a los motivos religiosos, si bien en algunos casos los motivos religiosos serían los únicos concebibles en relación con la conducta rechazada. La pertenencia a una comunidad religiosa, que defienda una determinada postura moral negativa respecto de la conducta mandatada, no es sino un indicio de la sinceridad del objetor, elemento esencial para determinar la existencia de un derecho a la exención y para evitar un presumible fraude a la ley⁶⁵.

Llama nuestra atención el hecho de que la Constitución peruana sí reconoce la libertad de conciencia desde por lo menos veinte años antes que la mexicana, además el tino que ha tenido el legislador para hacer una regulación de la objeción de conciencia en la ley de libertad religiosa, así como en su reglamento. Somos de la opinión, que en esta materia, Perú ha registrado un avance considerable, comparándolo con México. Aunque el primer país tiene que mejorar algunos aspectos de la regulación de la objeción de conciencia y el segundo dar un paso más allá del positivismo legalista para reconocer plenamente la libertad constitucional de libertad de conciencia.

V. CONCLUSIÓN

De todo lo dicho hasta ahora, dejamos una reflexión conclusiva, según hemos podido constatar las posturas doctrinales que, incluyen a la objeción de conciencia en el catálogo de los derechos fundamentales, llegan a una doble conclusión. La primera, que el ejercicio

⁶⁵ Cfr. PALOMINO LOZANO, R.: “Objeción de conciencia y Religión: una perspectiva comparada”, op.cit., p. 451.

de la objeción de conciencia no puede quedar limitado sólo a las concretas modalidades amparadas y reguladas por la ley. La segunda, el juez queda obligado a una ponderación de los bienes jurídicos en conflicto cuando el sujeto singular elude el cumplimiento de un deber jurídico por razones de conciencia. Tenemos un conflicto que puede describirse como dictamen ético *versus* norma externa, es decir, concreción *ad casum* de los principios más generales de libertad de conciencia *versus* obediencia al derecho.

El juez, puede aplicar la ley al caso concreto, según la postura doctrinal de la objeción de conciencia *secundum legem*. O también, hacer una ponderación de intereses, para aquellos casos carentes de regulación. Los tribunales, en países de tradición jurídica europea continental, salvo muy contadas excepciones, son más propensos a sujetarse a la tesis legalista.

En los casos de conflicto entre conciencia y ley, la doctrina jurídica norteamericana se ha decantado por el *balancig process*, un proceso de equilibrio de intereses, un análisis de los intereses jurídicos enfrentados, para ver cuál de los dos ha de prevalecer. También conocido como el *balancing test*. Un remedio para el tratamiento de las objeciones de conciencia *contra legem*. Aquí la actuación judicial juega un papel preponderante, demostrando que sí es posible el tratamiento jurisprudencial de estos asuntos.

Los jueces tienen que saber el interés público que representa la tutela del derecho fundamental de la persona a la libertad de religión y de conciencia, es un interés público de máximo rango, pues se trata de un derecho de la persona que no sólo goza de protección constitucional, sino también del ordenamiento internacional. De ahí, la atención que merecen los conflictos entre conciencia y ley.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRIONES MARTÍNEZ, I.: *La libertad religiosa en los Estados Unidos de América. Un estudio a través del sistema educativo y de la educación en familia*, Atelier, Barcelona, 2012.

CÁMARA VILLAR, G.: *La objeción de conciencia al servicio militar (las dimensiones constitucionales del problema)*, Civitas, Madrid, 1991.

CAPODIFERRO CUBERO, D.: *La objeción de conciencia a la interrupción del embarazo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

CAPODIFERRO CUBERO, D.: *La objeción de conciencia: estructura y pautas de ponderación*, Bosch Editor, Barcelona, 2013.

CATHREIN, V.: *Filosofía del Derecho*, 7ma. ed., 2da reimpresión, Reus, Madrid, 2002.

COMBALÍA, Z.: “La necesidad de flexibilización del Derecho y la objeción de conciencia en una sociedad plural (Contraste entre el sistema continental y el angloamericano)”, en *Opciones de conciencia. Propuestas para una Ley*, Valencia, 2008.

DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, R.: “La objeción de conciencia, un indicador de la evolución del sistema jurídico”, en *Religión, Matrimonio y Derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls*, vol. I, Iustel, Madrid, 2013.

FINNIS, J.: *Ley Natural y Derechos Naturales*, estudio preliminar y traducción ORREGO, C., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 117-120.

FLORES SANTANA, G.: “El desarrollo del derecho a la libertad religiosa en el Perú”, en *Terceras Jornadas sobre Derechos Humanos. El Derecho Fundamental de Libertad Religiosa*, Palestra, Lima, 2014.

KRISKOVICH VARGAS, E. A.: *La objeción de conciencia como derecho humano fundamental: en materia de bioética y bioderecho*, Editrice Vaticana, Roma, 2015.

LEAL ADORNA, M. LEÓN BENÍTEZ, M.: *Derecho y Factor Religioso (ad usum privatum)*, Delta Publicaciones, Madrid, 2012.

LOEWE, D. “Liberalismo político, educación y particularismo religioso: Wisconsin v. Yoder y el valor de la educación”, en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), número 170, 2015.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: “Las objeciones de conciencia de los católicos”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm.9, 2005.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: “Los Testigos de Jehová y la cuestión de los honores de la Bandera en México”, en *Gaceta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, número, 117.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: “Objeción de conciencia y función pública”, en *Separata de las Objeciones de Conciencia en el Derecho Internacional y Comparado. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 89.

MESEGUER VELASCO, S.: “La integración de la diversidad religiosa en el ámbito de las relaciones laborales”, en *Religión, Matrimonio y Derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls*, vol. I, Iustel, Madrid, 2013.

NAVARRO-FLORIA, J. G.: *El derecho a la objeción de conciencia*, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2004.

NAVARRO-VALLS, R. MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 2da. ed., Porrúa-Iustel, México, 2012.

NAVARRO-VALLS, R.: “La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo”, en *El Derecho Eclesiástico a las puertas del siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Juan Goti Ordeñana*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2006.

PALOMINO LOZANO, R.: “Objeción de conciencia y Religión: una perspectiva comparada”, en *Anuario de Derechos Humanos*, nueva época, volumen 10.

PALOMINO, R.: *Las objeciones de conciencia: conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano*, Montecorvo, Madrid, 1994.

PATIÑO REYES, A.: “Situación actual de la objeción de conciencia en México”, en *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión* [en línea], vol. 1, 2015, [10 abril 2017], <http://www.revistaladerechoyreligion.com/ojs/ojs2.4.6/index.php/RLDR/article/view/8/9>.

POLO SABAU, J. R.: “La objeción de conciencia a la asignatura de Educación para la Ciudadanía ante el Tribunal Supremo”, en *Religión, Matrimonio y Derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls*, vol. I, Iustel, Madrid, 2013.

PRIETO SANCHÍS, L.: “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 5, 2001.

PRIETO, V.: *La objeción de conciencia en instituciones de salud*, Temis, Bogotá, 2013.

SÁNCHEZ BAYÓN, A.: *La modernidad sin prejuicios. La religión en la vida pública estadounidense*, vol. I, Delta Publicaciones, Madrid, 2012.

VALERO HEREDIA, A.: *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2009.