

CAPÍTULO CUARTO

CASOS DIFÍCILES: LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DEL MÉDICO Y DEL JUEZ DEL REGISTRO CIVIL

Las objeciones de conciencia, ya lo hemos visualizado, son fenómenos complejos, diversos, por los cuales no existen respuestas únicas y unívocas. Su resolución involucra diferentes elementos y principios, que pueden incluso aparecer contradictorios entre sí: autoridad de la ley, principio de autonomía, neutralidad del Estado liberal, tolerancia, libertad de conciencia, laicidad del Estado, etcétera. En breve, existen tantas buenas razones para obedecer al derecho como para pretender ser eximido de algunas normas que generan escrúpulos de conciencia serios y argumentados. ¿Cómo resolver los conflictos que nacen en la práctica? ¿Cómo solucionar, en concreto, las pretensiones de objeción en materia de aborto y de matrimonio entre personas del mismo sexo?

Este capítulo propone un aterrizaje jurídico de las cuestiones que hemos estudiado en los capítulos anteriores, enfocándose en particular en las objeciones de conciencia de los médicos y de los jueces del registro civil. En un primer punto, identificaré las diferentes opciones que tiene el Estado para afrontar las pretensiones de primacía de un imperativo religioso sobre la norma. Posteriormente, mostraré que el ejercicio de ponderación por parte del juez es clave para resolver las controversias, cuando se encuentran en colisión dos o más principios constitucionales. Finalmente, examinaré la cuestión desde la perspectiva de las responsabilidades sociales de los objetores, especialmente a la luz del principio de igualdad y no discriminación. En definitiva, buscaré mostrar que la objeción de conciencia de los funcio-

narios públicos plantea algunas dificultades adicionales, por lo que deben ser pensados de forma un poco diferente de cuando provienen de simples ciudadanos.

1. Recepción de las objeciones de conciencia en los ordenamientos jurídicos

Ya lo hemos visto: el objetor de conciencia no es candidato a martirio, sino que busca el reconocimiento y amparo jurídico de su repudio en cumplir con un mandato jurídico que lesiona sus convicciones fundamentales. Es decir, si bien la sumisión al castigo aparece como el último recurso del objetor para no sacrificar sus convicciones fundamentales, la publicidad de la objeción tiene el objetivo de conseguir una exención; esto es, la recepción, por parte del orden jurídico, de las razones de conciencia como motivos suficientes para derogar al deber general de obedecer a la norma general y abstracta. En un capítulo anterior, he llegado a la conclusión, al analizar diferentes argumentos a favor y en contra, de que la objeción de conciencia, cuando es seria y argumentada, y no lesiona los derechos de los demás, ha de ser tomada en serio por el orden democrático y constitucional, al derivar del derecho de la libertad de conciencia. En este sentido, debe ser entendida como una presunción favorable a ser eximido puntualmente del principio de obediencia al derecho, cuando cumpla con estas dos condiciones, y de manera general, cuando no supone un peligro para la permanencia del Estado de derecho y de las libertades.

Dicho lo anterior, es necesario subrayar que independientemente de la existencia de un derecho moral a la objeción de conciencia, los ordenamientos jurídicos concretos pueden o no mostrarse sensibles a la recepción en sus ordenamientos de tales pretensiones.¹³⁴ Por lo mismo, los escrúpulos de concien-

¹³⁴ Gascón Abellán, Marina, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, cit., p. 237.

Casos difíciles: la objeción de conciencia del médico y del juez... / 83

cia derogatorios a la norma general son objetos de soluciones contrastantes en las diferentes tradiciones jurídicas. De manera básica existen, al respecto, cuatro supuestos diferentes. El primero rechaza de forma tajante las objeciones de conciencia; es —en teoría por lo menos— el caso de México, quien afirma en el artículo 10. de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público de 1992, que “las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país. Nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes”. Si esta disposición lapidaria parece eliminar el problema, no es sostenible en el marco de un Estado constitucional que ampara explícitamente la libertad de conciencia, de convicciones éticas y de religión en su Constitución. Las democracias comprometidas seriamente con la defensa de los derechos humanos deben necesariamente entender la problemática desde el punto de vista de las libertades, y no solamente como una forma de desobediencia o desacato a la ley.

El segundo paradigma, muy frecuente, es el reconocimiento por parte del legislador de las objeciones de conciencia limitado a algunas hipótesis particulares. Estos tipos de objeciones, llamados *segundum legem* por la literatura jurídica, hacen referencia a la previsión exprés, por parte del legislador, de la posibilidad de derogar a la norma general cuando existen motivos de conciencia. Esta técnica es utilizada con frecuencia en los órdenes democráticos contemporáneos, inclusive, de manera precautoria en la adopción de una norma que prevé una obligación que genera algunas reservas para las minorías. Cabe mencionar aquí que para algunos autores, la existencia de un deber alterno nos impide hablar de objeción en sentido estricto, al considerar que se trata simplemente de una opción de conciencia que permite al individuo optar por la propuesta menos lesiva para su conciencia.¹³⁵ Sea como sea, esta solución tiene la ventaja de prevenir

¹³⁵ Véase por ejemplo, Castro Jover, Adoración, “La libertad de conciencia y la objeción de conciencia individual en la jurisprudencia constitucional española”, en Martínez-Torrón, Javier (coord.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia*

84 / Pauline Capdevielle

los conflictos, de incorporar fenómenos extralegales dentro del marco jurídico, y finalmente, de fijar el alcance del derecho de los objetores de disentir. En definitiva, traduce el reconocimiento, por parte de la sociedad y del Estado, de la existencia de buenas razones y circunstancias particulares que justifican quebrantar la posición de igualdad de todos ante los cargos de la ley y de la convivencia. De fenómeno antijurídico, la objeción de conciencia pasa a ser una disposición del ordenamiento jurídico, y se convierte en un verdadero derecho exigible para los objetores. Protege, en una situación concreta, una faceta del derecho a la libertad de conciencia de los individuos, y concretiza el ideal de autonomía, neutralidad y tolerancia de la sociedad liberal.

En el tercer supuesto se ubican los sistemas que reconocen un derecho general a la objeción de conciencia; es decir, una presunción favorable a su reconocimiento, que sólo puede ser derribada por razones graves, tal como la conservación del orden público o la salvaguardia de los derechos de los demás. Este paradigma de solución ha dejado de ser una simple hipótesis, con la adopción reciente, en diferentes países, de disposiciones que van en este sentido. Por ejemplo, la Constitución portuguesa “garantiza el derecho a la objeción de conciencia, en los términos que establezca la ley”,¹³⁶ mientras Canadá —ya lo vimos— abre un derecho general a la objeción de conciencia mediante el concepto de acomodados razonables, los cuales sólo pueden ser limitados por la comprobación de una carga excesiva. En Perú, la Ley de Libertad Religiosa de 2010 reconoce en su artículo

constitucional: Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico de Estado, Granada, 13-16 de mayo de 1997, Granada, Comares, 1998, p. 137.

¹³⁶ Artículo 6o. de la Constitución de 1976. Por su lado, el artículo 12 de la Ley de Libertad Religiosa de 2001 dispone: “1. La libertad de conciencia comprende el derecho de objetar al cumplimiento de leyes que contraríen los dictámenes inexcusables de la propia conciencia, dentro de los límites de los derechos y deberes impuestos por la Constitución y en los términos de la ley que en su caso regule la objeción de conciencia. 2. Se consideran inexcusables aquellos dictámenes de la conciencia cuya violación implica una ofensa grave a la integridad moral y que hace inexcusable otro comportamiento”.

Casos difíciles: la objeción de conciencia del médico y del juez... / 85

4o. el derecho a la objeción de conciencia, entendida como “la oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales o religiosas... por causa de un imperativo moral o religioso, grave e ineludible”.¹³⁷

Finalmente, la cuarta modalidad, perfectamente compatible con la segunda, es el análisis caso por caso de las objeciones de conciencia que surgen de manera puntual en las sociedades democráticas. En este paradigma, el reconocimiento de una objeción de conciencia es dejado a la apreciación de los tribunales, los cuales deben decidir si la oposición a la norma constituye el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de conciencia, o, en cambio, un uso indebido ante el carácter valioso de la norma impugnada y la afectación a principios jurídicos superiores. Cada objeción de conciencia es objeto de un estudio que toma en cuenta sus circunstancias particulares, sin que exista una solución general a priori.

2. La objeción de conciencia como ejercicio de ponderación

Aun cuando exista una presunción favorable a la tutela de escrúpulos morales en cumplir un mandato jurídico, el reconocimiento de las objeciones de conciencia no constituye un derecho absoluto o ilimitado, pues tal circunstancia firmaría la sentencia de muerte de cualquier ordenamiento jurídico. Asimismo, las solicitudes de exoneración que son presentadas ante el juez deben ser resueltas mediante una tarea de ponderación, que ponga en balance la libertad de conciencia del sujeto, el contenido de la norma impugnada y su interés para la sociedad en general, así como las posibles afectaciones a la conservación del orden democrático, y a los derechos y libertades de terceros. Cabe precisar, aquí, que la acción que busca el reconocimiento de una

¹³⁷ Navarro-Valls, Rafael y Martínez-Torrón, Javier, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Madrid, Iustel, 2011.

86 / Pauline Capdevielle

objección de conciencia es distinta de la impugnación de una ley por inconstitucionalidad. De acuerdo con Gregorio Peces-Barba, la objeción de conciencia encuentra su fundamento en aquellas situaciones en las cuales una obligación general es considerada legítima, pero cuestionada por algunos sectores. Este cuestionamiento no es suficiente para provocar una descalificación general, pero sí para pretender beneficiar de una excepción que desvincule de la obediencia a quien la sostiene.¹³⁸ El reconocimiento judicial de la existencia de buenas razones para la exención del deber jurídico no debe confundirse con la declaración de inconstitucionalidad de la norma jurídica.

El ejercicio de ponderación, señala Luis Prieto Sanchís, es la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión para lograr la mejor solución posible, cuando existen justificaciones de sentido contrario a la hora de adoptar una decisión. Se trata de un método de resolución de casos difíciles, especialmente cuando se encuentran en pugna dos o más principios constitucionales.¹³⁹ De esta manera, la ponderación excluye desestimar por completo algún principio o considerar que uno ha de ceder siempre ante el otro, pues hacerlo establecería una jerarquía que desconoce la Constitución. Se analizan los casos por separados a partir de sus elementos particulares, para decidir cuál de los bienes en juego ha de tener mayor peso en las circunstancias concretas. En otros términos, la ponderación establece una jerarquía móvil, que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los principios o valores en conflicto ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que ante cada caso sea preciso reconocer la primacía de uno sobre el otro.¹⁴⁰

¹³⁸ Peces-Barba, Gregorio, "Desobediencia civil y objeción de conciencia", *cit.*, p. 172.

¹³⁹ Prieto Sanchís, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 5, 2001, p. 211.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 217.

Casos difíciles: la objeción de conciencia del médico y del juez... / 87

El caso *Sherbert*, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1963, constituye sin duda la jurisprudencia más famosa en materia de dilemas planteados por motivos de conciencia. Los hechos eran los siguientes: Adell Sherbert había trabajado por más de treinta años en una fábrica de textil de Carolina del Sur cuando la empresa adoptó la semana laboral de seis días. Adventista del séptimo día desde dos años, Sherbert hizo valer que sus creencias no le permitían trabajar los días sábados, razón por la cual fue despedida por la empresa. Ante la imposibilidad de encontrar un nuevo trabajo, pidió al estado de Carolina del Sur una prestación de desempleo. La solicitud le fue denegada, y la decisión de la Comisión de Seguridad del Empleo fue confirmada por el tribunal estatal. El caso llegó a la Corte Suprema, la cual invalidó la decisión tomada por los tribunales inferiores y consideró que la negativa de la autoridad pública de otorgar la prestación de desempleo a Sherbert era constitutiva de una carga indebida sobre el libre ejercicio de la religión.

Lo importante de la sentencia no fue tanto el triunfo de las convicciones religiosas de Sherbert sobre las reglas de funcionamiento de la administración, sino el método de resolución del caso. En efecto, el juez Brennan, tras señalar que los deberes de las religiones minoritarias pueden ser vulnerados por las prácticas mayoritarias, consideró que la cláusula de libre ejercicio de la religión contenida en la primera enmienda sólo puede ser vulnerado cuando existe un interés apremiante del Estado. Para determinar la existencia de tal interés superior, se procedió a un test de equilibrio entre los diferentes intereses afectados. En primer lugar, el juez determinó si las convicciones invocadas eran sinceras y si la ley la decisión de la autoridad había impuesto a la solicitante una carga sustancial sobre el libre ejercicio de su religión. Satisfechas ambas condiciones, el tribunal verificó que el gobierno había actuado de acuerdo con un interés público apremiante, y que la medida tomada había sido la menos lesiva posible. Sobre esta base, el Supremo consideró que la denegación de la solicitud de desempleo de

Sherbert constituía una carga inconstitucional sobre el ejercicio libre de su religión.¹⁴¹

Me parece interesante detenernos un instante sobre el criterio de la sinceridad del objetor. Tal criterio hace referencia a la existencia de convicciones de conciencias firmes y seriamente evaluadas. Es evidente aquí que la neutralidad del Estado, y especialmente el carácter expresamente laico de un Estado, hace obstáculo a que un tribunal juzga de la veracidad o incluso de la sensatez de las convicciones esgrimidas. Lo señaló un juez canadiense al pronunciarse sobre un caso de objeción de conciencia a saludar los símbolos patrios: si bien consideraba que desde su propio punto de vista el comportamiento de los objetores era irrazonable al negarse a rendir homenaje a un Estado respetuoso del pluralismo religioso, insistía en el carácter erróneo de este análisis, ya que la cuestión no debe plantearse en términos de razonabilidad, sino de sinceridad del objetor.¹⁴²

Si bien la conciencia queda fuera del alcance de toda verdad objetiva, se puede recurrir a un conjunto de pistas para evaluar la seriedad de las convicciones. En materia de servicio militar obligatorio, el juez podrá apoyarse en la disposición del objetor en asumir las consecuencias negativas de la objeción, la militancia en movimientos pacíficos, o la disposición en participar en servicios sustitutorios no armados. En materia religiosa, el objetor podrá hacer valer su pertenencia e implicación en una comunidad religiosa, su respeto habitual a los preceptos de su

¹⁴¹ *Sherbert vs. Verner*, 374. 378. Decisión comentada por Nussbaum, Martha, *Libertad de conciencia. Contra los fanatismos*, cit., pp. 143 y ss. Cabe mencionar que la jurisprudencia Sherbert fue abandonada en la década de los ochenta. El caso más paradigmático fue *Empleo Division vs. Smith*, cuando el Supremo rechazó la solitud de prestación por desempleo a dos miembros de la Iglesia Nativa Americana que habían sido despedidos por usar peyote en ceremonias religiosas. En respuesta a dicha decisión, el Congreso adoptó la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa en 1993 para restablecer la jurisprudencia Sherbert.

¹⁴² Caso *Donald vs. The Board of Education for the City of Hamilton*, Corte de Apelación del Estado cs 518, 1945. Citado por Martínez-Torrón, Javier, "Los testigos de Jehová y la cuestión de los honores a la bandera en México", *Gaceta de la CNDH*, año 10, abril 2000, núm. 117, p. 17.

Casos difíciles: la objeción de conciencia del médico y del juez... / 89

religión, la conformidad de sus convicciones con un corpus coherente de principios y valores religiosos o la firmeza de sus creencias a lo largo del tiempo. El caso *Ksteski*,¹⁴³ resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es muy ilustrativo al respecto. Los hechos eran los siguientes: un trabajador de la compañía eléctrica nacional había empezado a ausentarse de su trabajo alegando su participación a la celebración de fiestas musulmanas. El problema es que existían serias dudas respecto a su pertenencia a dicha confesión, ya que ni su origen étnico ni su régimen alimenticio o su modo de vida, unida a su falta de conocimiento del islam parecía mostrar que fuera cristiano, hecho corroborado por haber también beneficiado de autorización de ausencia en las celebraciones de dicha religión. El demandante alegaba que vivía sus creencias de manera estrictamente individual, y que no debía ser obligado a proporcionar prueba alguna de sus convicciones religiosas. El Tribunal consideró que si bien el Estado no puede juzgar las creencias internas de los ciudadanos, sí puede, sin ser opresivo ni vulnerar la libertad de conciencia y de religión, exigir de un trabajador que pruebe la sinceridad de sus creencias, cuando pretende, con base en ellas, recibir un trato excepcional que no está disponible para los demás.

Finalmente, lo que llama la atención en la jurisprudencia *Sherbert* es la presunción favorable de la cual goza la demandante, ya que su comportamiento es examinado a la luz del principio de libertad de religión, y que le corresponde al Estado aportar la prueba del carácter apremiante de su interés, así como la estricta proporcionalidad de la medida adoptada. De esta manera, las objeciones de conciencia de los ciudadanos han de ser examinadas a través del prisma de los derechos fundamentales, a partir de la libertad de conciencia y de religión, que deja un espacio amplio a los individuos para relacionarse con lo sagrado, y desde la óptica del principio de igualdad y no discriminación, que implica que

¹⁴³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Ksteski vs. Antigua República Yugoslava de Macedonia*, 13 de abril de 2006.

todos estemos en igualdad de circunstancias ante las obligaciones jurídicas. En este contexto, sólo podrán ser rechazadas las solicitudes de exoneración cuando existan circunstancias adversas graves, en particular cuando implican un daño a los demás derechos y valores tutelados por la Constitución.

3. La objeción de conciencia del servidor público

La objeción de conciencia de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones se inscribe en un razonamiento un poco diferente. Ciertamente, son titulares, como los demás ciudadanos, del conjunto de derechos y libertades garantizados por la Constitución, en particular de las libertades de conciencia, de convicciones éticas y de religión. Sin embargo, al ser ellos la personificación del Estado, son sujetos a algunas obligaciones que derivan del ejercicio de sus funciones. En primer lugar, porque el servidor público tiene precisamente la misión, valga la redundancia, de *servir* a los administrados, y de velar por la garantía y protección de sus derechos fundamentales. En este contexto, parece razonable asumir que en el marco de sus funciones, el servidor público tiene la obligación de cumplir con sus obligaciones hacia la comunidad, por encima de sus propias consideraciones. Ello porque ser titular de un cargo público da lugar a algunas obligaciones particulares que derivan de la confianza acordada por la ciudadanía. Por otro lado, el servidor público personifica al Estado, y, por lo mismo, debe respetar sus principios fundamentales, en especial el principio de laicidad, que implica una estricta obligación de imparcialidad, ya sea maestro de escuela, juez, policía, alcalde, gobernador, legislador o presidente de la República. Esta exigencia hacia los funcionarios, en el desarrollo de su función pública, es absolutamente ineludible si lo que se busca es la vigencia práctica de los principios de neutralidad y libertad en igualdad de condiciones que postula la laicidad.

Casos difíciles: la objeción de conciencia del médico y del juez... / 91

Gustavo Ortiz Millán explicita con mucho tino la relación que existe entre laicidad y servidores públicos, al entender la primera como un código de ética pública. La laicidad implica que el Estado y los funcionarios públicos no tomen partido por una determinada concepción religiosa y no dejen que su desempeño público se rija por ello. Por tanto, los servidores públicos no pueden usar sus prerrogativas públicas para imponer sus propias creencias al resto de la sociedad, para favorecer o al contrario perjudicar una confesión religiosa en particular. Al contrario, la función pública implica el compromiso de los servidores públicos de adecuar su conducta a los principios fundamentales del Estado, y de respetar, asimismo, un código de ética orientado hacia la protección y respaldo de los principios y libertades plasmados en la Constitución. En este sentido, los funcionarios han de asumir una doble moral, en el mejor sentido de la palabra: completa libertad para desarrollar sus convicciones fundamentales y vivir de acuerdo con ellas en el ámbito privado y familiar; compromiso decidido hacia los derechos fundamentales como condiciones de autonomía de la ciudadanía.¹⁴⁴

Si bien todos los servidores públicos están sometidos a estos principios de neutralidad religiosa y compromiso decidido hacia los derechos fundamentales, es importante subrayar que no todos los trabajadores del Estado se encuentran en una misma situación. En particular, me parece que el médico que trabaja en una institución pública de salud no está vinculado de la misma manera con la normatividad del Estado, en especial porque su actuar tiene una dimensión altamente deontológica, que deja un espacio amplio a su criterio, consideraciones, y sentido del deber. Es menester reconocer que todos los proveedores de salud tienen una función que presentan importantes desafíos éticos, que el Estado debe tomar en consideración. En este sentido, no debe sorprendernos que exista un amplio consenso en torno al reconocimiento de la objeción de conciencia de los

¹⁴⁴ Gustavo Ortiz Millán, "La laicidad como valor moral", *Este País*, <http://estepais.com/site/?p=49723>.

92 / Pauline Capdevielle

médicos y profesionales de la salud en materia de interrupción de embarazo, esterilización, incluso investigación sobre embriones humanos.

Fuera de este caso particular, existe una tendencia a una mayor restricción de las objeciones de conciencia de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones. La Suprema Corte mexicana así lo consideró al tratar de forma diferente a los alumnos testigos de Jehová que se negaban a saludar los símbolos patrios y los docentes de la misma confesión que objetaban a participar en estas ceremonias. Mientras la objeción de los alumnos fue resuelta en el sentido de una protección robusta de la libertad de educación (y en una menor medida de conciencia), el juez confirmó el despido de los docentes basándose sobre las obligaciones que les incumben como servidores públicos.¹⁴⁵ Esta tendencia en distinguir los agentes del Estado de los ciudadanos en la resolución de las objeciones de conciencia es especialmente consolidada tratándose de la negativa de jueces del registro a negarse por motivo religioso a casar parejas homosexuales. En España, el Tribunal Supremo, en mayo de 2009, ha fallado en esta dirección en el caso de un juez del registro civil que hacía valer su libertad de conciencia para abstenerse de participar en los expedientes de matrimonios entre personas del mismo sexo, y que nombraba un sustituto en su lugar. El Tribunal Supremo se negó a acceder a la solicitud de exoneración del servidor público, al considerar que la sumisión del juez a la ley es la garantía de los derechos e intereses legítimos de todos.¹⁴⁶

Muy recientemente, el Consejo Constitucional francés resolvió una controversia sobre la cuestión de la objeción de conciencia de los alcaldes, los cuales tienen la función de encargados del

¹⁴⁵ Sobre esta problemática, véase Capdevielle, Pauline, *La liberté religieuse au Mexique. Progrès et insuffisances du régime en vigueur*, cit., pp. 145 y ss.

¹⁴⁶ La decisión es citada por Navarro-Valls, Rafael y Martínez-Torrón, Javier, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, cit., p. 484, <http://estati.cos.elmundo.es/documentos/2009/05/29/sentencia.pdf>.

Casos difíciles: la objeción de conciencia del médico y del juez... / 93

registro civil.¹⁴⁷ El juez constitucional debía decidir si la ausencia de una cláusula de conciencia que permitiera a los alcaldes y concejales municipales abstenerse de celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo violaba o no su libertad de conciencia. Los demandantes sostenían que la ausencia de dicha cláusula vulneraba las disposiciones contenidas en el artículo 10 de la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789, relativo a la libertad de religión, y al artículo 4o. de la Constitución, que contempla el principio de pluralismo de las corrientes de ideas y opiniones. Sin embargo, la demanda fue desestimada, sobre el motivo que el alcalde fungía como encargado del registro civil, y que, por lo tanto, cumplía una misión de servicio público, que implica el respeto irrestricto de la ley. El juez consideraba que el acto de matrimonio era un acto jurídico que no implicaba la conciencia de su autor en condiciones comparables con el acto de diagnóstico o terapéutico del médico. En definitiva, concluía que no había lugar para la apreciación personal, ya que el encargado del registro civil implementaba en nombre de la ley, no en función de un arte profesional ni en su nombre propio.¹⁴⁸ Ante la negativa, en varias ciudades, de los alcaldes y concejales de casar parejas homosexuales, el gobierno tuvo que recordarles que además de posibles sanciones administrativas y de la revocación de sus mandatos, el Código Penal castiga de cinco años de cárcel y 75,000 euros de multa a la persona depositaria de la autoridad que en el ejercicio de sus funciones toma medidas destinadas a frustrar la ejecución de la ley. Si se considera que el rechazo se basa en la orientación sexual de las personas, se expone, además, a tres años de encarcelamiento y 45, 000 euros de multa.

¹⁴⁷ Décision du Conseil Constitutionnel, M. Franck et autres [Célébration du mariage. Absence de "clause de conscience" de l'officier de l'état civil] Décision núm. 2013-353 QPC, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/cc2013353qpc.pdf>.

¹⁴⁸ Comentarios del Consejo Constitucional a la decisión núm. 2013-353 QPC, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013353QPCccc_353qpc.pdf.

94 / Pauline Capdevielle

Así las cosas, aparece claramente que la objeción de conciencia de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones no ha de plantearse de la misma manera que la de los ciudadanos que no ejercen un cargo público. Esta diferencia de trato se justifica porque son depositarios de la autoridad pública y de las obligaciones que de ellas derivan. ¿Cómo, en este contexto, conciliar su libertad de conciencia con la naturaleza de sus funciones? Me parece que negar sin más la objeción de conciencia de todos los servidores públicos en todas las circunstancias es una medida drástica, que no hace suficientemente caso a la exigencia de protección de la conciencia en una sociedad democrática. Lo que propongo, por lo tanto, es un cambio de perspectiva cuando una solicitud de exoneración de un deber jurídico por parte de un servidor público es presentado ante un juez. Mientras que la objeción del ciudadano ha de ser examinada desde el enfoque de los derechos fundamentales —en particular, de su libertad de conciencia y de religión—, la de los servidores públicos ha de ser pensada desde el mirador de las obligaciones que derivan de sus funciones. En el primer caso, sólo podrá ser rechazada si el Estado logra probar que el reconocimiento de la objeción de conciencia supone una carga excesiva y afecta un interés público apremiante. En el segundo caso se realiza una inversión de la presunción, y el servidor público será quien deberá comprobar que su negativa a realizar un deber exigido por sus funciones no afecta el funcionamiento de su servicio, y más importante aun, no lesiona los derechos e intereses de los administrados.

4. La objeción de conciencia de los médicos: casos colombianos

Como ya lo mencionamos, la problemática de la objeción de conciencia de los médicos, aun cuando trabajan en el sistema público de salud, es un poco diferente de la de los demás funcionarios, ya que su labor deja mayor espacio a dilemas deon-

Casos difíciles: la objeción de conciencia del médico y del juez... / 95

tológicas. Pero su objeción de conciencia no ha de ser entendida como un derecho absoluto, sino al contrario, debe ser fuertemente limitado en aras de la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En la materia, Colombia tiene una situación caracterizada por la existencia de un alto número de objetores de conciencia, lo cual obstaculiza, en la práctica, el acceso de las mujeres a sus derechos sexuales y reproductivos. En 2006, la Suprema Corte despenalizó el aborto en caso de violación, de peligro para la salud de la madre, y de malformaciones graves del feto, y contemplaba la posibilidad de objeción de conciencia individual y directa para los prestadores de salud.¹⁴⁹ Sin embargo, sobre el terreno, serios obstáculos impedían el cumplimiento de la sentencia, en particular la errónea interpretación que se hacía de la objeción de conciencia: instituciones de salud objetoras, profesionales administrativos que alegaban escrúpulos de conciencia para no tratar los expedientes relacionados con abortos, médicos que objetaban de hecho sin formular explícitamente, que no remitían a las mujeres a otro médico no objetor, o incluso que trataban de hacer dirimir a las mujeres de su decisión de abortar.¹⁵⁰

Ante estas dudas y ambigüedades, tres sentencias de la Suprema Corte vinieron a precisar el alcance y las modalidades de la objeción. El primer caso¹⁵¹ hacía referencia a una niña de trece años que había quedado embarazada como resultado de una violación, y que había intentado suicidarse debido a ello. Si bien la fiscalía había autorizado la interrupción del embarazo, la solicitud fue negada por todos los ginecólogos de la ciudad por motivo de conciencia, al considerar que no concordaban las semanas de gestación con la fecha de violación alegada. Apoyándose en este mismo argumento, el juez de tutela no ordenó el servicio,

¹⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-355 de 2006.

¹⁵⁰ Grupo Médico para el Derecho a Decidir, *Negación de servicios por razones de conciencia. Documento de posición*, septiembre de 2012, cit., <http://www.sendasa.org/sites/default/files/ObjecionConciencia.pdf.pdf>.

¹⁵¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-2009 de 2008.

96 / Pauline Capdevielle

obligando a la adolescente a asumir todos los costos, tanto de salud como materiales, de su embarazo. En cambio, la Suprema Corte, al conocer el caso, insistió sobre la obligación ética, constitucional y legal que tienen los profesionales de la salud de respetar los derechos de las mujeres, así como el carácter no delictivo del aborto cuando se presenta una denuncia penal debidamente formulada en caso de violación. Por lo mismo, señaló que los médicos y el personal administrativo no pueden exigir documentos o requisitos adicionales con el fin de obstaculizar la realización del servicio. Respecto de la objeción de conciencia, además de recordar los principios afirmados en la sentencia de 2006, el juez indicó que la objeción de conciencia debe presentarse de manera individual en un escrito en el que se expongan debidamente los fundamentos, y no simplemente la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto. Finalmente, señaló que el sistema de seguridad social debe garantizar un número adecuado de proveedores habilitados para prestar los servicios de interrupción de un embarazo.

El segundo caso¹⁵² involucraba una joven de diecinueve años, con una incapacidad física y mental severa, que cruzaba un embarazo de dieciocho semanas cuando su madre lo notó e interpuso una solicitud de interrupción de embarazo frente a su médico tratante, éste se negó a realizar la intervención, esgrimiendo que no era posible saber si el embarazo resultaba de una violación. Al ser impugnada su negativa, el médico justificó su actuación con motivos de conciencia. Sin embargo, tanto la Suprema Corte como el Tribunal Nacional de Ética Médica resolvieron que no había cumplido con los requisitos establecidos por la sentencia de 2006 para declararse objetor, al no haber hecho pública su posición, y al no haberla orientado hacia otro médico no objetor. Consideraron que había vulnerado los derechos a la integridad, a la salud, a la autonomía y a la intimidad de la joven, al negarle de forma injustificada la prestación del servicio. En la sentencia del Tribunal Supremo, el

¹⁵² *Ibidem*, sentencia T-946 del 2 de octubre de 2008.

Casos difíciles: la objeción de conciencia del médico y del juez... / 97

juez subrayó que la objeción de conciencia no es un derecho absoluto, sino que es limitado por el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Finalmente, señaló que los actores del sistema de salud tienen la obligación de contar con un listado de proveedores públicos y privados que estén efectivamente disponibles para el servicio.

El tercer caso¹⁵³ era relativo a una mujer que tenía 23 semanas de embarazo cuando recibió la noticia de que se hijo no sobreviviría más allá del parto, al sufrir de una malformación severa de los huesos. En esta ocasión, fue informada de su derecho a abortar; sin embargo, al presentarse ante un médico, se le exigió como requisito previo una orden judicial para proceder a la interrupción de embarazo. El primer juez que recibió el caso se declaró objetor de conciencia, lo que retrasó la emisión de la orden judicial hasta la semana 31 de embarazo. En este caso, la Corte Constitucional determinó varios principios de actuación de los poderes públicos entre los cuales podemos destacar: 1. Los proveedores de salud no pueden exigir requisitos adicionales a los que fueron contemplados en la sentencia de 2006 que impliquen una carga desproporcionada y arbitraria a las mujeres, tal como una orden de autoridad judicial; 2. Las mujeres que se encuentran en las situaciones amparadas por la sentencia de 2006 deben gozar del derecho a decidir de manera libre de presión, coacción, apremio, manipulación respecto de su derecho a interrumpir su embarazo; 3. Los servicios de interrupción de embarazo deben estar disponibles en todo el territorio nacional y en todos los niveles de complejidad que lo requieran; 4. Está prohibido elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales a las establecidas en la sentencia de 2006, en particular realizar juntas médicas, de revisión o de aprobación por auditores que generan tiempos de espera injustificados, alegar objeción de conciencia colectiva que ocasionaría, a su vez, objeciones de conciencia institucional, así como suscribir pactos para negarse a practicar una interrupción de embarazo;

¹⁵³ *Ibidem*, sentencia T-388 de 2009.

98 / Pauline Capdevielle

5. Sólo el personal médico que interviene de manera directa en el servicio puede objetar. Se excluye el personal que solamente realiza labores preparatorios y que participe en fases de recuperación; 6. La objeción de conciencia debe manifestarse por escrito y contener las razones de naturaleza moral que impidan al médico interrumpir un embarazo, en particular, están prohibidos formatos generales de tipo colectivo, y finalmente, 7. Las personas que ostentan voluntariamente la calidad de autoridades judiciales no pueden alegar motivos de conciencia para dejar de cumplir una norma que fue adoptada de conformidad con los principios constitucionales, y que goza, por lo tanto, de legitimidad. Las autoridades judiciales están obligadas no sólo a emitir un fallo, sino a hacerlo de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales sentados por el Tribunal Supremo.

Asimismo, la única forma para que las objeciones de conciencia de los médicos no vulneran los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres es una regulación estricta de la actuación de los proveedores de salud, especialmente cuando la objeción deja de ser la excepción para convertirse en la norma. Al respecto, es menester señalar que la estrategia del juez colombiano se ejerce en dos direcciones. En una primera, busca regular la objeción de conciencia a nivel individual, recordando las responsabilidades éticas y legales que pesan sobre el proveedor de salud, en particular, a exigirle su registro como objetor con base en argumentos serios y firmes. Por otro lado, ataca la visión macro del problema, exigiendo de las autoridades públicas la disponibilidad de médicos no objetores en todo el territorio nacional, garantizando, asimismo, el acceso sin discriminación de todas las mujeres a su derecho al aborto legal.

5. Objeción de conciencia y principio de igualdad

Más allá de la tragedia que constituye la negación de un servicio de aborto en cada historia personal, esta problemática se inscribe también en el nivel estructural de las asimetrías de po-

Casos difíciles: la objeción de conciencia del médico y del juez... / 99

der, ya que como lo señalaba Marcelo Alegre en un trabajo reciente dedicado al tema,¹⁵⁴ la objeción de conciencia de los médicos afecta directamente la posibilidad para las mujeres de acceder a su derecho a practicarse un aborto, especialmente cuando se encuentran en situación de pobreza y contextos rurales.¹⁵⁵ En este sentido, la libertad de algunos puede vulnerar la autonomía de otros, situación de particular gravedad tratándose de grupos estructuralmente discriminados como las mujeres y las personas empobrecidas.¹⁵⁶ Se entiende aquí, por lo tanto, el principio de igualdad en sentido amplio, desde una perspectiva estructural, que toma en cuenta las condiciones históricas, sociales, políticas y económicas que definen la vida de un colectivo o grupo social. Esta situación de desventaja se traduce en un déficit de acceso a los derechos y garantías tutelados por el orden jurídico, además de incrementar la vulnerabilidad de estas personas ante los abusos de autoridad de los servidores públicos. En este sentido, el caso de la niña Paulina, expuesto en la sección anterior, es revelador de las dificultades que enfrentan las mujeres de bajos recursos en hacer valer sus derechos, al no poder acudir al sistema privado de salud y al quedar a merced de la arbitrariedad de algunos servidores públicos.

En este contexto, y si bien existe un consenso en torno al reconocimiento de los escrúpulos de conciencia de los proveedores de salud en materia de aborto, la objeción de conciencia de los médicos debe ser fuertemente regulada para permitir a todas las mujeres gozar de la plena autonomía que le reconoce el marco constitucional. En particular, es necesario limitar la posibilidad de objetar a las personas que no participan de forma directa en el procedimiento, tal como los agentes administrativos o incluso los farmacéuticos. Últimamente, se han docu-

¹⁵⁴ Alegre, Marcelo, "Opresión a la conciencia: la objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva", <http://www.diariofemenino.com.ar/documentos/La%20Objecion%20de%20conciencia.pdf>.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 10.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 15.

100 / Pauline Capdevielle

mentado varios casos en los cuales un farmacéutico se niega a vender medicamentos abortivos, incluso, en algunos casos, anticonceptivos, como la píldora del día siguiente.¹⁵⁷ De esta manera, el problema debe ser atacado desde dos perspectivas diferentes. La primera, la que hemos desarrollado a lo largo de este trabajo, pugna a favor de una fuerte regulación de las objeciones de conciencia: declaración expresa del objetor, obligación de remitir a otro médico y de dar información veraz y objetiva, obligación de proceder al aborto en caso de emergencia, e incluso, como lo señala la legislación colombiana, cuando el médico es el único profesional con capacidad de brindar el servicio y/o no sea posible la referencia oportuna a un prestador no objetor.¹⁵⁸ La segunda perspectiva reside en la obligación del Estado en asegurar las condiciones efectivas de vigencia del derecho legal al aborto, al asegurarse de la disponibilidad de médicos objetores en todas las instituciones públicas de salud, en todo el territorio nacional, especialmente en las zonas pobres y marginalizadas.

Por su lado, la problemática relativa a la objeción de conciencia al matrimonio entre personas del mismo sexo obedece también a cuestiones de igualdad y no discriminación en sentido sustancial y estructural, al constituir la comunidad LGBTI un grupo históricamente discriminado. Por tal razón, varias decisiones judiciales sobre este tema (o sobre contratos civiles que abren derechos similares al matrimonio) han confrontado

¹⁵⁷ Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desestimó el recurso de dos farmacéuticos que se negaban a dispensar anticonceptivos. El tribunal consideró que el artículo 9o. de la Convención Europea de Derechos Humanos no contemplaba la posibilidad de oponerse a los mandatos jurídicos por razones de conciencia, ni tampoco el legislador francés había previsto una cláusula de conciencia respecto del deber de dispensación de medicamentos. Señaló, además, que la distribución de anticonceptivos no es asimilable a medicamentos abortivos. Decisión sobre admisibilidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *As. Pichon y Sajous vs. Francia*, 2 octubre de 2001.

¹⁵⁸ Decreto Reglamentario 4444 de 2006 y Norma Técnica para la Atención de la Interrupción Legal del Embarazo, Resolución 4905 de 2006.

Casos difíciles: la objeción de conciencia del médico y del juez... / 101

la libertad de conciencia del servidor público con el alcance del principio de igualdad y principio de no discriminación. El 15 de enero de 2013, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos resolvió cuatro controversias relativas al ejercicio de la libertad de conciencia y de religión en el marco de las relaciones laborales.¹⁵⁹ En los dos primeros casos, empleados británicos habían sido despedidos por haberse negado a quitar la pequeña cruz que colgaba de sus cuellos. En el caso de la señora Eweida, una empleada de British Airways, la Corte consideró que su derecho a la libertad de conciencia y a la religión había sido vulnerado, ya que sus colegas estaban autorizados a portar velos islámicos y turbantes sobre sus uniformes. Respecto a la señora Chaplin, enfermera, la Corte resolvió que el hospital donde trabajaba podía legítimamente exigir que se quitara todo colgante por motivos de seguridad e higiene, y que por ello no habían sido conculcados sus derechos. Los dos otros casos hacían referencia, por otra parte, a dos empleados que se habían negado a cumplir parte de sus funciones en razón de sus convicciones morales y religiosas sobre la homosexualidad. En el primero, la señora Ladele, empleada municipal, se había negado a registrar un contrato de unión civil de una pareja homosexual; en el segundo, el señor McFarlane, consejero conyugal, había emitido dudas ante su jerarquía respecto de su capacidad personal para aconsejar parejas del mismo sexo. En ambos casos, la Corte consideró que la objeción de conciencia de los empleados era una manifestación de su libertad religiosa protegida por la Convención Europea de los Derechos Humanos; sin embargo, desestimó el recurso, considerando que las sanciones perseguían el objetivo legítimo de luchar en contra de las discriminaciones por motivo de orientación sexual.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Eweida et autres c. Royaume Unis*, núm. 48420/10, núm. 59842/10; núm. 3651/10.

¹⁶⁰ Puppinck, Grégor, "Homosexualité: la politique de *non-discrimination* peut prévaloir sur le droit individuel à la *liberté de conscience*", publié dans *L'Homme Nouveau*, 1535, 2 février 2013 sous le titre "Europe: La liberté religieuse versión

102 / Pauline Capdevielle

En 2011, un juez canadiense había dado una solución parecida.¹⁶¹ Los hechos eran los siguientes: tres comisionados a los matrimonios (*marriage commissioners*) del estado de Saskatchewan se habían negado por motivos religiosos a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo. Frente a su reclamo, las autoridades de la entidad federativa habían adoptado dos enmiendas para proteger la libertad religiosa de sus empleados, y, asimismo, exonerarlos de su deber. Sin embargo, la Corte de apelación invalidó las enmiendas al considerar que no estaban conformes con la Carta de Derechos y Libertades, la cual prohíbe la discriminación por motivos de orientación sexual. El juez consideraba que el papel de los comisionados era fundamental en el sistema matrimonial canadiense, ya que generalmente las confesiones religiosas no acceden a casar a aquellas parejas.¹⁶² Por lo tanto, el apego de la ley por parte de los comisionados era la única forma para las parejas del mismo sexo de contraer matrimonio. Además, el juez calificaba de “ofensiva” a la negativa de los comisionados para las parejas,¹⁶³ y la adopción de las enmiendas, de “retrógrada”, ya que tenían como consecuencia perpetuar la marginalización histórica y los tratos discriminatorios hacia la comunidad homosexual.¹⁶⁴ Al analizar la relación costo-beneficio de las enmiendas, el juez consideraba que el

Cour Européenne, http://www.academia.edu/2532820/Homosexualite_la_politique_de_non-discrimination_peut_prevaloir_sur_le_droit_individuel_a_la_liberte_de_conscience.

¹⁶¹ Affaire intéressant les commissaires aux mariages nommés en vertu de la Loi de 1995 sur le mariage, L.S. 1995, c. M-4.1, et un renvoi par le lieutenant-gouverneur en conseil à la Cour d'appel en vertu de la Loi intitulée The Constitutional Questions Act, R.S.S. 1978, c., C-29, http://ctdj.ca/index.cfm?Repertoire_No=2137989513&Voi=menu&M=3664.

¹⁶² De hecho, el juez confirmó, en respuesta a la pregunta del gobierno federal, que la libertad de religión protege a las autoridades religiosas de la obligación de celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo. Cabe mencionar que en Canadá el matrimonio religioso tiene efectos civiles. Tribunal Suprême, 2004, Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, 3 R.C.S. 698, 2004, CSC 79.

¹⁶³ *Ibidem*, párrafo 42.

¹⁶⁴ *Ibidem*, párrafo 45 y 95.

Casos difíciles: la objeción de conciencia del médico y del juez... / **103**

prejuicio más importante era la afectación al principio de igualdad, lo cual exige del Estado un mismo trato hacia todos los individuos, sin distinción de raza, sexo, religión u orientación sexual. Señalaba que las personas que habían escogido ocupar el puesto de comisionado a los matrimonios no podían esperar moldear directamente su interacción con el público para hacerlo conforme con sus creencias personales. Concluía que en este caso la libertad religiosa debía ceder indudablemente ante el interés público general.