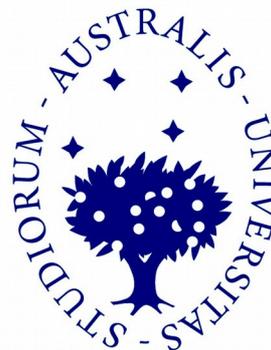


**UNIVERSIDAD
AUSTRAL**



**TRABAJO FINAL DE MAESTRÍA. TESIS DE DERECHO APLICADO
PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO
ADMINISTRATIVO.**

FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD AUSTRAL.

AUTOR:

Juan Pablo Quinteros.

TÍTULO DEL TRABAJO:

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL PODER JUDICIAL.

DIRECTORA: Dra. Nelly Barros Pacheco de Espiño

Ushuaia, TIERRA DEL FUEGO.

2019.

ÍNDICE

I CAPÍTULO PRIMERO.

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

I	Definición de la objeción de conciencia.....	6
II.	Diferencia entre objeción de conciencia y desobediencia civil.....	8
III.	Libertad de conciencia.....	9
IV	Libertad de religión.....	12
V	Objeción de conciencia en el derecho Español.....	13
VI	Objeción de conciencia sanitaria en los Códigos Deontológicos.....	13
VII	Objeción de conciencia y farmacia.....	14
VIII	El hospital como organismo ético.....	15

II CAPÍTULO SEGUNDO

INTRODUCCIÓN

I	Introducción y planteamiento de la cuestión.....	16
II	El reconocimiento jurídico de la objeción de conciencia.....	19
III	La objeción de conciencia sanitaria en el derecho comparado internacional	
1)	Derecho comparado internacional.....	22
2)	Estados unidos.....	23
3)	Francia	24
4)	República federal alemana.....	25
5)	Italia	25
6)	Sistema interamericano y de las naciones unidas.....	25

III CAPÍTULO TERCERO

JURISPRUDENCIA SOBRE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

I.	Fallo jurisprudenciales sobre objeción de conciencia en Argentina.....	27
II.	Ascensio, José H. s/ amparo, fallos: 304:1293.....	27
III.	Lopardo, Gabriel Fernando fallos: 304:1524.....	28
IV.	Portillo, Alfredo s/ Infracción art. 44 Ley 17.531.....	28
V.	Cfr. C.S.J.N., “Tanus c/ Gobierno de la ciudad de Buenos Aires” E.D. 191-429(2001).....	30
VI.	Leyes sobre la Objeción de Conciencia en Argentina.....	30
VII.	Constitución Nacional.....	30
VIII.	Tratados Internacionales de Derechos Humanos relativos al Derecho de Objeción de Conciencia Individual e Institucional.....	32
IX.	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).....	32
X.	Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).....	33
XI.	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1967).....	33
XII.	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1967).....	34
XIII.	Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).....	34
XIV.	Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1969).....	34
XV.	Ley 24.429 Servicio Militar Voluntario.....	35
XVI.	Ley 25.673 Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable.....	35

XVII. Ley 26.130 Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica.....	36
---	----

IV CAPÍTULO CUARTO

MIRADA SOBRE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN ALGUNAS PROVINCIAS ARGENTINAS

I. Provincia de Buenos Aires.....	36
II. Provincia de Mendoza.....	37
III. Provincia del Chaco.....	37
IV. Provincia de San Luis.....	37
V Provincia de Tierra del Fuego.....	38
VI Tres enfoques sobre la Objeción de Conciencia.....	41

V CAPÍTULO QUINTO

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

I. Mirada Colombiana con la Sentencia T 388-2009	42
II. La Mirada Argentina sobre el Aborto y los Funcionarios Judiciales.....	48
III. Garantía Constitucional Argentina del juez Natural.....	49
IV. Incumplimiento de los Deberes de Funcionario Público.....	51
V. Forma de cubrir a los Jueces Objetores.....	52
VI. Conclusión y Recomendación... ..	54

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

A) BIBLIOGRAFÍA NACIONAL.....	59
B) BIBLIOGRAFÍA EXTRANJERA.....	59

JURISPRUDENCIA

A) JURISPRUDENCIA NACIONAL.....61

B) JURISPRUDENCIA EXTRANJERA.....62

I. CAPÍTULO PRIMERO

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

I) DEFINICION DE LA OBJECCION DE CONCIENCIA

La objeción de conciencia según Martín Patrito¹ es aquella que consiste en el incumplimiento de una obligación de naturaleza legal, cuya realización produciría en el individuo una grave lesión en la propia conciencia. Para poder diferenciarla de otras figuras afines, es importante tener en cuenta que lo que el objetor persigue, no es obstruir u obstaculizar la norma legal, sino obtener el legítimo respeto a su propia conciencia.

Se puede considerar a la objeción de conciencia, como una forma de resistencia hacia una norma, siempre que dicha reserva se produzca por la aparición de un conflicto entre las obligaciones morales o religiosas de la persona y el cumplimiento de un precepto legal.

Se trata, por lo tanto, de un enfrentamiento entre un deber moral y un deber legal. En contraste de ambas normas induce al sujeto, en base a profundas convicciones ideológicas, a decantarse por el dictado del deber moral y a negarse a acatar la orden del poder público, por estimar que está en juego algo esencial e irrenunciable a la persona humana.

Características de la objeción de conciencia:

- Presupone la existencia de una obligación legal de actuar en un determinado sentido. Por ello, el objetor puede manifestar su oposición a tal precepto legal incompatible con sus convicciones morales, pero solo en la medida en que esa norma se traduzca en deberes dirigidos directamente a él.
- Implica un comportamiento omisivo. Al estar referido a exigencias consideradas menores, no encuentra, en general, obstáculo a la obtención de la exención. Por ello, el derecho no suele activar mecanismos

¹ Martín Patrito, “Definición de Objeción de conciencia” (consultado 15/07/18) <http://espadacatolica.blogspot.com/2012/10/que-es-la-objeccion-de-conciencia.html>.

represivos contra él. No obstante, también puede existir la amenaza de una sanción.

- Se apoya en razones religiosas, éticas, morales o axiológicas. Este es el núcleo de la cuestión, teniendo un carácter secundario el hecho de que se incumpla la norma.
- Se considera que la objeción de conciencia es un derecho fundamental subjetivo, por lo que solo puede ser limitada constitucionalmente por razones de orden público, seguridad jurídica e igualdad. Se requiere en cada caso, una labor de ponderación de los distintos valores en juego. La objeción de conciencia puede ser legal o ilegal, según el ordenamiento jurídico la reconozca como derecho o no lo haga. En aquellos casos en los que el incumplimiento de un deber general por motivos de conciencia esté permitido, la objeción de conciencia deja de consistir en una desobediencia a la ley y pasa a convertirse en el legítimo ejercicio de un derecho.
- La objeción de conciencia puede estar reconocida condicional o incondicionalmente por el Estado. Se produce un reconocimiento incondicionado cuando la ley atribuye eficacia jurídica a la simple declaración objetora, con independencia de las razones en que se funde, y en base, exclusivamente, a la convicción individual expresada en la manifestación externa de la objeción. Por su parte, en reconocimiento será condicionado cuando legalmente se articule un proceso para comprobar la admisibilidad y sinceridad de las razones alegadas por el objetor.
- Con la objeción de conciencia no se aspira, en principio, a modificar ninguna norma. No se pretende obligar a la mayoría a revisar su decisión, obtener publicidad ni anular una norma. Por lo tanto, hay una ausencia de fin político. Sin embargo es posible que, en un determinado momento, la actitud de un objetor trascienda a la opinión pública. El reconocimiento social de esta postura, no cambia la naturaleza de la objeción, al tratarse de un hecho no buscado por el sujeto, ni dependiente de su voluntad.

- La objeción de conciencia, es un mecanismo que permite resolver, por vía de excepción, los conflictos entre mayorías y minorías existentes en toda sociedad contemporánea.

Peces Barba Martínez² señala que la objeción de conciencia, es una desobediencia de naturaleza civil y sectorial que necesita de una juridificación, esto es, una regulación jurídica (convirtiéndose por tanto en una inmunidad o en un derecho subjetivo) y que supone una excepción a la obligación jurídica.

Por su parte, Navarro Valls³, define la objeción de conciencia como un conflicto impropio de normas: de una parte, la norma jurídica que impone un deber, fundamentalmente un *facere*; de otra, la norma moral, que se opone al cumplimiento del mismo. Se rehúsa obedecer un mandato de la autoridad legítima que se entiende radicalmente injusto o delictuoso por entrar en colisión con una norma moral.

II) DIFERENCIA ENTRE OBJECIÓN DE CONCIENCIA Y DESOBEDIENCIA CIVIL

A diferencia del objetor, el desobediente protesta contra una norma o decisión política que considera injusta, buscando despertar la conciencia y el sentido de justicia de sus conciudadanos con vistas a una reforma de la norma o decisión. Con su conducta, el desobediente está contribuyendo a la deliberación democrática y acompaña sus razones con la decisión de arriesgar su libertad o su integridad física, a la vez que hace visible la falta de fundamentación de las políticas que impugna.

Por su parte, el objetor no está defendiendo una idea en forma pública ni propugnando por la reforma de una norma o decisión. Simplemente se niega a ser parte de la práctica que objeta. No intenta convencer a nadie, solamente busca que lo dejen en paz con sus creencias y que no lo obliguen a hacer cosas que rechaza profundamente.

² PECES BARBA Martínez Gregororio. “Desobediencia civil y objeción de conciencia”. Anuario de Derechos Humanos 5 (1988-1989) pág. 186.

³ NAVARRO VALLS, Ramón. “La objeción de conciencia al aborto: derecho comparado y derecho español” Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, II (1986) pág. 261.

El desobediente busca un cambio en las instituciones o en las políticas, pero el objetor persigue una excepción a las normas, no un cambio en ellas. Sin embargo, es muy importante puntualizar que en ninguno de los casos ni en la objeción de conciencia ni en la desobediencia civil se justifica violar derechos de terceros. Por lo tanto el profesional objetor no puede defender su conducta amparándose en la desobediencia civil, porque la desobediencia civil es legítima si no afecta derechos básicos y la conducta de los profesionales de la salud objetores sí lo hace.

La articulación de las normas de derecho constitucional y de derecho internacional que garantizan el derecho a la igualdad en el acceso a la salud y el resto de los derechos citados más arriba, con la legislación nacional y provincial, permite identificar las siguientes pautas para el ejercicio y el límite de la objeción de conciencia de los profesionales de la salud sexual y reproductiva.

III) LIBERTAD DE CONCIENCIA

Antes de inmiscuirnos de la libertad de conciencia, primero debemos definir a la misma como la propiedad del espíritu humano de percibirse a sí mismo en el mundo, como un ser que trabaja con ideas y específicamente, con contenidos de conocimiento de la realidad, de la ética y de su propia existencia.

La conciencia es un acto: existe si nos percibimos en el mundo. Si no, no existe. Puede ser interrumpida cuando se pierde la conciencia, es decir, se cae en inconciencia.

Podemos decir entonces, que la conciencia hace posible que la persona ponga atención a sus sensaciones, las organice de manera congruente y aprenda a tomar responsabilidad por las acciones derivadas de estas y sus respectivas consecuencias (...) es posible afirmar que la persona posee conciencia y que esta cumple, por decirlo de alguna manera, diversas funciones siendo una de ellas la de discernir entre lo que está bien y lo que está mal (...) esta conciencia actúa como órgano de sentido en tanto que le permite a la persona juzgar su comportamiento y la congruencia del mismo en relación con los principios éticos y morales.

Cuando la persona elige debe hacerlo de manera consciente, pues al optar por algo no solo están en juego los valores y principios que defiende en relación con la elección que hace, también es responsable por las consecuencias que dicha elección implica⁴.

Entonces, podemos decir que el ser humano recibe de lo externo una cantidad de información, que procesa interiormente, mediante mecanismos muy complejos, que luego arrojan juicios que se van a exteriorizar en actos y conductas.

Estos actos y conducta, son los que atañen al derecho, porque el respeto, protección y defensa del derecho a la libre formación de la conciencia tiene evidente relevancia jurídica por más que originariamente sea un fenómeno interno⁵.

Podemos decir, que cada persona debe formar su propia conciencia y tiene el derecho de así hacerlo, sin inferencia de terceros, porque la percepción del sujeto de sí mismo como radical libertad ha de ser plenamente libre, lo cual quiere decir que no puede ser impuesta, obstaculizada o esencialmente condicionada desde fuera y que exige por tanto, el respeto de los demás y el respeto, defensa y promoción por los poderes públicos y el derecho⁶.

Más allá de una moralidad específica, detrás del concepto de conciencia, de hecho hay una moralidad, esto es lo objetivo, no obstante somos de la idea, en concordancia con lo desarrollado hasta ahora, que la moralidad esta intrínsecamente ligada a la persona humana, por lo que la concepción de la misma, confluye siempre es esta. No hablamos de moralidad de los actos vegetales o animales y la razón es que aunque parezca evidente, de ellos no se predica racionalidad alguna y tampoco conciencia. Los actos humanos, son actos morales, porque expresan y deciden la bondad o malicia del hombre mismo que realiza esos actos. Éstos no producen sólo un cambio en el estado de cosas externa al hombre, sino que, en

⁴ VELÁSQUEZ-CÓRDOBA Luis Fernando y Córdoba, Ramón, “La objeción de conciencia y la antropología filosófica. En persona y bioética. Volumen N° 14, N° 2, Pág. 165-167.

⁵ LLAMAZARES FERNÁNDEZ , D. “DERECHO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA. LIBERTAD DE CONCIENCIA Y LAICIDAD, EDITORIAL CIVITAS, OP. PÁG. 18.

⁶ LLAMAZARES, FERNÁNDEZ , D. “DERECHO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA. LIBERTAD DE CONCIENCIA Y LAICIDAD, EDITORIAL CIVITAS, OP. PÁG. 18 .

cuanto decisiones deliberadas, califican moralmente a la persona misma que los realiza y determina su profunda fisonomía espiritual.

Por otro lado, algunas instituciones diferencian la libertad de conciencia de la religiosa, señalando que la primera versa solo sobre ideas mientras que la segunda sobre creencias. Esta distinción no nos parece adecuada pues, como hemos visto, las ideas pueden tener connotación religiosa o no, y en ello radica la diferencia.

Asimismo, una creencia o convicción en la mayoría de los casos suele tener un trasfondo religioso, una relación con lo divino, aunque pueden existir casos que no tengan dicho trasfondo.

Por otro lado, Martín Patrito expresa que la objeción de conciencia es una derivación de la libertad de conciencia. Esta implica la garantía, por parte de los poderes públicos y los ciudadanos, de que el juicio personal y la actuación que del mismo se deriva, se va a realizar sin interferencias o impedimentos de cualquier tipo. Dado que conciencia solo se predica de la persona singular, la libertad de conciencia tiene por titular, únicamente, a las personas individualmente consideradas y no a las comunidades o grupos.

La libertad de conciencia no se ejerce en abstracto. Implica, por parte del propio individuo, la aplicación de un principio objetivo general a las circunstancias particulares en las que el mismo se encuentra.

Por último, el autor español Salcedo Hernández, al hablar de libertad de conciencia expresa que es aquella cuando al individuo puede emitir un dictamen o juicio de la razón práctica acerca de la moralidad de acción. Obviamente, si consideramos que la libertad de conciencia empieza y termina en el propio individuo, no tendría mayor razón de ser. Su sentido se hace real cuando el juicio formado se vincula con la adopción y ejecución de decisiones en razón de los dictados de la propia conciencia⁷.

IV) LIBERTAD DE RELIGIÓN

⁷ SALCEDO HERNÁNDEZ, José Ramón. “Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia”. *Anales de Derecho*, 15 (1997) p. 95.

Se puede decir que la libertad religiosa es un derecho fundamental de todo ser humano y será el eje sobre el que la Iglesia articulará su posición jurídica en el Estado, propiciando y buscando que el Estado garantice ambientes y espacios para su ejercicio. Como dice Mosquera, se entiende que la libertad comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas de practicar el culto⁸.

Esta libertad, se desarrolla cuando la persona tiene como posible la formación de su propia conciencia, de sus ideologías, postulados y creencias, de tal manera que estas no deben ser impuestas por la fuerza. Siguiendo con esta autora cabe afirmar que de igual modo la libertad de conciencia permite desarrollar la propia libertad de pensamiento, ideología y religión, pues la conciencia es el crisol en el que se producen todos los cambios de pensamientos, la ideología y la religión.

La libertad religiosa es un derecho constitucional y fundamental que se condice con la estructura propia de ser persona, por ser un ser que busca o tiene un anhelo de trascendencia pues, la libertad religiosa no se basa en la disposición subjetiva de la persona, sino en su naturaleza misma⁹.

Por otro lado, el autor español Salcedo Hernández¹⁰, al hablar de libertad religiosa la misma se manifiesta en una respuesta personal a la cuestión de la trascendencia del individuo. Implica una toma de postura ante el acto de fe. En otras palabras, la libertad religiosa tiene por objeto la fe como acto y la fe como contenido de dicho acto, así como la práctica de la religión con toda la variedad de sus manifestaciones, sean de carácter individual o colectivo.

⁸ MOSQUERA, “El Derecho de Libertad de conciencia y de Religión en el Ordenamiento Jurídico Peruano”. Universidad de Piura: Colección Jurídica, año 2005, Pág: 147.

⁹ BUSSO, Ariel, “La Libertad Religiosa y su Fundamento Filosófico, en Anuario Argentino de Derecho Canónico, Vol. IV, Facultad de Derecho Canónico, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, año 1997, Pág. 77.

¹⁰ SALCEDO HERNÁNDEZ, José Ramón. “Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia”. Anales de Derecho, 15 (1997) Pág. 252.

V) OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Los primeros casos de objeción de conciencia en España se planteó en el ámbito militar a comienzo de los años cincuenta. El reconocimiento jurídico vino con el Decreto 3011/1976 del 23/12/76. Por medio del presente, se autoriza a disfrutar de prórrogas a *“los mozos que por razones y objeciones de conciencia, de carácter religioso, se muestren opuestos al empleo de las armas y opten por sustituir el servicio militar en filas por una prestación personal en puestos de interés cívico”*. En ese momento, el reconocimiento de la objeción quedaba circunscrito a razones de carácter religioso, recién en el año 1977 se incluyó también por justificación por motivos éticos.

VI) OBJECCIÓN DE CONCIENCIA SANITARIA EN LOS CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS

El autor López Guzmán define *“un código deontológico es una guía de normas precisas para el profesional, que persigue facilitar y orientar el buen cumplimiento de las normas morales que impone un determinada profesión¹¹.”* Entonces es un esfuerzo para fortalecer y garantizar la moral profesional, a la vez que se asegura al paciente y a la sociedad un modelo profesional de relaciones humanas.

El código es el modo más habitual de recoger la formulación de las normas deontológicas que rigen la actividad de un determinado colectivo. Las normas deontológicas sobre la objeción de conciencia varía según los países. En los códigos de deontología médica, la objeción de conciencia recibe un trato muy desigual. Los hay, como el norteamericano, que silencian totalmente el tema, dando así a entender que la normativa legal elimina la necesidad de una regulación deontológica, obviando el problema por superación¹². Lo más frecuente es la inclusión en los códigos de deontología de un artículo que proclama el derecho del médico a rechazar

¹¹ LÓPEZ GUZMÁN, J. “Ética en la industria farmacéutica: entre la economía y la salud”, Eunsa Barañain 2005, Pág. 69.

¹² Cfr. American Medical Association Council on Ethical and Judicial Affairs. (American College of Physicians, American College of Physicians Ethics Manual, 3 de. En “Annals Of Internal Medicine”(1992), Pág. 947-960.

su participación en determinadas intervenciones y que señala la conducta que el médico debe seguir cuando objeta.

El Código Deontológico Médico Español establece que el médico puede negarse a la práctica de determinados actos profesionales, tales como el aborto, la fecundación in vitro o la esterilización, si éstas se encuentran en contradicción con sus convicciones éticas y científicas.

VII) OBJECIÓN DE CONCIENCIA Y FARMACIA

Hace unos años se abordó en España la problemática de los profesionales farmacéuticos ya que siempre se trató la práctica del aborto. La ley de medicamentos en su art 3.1 establece la obligación de suministro y dispensación teniendo como consecuencia ciertas infracciones y sanciones, siempre que la negativa a dispensar medicamentos fuera sin causa justificada. Por otro lado, también se considera grave cualquier otro acto u omisión encaminado a coartar la libertad del usuario en la elección de la oficina de farmacia.

Por otro lado, la jurisprudencia y la doctrina norteamericana hablan de “buenas razones” para no preparar una receta. En este sentido, Rico Pérez hace referencia concreta a la legislación farmacéutica del estado de Indiana, que establece que un farmacéutico tiene la obligación de atender todas la recetas emitidas por un médico, pero estará libre de cualquier procesamiento penal o responsabilidad civil si él, de buena fe, se niega a aceptar una receta debido a que, a su juicio profesional, atender la receta sería contrario a la ley, sería contrario a los mejores intereses del paciente, ayudaría a inducir a una adicción o hábito, o sería contrario a la salud y seguridad del paciente.

Por lo tanto, con la expresión causa justificada se está manteniendo, implícitamente, que existen unas determinadas situaciones en las que sí se puede negar la dispensación. Así se puede justificar el rehusar una dispensación, están bastante definidos y no comportan problemas legales de ningún tipo, pues se trata de supuestos de carácter puramente formal, como la negativa a facilitar una especialidad

cuando la receta está fuera del plazo de vigencia, o también a dispensar cuando, por razones fundadas se duda de su validez¹³.

VIII) EL HOSPITAL COMO ORGANISMO ÉTICO

Se pregunta el autor Gonzalo Herranz¹⁴ si el hospital es, o no es, un organismo moral, con vida ética propia. A la visión del hospital como una casa de nadie ética, se opone la idea del hospital con entidad ética.

Es hoy cosa aceptada de facto y pacíficamente, que haya hospitales que dicen a las claras que no son indiferentes en materia ética, que se definen como movidos por un misión institucional, que se adhieren a determinados modos de conducta, que desean contratar a uno médicos y enfermeras con preferencia a otros en razón de ciertos criterios selectivos de naturaleza psicológica y ética y que manifiestan que se proponen alcanzar ciertos ideales o de objetar ciertas acciones.

Pellegrino y Thomasma, han sido los primeros en desarrollar la tesis de que tanto los hospitales como los equipos médicos deberían tener una ética institucional propia. Esa ética no incluye sólo las relaciones individuales entre médicos y pacientes y las de los médicos individuales entre si. Necesitan los hospitales, en cuanto a institución, ser personas morales, la cual implica, por un lado, que han de actuar como agentes morales conscientes, explícitos y sensibles y por otro, que la proclamen ante la sociedad.

Tales convicciones éticas colectivas han de ser necesariamente compatibles con el respeto al legítimo pluralismo ético de los individuos (pacientes, médicos, enfermeras, administradores y directores).

Pero han de ser también suficientemente fuertes para manifestar, además, que el hospital está animado por una personalidad ética, una primera persona del plural, un nosotros, que es un sujeto moral activo que, por encima de los requisitos mínimos exigidos por la ley, profesa ciertos ideales humanos, sigue ciertos modelos

¹³ RICO PEREZ, F. "La Responsabilidad Civil del Farmacéutico", Pág. 103

¹⁴ GONZALO HERRANZ, Departamento de Bioética de la Universidad Austral, "El hospital como organismo ético", Pág. 1, 5.

profesionales y asume ciertas responsabilidades voluntarias que son, por decirlo así, las marcas definitorias de su identidad institucional.

Otro autor, De George, analiza la responsabilidad moral del hospital, partiendo de un análisis fenomenológico: el hospital no es un hotel dotado de un especial equipamiento instrumental. Es, más bien, el conjunto formado por quienes trabajan en el hospital y la llevan adelante, también por quienes, enfermeros, acuden a él; y, finalmente, por los servicios e instalaciones que unos y otros usan y ocupan. Esta organización compleja y estructurada, tiene una existencia que se prolonga en el tiempo y que no depende de los individuos que la constituyen en un momento determinado.

II. CAPÍTULO SEGUNDO

Introducción

I. Introducción y planteamiento de la cuestión.

El hombre es la única criatura capaz de juzgar sobre la moralidad de sus propias acciones. Este actuar moralmente desde la libertad lo diferencia de los demás seres vivientes. Pero sucede cuando están en juego las relaciones de subordinación y autoridad, sea legal o laboral que alguien puede negarse a ejecutar la orden o exigencia de otro, o a seguir una conducta admitida o imperada por la ley, porque siente hacia esos mandatos una profunda repugnancia ética, de modo que la sumisión a lo exigido supondría traicionar o destruir la propia conciencia, con grave quebranto de la dignidad de la persona como ser moral.

Tradicionalmente, se entendió a la objeción de conciencia al incumplimiento de un mandato o un deber legal o normativo, por parte de quien lo considera contrario a los mandatos de la propia conciencia, afrontando el objetor las consecuencias negativas que ese incumplimiento legal le acarrea.

También puede ser definida como aquella que surge ante un conflicto impropio de normas, de una parte, tenemos la norma jurídica, que impone un deber, fundamentalmente un *facere*, de otra, la norma moral, que se opone al cumplimiento

del mismo. El objetor rehúsa obedecer un mandato de la autoridad legítima, pues lo entiende radicalmente injusto o delictuoso, por entrar en colisión con una norma moral. Así entonces, da paso a la posibilidad de la desobediencia del derecho, jurídicamente contemplada y dar a la conciencia disidente, valor normativo con vigencia en el derecho.

El problema se presenta cuando la ley obliga a hacer algo que en conciencia de la persona no puede hacer, esto puede ser a practicar un aborto por parte del médico, o cuando la ley o norma prohíbe hacer algo que en conciencia la persona debe hacer.

Por lo tanto, es una forma de desobediencia jurídica, atento que la necesidad de obedecer la ley, es decir, la obediencia a la ley como conducta debida y esperada y el objetor la desobedece. Este tipo de desobediencia es de carácter individual y pasiva.

Este planteo aparece más en el Occidente como una creciente y cada vez más evidente pluralidad religiosa e ideológica en la sociedad.

Por otro lado, la libertad individual, reconocida como lo máximo, debe ser tutelada sin límites, de modo que cualquier objeción al cumplimiento de la ley que se haga en nombre de la conciencia tenga que ser en primer lugar respetada, y luego recogida por el ordenamiento legal como una excepción legal a la norma general.

La objeción de conciencia se caracteriza: primero, la objeción de conciencia es ante todo un comportamiento, no exclusivamente el reconocimiento legal de la posibilidad de eximir de la norma jurídica; segundo, ese comportamiento hace relación directa a la ética, a la moral.

La objeción de conciencia es un atributo de las libertades de conciencia y religión, que se enmarca como límite frente al cumplimiento de algún deber jurídico que se concrete como mandato de una conducta en sentido positivo, de hacer, que entra en conflicto con los principios morales y religiosos fundamentales y consistentes de la persona, de manera que el conflicto que le genera el cumplimiento de la norma obliga a ir contra ella misma, contra lo que es y atenta contra la coherencia de los propios actos de la personalidad.

El objetor cumple lo que su conciencia le dicta, solo indirectamente toma consideración la desobediencia jurídica en sí; tercero, se suele caracterizar a la objeción como un comportamiento omisivo, entendiendo que se refiere a unos comportamientos poco frecuentes, controlables respecto de los cuales el ordenamiento jurídico no tiene, en principio, inconvenientes para conceder exención; cuarta, la inicial respuesta del ordenamiento jurídico estatal a la conducta omisiva antijurídica es la sanción.

El fundamento de la objeción de conciencia y en general, a la eventual desobediencia a la ley, es propia de la escuela del derecho natural, es decir, aquella que sostiene la existencia de valores anteriores a las normas y que están por encima de ellas de suerte que la norma solamente será tal, y será digna de obediencia, si es acorde con aquellos valores.

La objeción de conciencia se presenta de diversas maneras o formas, una de ellas es la incompatibilidad que provoca la objeción estuviera dada entre un mandato imperativo de la ley estatal y otro mandato imperativo de la ley religiosa o divina positiva a la que se sujeta el objetor (es decir, si el estado me ordena hacer o no hacer algo y los preceptos de mi religión me obligan a evitar esa acción u omisión, doy preferencia a estos últimos sobre aquellos y afronto la sanción legal estatal).

Esto es lo que ocurre con los testigos de Jehová, preceptivamente impedidos de tomar armas o rendir homenaje a la bandera o aceptar transfusiones de sangre.

En estos casos, como el conflicto se presenta entre dos normas objetivas, resulta relativamente sencillo delimitarlo y además probarlo, al objetor le basta probar su adscripción a la confesión religiosa que sostiene el precepto opuesto a la norma estatal y la existencia de ese precepto.

Esta institución jurídica aún es muy poco conocida en la Argentina, se encuentra en una etapa incipiente donde no existen muchos fallos jurisprudenciales, ya sea tal vez porque los individuos no conocen de su existencia o mejor dicho no lo tienen incorporado en su vida diaria, así también resulta de poca aplicación por los tribunales por encontrarse en una etapa embrionaria como dijimos anteriormente.

En mi opinión, creo en este instituto de la objeción de conciencia y que el mismo es válido para aplicarlo a determinadas situaciones que se ven reflejado a diario o sea en la vida cotidiana de los individuos a determinadas conductas jurídicas que nos obligan a cumplir un mandato legal que va en contra de nuestras creencias religiosos, éticas y morales.

Desde este punto de vista, el desafío es llevar la objeción de conciencia al ámbito de tribunales, de esta manera habrá que crear un andamiaje tal para que los jueces que representan a nuestra justicia puedan dictar sus fallos siempre teniendo en cuenta sus valores morales, religiosos y éticos pero no descuidando el valor supremo de que los tribunales no fallen bajo el pretexto de la objeción de conciencia y de esta manera quedar determinados asuntos sin sentencia.

Como se verá más adelante si bien el presente trabajo fue diseñado en base a la objeción de conciencia sobre el aborto en los ámbitos de tribunales, no por ello no puede ser extendido a otras figuras como los casos de abuso sexual, violación. El desafío no es poco ni mucho menos fácil, más aún cuando sobre este tema poco se está dicho. En el presente trabajo se hablará bastante y será el punto de partida la objeción de conciencia sanitaria en relación al aborto atento que es la madre de las objeciones por excelencia, por ello, se partirá de la misma ya que en gran parte la estructura se desarrollará este tema para luego en cierta etapa del trabajo se alejará por unos instantes de la misma y si ya se hablará de la objeción de conciencia en relación al aborto aplicada a los tribunales judiciales.

II) El reconocimiento jurídico de la objeción de conciencia.

El problema del reconocimiento de la objeción de conciencia no puede ser planteado construyendo una teoría general en torno a este derecho, sino que debe ir siempre vinculado con las libertades que lo originan, para no reducir su alcance a aquellos supuestos que hayan encontrado amparo en una norma positiva concreta. Como fenómeno jurídico derivado de la libertad de conciencia, pensamiento y religión, es un problema que debe plantearse todo ordenamiento que pretenda respetar estos ámbitos de autonomía, dentro de unos límites razonables y justos. Precisamente se trata

de eso, de solucionar este problema de límites, de colisión de intereses y derechos¹⁵ de modo adecuado al sistema democrático.

Queda patente, que la objeción de conciencia es también un problema jurídico, encontramos un verdadero derecho a la objeción allí donde el legislador lo haya reconocido y establecido: solo se sostiene en el derecho la conducta omisiva, ante la obligación de realizar una acción que es objeto de derecho de otras personas, o de la entera sociedad, cuando surge como manifestación o puesta en acto de otro derecho personal, de rango equivalente o mayor.

Pero que hay que decir asimismo que quién objeta en un Estado democrático está exhibiendo ya un derecho propio: recurre a un derecho fundamental que protege su conciencia y que le permite oponerse a una prescripción que se presume legítima, pero que él considera inmoral obedecer, en pro de su también legítima libertad de conciencia. Entonces, podemos decir que la cronología no modifica la ontológica.

Así, el aspecto jurídico de la objeción en el derecho comparado nos marca las siguientes directrices¹⁶:

- 1) Mientras que la exención del servicio militar la primera objeción contemplada y regulada por el derecho, va siempre acompañada de la obligación de realizar una prestación social sustitutoria, en ningún caso ocurre en el supuesto de objeción de conciencia sanitaria.
- 2) La mayoría de los ordenamientos establecen la necesidad de verificar la seriedad y congruencia de los motivos aducidos por el objetor militar. No obstante, en la objeción de conciencia sanitaria, tomado como los atentados contra la vida, esta no es concedida, sino simplemente declarada.
- 3) El derecho contempla la llamada objeción de conciencia sobrevenida, mientras que en la objeción militar requiere su planteamiento en un plazo preclusivo, la objeción de conciencia sanitaria en materia de la vida humana puede ser declarada en cualquier momento, implicando los plazos

¹⁵ MARTIN DE AGAR, J.T. “Problemas jurídicos de la objeción de conciencia”, cit., Pág. 527.

¹⁶ Cfr. NAVARRO VALLS, R. “La objeción de la conciencia al aborto, derecho comparado y derecho español”, cit. Pp. 266-267

que a veces imponen algunos ordenamientos más bien sólo su suspensión durante un breve lapso de tiempo.

Por otro lado, el gran aporte del Dr. Fernando M. Toller¹⁷, al expresar que el derecho de la objeción de conciencia es un derecho de raigambre constitucional y sustentada por los tratados internacionales, derivados de los derechos humanos, que le dan sustento y contenido.

De este modo puede definirse a la objeción de conciencia al testimonio pacífico por el cual una persona individual o un persona jurídica privada se niega, por razones de conciencia filosófica, ética o religiosa, o por las convicciones fundamentales de su ideario o estatuto, a ejecutar directamente un acto o a cooperar con él de algún modo, sin daño directo o grave a terceros, a lo cual está obligada legalmente por una norma general o individual, y aún por un contrato ya que directa o indirectamente esa obligación contradice sus ideas éticas o sus creencias religiosas o ambas.

Ahora bien, desde una visión europea se puede definir a la objeción de conciencia como el incumplimiento de un deber jurídico, pacífica y moralmente motivada, que procura salvaguardar la propia integridad moral frente a un imperativo heterónimo que se juzga injusto¹⁸. En otras palabras, se trata de la negativa a obedecer una norma jurídica debido a la existencia de otro imperativo en la conciencia contrario al comportamiento pretendido por la norma, pero que en modo alguno supone un empeño de que los demás se adhieran a las creencias o imiten la conducta del objetor.

Es evidente que por alto que sea el acuerdo social en torno a unos principios de justicia, pueden existir discrepancias entre los miembros de un grupo social en materia de concreción de dichos principios, de modo que la objeción de conciencia no requiere invocar la violación de tales principios, precisamente porque se sitúa al margen pero no en contra de ese consenso. Quizá son estas dos últimas cuestiones (la existencia por parte del desobediente de una voluntad dirigida a conseguir que

¹⁷ FERNANDO M. TOLLER, “La Llamada de la Humano”, año 2016, Pág. 53-54.

¹⁸ GASCÓN ABELLÁN, MARINA. “Obediencia al derecho y objeción de conciencia”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, año 1990, Pág. .217.

otros asuman las convicciones en las que fundamenta su negativa y la posible conformidad con un sistema jurídico político que puede considerar, en general, justo) las que nos acercan al deslinde de la objeción de conciencia de otras formas de desobediencia civil.

III) OBJECCIÓN DE CONCIENCIA SANITARIA EN EL DERECHO COMPARADO INTERNACIONAL

1) DERECHO COMPARADO INTERNACIONAL

Las declaraciones recientes del derecho internacional sobre la objeción de conciencia atestiguan la creciente sensibilidad de la cultura occidental hacia esta figura, considerada como un derecho fundamental autónomo proveniente de las libertades de conciencia, pensamiento y religión. Muchos de los documentos internacionales sobre derechos humanos no reconocen expresamente la objeción de conciencia como un derecho, habrá que remitirse a resoluciones y artículos de menor peso, así como al tratamiento judicial que se da al fenómeno.

El desarrollo ha tenido lugar como respuesta a la reivindicación de este derecho por parte de los ciudadanos: en primer lugar, con respecto al servicio militar obligatorio; y más, a las leyes de despenalización o liberalización del aborto de los distintos Estados.

Las legislaciones toman la noción de personal sanitario generalmente con amplitud, en la valoración de la objeción de conciencia sanitaria, comprendiendo en esta categoría a los médicos que realizan el aborto, al personal sanitario que asiste y que prepara la operación. La objeción de conciencia al aborto se reconoce en casi todas las legislaciones que han despenalizado, solamente en algunos casos particulares no ha sido regulada legalmente.

2) ESTADOS UNIDOS

La sentencia que inicia en materia de objeción de conciencia es la famosa “*Roe v. Wade*” y fue dictada por el Tribunal Supremo en 1973¹⁹. Se trata de la sentencia que liberalizó el aborto prácticamente en los seis primeros meses de

¹⁹ 410 U.S. 113 (1973).

embarazo. Todos los estados fueron estipulando cláusulas para defender al objetor. Así en 1964, el Título VII de la Ley de Derechos Civiles (Civil Rights Act) establecía una protección a la persona que veía de alguna manera amenazada su situación profesional por obrar de acuerdo con imperativos religiosos²⁰.

En la práctica, la protección a los objetores de conciencia al aborto en los Estados Unidos emana fundamentalmente de la legislación específica concretada en normativas federales y estatales y que habitualmente acoge tanto la objeción de personas físicas, como las cláusulas de conciencia institucionales de la entidades hospitalarias que se nieguen a intervenir en procesos abortivos.

La legislación federal está contenida en el “*Health Programs Extension Act*”²¹, también llamado “enmienda de la Iglesia”, aprobado en 1973. Esta normativa, compensando de alguna manera la escasa cobertura de la Civil Rights Act., confiere una amplia protección a los objetores, pues garantiza la no vinculación de la recepción de subvenciones con la exigencia a que una persona participe en abortos, o a que una institución permita usar sus instalaciones para tal práctica o para la realización de esterilizaciones, si son contrarias a sus creencias religiosas.

El fallo en autos “*Kenny v. Ambulatory Centre of Miami*”²², fue resuelto por el Tribunal del Distrito de Apelación de Florida, queda reinterpretada la obligación del empresario de adecuarse a la conciencia de sus empleados. La enfermera M. Kenny entró a trabajar en el Ambulatorio Central de Miami, luego por creencias religiosas se acogió a la objeción de conciencia para no participar en intervenciones abortivas. Al principio, otras enfermeras la suplían en estas tareas, pero pronto se negaron a hacerlo. El hospital la animó a dejar el empleo, y ante su negativa, fue trasladada a otra planta, con la mitad de la dedicación original y la consiguiente baja en su salario. Por ello Kenny apeló al tribunal de Apelación ante el fallo favorable al ambulatorio por parte de la Corte del Distrito de Dade, fue

²⁰ 42 U.S.C., PARÁGRAFO 20000-2, 1976.

²¹ U.S.C., PARÁGRAFO 3005-7, 1976.

²² 400 SO. 2D, 1262 FLO. DIST. CT. APP. 1981.

confirmada en sus derechos: se la rehabilitó a su trabajo original y reembolsó sus últimos sueldos y una indemnización.

El tribunal adujo que un jefe debe adaptarse razonablemente a las creencias religiosas de sus empleado, a menos que acredite que esto le casusa graves perjuicios, la enfermera podía colaborar en el 84% de las intervenciones realizadas en aquella sección, por lo que cabía hablar de *Undue Hardship* para el ambulatorio.

Por otro lado, los miembros de la Asociación de Farmacéuticos de New Jersey, decidieron en fecha 02/07/1998 incluir en su estatuto una cláusula especial sobre la objeción de conciencia, a la vez que se alentaba a los miembros a procurar que las leyes reconocieran expresamente tal derecho.

3) FRANCIA

La objeción de conciencia sobre el aborto en Francia está regulada en la correspondiente legislación sobre el aborto, que se configura en la Ley 75-17, del 17/01/1975, posteriormente modificada por la ley 79-1204, del 31/12/1979²³. Por lo tanto la objeción de conciencia al aborto queda configurada en el año 1979, como un derecho absoluto y no sometido a condición alguna, como declaración previa o exposición de motivos, no está limitada por una eventual participación previa en abortos ni exige prestación sustitutoria.

Sin embargo, encontramos en ella puntos oscuros, como la restricción de la posibilidad de acogerse a tal derecho solamente al médico desprotegiendo al resto del personal sanitario, o la imposibilidad del ejercicio de la objeción de conciencia institucional al aborto para los hospitales públicos, en caso de que en la localidad no exista ningún otro centro que lo practique.

4) REPUBLICA FEDERAL ALEMANA

El derecho penal, en su art. 2 establece: “*nadie puede ser obligado a cooperar en una interrupción del embarazo*”, excepto en el caso de que la colaboración “sea necesaria para salvar a la mujer de un peligro, no evitable de otro

²³ CFR.JORUNAL OFFICIEL DE LA REPUBLIQUE FRANCAISE, 18.01.1975, PP 739-741 Y 01.01.1980, PP. 3-5, RESPECTIVAMENTE.

modo, de muerte o de grave daño a su salud”. En este caso, el término cooperar fue entendido por la doctrina jurídica alemana del modo más amplio posible, por lo que se entiende que abarca a todo tipo de personal sanitario, incluido el farmacéutico, cuya colaboración en el aborto mediante la dispensa de abortivos.

5) ITALIA

El tratamiento de la ley italiana es una de las más restrictiva, al establecer que *“el personal sanitario y el que ejerce las actividades auxiliares no será obligado a tomar parte en el procedimiento a que se refieren en los art. 6 y 7 ni a las intervenciones para la interrupción del embarazo cuando planteen objeción de conciencia con declaración preventiva”*. Este artículo plantea dos problemas, uno es la cuestión sobre los sujetos que pueden objetar y por tanto los que no pueden, dentro del ámbito sanitario llamado en causa por esta ley, la otra inmediata, se refiere al tema de la declaración preventiva.

6) SISTEMA INTERAMERICANO Y DE LAS NACIONES UNIDAS

En relación a la Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 12, inc. 1, 2, y 3 establece: *“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; nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión de de creencias, la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás; los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”*.

Por otro lado, el art. 13, reconoce la libertad de pensamiento y expresión, ello es así ya que en el año 2000 la OEA emitió la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, documento del sistema de Naciones Unidas (ONU) establece en su art. 18, inc. 2º: “Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar de religión o las creencias de su elección; 3º *la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescriptas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud, o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás; 4º los estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y en su caso, de los tutores legales para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*”.

De la presente redacción no se desprende el tema de la objeción de conciencia, sin embargo, a nivel internacional se pronunció las Naciones Unidas en el caso “*Brinkhof v The Netherlands, communication N° 402/1990, CCPR/C/48/D/402/1990*”, 27 de julio del 1993 que uno de sus párrafo dijo: “(...)conceder la exención a un solo grupo de objetores de conciencia y aplicarla a todos los demás no se puede considerar razonable toda vez que cuando se reconoce el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, no se puede establecer diferencias entre unos objetores de conciencia y otros sobre la base de la naturaleza de sus creencias particulares.

Sin embargo, en el presente caso, el Comité considera que el autor no ha demostrado que sus convicciones como pacifista son incompatibles con el sistema de servicio sustitutivo de los Países Bajos, ni que el trato privilegiado concedido a los Testigos de Jehová afectó negativamente a sus derechos como objetor de conciencia al servicio militar.

III. CAPÍTULO TERCERO

JURISPRUDENCIA SOBRE OBJECIÓN DE CONCIENCIA

I) FALLOS JURISPRUDENCIALES EN ARGENTINA.

Mientras en la Argentina en el año 1982 transitaba la dictadura, la Corte Suprema de la Nación daba sus primeros pasos o atisbos sin querer tal vez sobre la objeción de conciencia como al derecho a no ser obligado a realizar acciones que contrarían convicciones éticas o religiosas del individuo, ya que este derecho emana de la protección que la Constitución garantiza a la libertad de culto y de conciencia y a las acciones que no perjudiquen a terceros, art. 14 y 19 de la Constitución Nacional.

Artículo 14.- *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.*

Artículo 19.- *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.*

II) ASCENSIO, JOSE H. S/ AMPARO, FALLOS: 304:1293.

Tanto en el presente caso, como así también en fallo Lopardo, despliegan una concepción restrictiva de la objeción de conciencia. Así en el caso Ascensio estaba en juego la constitucionalidad de la expulsión del colegio primario de un niño Testigo de Jehová de 10 años que se había rehusado a reverenciar los símbolos patrios. La Corte invalidó por considerar excesivo el castigo impuesto, habida cuenta la falta de inconductas previas del alumno, la posibilidad de aplicar sanciones menos gravosas, que se trataba de un menor sujeto a la autoridad de sus padres, y que expulsión afectaba la libertad de aprender tutelada por el art. 14 de la Constitución. Lejos está la Corte de reconocer un derecho a la objeción. Simplemente se juzgó adecuado no aplicar sanciones intermedias antes de recurrir a la expulsión.

III) LOPARDO, GABRIEL FERNANDO FALLOS: 304:1524.

En el presente fallo se discutía la constitucionalidad del castigo impuesto a un Testigo de Jehová que se había negado a vestir uniforme militar (aunque no se negó a presentarse al servicio militar obligatorio). Lopardo alegó a su favor que estaban en juego la libertad de culto y de conciencia. La Corte afirmó que el derecho a la libertad de culto no era absoluto y que debía conciliarse con el deber, también de índole constitucional, de prestar el servicio militar obligatorio.

La cosmovisión antiliberal de la Corte dictatorial se resume en su afirmación de que *“la libertad de conciencia, en su ejercicio, halla su límite en las exigencias razonables del justo orden público, del bien común de la sociedad toda y en la protección de la existencia y de los legítimos derechos de la nación misma...”*. Es una cosmovisión que no deja lugar alguno a la objeción de conciencia.

IV) PORTILLO, ALFREDO S/ INFRACCIÓN ART. 44 LEY 17531.

Ya en fecha 1989, la Corte Suprema democrática tuvo ocasión de resolver el presente caso de objeción de conciencia. Gabriel Portillo se había negado a presentarse a cumplir con el servicio militar obligatorio, ante lo cual había sido condenado en sede penal a cumplir el servicio más un año adicional como pena. Ante la Corte, Portillo cuestionó la constitucionalidad de la ley de servicio militar, por, entre otras razones, violentar la libertad ideológica y de conciencia amparada por el Art. 14 de la Constitución, ya que su credo católico le impedía el uso de las armas contra otro ser humano por violar, a su juicio, el quinto mandamiento. En cambio ofrecía prestar cualquier servicio alternativo que no implicara el uso de armas. La Corte toma distancia del enfoque simplista de Lopardo *“...La cuestión no se resuelve con la mera remisión a la jurisprudencia que establece que todos los derechos son relativos...”*.

Luego (Considerando 8) reconoce el valor particular de la libertad religiosa y va más allá, extendiendo la protección de la libertad de conciencia a quienes *“establezcan una determinada jerarquía entre sus valores éticos, adjudicando especial primacía al de no poner en riesgo la vida de un semejante”* (Considerando 9). Sería un contrasentido, continúa, *“proteger el derecho a la libertad de cultos, como una forma de exteriorización del derecho a la libertad de conciencia y no atender a*

este último como objeto de protección en si mismo”. Agrega que en democracia, el estado deber ser “imparcial frente a los gobernados, aun cuando estos profesen cultos que la mayoría rechace” (Considerando 10).

Luego aclara un punto importante, que es este caso “no existe contradicción entre derechos propiamente dichos”, sino entre un derecho y una obligación legal” (Considerando 11), cuyo incumplimiento no conllevaba un peligro grave o inminente a los intereses protegidos por el Estado, por lo que es posible hallar alternativas que concilien los deberes del objetor con el Estado y el respeto a sus convicciones.

Otra afirmación crucial figura en el (considerando 12) “No está en juego...el alcance jurídico de la prohibición religiosa: no mataras ya que esta Corte carece de competencia para interpretar dogmas religiosos. La Corte estableció en el (considerando 15) que la objeción debe basarse en creencias sinceras y que se vean en serio conflicto con la obligación impugnada. En definitiva, la Corte confirma la sentencia recurrida, pero con la salvedad de que el servicio deberá cumplirse “sin el empleo de armas”.

Se trata de un fallo conciliador, que reivindica valores liberales, pero sin llegar a cuestiona la pena impuesta al objetor, lo que no resulta del todo consistente con el reconocimiento del “derecho de los ciudadanos a que el servicio de conscripción pueda ser cumplido sin el empleo de armas”. Portillo simplemente quería ejercer ese derecho. ¿por qué debía sufrir una pena?.

En Portillo, la Corte sentó los siguientes criterios jurisprudenciales respecto del alcance del derecho de la objeción de conciencia:

1. El derecho de la libertad de conciencia es, con permiso por la obviedad, un derecho, por lo que no puede subordinarse (como en Lopardo) a meras consideraciones de conveniencia o utilidad pública.
2. El derecho a la libertad de conciencia excede el derecho a la libertad de cultos, alcanzando a las convicciones éticas (sistema de valores no necesariamente religiosos, según Portillo).

3. La objeción debe ser sincera.
4. Este derecho merece tutela más allá de que su titular sostenga una creencia minoritaria.
5. Debe distinguirse el caso en el que la objeción de conciencia no contradice otro derecho de aquel en que si conlleva un peligro grave o inminente a los intereses protegidos por el Estado.
6. En los casos que sea posible, debe buscarse conciliar el cumplimiento de los deberes legales con el respeto a las convicciones del objetor.

V) Cfr. CSJN, “Tanus c/ Gobierno de la ciudad de Buenos Aires” E.D. 191-429 (2001).

El presente caso tiene una peculiaridad dado que en el mismo se discutió si se podía realizar un adelantamiento del parto, tras el período de viabilidad, a un menor nonato que padecía anencefalia.

La Corte resolvió que si, revocando las decisiones de la alzada. Lo interesante es que la Corte confirmó íntegramente el fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. En éste sostenía que si los médicos designados para practicar la intervención se negaran por razones de conciencia, había que reconocerles este derecho y el hospital público debía realizar las sustituciones que correspondieran.

VI) LEYES SOBRE OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN ARGENTINA.

VII) CONSTITUCION NACIONAL

A continuación se transcriben todas las normas de la Constitución donde se basa el derecho fundamental a la objeción de conciencia personal y de las instituciones:

PREÁMBULO

(...) promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran

habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia(...).

Artículo 1º.- La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.

Artículo 2º.- El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano.

Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Artículo 14 bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, (...).

Artículo 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Artículo 17.- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley.(...).

Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Artículo 20.- Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes.(...).

Artículo 28.- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Artículo 93.- Al tomar posesión de su cargo el presidente y vicepresidente prestarán juramento, en manos del presidente del Senado y ante el Congreso reunido en Asamblea, respetando sus creencias religiosas, de "desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo de Presidente (o vicepresidente) de la Nación y observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina".

Artículo 33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

VIII) TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS RELATIVAS AL DERECHO DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA INDIVIDUAL E INSTITUCIONAL

Seguidamente se mencionan brevemente las normas de los tratados internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional:

IX) DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (1948)

Artículo II: Todas las personas son iguales ante la ley (...) sin distinción de (...)creencia.

Artículo III: Toda persona tiene derecho a profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado.

Artículo XIV: Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación.

Artículo XXII: Toda persona tiene derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico y religioso.

X) DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (1948)

Artículo 2.1: Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Artículo 7: Todos son iguales ante la ley.

Artículo 18: Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Artículo 20.1: Toda persona tiene derecho de libertad de reunión y asociación.

Artículo 23.1: Toda persona tiene derecho a (...) la libre elección de su trabajo.

XI) PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (1967)

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 adoptar la religión y 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 en los ritos, las prácticas y la enseñanza.

Artículo 19: Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

Artículo 22: Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras.

Artículo 26: Todas las personas son iguales ante la ley.

XII) PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (1967)

Artículo 6: Los Estados reconocen (...) el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante su trabajo libremente escogido o aceptado.

Artículo 13.3: Los Estados (...) se comprometen a respetar la libertad de (...) escoger (...) escuelas distintas de las creadas por la autoridad pública (...) y de hacer que los hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

XIII) CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1969)

Artículo 12.1: Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y religión. Este derecho implica (...) la libertad de profesar y divulgar su religión y sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

Artículo 16.1: Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole.

Artículo 24: Todas las personas son iguales ante la ley.

XIV) CONVENCIÓN INTERNACIONAL PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (1965)

Artículo 5: En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes (...)

d) Otros derechos civiles, en particular:

VII) El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión;

IX) El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;

XV) LEY 24.429 SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO

El art. 19 establece un sistema de conscripción obligatoria, previa autorización por la ley, para el *“caso excepcional que no se llegaran a cubrir con soldados voluntarios”* el número necesario de soldados.

Por su parte el art. 20, a su vez expresa que *“los ciudadanos que....se consideren impedidos para cumplir con la capacitación militar, en razón de profesar profundas convicciones religiosas, filosóficas o morales, opuestas en toda circunstancia al uso personal de armas o a la integración de cuerpos militares, deberán cumplir el servicio social sustitutorio, por el término.que no podrá ser mayor a un año”*.

Este servicio, según el art. 21 *“consistirá en la realización de actividades de utilidad pública”* como *“a) actividades de protección y defensa civil...b) servicios*

sanitarios, sociales y educativos; c) conservación del medio ambiente, mejora del medio rural y protección de la naturaleza”.

Luego en art. 22 crea una Comisión “integrada por representantes de los ministerios de Defensa, de Salud y Acción Social y de Educación y Cultura” a cargo de coordinar este servicio.

Posteriormente el art. 26 puntualiza que en el caso de conflicto armado este servicio sustitutorio “consistirá en el desarrollo de actividades de protección y defensa civil, en la colaboración con la prestación de servicios públicos y trabajos de utilidad general. Dichas tareas podrán importar aspectos riesgosos, de manera tal de asegurar la igualdad de los ciudadanos ante el peligro común”.

XVI) LEY 25.673 PROGRAMA NACIONAL DE SALUD SEXUAL Y PROCREACION RESPONSABLE

Tutela la objeción institucional de conciencia, aunque estableciendo el deber de derivación a fin de garantizar las prestaciones del programa.

En efecto, esa ley dispuso:

Artículo 9: Las instituciones educativas públicas de gestión privada, confesionales o no, darán cumplimiento a la presente norma en el marco de sus convicciones.

Artículo 10: Las instituciones privadas de carácter confesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud, podrán con fundamento en sus convicciones, exceptuarse del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6, inc. b) de la presente ley.

Por otro lado, el Decreto Reglamentario N° 1282/2003, de la presente ley, se reguló la objeción de conciencia institucional, secundando en todo el respeto a ese derecho constitucional manifestado en la ley, y se subsanó la omisión de reconocimiento de la objeción de conciencia individual en que había incurrido dicho cuerpo legal. La norma es la siguiente:

Artículo 10: Se respetará el derecho de los objetores de conciencia a ser exceptuados de su participación en el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable previa fundamentación, y lo que se enmarcará en la reglamentación del ejercicio profesional de cada jurisdicción. Los objetores de conciencia lo serán tanto en la actividad pública institucional como en la privada.

XVII) LEY 26.130 RÉGIMEN PARA LAS INTERVENCIONES DE CONTRACEPCION QUIRÚRGICA

En la misma se prevé la realización en los servicios del sistema de salud, públicos o privados, como medio anticonceptivo, de las denominadas ligadura de trompas de Falopio y ligadura de conductos deferentes o vasectomía.

Reconoce y regula el derecho a la objeción de conciencia a nivel individual, fijando la responsabilidad de las autoridades de los establecimientos en disponer reemplazos inmediatamente.

Así entonces el art. 6 establece “Toda persona, ya sea médico o personal auxiliar del sistema de salud, tiene derecho a ejercer su objeción de conciencia sin consecuencia laboral alguna con respecto a las prácticas médicas enunciadas en el artículo 1° de la presente ley. La existencia de objetores de conciencia no exime de responsabilidad, respecto de la realización de las prácticas requeridas, a las autoridades del establecimiento asistencial que corresponda, quienes están obligados a disponer los reemplazos necesarios de manera inmediata”.

La existencia de objetores de conciencia no exime de responsabilidad, respecto de la realización de las prácticas requeridas, a las autoridades del establecimiento asistencial que corresponda, quienes están obligadas a disponer los reemplazos necesarios de manera inmediata.

IV. CAPÍTULO CUARTO

MIRADA SOBRE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN ALGUNAS PROVINCIAS ARGENTINAS

I) PROVINCIA DE BUENOS AIRES

En la provincia de Buenos Aires rige la Ley 13.066, de Creación del Programa Provincial de Salud Reproductiva y Procreación Responsable, en la cual en el art. 7 establece: “las autoridades educativas de gestión privada confesionales o no, darán cumplimiento a los objetivos del presente Programa en coordinación con la autoridad de aplicación”.

El art. 2 inc. G) del decreto reglamentario puntualiza que: “se respetará el derecho de los profesionales a ser objetores de conciencia, los que serán exceptuados de su participación en este programa. Esta situación deberá ser informada a los directivos del establecimiento en el que se desempeñen y a las personas que soliciten

su asistencia profesional, a efectos de procederse, con miras al cumplimiento del presente programa, a su reemplazo por otros. Los centros asistenciales deberán garantizar la implementación del programa, realizando la derivación a otro profesional o servicio”.

El Ministerio de Salud de esa provincia aprobó una normativa según la cual: “el objetor de conciencia debe sustituir una declaración en donde manifieste que ejercerá la objeción tanto en ámbitos asistenciales públicos como privados. La oportunidad de invocar la objeción debe realizarse con suficiente antelación para permitir disponer el reemplazo del objetor, de modo que se garantice el acceso efectivo y oportuno a las prestaciones requeridas vinculadas al goce efectivo del derecho a la salud sexual y reproductiva”.

II) PROVINCIA DE MENDOZA

En esta provincia existe la Ley 7.456, Contracepción Quirúrgica, que en su art. 5 establece: “Se respetará la objeción de conciencia de los profesionales y ante esta situación, los servicios de la red de asistencia estatal provincial proveerán los medios para la realización de todo el proceso de las prácticas médicas enunciadas.

III) PROVINCIA DEL CHACO

En la provincia del Chaco existe la Ley 5.409/2004 de Procreación Responsable, que incorpora la práctica de las ligaduras de trompas y vasectomías, establece en su art. 7: “Los profesionales de la salud, podrán excusarse de aplicar métodos de contracepción quirúrgica, mediante la firma de un documento que acredite su objeción de conciencia, lo que no inhibe a los centros de salud públicos y privados a procurar la práctica por otros profesionales médicos que no expongan y acrediten similares objeciones”.

IV) PROVINCIA DE SAN LUIS

Por medio del Decreto Provincial N° 129/2003, en su art. 7 dispone lo siguiente: “para el personal profesional y no profesional que tenga relación con la ejecución del Programa, deberá considerarse el derecho a la objeción de conciencia y serán eximidos de su participación, lo que será convenientemente fundado y elevado a la autoridad correspondiente para su conocimiento.

V) EN NUESTRA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO

Mediante las Resoluciones M.S. N° 392/12 y 13/2013, se aprobaron la adhesión a la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles y el Protocolo de Atención Integral para la Mujer en Casos de Aborto No Punible.

En cuanto al Protocolo merece mención el aspecto referido a la objeción de conciencia, por lo que dispone que “toda persona ya sea médico/a o personal auxiliar de Salud Pública tiene derecho a ejercer su objeción de conciencia con respecto a la práctica médica enunciada. Independientemente de la existencia de médicos/as y/o personal auxiliar que sean objetores de conciencia, cada establecimiento asistencial deberá contar con recursos humanos y materiales suficientes para garantizar en forma permanente el ejercicio de los derechos que la ley y este Protocolo le confieran a la mujer.

La objeción de conciencia es siempre individual y no puede ser institucional, por lo que toda institución a la que se recurra para la práctica de un ANP deberá en cualquier caso garantizar su realización”.

Ahora bien en cuanto a la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles podemos resaltar los siguientes puntos:

El Código Penal de la Nación Argentina establece que el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer no es punible:

- a.** si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida de la mujer y si este peligro no puede ser evitado por otros medios (artículo 86, segundo párrafo, inciso 1o, Código Penal de la Nación),
- b.** si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la salud de la mujer y si este peligro no puede ser evitado por otros medios (artículo 86, segundo párrafo, inciso 1o, Código Penal de la Nación),
- c.** si el embarazo proviene de una violación (artículo 86, segundo párrafo, inciso 2o, Código Penal de la Nación),
- d.** si el embarazo proviene de un atentado al pudor sobre mujer idiota o demente (artículo 86, segundo párrafo, inciso 2o, Código Penal de la Nación).

Toda/o profesional de la salud tiene derecho a ejercer la objeción de conciencia con respecto a la práctica del aborto no punible. Sin embargo, la objeción de conciencia es siempre individual y no puede ser institucional, por lo que toda institución a la que se recurra para la práctica de un aborto no punible deberá en cualquier caso garantizar su realización.

En ningún caso, la sustitución de una/un profesional objetora/o de conciencia podrá realizarse en un plazo mayor al de 5 (cinco) días contados desde la

constatación de un caso de aborto no punible.

Las mujeres deberán ser informadas sobre las objeciones de conciencia de su medica/o tratante y/o del personal auxiliar desde la primera consulta que realicen.

La evacuación de las medidas necesarias para la determinación de una causal de aborto no punible, y para su realización (consentimiento informado, estudios médicos, estudios psicológicos, recursos técnicos, humanos y farmacológicos, constancia de denuncia, objeción de conciencia, y/o cualquier otra medida pertinente), no debería insumir un plazo mayor de 10 (diez) días siguientes a la solicitud de la mujer o quien estuviera autorizado a solicitarlo.

Por otro lado se debe tener en cuenta lo que establece nuestra Constitución Nacional al respecto:

Igualdad:

El artículo 16 establece: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento [...] Todos sus habitantes son iguales ante la ley.” El derecho a la igualdad, tal como se encuentra formulado en este artículo, incluye la igualdad formal y material. Presupone y contiene el derecho a la no discriminación e impone al Estado promover acciones para el desarrollo de una sociedad más equitativa, sin discriminaciones arbitrarias.

Privacidad y autonomía:

El artículo 19 declara que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Este artículo garantiza la autonomía personal en cuanto derecho básico de un sistema democrático. De este derecho se deriva que todo individuo es dueño de disponer de sus actos, de su propio cuerpo, de su propia vida, actos dispositivo que solo se encuentran sujetos a su voluntad siempre que no perjudiquen a un tercero.

Principios

El acceso al aborto en los casos permitidos por la ley está respaldado por las disposiciones legales mencionadas y debe guiarse por los siguientes principios rectores:

No Judicialización:

Es competencia exclusiva de los médicos tratantes decidir si el caso encuadra en las previsiones de no punibilidad contempladas en el Código Penal.

Favorabilidad:

En caso de dudas acerca del sentido de una norma o de su aplicación, debe

adoptarse la interpretación o la aplicación que mejor se comparezca con los derechos de las mujeres.

Justicia:

El profesional de la salud debe actuar con imparcialidad evitando que aspectos sociales, culturales, religiosos, morales u otros, interfieran en la relación con la mujer.

Autonomía:

Debe respetarse el derecho de la mujer de decidir sobre las cuestiones relacionadas con su cuerpo, su salud y su vida.

Beneficencia:

Debe respetarse la obligación ética de maximizar el beneficio y minimizar el daño (hacer el bien).

No-maleficencia:

La acción debe causar siempre el menor perjuicio a la mujer, reduciendo los efectos adversos o indeseables de sus acciones (no perjudicar).

Confidencialidad:

El deber de respetar el secreto profesional implica el deber de disponer de todos los medios para que las peticiones o consultas de parte de las mujeres y la información sobre la práctica del ANP no sean divulgadas y la prohibición de usar toda información relacionada con un caso de ANP en provecho propio.

Privacidad:

Los servicios de ANP deben respetar la privacidad de las mujeres. Lo anterior incluye por lo menos:

- La adecuación de espacios en las instituciones que presten servicios de ANP para que estos, incluida la atención previa y posterior al procedimiento, ofrezcan privacidad a las mujeres;
- La creación de condiciones para garantizar la privacidad de la información solicitada a la mujer y aquella que se consigne en la historia clínica;
- La capacitación e información a todos/as los/as empleados/as de las instituciones para que conozcan sus obligaciones de respeto de la privacidad de la información y las mujeres en relación con el ANP.

Integralidad:

Los servicios de ANP deberán prestarse de manera integral, incluyendo educación, información, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación y todos los demás servicios y actividades que demanden la preservación de la salud y el nivel más alto de salud posible para las mujeres.

Oportunidad:

Los servicios de ANP deben prestarse en el momento en que las mujeres o quienes en cada caso se encuentren autorizados para requerirlo soliciten la interrupción del embarazo. Todas las personas que participan en un ANP, incluida la atención que debe brindarse antes y después del procedimiento, no deben evadir ni mantener en suspenso e incertidumbre a la paciente que solicita o requiere un ANP.

Celeridad:

A las mujeres que soliciten o requieran un ANP se les garantiza una atención ágil e inmediata.

Continuidad:

El servicio de salud debe prestarse de manera ininterrumpida.

Seguridad:

Los servicios de ANP deben prestarse en condiciones óptimas de seguridad para las mujeres.

Solidaridad:

En ningún caso, la incapacidad económica de una mujer podrá impedir su acceso a los servicios de ANP y la provisión de los servicios debe hacerse de acuerdo a sus necesidades y no a su capacidad de pago.

VI) TRES ENFOQUES SOBRE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

Según el autor Marcelo Alegre²⁴, existen tres modelos o estrategias diferentes frente a la objeción de conciencia en el caso de prestaciones de salud sexual y reproductiva: modelo libertarista, modelo derivación y por último modelo igualitario.

El primero de ellos, el modelo libertarista, el profesional tiene derecho a no hacer aquello que objeta y ni siquiera puede exigírsele que remita al paciente a otro profesional, esta estrategia es similar a lo que Rebecca Dresser llama el “contract model”, en el que el profesional al comienzo de la entrevista informa los límites de su actuación. En esta estrategia el profesional es libre de reprochar al paciente su intención de utilizar métodos anticonceptivos, o de abortar. Puede hacerle saber los motivos, religiosos o éticos, de su objeción y también puede intentar disuadir al paciente.

²⁴ El problema de la objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva. Marcelo Alegre. Universidad de Palermo. (consultado 30/02/19)
<http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2013-opresion-a-conciencia-alegre.pdf>

La segunda estrategia, de aspiraciones conciliadoras y moderadas, es la llamada derivación, de acuerdo a este enfoque, el profesional objetor tiene el derecho de omitir la prestación que impugna, pero tiene el deber de derivar al demandante del servicio o bien a otro profesional no objetor.

El tercer enfoque aparece ante las debilidades de los dos modelos anteriores buscando bases en el principio de igualdad. Este principio supone el deber del estado de mostrar igual respeto y consideración hacia las personas sujetas a su imperio. También requiere que las personas dispongan de iguales recursos para desplegar sus proyectos vitales. Los recursos deben entenderse en sentido amplio, incluyendo oportunidades, bienes materiales y simbólicos, libertades, etc.

V. CAPÍTULO QUINTO

PUNTO DE PARTIDA

I) UNA MIRADA DESDE COLOMBIA CON LA SENTENCIA T388-2009 OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Es importante el presente fallo, porque abre las puertas para este trabajo final, ya que analiza la función de los tribunales de justicia o más precisamente al juez al momento de fallar si el mismo puede imponer sus propios valores religiosos, morales y éticos sobre la sentencia que debería emitir a posteriori, o mejor dicho, si el juez puede ser objetor de conciencia por encima de la ley.

Previo a comenzar analizar el presente fallo²⁵, hay que hacer la aclaración como suele suceder en determinados casos en el cual a los fines de garantizar la confidencialidad y la intimidad no se exponen el nombre de la actora.

Para ubicarnos en el contexto, la actora ante problemas de salud acudió al médico a los fines de evaluar sus dolencias, lo que derivó luego de los estudios correspondientes, que la misma se encontraba embarazada, para lo que en virtud de

²⁵ Tesis T-388/2009, “Objeción de Conciencia y Aborto.” Una perspectiva Global sobre la Experiencia Colombiana. O’neill Institute. (visitado 10/11/18)
<http://www.clacaidigital.info/bitstream/handle/123456789/630/Disponible%20en%20espa%C3%B1ol.pdf?sequence=12&isAllowed=y>

tal acontecimientos la misma procedió a realizar estudios complementarios que derivaron que el feto se encontraba con malformación ósea.

En este contexto, se procedió a realizar una junta médica la que dictaminó que era necesario interrumpir el embarazo por el diagnóstico clínico. En virtud de los antecedentes, el médico actuante estableció que en el presente caso era necesario contar con el aval de la justicia.

Para ello, interpuso una tutela en representación de su compañera titular de los derechos afectados ya que a la fecha de la presentación de la acción de tutela la afectada se encontraba con diversas dolencias que le impedían ejercer sus derechos por si misma.

Así las cosas, el juez de primera instancia se declaró que no podía seguir entendiendo en la presente causa, atento por razones de conciencia, para el magistrado, en sus fundamentos manifestó que el *nasciturus* es persona desde el momento mismo de la concepción y en consecuencia, según lo dispuesto tanto en el Preámbulo de la Constitución Nacional, como en el artículo 11, su vida debe ser resguardada.

A juicio del a quo, el artículo 18 de la Constitución Nacional garantiza la libertad de conciencia por lo cual a partir de lo allí dispuesto se le asegura que dada su formación cristiana no se vea obligado por ningún motivo, ni bajo ninguna circunstancia a ordenar la interrupción del embarazo, puesto que ello va en contra de su concepción personal, basada en principios bíblicos como el de no asesinar. En este sentido estimó el a quo, que ordenar la interrupción del embarazo significaría desconocer la ley divina, siguiendo este concepto manifestó declararse impedido de seguir entendiendo en los presentes actuados.

Posteriormente, la jueza en segunda penal del circuito de Santa Marta resolvió no darle curso a la solicitud de impedimento elevada por el Juez Segundo Penal Municipal de Santa Marta por entender que las causales de impedimento expuestas son de interpretación restrictiva y de carácter taxativo.

En opinión de la jueza, las creencias religiosas del funcionario judicial no lo deben despojar para cumplir con la misión encomendada por la Constitución y la Ley. Estos motivos, a su juicio, no representan impedimento alguno y así lo entiende la ley cuando en la consagración de las causales de impedimento no tiene en cuenta las creencias de tipo religioso, las inclinaciones políticas o concepciones éticas de los funcionarios judiciales.

La funcionaria judicial sigue expresando que los que desempeñan la función de la administración de la justicia no pueden dejarse influir por ese tipo de ataduras que se muestra más como un rezago de épocas pretéritas, afortunadamente superadas en las que la justicia se vía influida por tales concepciones de carácter subjetivo en cabeza del funcionario judicial.

Por los motivos narrados y descartadas la existencia de causales para que prosperara el impedimento, se resolvió asigna la competencia para conocer de la acción de tutela impetrada al Juez Segundo Penal Municipal de Santa Marta.

Paso seguido el Juzgado Segundo Penal Municipal de la ciudad de Santa Marta resolvió negar la tutela, basándose su decisión en objeción de conciencia que son las mismas causales que llevó a dar las razones para justificar dicho impedimento.

Posteriormente el Juzgado Segundo Penal de Circuito de Santa Marta revocó el fallo de tutela y concedió el amparo de los derechos constitucionales fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud en conexión con la vida, así se ordenó a que se proceda a la interrupción del embarazo de la joven por los motivos expuestos en la sentencia.

¿POR QUÉ LAS AUTORIDADES JUDICIALES NO PUEDEN ENCUADRARSE EN LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA PARA NO DECIDIR SOBRE EL TEMA QUE SE ENCUENTRA EN SU JUZGADO?

Debe tenerse en cuenta que la objeción de conciencia es un derecho que se garantiza de modo extenso en el campo privado cuando no está de por medio el desconocimiento de derechos de terceras personas. Queda excluido de poder

encuadrarse cuando se ostenta la calidad de autoridad pública. No puede excusarse en razones de conciencia para abstenerse de cumplir con sus deberes constitucionales y legales, pues con dicha práctica incurriría en un claro desconocimiento de lo dispuesto en los arts. 2° y 6° de la Constitución Nacional de aquel país:

Artículo 2°: *“Son fines esenciales del estado, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación, defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las persona residentes en Colombia, en su vida, honra, bienestar, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares”.*

Artículo 6°: *“Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.*

De los artículos transcritos, se desprende el papel que desempeñan las autoridades públicas y las diferencias sustanciales que surgen respecto del sentido y alcance de los deberes en cabeza de estas autoridades si se comparan con los que radican en cabeza de las personas particulares, en lo relativo al ejercicio de la objeción de conciencia. Cuando un individuo acepta voluntariamente ostentar la calidad de autoridad judicial e incluso cuando en calidad de particulares se asumen compromisos que implican el ejercicio de la actividad jurisdiccional, una de las consecuencias, si no la más importante, es el compromiso de velar por el estricto cumplimiento de la normativa vigente.

Esto por cuando su función consiste precisamente en aplicar la ley entendida esta en sentido amplio, de manera que no le es dable con base en convicciones religiosas, políticas, filosóficas o de cualquier otro tipo faltar a su función.

Lo anterior no significa que como persona no tenga la posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales, significa que en su labor de administrar justicia sus convicciones no lo relevan de la responsabilidad derivada de su investidura, debiendo administrar justicia con base única y exclusivamente en el derecho, pues es esa actitud la que hace que en un estado impere la ley y no los pareceres de las autoridades públicas, es decir, lo que define que en un estado gobierne el derecho y no los hombres, siendo esta la vía de construcción y consolidación del estado de derecho.

Si se admitiera la posibilidad de objetar por motivos de conciencia la aplicación de un precepto legal determinado significa, en el caso de las autoridades jurisdiccionales, aceptar la denegación injustificada de justicia y obstaculizar de manera arbitraria el acceso a la administración de justicia.

No debe olvidarse que con el ejercicio de la función judicial está en juego la protección de los derechos constitucionales fundamentales que han sido el resultado de grandes esfuerzos por parte de grupos de la sociedad históricamente discriminados, como, en el caso que nos ocupa, lo han sido las mujeres.

¿QUÉ OPINA LA CORTE SOBRE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS?

La decisión de la Corte Constitucional fue que, aunque los médicos habían recomendado la interrupción del embarazo de la mujer demandante, para garantizar su legalidad se realizó una innecesaria solicitud de aprobación judicial previa, frente a la cual el juez se negó a ejercer su jurisdicción basado en un conflicto de intereses relacionado con la objeción de conciencia para declarar este aborto como legal. Cuando un juez superior rechazó su declaración y el caso le fue devuelto para que lo decidiera, el juez negó la protección, de nuevo, por razones de objeción de conciencia.

La Corte Constitucional condenó esta actitud como una omisión grave de la función judicial y una violación del estado de derecho. Los funcionarios públicos, explicó la Corte, no pueden dejar de ejercer sus funciones públicas debido a sus creencias personales. Los jueces, en particular, no pueden dejar de aplicar la ley a la que se comprometieron respetar, subordinándola a sus principios personales y

poniéndola a disposición de sus sistemas religiosos o de otro tipo de creencias individuales.

Los jueces gozan de libertad de pensamiento, conciencia y religión en sus vidas personales o privadas, pero, al igual que el personal de la salud, farmacéuticas, parteras y otros, no son libres de manifestar su religión o creencias para negar a otras personas sus derechos y sus libertades fundamentales.

La responsabilidad en cuanto al respecto de los derechos de las demás personas, como el derecho de las mujeres al aborto legal, son de especial importancia en el desempeño de cargos públicos. De la misma manera los bomberos no pueden elegir con base en sus convicciones y creencias personales, cuales propiedades van a intentar preservar del fuego y cual van a permitir pasivamente que se quemen, los jueces no pueden decidir si juzgan o no un caso que se les asigna y que están autorizados para juzgar o determinar la sentencia con base en sus convicciones personales y no de acuerdo al derecho.

Hay una nueva corriente jurisprudencial en la que distingue entre la conciencia y/o convicciones religiosas que los funcionarios públicos pueden tener en sus vidas privadas y las creencias que pueden manifestar legítimamente en el ejercicio de sus funciones públicas, así en el caso *“Rodríguez c. Chicago”*, la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de Estados Unidos, sostuvo que un oficial de policía designado para defender una clínica de abortos de una multitud hostil no podría rechazar su asignación por motivos de objeción de conciencia a los procedimientos que se realizan en dicha clínica²⁶.

Asimismo, la Corte de Apelación de una provincia de Canadá declaró que si bien un funcionario de una institución religiosa puede, con base en la libertad de religión, negar a la solicitud de matrimonio a una pareja del mismo sexo, los comisionados matrimoniales, autorizado por el gobierno para solemnizar los matrimonios no religiosos, no pueden discriminar por motivos de orientación sexual

²⁶ Rodríguez v. Chicago, 156 F. 3rd 771 (7th circuit, 1998), Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de Estados Unidos.

y negarse a cumplir con sus responsabilidades públicas sobre la base de sus convicciones religiosas personales²⁷.

Estos casos confirman que los funcionarios públicos deben servir al público de forma neutral, sin favorecer o discriminar por motivos personales religiosos o de otro tipo. Al igual que el sector privado, no pueden aceptar el cargo si no pueden cumplir, con base en sus creencias o conciencia personal, con cualquiera de las funciones requeridas, tampoco pueden supeditar las responsabilidades que corresponden a su cargo a sus intereses religiosos o personales de otro tipo.

II) LA MIRADA ARGENTINA SOBRE EL ABORTO Y LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES

Si bien todavía no se llegó a la conclusión del presente trabajo, me tomo el atrevimiento de adelantar mi opinión favorable en este aspecto, quiero decir con ello, que los funcionarios judiciales definidos como aquellos que aplican la ley en nuestro sistema democrático y los cuales no dejan de ser individuos que por sus convicciones morales, religiosas o éticas pueden hacer uso del instituto de la objeción de conciencia siempre y cuando se respeten o se tengan en cuenta ciertos parámetros que los mismo son excluyentes bajo pena de no cumplir con la manda legal.

Como se dijo en el párrafo que precede, los primeros preceptos que se deberá tener en cuenta según mi punto de vista lo referido a dos figuras bien conocidas en el mundo legal, pero tal vez o al menos una de ellas, una figura que cayó un poco en desuso, tal vez por vivir en democracia ya hace unos años dejando de lado los gobiernos de facto, precisamente nos referimos a la primera figura que es la Garantía Constitucional del Juez Natural y la segunda figura a tener en cuenta, es aquella que deberemos analizar como segunda instancia, si el juez decide hacer uso de la objeción de conciencia, que el tercero o sea aquella persona que espera por parte de la justicia que la misma se expida sobre el caso en estudio, no obtenga por parte de la justicia una pronta respuesta a so pretexto que los funcionarios judiciales hacen uso del mentado paradigma, quedando entonces el tercero indefenso y sin justicia y por parte de un poder judicial que justamente haría caso omiso de dictar justicia se vería

²⁷ Klebuc y otros, (2011) SKCA 3 (Saskatchewan ct. App). Corte de Apelaciones de Canadá.

involucrado en la figura de nuestro Código Penal en su art. 248 Incumplimiento de los Deberes de Funcionario Público.

Así planteadas las cosas, se deberá evaluar entonces la figura del Juez Natural como primera medida y una vez sorteado este escollo, deberá plantearse y superar la figura del Código Penal, esto es Incumplimiento de los Deberes de Funcionario Público.

III) GARANTÍA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DEL JUEZ NATURAL

La garantía del Juez Natural se encuentra contemplada en la Constitución Nacional como en los Pactos Internacionales.

La imparcialidad judicial, comporta un elemento que no es inmanente al juez ni a la organización judicial, sino un predicado que necesita ser construido, para lo cual operan reglas de procedimiento.

El art. 18 de nuestra Constitución Nacional, establece que: *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo... o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa...”*

La presente garantía surge por los constituyentes de 1853, en el marco del derecho penal, poniendo en relieve las preocupaciones de las sociedades humanas por darse una forma de estado y un régimen político que garantice un poder judicial independiente con el fin de satisfacer por un lado, la exigencia de seguridad de la comunidad en general y por el otro, el de preservar el interés del individuo sintetizado en su libertad por el otro.

Luego de la incorporación a la Constitución Nacional, en el año 1994, de los principales Tratados sobre los Derechos Humanos, situándolos a su mismo nivel (art. 75 inc. 22), puede hablarse de un nuevo sistema constitucional, integrado por disposiciones de igual jerarquía, nacional e internacional, que se complementan y retroalimentan formando un plexo axiológico y jurídico de máxima jerarquía, al que tendrá que subordinarse toda la legislación sustancial o procesal que deberá ser dictada en su consecuencia (art. 31C.N.).

Por el lado, el Pacto de San José de Costa Rica, establece en su art. 8: *“Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter”*.

De lo transcripto, podemos decir entonces a la luz del art. 18 de la Constitución Nacional que la garantía del Juez Natural se pueden distinguir tres elementos a saber: a) institucionalización legislativa previa al hecho; b) designación legal; c) competencia para intervenir en el proceso, según la ley previa al hecho. El derecho a un juez legal, o predeterminado por la ley significa que el órgano judicial haya sido designado previamente al hecho que motiva el proceso, de acuerdo al mecanismo constitucional para su nombramiento.

Por tal motivo existe la imposibilidad de constituirlo *post-factum*, por que el principio del juez natural que capta nuestro ordenamiento constitucional, exige la constitución del tribunal y la designación del juez competente, de conformidad con la ley vigente, previa a la existencia del hecho que configura el conflicto entre la sociedad y el individuo.

Entonces, en cuanto a la garantía que analizamos podemos decir que el juez para aquellos casos de aborto, abuso sexual, violación ect. (la presente enunciación no es taxativa) que por sus creencias religiosas, éticas o morales quiera hacer uso de la objeción de conciencia y ser un juez objetor debería los tribunales judiciales establecer los mecanismos por los cuales estuvieran definidos los jueces que reemplazarían a los jueces objetores previo a tomar el caso asignado para así de esta manera no violar la presente garantía.

IV) INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE FUNCIONARIO PÚBLICO

En el presente acápite, veremos el otro tema que se deberá sortear para que los jueces puedan ser objetores de conciencia, así entonces pasaremos analizar el art. 248 del Código Penal Argentino que establece lo siguiente: *“Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el*

funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”.

Parte de la doctrina²⁸ lo señala como el retardo administrativo al no ejecutar algo que debía hacer en la oportunidad que debía hacerlo, tratándose en consecuencia de un delito de omisión impropia, en el que el funcionario público “...*asume una posición de garante respecto del bien jurídico protegido, por cuanto tiene un deber especial de actuar y sin embargo, no actúa, produciéndose el resultado por su pasividad, por lo que corresponde la imputación jurídica del resultado típico como si lo hubiera causado mediante un hacer positivo*”²⁹.

Por otro lado, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia sostienen que el tipo penal está destinado a sancionar el dictado por parte de funcionarios de relevancia de resoluciones y órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales, o a la inexecución cuyo cumplimiento les incumbiera y no el mero incumplimiento de funciones administrativas.³⁰

Entonces, para sortear y no quedar comprendido en la art. 248 del Código Penal Argentino en cuanto a la parte pertinente de “*no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere*” debe el Poder Judicial establecer los mecanismo de suplencias de los jueces objetores, así de esta manera el juez objetor no quedaría encuadrado en la presente figura y por otro lado, también el Poder Judicial tiene la obligación de dar respuesta a los ciudadanos que requieren justicia, recordando que no puede dicho poder se objetor institucional.

²⁸ CREUS, Carlos. “Delitos Contra la Administración Pública”. Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1981, Pág. 193.

²⁹ CUOMPADRE, Jorge E. “Derecho Penal, parte especial”, Ed. Mave, 1° ed., año 2003, Tomo III, Pág. 159.

³⁰ Voto del Juez Álvarez, solución que adhiere el Juez Vallefín. Expte. 4753, “S. M. s/denuncia delitos contra Administración Pública”. Juzgado Federal N° 1 de Lomas de Zamora.

V) FORMA DE CUBRIR A LOS JUECES OBJETORES

Ahora bien, sorteado el problema de Juez Natural y de Incumplimiento de los Deberes de Funcionario Público, resta expresarnos si el deseo del magistrado es hacer uso de la objeción de conciencia cual será el mecanismo de suplencia que deberá proveer los tribunales, ya que como dijimos en acápite anteriores, aquellos individuos que recurran a los tribunales en busca de justicia no se podrá desde los ámbitos tribunalicios ver vedada la posibilidad de obtener justicia en pos de que los magistrados de un determinados fuero los mismo sean objetores de conciencia y de esta manera no intervengan en los asuntos que son de su competencia.

En este camino en el cual buscamos los mecanismos por el cual un juez de un fuero determinado el mismo es objetor de conciencia en el tema aborto, abuso sexual, violación, debemos entonces establecer cómo serán las suplencias de aquellos jueces que decidieron ser objetores. En relación a este tema, me parece que hay dos soluciones a la vista, haciendo una pequeña acotación antes de continuar, si la presentación a tribunales fuese por un tema de aborto entenderían los jueces civiles de primera instancia que en la ciudad de Ushuaia son dos por el momento, ahora, si la presentación a tribunales fuese por un tema de abuso sexual o violación entenderían los jueces de instrucción que en la ciudad de Ushuaia son tres los jueces de este fuero.

Bien, como adelantamos en el párrafo anterior existen dos posibilidades para suplantar al juez objetor:

- 1) En este primer punto de vista, podemos decir que los suplentes de aquellos jueces que decidieron ser los objetores de conciencia tanto en los fueros civiles como en los fueros de los juzgados de instrucción, tanto en uno como en el otro fuero, podría existir un listado con los jueces que serían los suplentes o también si el otro juez del mismo fuero no es objetor de conciencia, entonces producida la vacante, el juez suplente entraría a ocupar el lugar del juez titular y de esta manera emitir sentencia para no caer en la figura penal de incumplimiento de los deberes de funcionario público.

2) Por otro lado, se podría aplicar la Ley Orgánica del Poder Judicial N.º 110 de la Provincia de Tierra del Fuego, que a partir del Título VII Reemplazos y Subrogancias, establece lo siguiente:

Artículo 79: Los Jueces de Primera Instancia en lo Civil y Comercial serán reemplazados por los magistrados del mismo Distrito Judicial en el siguiente orden:

- a) Por los restantes Jueces de Primera Instancia en lo Civil y Comercial.
- b) Por el Juez de Primera Instancia del Trabajo.
- c) Por los Jueces de Familia y Minoridad, por su orden.
- d) Por el Juez Electoral si la suplencia corresponde al Distrito Sur.

Ahora bien, se establece en el art. 77: Los Jueces de Instrucción serán reemplazados por los magistrados del mismo Distrito Judicial en el siguiente orden:

- a) Por los demás Jueces de Instrucción que no se hallaren de turno.
- b) Por el Juez de Instrucción de turno.
- c) Por el Juez de Ejecución.
- d) Por el Juez Correccional.

En este sentido, si una mujer solicitara al Poder Judicial la interrupción del embarazo pero no en aquellas causales previstas en el art. 86 del Código Penal Argentino (porque si son los casos del art. 86 del Código Penal Argentino, como dijimos, no se necesita autorización judicial) intervendría el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, si él mismo fuese objetor de conciencia debería intervenir el otro Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial y para el caso que este último también fuese objetor, debería intervenir el Juez de Primera Instancia del Trabajo, para que de esta manera los ciudadanos siempre tengan respuesta por parte del Poder Judicial y no queden exentos de la misma por parte de dicho órgano.

Ahora bien, si se presentara aquellos casos de abuso sexual, o de violación y el Juez de Instrucción fuese objetor de conciencia debería tomar el caso alguno de

los otros dos Jueces de Instrucción y en el hipotético caso que no pudieran debería hacerse cargo el Juez de Ejecución.

Como se observa en el presente acápite de la manera que se encuentran planteadas las cosas, los magistrados podrían ser objetores de conciencia, observando el cumplimiento de la garantía Constitucional del Juez Natural y por otro lado, teniendo en cuenta lo estipulado en el art. 248 del Código Penal Argentino Incumplimiento de los Deberes de Funcionario Público, entonces, luego de pasar los obstáculos mencionados y haciendo uso de la facultad de reemplazos y subrogancias de los magistrados podremos decir que dentro del Poder Judicial los jueces podrían hacer uso de la objeción de conciencia.

VI) CONCLUSION

Pareciera que la primacía de la legalidad sobre la moralidad, genera una discriminación muy importante entre los ciudadanos, lo que supone, que para un conjunto de ellos, los no-jueces, la pretensión de legitimidad que tiene el orden jurídico y que se manifiesta en la obediencia al derecho puede ser denunciada, y por el contrario, a los ciudadanos jueces, se le requiere que la sumisión al orden jurídico en razón sólo por la profesión que poseen.

Siempre se tuvo una mirada de quién podía invocar la objeción de conciencia desde la perspectiva del ciudadano y no así desde una mirada del juez, es natural que así sea, porque en realidad lo que no puede desconocer es que la objeción de conciencia se trata de una especie de desobediencia civil.

Entonces al decir que la objeción de conciencia resulta ser un tipo de desobediencia al derecho, por lo cual se ha caracterizado que la objeción de conciencia se entiende la actitud de quien se niega a obedecer una orden de la autoridad o un mandato legal invocando la existencia, en su fuero interno, de una norma que le impide asumir el comportamiento prescripto.³¹

En este sentido, desde una teoría iusfilosófica, autores como John Rawls dirían que la aceptación de la desobediencia civil de los ciudadanos y por ello de la

³¹ La definición corresponde a R. Venditti y fue citada por A. Millan Garrido, la objeción de conciencia al servicio militar y la prestación social sustitutoria, Madrid, Tecnos, 1990, pág. 19.

objección de conciencia, presupone la existencia de un estado democrático relativamente justo y por lo tanto, la conducta que no es atendida invocando la objeción de conciencia tendrá una evidente injusticia³².

Así planteadas las cosas, podemos afirmar que en un estado de derecho y en una sociedad políticamente democrática, ningún ciudadano está fuera de las garantías cívicas que el Estado promociona. Porque si bien es cierto, que existe con dicho acto, una desobediencia al derecho, no se puede desconocer que se trata de una forma civilizada y jurídicamente compatible con la vida democrática en la cual inexorablemente se habrán de generar conflictos morales y que exigen soluciones especiales, porque la causa que las origina es de igual entidad.

Pensar entonces, puede un juez ser, por así decirlo, despechado con la ley ya que sería una contradicción, pero ahora si lo vemos desde el punto de vista que dicha ley genera una afectación o repulsión hacia dicho cuerpo normativo, entonces la pregunta es ¿puede o debe aplicar la ley?, o le queda otro camino que le den una solución a este problema moral al que se ve impuesto el juez por su investidura a realizar determinados actos que le producen una afectación en su sensibilidad moral, ética, física, religiosa pudiendo entonces quedar amparados en la objeción de conciencia.

Entonces habrá que tener en cuenta que hay situaciones extremas por lo moral que tienen implicado, como también por la gravedad de las consecuencias que de las mismas se habrán de derivar, porque de ello derivarán una fuerte connotación social. Exploran sobre la conciencia del juez y en algunas circunstancias, propician la invocación de la objeción de conciencia judicial y así podemos decir entonces que el juez aspira a transitar un camino que otorgue una máxima confianza a la sociedad por su no afectación de ningún tipo moral, religioso, ético.

Por otro lado no debemos olvidar que muchas veces las cuestiones de conciencia de los jueces no son públicas, sino que tienden a ser ellos, reservados sobre estas cuestiones porque justamente, integran un capítulo demasiado íntimo de su personalidad.

³² Vide J. Rawls, Teoría de la Justicia, México F.C.E. Año 1987, pág. 413.

En otras ocasiones, podremos suponer que el magistrado apremiado por los trámites procesales, optará para no contradecir su misma integridad intelectual como de coherencia de vida entre lo que piensa con lo que hace y para no comprometer tampoco con dicha decisión a los mismos justiciables, pues forzará una solución.

Entonces, el camino que se intenta demostrar no es fácil sobre si el juez puede optar por la objeción de conciencia ya que no hay antecedentes sobre el tema en cuestión y por lo tanto carente de fundamento jurisprudencial, no obstante es un primer paso a tener en cuenta, ya que el derecho ni la sociedad, son estancos, sino por el contrario, están en continuo movimiento y avances, así, si pensamos hasta no hace mucho tiempo no se hablaba en los ámbitos judiciales como los temas de objeción de conciencia en los ámbitos militares, luego se trasladó a los procesos sanitarios. Así tenemos el reciente caso producido por el funcionario público del Registro Civil de la ciudad Concordia, Entre Ríos, que se negó a participar de la celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo, pero este problema no trajo mayores complicaciones atento que fué reemplazado por otros funcionarios públicos, por lo que no se afectaron los derechos de los terceros. En este sentido se dijo que los funcionarios públicos son personas que no se le puede negar su derecho a ejercer su libertad de conciencia y de religión.³³

Si lo vemos desde el punto de vista que el juez dentro de las facultades que goza, puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, no se comprende con la misma lógica por qué se impediría al mismo juez que sea objetor de una de ellas.

Entre las razones que se pueden encontrar como suficientes para aceptar la objeción de conciencia del ciudadano; algunas resultan de utilidad para ser aplicadas a los jueces. Para ello hay que recordar, que un juez no significa tener que resignar las calidades intuitas políticas y civiles comunes a todo ciudadano.

De todo lo que se dijo hasta el momento podemos afirmar que la objeción de conciencia judicial no parece ser cuestión que desestabilice ninguna institucionalidad o legalidad en el ámbito de las funciones del Poder Judicial. Por el contrario, es su no atención la que ayuda a socavar una creencia social en los jueces

³³Conf. Sentencia C-728 del año 2009.

como personas que están en condiciones de resolver con máxima imparcialidad la totalidad de tópicos que le son reclamados funcionalmente.

En este sentido, al no haber una exclusividad para un determinado acto profesional o de servicio por parte de quien deviene objetor y por lo tanto, quedando asegurados los caminos de satisfacción de quien ha solicitado una determinada realización, no se genera con la actuación del objetante, ninguna afectación de derechos de los terceros.

Entonces, porque no podemos pensar con todo lo dicho y reflexionado hasta ahora, si los jueces como individuos de esta sociedad pueden los mismo ser objetores de conciencia en aquellas cuestiones que por su índole religiosa, moral o éticas vaya en contra de sus propias creencias y así de esta manera se obtendrán sentencias más justa y acordes a lo que piensan libremente los magistrados, solo resta asegurar que la situación que generen los jueces objetores unido a las propias provisiones orgánicas de la burocracia judicial, genere una afectación a los derechos de los terceros.

Solo resta, antes de finalizar el presente trabajo, expresar que si bien luego de esbozado los parámetros por lo cual consideramos factible aplicar la objeción de conciencia por parte de los magistrados no sucede lo mismo con la posibilidad que los tribunales sean objetores de conciencia institucional, ya que si se permitiera tal medida quedarían indefectiblemente lesionados los derechos de los terceros, que buscan el amparo de la justicia para la solución de algunos asuntos y más cuando algunos de ellos son urgentes, atento ello es indudable que no puede ser admitida.

En este sentido, el juez que decidió ser objetor y que por lo tanto se encuentra inmerso en una estructura institucional, no la convierte a dicha objeción en una de tipo institucional ya que sigue siendo personal, puesto que para encontrarnos en aquella otra situación, necesitamos que toda una institución funcione bajo el mismo acorde de propios idearios morales lo cual supone, que todos sus integrantes tengan una cierta identidad moral y ninguno pueda dar una satisfacción al reclamo de

un tercero sin afectar la conciencia institucional y a la vez individual de cada uno de sus integrantes.³⁴

Para ir finalizando, la objeción de conciencia es un camino que dignifica la persona que la invoca y que muestra la grandeza del sistema político que la acoge, toda vez, que con el mismo se está resolviendo nada menos que la difícil tensión entre legalidad y moralidad. Decir que los jueces sólo están sometidos a la ley, es tener una mirada minimizada del rol judicial contemporáneo³⁵, como de igual forma, afirmar que están por encima de la ley, es dotarlos de una soberanía que resulta incompatible con el mismo estado de derecho³⁶. Desde este punto de vista, pierde total relevancia que la mencionada objeción de conciencia no esté prevista normativamente, para que no se reconozca amparado dicho instituto en el disfrute de las garantías que promocionan el estado de derecho porque se trata de un derecho fundamental el que se protege³⁷, y serán a falta de previsión legislativa los jueces, quienes en el caso ponderarán las razones para tenerlo o por suficientemente acreditado³⁸.

Juan Pablo Quinteros

³⁴ Vide Ch. Taylor, *Sources of the self, the marking of the modern identity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

³⁵ Vide ha señalado F. Ezquiaga Ganuzas, *función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley* en *La Función Judicial, Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pág. 41.

³⁶ Vide N. Bobbio, *¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?* En *El Futuro de la Democracia*, Barcelona, Plaza y janes, 1985, pág. 197.

³⁷ Ha señalado María A. Gelli en ocasión de comentar el art. 14 de la Constitución Nacional, en particular lo referido a la libertad de culto, que “En ocasiones, los intereses legítimos de la sociedad pueden interferir con la libertad de conciencia. Dada la importancia de este derecho humano que toca la interioridad de las personas, sus creencias y convicciones más profundas, la restricción estatal debe ser la excepción y sólo cuando no exista otro medio similar para satisfacer los intereses sociales “. (Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, Buenos Aires, La Ley, 2005, pág. 137).

³⁸ Dice M. Gacon Abellan que “si la objeción de conciencia no está reconocida, es el juez quien mediante la oportuna ponderación de los bienes en conflicto, debe hacer prevalecer uno u otro; o si la objeción de conciencia está reconocida, es la regulación que disciplina su ejercicio la que determinará las condiciones y límites del mismo” (A propósito de la objeción de conciencia al servicio militar en *Anuario de Filosofía del derecho*, N° 11, (1994), pág. 558.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

A) NACIONAL

- Martín Patrito, “Definición de Objeción de conciencia” (consultado 15/07/18) <http://espadacatolica.blogspot.com/2012/10/que-es-la-objecion-de-conciencia.html>.
- Busso 1997 “La libertad religiosa y su fundamento filosófico, en: Anuario Argentino de Derecho Canónico, Vol. IV, Facultad de Derecho Canónico, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1997.
- Alegre Marcelo. “Objeción de conciencia médica y salud reproductiva” en Revista Argentina de Teoría Jurídica, volumen 10, Escuela de Derecho, Universidad Di Tella Junio de 2009.
- Gonzalo Herranz, Departamento de Bioética de la Universidad Austral, “El hospital como organismo ético”.
- Fernando M. Toller, La Llamada de la Humano, 2016.
- CREUS, Carlos. “Delitos Contra la Administración Pública”. Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1981, pág. 193.
- CUOMPADRE, Jorge E. “Derecho Penal, parte especial”, Ed. Mave, 1º ed., año 2003, Tomo III, pág. 159.

B) EXTRANJERA

- MARTÍN DE AGAR, J.T. Problemas jurídicos de la objeción de conciencia, cit., p. 527.
- Cfr. Navarro Valls, R. La objeción de la conciencia al aborto, derecho comparado y derecho español, cit. Pp. 266-267.
- U.S.C., parágrafo 3005-7,1976.
- Cfr. Journal Officiel de la République Française, 18.01.1975, pp 739-741 y 01.01.1980, pp. 3-5, respectivamente.

- LÓPEZ GUZMÁN, J. *Ética en la industria farmacéutica: entre la economía y la salud*, Eunsa Barañain 2005, p. 69.
- Cfr. American Medical Association Council on Ethical and Judicial Affairs.
- Cfr. Orden de 1.2.1990 (B.O.E. de 9.2.1990).
- Velásquez-Córdoba y Córdoba, *Objeción de conciencia y la antropología filosófica en persona y bioética* 2010:171.
- Llamazares 2002 *Derecho de la libertad de conciencia*. Madrid: civitas.
- Mosquera Susana. “El derecho de libertad de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico peruano. Universidad de Piura: Colección Jurídica.
- Gascón Abellán, Marina. *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p.217.
- Salcedo Hernández, José Ramón. “Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia”. *Anales de Derecho*, 15 (1997) p. 95.
- Peces Barba Martínez Gregorio. “Desobediencia civil y objeción de conciencia”. *Anuario de Derechos Humanos* 5 (1988-1989) p 186.
- Navarro Valls, Ramón. “La objeción de conciencia al aborto: derecho comparado y derecho español” *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, II(1986)p. 261.
- La definición corresponde a R. Venditti y fue citada por A. Millan Garrido, *la objeción de conciencia al servicio militar y la prestación social sustitutoria*, Madrid, Tecnos, 1990, pág. 19.
- Vide J. Rawls, *Teoría de la Justicia*, México F.C.E. 1987, pág. 413.
- Vide Ch. Taylor, *Sources of the self, the marking of the modern identity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

- Vide ha señalado F. Ezquiaga Ganuzas, función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley en *La Función Judicial, Etica y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pág. 41.
- Vide N. Bobbio, ¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes? En *El Futuro de la Democracia*, Barcelona, Plaza y janes, 1985, pág. 197.
- Ha señalado María A. Gelli en ocasión de comentar el art. 14 de la Constitución Nacional, en particular lo referido a la libertad de culto, que “En ocasiones, los intereses legítimos de la sociedad pueden interferir con la libertad de conciencia. Dada la importancia de este derecho humano que toca la interioridad de las personas, sus creencias y convicciones más profundas, la restricción estatal debe ser la excepción y sólo cuando no exista otro medio similar para satisfacer los intereses sociales “. (*Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2005, pág. 137).
- Dice M. Gacon Abellan que “si la objeción de conciencia no está reconocida, es el juez quien mediante la oportuna ponderación de los bienes en conflicto, debe hacer prevalecer uno u otro; o si la objeción de conciencia está reconocida, es la regulación que disciplina su ejercicio la que determinará las condiciones y límites del mismo” (*A propósito de la objeción de conciencia al servicio militar en Anuario de Filosofía del derecho*, N° 11, (1994), pág. 558.

JURISPRUDENCIA:

A) NACIONAL

- CSJN “Tanus c/ Gobierno de la ciudad de Buenos Aires” E.D. 191-429 (2001).
- PORTILLO, ALFREDO S/ INFRACCIÓN ART. 44 LEY 17531.
- LOPARDO, GABRIEL FERNANDO FALLOS: 304:1524.
- ASCENSIO, JOSE H. S/ AMPARO, FALLOS: 304:1293.

- Voto del Juez Álvarez, solución que adhiere el Juez Vallefín. Expte. 4753, “S. M. s/denuncia delitos contra Administración Pública”. Juzgado Federal N° 1 de Lomas de Zamora.

B) EXTRANJERA

- II.** 410 U.S. 113 (1973).
- III.** Rodriguez v. Chicago, 156 F. 3rd 771 (7th circuit, 1998).
- IV.** 42 U.S.C., parágrafo 20000-2, 1976.
- V.** Klebuc y otros, (2011) SKCA 3 (Saskatchewan ct. App).
- VI.** Conf. Sentencia C-728 del año 2009.