

Objeción de conciencia e imposiciones ideológicas: el Mayflower a la deriva*



Gabriel Mora-Restrepo**

Universidad de La Sabana, Bogotá, Colombia

Fecha de recepción: 25 de mayo de 2011

Fecha de aprobación: 23 de agosto de 2011

RESUMEN

En este artículo se aborda el problemático y zigzagueante desarrollo de la objeción de conciencia en el marco de la jurisprudencia constitucional colombiana. A partir de una alusión histórica al famoso caso de los “Peregrinos del Mayflower”, que servirá de referencia a los problemas centrales que enfrenta el objetor, se busca delimitar el ámbito de la objeción de conciencia como derecho fundamental (como pretensión de justicia iusfundamental) en razón de las posibilidades “fácticas” y “jurídicas” para su ejercicio, para lo cual se hará un sumario contraste entre los más representativos casos fallados por la Corte Constitucional Colombiana. El núcleo del artículo lo constituye la idea de que existe una prevalencia ideológica que, injustificadamente, hace difícil y, en algunos casos, nugatorio el ejercicio del derecho a objetar en conciencia, particularmente cuando se trata del derecho a la vida en el denominado caso del aborto.

Para citar este artículo: Mora-Restrepo, Gabriel, “Objeción de conciencia e imposiciones ideológicas: el Mayflower a la deriva”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 13, (2), pp. 249-273.



* Este artículo hace parte de la línea de investigación “Interpretación constitucional y razonamiento práctico”, adscrita al grupo de investigación “Justicia, Ámbito Público y Derechos Humanos”, de la Universidad de La Sabana. El autor agradece los invaluable aportes de los profesores Vicente Prieto, Fernando Toller, Iván Garzón y Vicente Benítez, del médico Carlos Gómez y de los abogados Daniel Toro y Andrés Balcázar. Una primera versión fue presentada en el *II Congreso de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, organizado por la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Bogotá, Hotel Dann Carlton, marzo 16 de 2011.

** Doctor en Derecho, Universidad Austral (Argentina). Director de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana (Colombia); profesor de Teoría del Derecho y Fundamentos Antropológicos del Derecho Constitucional en la Universidad de La Sabana. Correo electrónico: gabriel.mora@unisabana.edu.co

Palabras clave: objeción de conciencia, razón práctica, aborto, derecho a la vida.

Conscientious Objection and Ideological Impositions: the Drift of the Mayflower

ABSTRACT

This article discusses the problematic and evading development of conscientious objection in the context of the Colombian constitutional jurisprudence. From a historical allusion to the famous case of the “Mayflower Pilgrims” –which serve as a reference to the central problems that faces the objector–, it seeks to define the scope of conscientious objection as a fundamental right (as a fundamental justice claim) in regard to the “factual” and “legal” possibilities for its exercise, for which there will be a brief contrast between the most representative cases decided by the Colombian Constitutional Court in such matter. The core of the article is the idea that there is an ideological prevalence that, unjustifiably, makes it difficult and in some cases denies the exercise of the right to object in consciousness, particularly when it comes to the right of life in regard to the abortion case.

Key words: conscientious objection, practical reason, abortion, right to life.

Objecção de consciência e imposições ideológicas: O Mayflower à deriva

RESUMO

Neste artigo se aborda o problemático e ziguezagueante desenvolvimento da objeção de consciência no quadro da jurisprudência constitucional colombiana. A partir de uma alusão histórica ao famoso caso dos “Peregrinos do Mayflower”, que servirá de referência aos problemas centrais que enfrenta o objetante, se procura delimitar o âmbito da objeção de consciência como direito fundamental (como pretensão de justiça iusfundamental) em razão das possibilidades “fáticas” e “jurídicas” para se exercício, para o qual se fará um sumário contraste entre os mais representativos casos, sentenciados pela Corte Constitucional Colombiana. O núcleo do artigo o constitui a idéia de que existe uma prevalência ideológica que, injustificadamente, faz difícil e em alguns casos insidioso o exercício do direito a objetar em consciência, particularmente quando se trata do direito à vida no denominado caso do aborto.

Palavras Chave: objeção de consciência, razão prática, aborto, direito à vida.

INTRODUCCIÓN

Hoy damos muy a menudo por sentado que el derecho constitucional es una ciencia o rama del Derecho encargada de –por tomar una clásica y conocida definición del profesor francés André Hauriou– “encuadrar jurídicamente los fenómenos políticos”.¹ Y es verdad que el derecho constitucional ha sido eso, al menos en parte: la rama del Derecho cuya función primordial ha consistido en encausar jurídicamente la política, racionalizar las relaciones del poder, establecer talanqueras y límites a los poderosos.

Pero no estaría del todo comprendido el derecho constitucional si no tomamos en consideración que, al lado de las definiciones clásicas, aparece también un dato recurrente y constatable, que apunta a que se trata de un derecho forjado al amparo de incontables persecuciones, encarcelamientos y guerras, un derecho que también ha sido escrito con sangre.² Desde esta perspectiva, el constitucionalismo puede consistir en una suerte de movimiento –más bien episódico y no necesariamente lineal– de tipo revolucionario, inconforme, contestatario, cuyos integrantes han estado dispuestos a darlo todo, incluida sus vidas, para alcanzar la libertad, o un mejor futuro, o una forma legítima de gobierno, o el goce pleno de sus bienes básicos y fundamentales.

Los problemas que circundan la denominada *objeción de conciencia* pertenecen a este grupo, por decirlo así, perturbador, del constitucionalismo. En lo que sigue se hará una breve reflexión sobre el caso de los “Peregrinos del Mayflower” y algunas referencias puntuales a *Antígona*, con el propósito de delimitar los temas centrales de la objeción de conciencia desde la perspectiva personal del objetor. Posteriormente, se pasa a hacer un recuento de algunas de las principales decisiones que la Corte Constitucional ha tomado sobre el tema, para luego centrar la atención en el denominado caso del aborto, como representativo de las tensiones que surgen entre las decisiones judiciales y la pretensión de justicia iusfundamental del objetor en conciencia. El artículo concluye en punta, en alusión al carácter aún inconcluso del derecho fundamental a objetar por razones de conciencia en casos sobre lo que Finnis llama “absolutos morales”, sujeto por lo pronto a los vaivenes ideológicos del juez constitucional de turno.



¹ Hauriou, André, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, trad. J. A. González Casanova, Ariel, Barcelona, 1980, p. 21.

² Se trata de una perspectiva de análisis que, desde luego, no es obviada en los tratados de derecho constitucional, aunque su énfasis esté puesto más en el costado de la racionalidad del Derecho y su interrelación con el poder político, para extraer de allí “equilibrios” y “derechos individuales”.

1. UNA HISTORIA EN UN TIEMPO LEJANO

Uno de esos episodios lo constituyó el viaje de los llamados “Peregrinos del Mayflower”, quienes fundaron una de las primeras colonias de ingleses en Norteamérica, en 1620. En los manuales de derecho constitucional, este evento no suele acaparar más de uno o dos párrafos, en los que simplemente se hace alusión al legendario y conocido “Pacto del Mayflower”, que, con alguna prisa, vino a constituir el sello original de las instituciones americanas, además de hacerse notar el origen remoto de la fiesta de Acción de Gracias.³

Se trata, sin embargo, de una excepcional historia que comienza trece años atrás, en 1607, cuando una pequeña comunidad de cristianos separatistas se vio forzada a practicar sus creencias religiosas de manera secreta, en medio de persecuciones auspiciadas por el propio monarca y sus tribunales.⁴ Acosados, multados, colgados, encarcelados o vigilados de día y de noche, y habiéndolo perdido todo, se vieron obligados a salir secretamente hacia los Países Bajos, pues “habían escuchado” –como lo relata William Bradford en *History of Plymouth Plantation*– que allí, en Holanda, “había libertad religiosa para todos los hombres”.⁵

Son estos sueños de libertad, en cualquiera de sus manifestaciones, de vivir una vida tranquila, de tener hijos y educarlos como la gente a bien tiene, de tener creencias, religiosas o de otra índole, sobre los asuntos más importantes de la vida, lo que tantas veces ha movido a los seres humanos a realizar actos como el de estos peregrinos. Algunas veces son actos en los que se decide emigrar. Otras veces, en cambio, son actos de resistencia, de aguante. Siempre, sin embargo, son actos heroicos que están motivados por



³ La obra clásica de Luis Sánchez Agesta aborda el punto en estos términos: “[U]n centenar de disidentes religiosos de la Iglesia Anglicana se embarcan en el Flor de Mayo, en busca de un ambiente de mayor tolerancia, en septiembre de 1620, en ruta hacia la colonia de Virginia; el azar de los mares les hace arribar a un punto distante donde fundarán una nueva colonia, Plymouth, de vida poco duradera, pero cuya organización sellará las instituciones americanas. Fueron los ‘peregrinos’ (*pillgrims*) del Flor de Mayo quienes, por vez primera, fijaron en un *covenant* (pacto) la base de su gobierno y establecieron la igualdad y el acuerdo como fundamento de su vida política. Puede decirse, en cierto sentido, que el Flor de Mayo es a la historia americana lo que la Carta Magna es a la historia constitucional inglesa”. *Curso de derecho constitucional comparado*, 7ª edición, Universidad Complutense, Madrid, 1988, p. 172.

⁴ Cf. Bradford, William, *History of Plymouth Plantation* [1620-1647], s. e., edición privada a cargo de Ch. Deane, Boston, 1856, [I], pp. 10-11. Se sigue la versión disponible en Google (<<http://books.google.com>>): <<http://books.google.com/books?printsec=frontcover&dq=history%20of%20plymouth%20plantation&ei=2VOJTZOI0m4tweppYjuDQ&ct=result&id=BP94AAAAMAAJ&output=text&pg=PR1>>. Las referencias entre corchetes pertenecen al capítulo de la obra, seguida de la página según la edición. La obra de Bradford (segundo Gobernador de la Colonia de Massachusetts) fue escrita en forma de diario, o recuento, sobre la historia que siguió la persecución a los peregrinos y los primeros años de fundación y consolidación de la Colonia, en la que fue un singular testigo.

⁵ Cf. *ibid.* “*Yet seeing them selves thus molested, and that ther was no hope of their continuance ther, by a joynte consente they resolved to goe into the Low-Countries, wher they heard was freedome of Religion for all men; as also how sundrie from London, and other parts of the land, had been exiled and persecuted for the same cause, and were gone thither, and lived at Amsterdam, and in other places of the land*”.

situaciones extremas que se caracterizan por violentar los bienes o valores más preciados de la existencia humana.

Los peregrinos del Mayflower salieron a Holanda obligados por Jacobo I y sus imposiciones sobre la uniformidad de una creencia. La historia enseña que años más tarde, mientras intentaban rehacer y acomodar sus vidas en esa tierra extranjera, el propio rey desencadenó una nueva persecución en su contra, porque presumía que desde allí, desde Holanda, los separatistas lanzaban panfletos que amenazaban “la pureza ideológica” de su reino.⁶

Este es un aspecto que se debe resaltar: quien impone su voluntad y dominación, y las lleva más allá de los naturales y razonables límites de la obediencia legítima, está convencido de que la estabilidad política se asienta en una creencia institucionalizada y en la posesión de una verdad expresada por los cauces oficiales y formalmente establecidos. Equivale a decir: “Debes pensar como yo pienso, hacer lo que yo pienso y obrar como yo pienso”. Por despotismo o por soberbia, por venganza o, incluso, por sentimientos inconscientes de inferioridad, el rey de Inglaterra sintió que los separatistas amenazaban, no propiamente su reino o su poderío, ni siquiera las propias creencias generalizadas de la sociedad inglesa de comienzos del XVII, sino el entramado ideológico del Estado y la pureza de sus convicciones.⁷

La nueva persecución marcó un momento crucial para los peregrinos. Aunque algunos estaban dispuestos a plantarse ante las órdenes del poderoso –pues tenían serios motivos para morir por causa de un derecho muy superior al inglés y, de hecho, algunos así lo hicieron–, tomaron la firme decisión de no sucumbir y de luchar por la libertad en tierras lejanas del Nuevo Mundo, tierras inexploradas y salvajes, habitadas por caníbales, como se creía en su tiempo y el propio Bradford menciona en sus *Plantaciones de Plymouth*.⁸ Estaban, por encima de todo, resueltos por un propósito serio y una voluntad inamovible: no tener miedo. Esta es una característica, también constante en la historia de la humanidad, de hombres y mujeres que han objetado por razones de conciencia los mandatos de los poderosos, de hombres y mujeres que han conquistado derechos humanos y han rescatado la dignidad perdida: “No siempre debo pensar como tú piensas, ni hacer lo que tú quieres, ni obrar como tú quieres...”; “Porque mis convicciones son buenas, desobedezco.



⁶ Cf. Palfrey, John G., *History of New England (During the Stuart Dynasty)*, Little-Brown and Co., Boston, 1858, *passim* (se sigue la versión disponible en <<http://www.questia.com/PM.qst?a=o&d=81215548>>). El punto concreto alude a la imprenta en que trabajaba uno de los separatistas en Leyden, William Brewster, que es denunciado y perseguido por el embajador inglés en Holanda, Sir Dudley Carleton, en un episodio en 1619: cf. *ibid.*, pp. 141-142, nota al pie.

⁷ Se trata de una actitud constante de Jacobo I, particularmente famosa desde la Conferencia en la Corte de Hampton, en 1604: cf. *ibid.*, pp. 128-130. En referencia directa a los puritanos, sostuvo: “*I will make them conform, or I will hary them out of this land, or else worse*”.

⁸ Cf. Bradford, *History...*, op. cit., pp. 24-25.

Porque existe un bien más alto y un derecho no necesariamente escrito, de mayor vigencia que los decretos de un hombre que los viola”.

Esta actitud de firmeza y, en lo más profundo, convicción de estar obrando por un bien más alto que el de la ley positiva ha constituido una reiterada alusión en los trabajos sobre la objeción de conciencia, en los que se suele evocar la tragedia de Antígona como modelo común que fija parámetros de la actitud que asume un objetor ante los casos más graves de violación de derechos. Antígona, en efecto, había demostrado claramente tal actitud de una voluntad inamovible, sin miedos ni remordimientos, como lo relata el guardia que la apresó: “Nosotros, al verla, nos lanzamos, y al punto le dimos caza, sin que en nada se inmutara. La interrogábamos sobre los hechos de antes y los de entonces, y nada negaba”.⁹

El propio Creonte tiene que soportar esa firmeza, al dirigirse a ella con su acostumbrado desdén:

—Eh, tú, la que inclina la cabeza hacia el suelo, ¿confirmas o niegas haberlo hecho?
—Digo que lo he hecho y no lo niego [... Yo conocía tú decreto]... [y aún así, ya veía, ya, mi muerte]. Sabía que iba a morir, ¿cómo no? —[...].¹⁰

Aunque no sea usual plantearlo de este modo, algunos casos como el vivido por Antígona podrían llevar a considerar que la firme convicción de quien objeta eventualmente se erige en la pieza central del carácter legítimo del bien perseguido. Es decir, en ocasiones es tal el daño proporcionado por una orden jurídica y, consecuentemente, el bien afectado, que la actitud de firmeza del objetor no necesitaría justificarse, al menos expresa o explícitamente. Él está dispuesto a darlo todo, aun su propia vida, sin el titubeo ni las argucias de quien impone las órdenes, sin necesidad de acudir al entramado de razones, explicaciones, evasiones, del poderoso. En su firmeza hay, desde luego, un estado de necesidad y también de cierta locura, pero a la vez un testimonio ante la irracionalidad del poderoso que comete el acto extremadamente injusto. Antígona lo expresa de este modo, ante Creonte:

[...] y si muero antes de tiempo yo lo llamo ganancia. Porque quien, como yo, que entre tantas desgracias vive, ¿cómo no va a obtener provecho con su muerte? Así, a mí no me supone pesar alcanzar este destino. Por el contrario, si hubiera consentido que el cadáver del que ha nacido de mi madre estuviera insepulto, entonces sí sentiría pesar. Ahora, en cambio, no me aflijo. Y si te parezco estar haciendo locuras, puede ser que ante un loco me vea culpable de una locura.¹¹



⁹ Sófocles, *Antígona*, pp. 431-432 (se cita por la edición de la Biblioteca Básica Gredos, Madrid, trad. de A. Alamillo, 2000).

¹⁰ *Ibid.*, pp. 441-443, 460.

¹¹ *Ibid.*, pp. 462-470. Esta disposición a darlo todo, incluso la propia vida, estaba ya anunciada por Antígona desde antes, cuando se lo manifiesta a su hermana Ismene: “Yo lo enterraré. Hermoso será

Bradford alude a esta misma actitud en su diario de las plantaciones de Plymouth: “Con una decisión de coraje”, después de sopesar todos los peligros y dificultades tanto presentes como futuros en América, con la mente y el corazón puestos en la libertad y en Dios, “[f]ue concedido [por todos] que todas las grandes y honorables acciones están acompañadas de grandes dificultades, y deben ser tanto realizadas como sobrepasadas [*overcome*] mediante una respuesta firme [*corajuda*]; porque aunque se ha concedido que los peligros son grandes, [los mismos] no desesperan; las dificultades muchas, pero no invencibles”.¹²

En una de las más citadas alabanzas bíblicas de gratitud a Dios, muchos años después, Bradford quiso encargarse de mostrar esta gesta como un estado de necesidad, promovido por el desespero que causa la imposición de reglas de conducta intrínsecamente injustas, que los llevó a estar disponibles, incluso a desaparecer, por un bien que consideraban supremo.¹³

El final de la historia de los peregrinos es una clara confirmación de lo dicho: ganaron su libertad años más tarde, en el invierno de 1620, cuando arribaron a las costas de Nueva Inglaterra, pagando un precio muy alto. Habiéndolo dejado todo, cruzaron el océano inmenso durante tres meses, sufriendo un mar de calamidades:¹⁴ zarparon en dos barcos, el *Speedwell* y el *Mayflower*, casi ciento veinte, entre peregrinos y marineros, y familias “extrañas” que se les unieron a última hora.¹⁵ A los siete días debieron compactarse en un solo navío, por averías en la cubierta del primero.¹⁶ El *Mayflower* prosiguió solitario, entre tormentas y vientos de costado, que los dejó varios días a la deriva; tocó las costas de Cape Cod para silenciarse otro mes mientras exploraban y encontraban el lugar más apropiado para asentarse.¹⁷ Pasó el invierno y con él pasaron también algo más de la mitad de sus pasajeros: sin alimento, en despoblados, con temperaturas de congelación,

morir haciéndolo. Yaceré con él al que amo y me ama, tras cometer un piadoso crimen, ya que es mayor el tiempo que debo agradecer a los de abajo que a los de aquí. Allí reposaré para siempre”. *Ibid.*, pp. 71-77.

¹² Bradford, *History...*, op. cit., p. 26. La cita en el original está así: “*It was answered, that all great and honourable actions are accompanied with great difficulties, and must be both enterprised and overcome with answerable courages. It was granted the dangers were great, but not desperate; the difficulties were many, but not invincible*”.

¹³ Por ejemplo, la cita del Salmo 107 que concluye el relato de la llegada a tierras americanas, ante lo que habían dejado atrás (“*the mighty ocean which they had passed*”) y todo lo que los separaba de la civilización (“*from all the civil parts of the world*”) y, por supuesto, la incertidumbre ante lo que les venía: “Dejadlos por tanto alabar al Señor, porque él es Bueno, y su misericordia permanece siempre. Sí, dejadlos a quienes el Señor ha redimido, y les muestra cómo los ha liberado de las manos del opresor”: cf. *ibid.*, pp. 79-80.

¹⁴ El relato pormenorizado de la travesía y las dificultades se halla en los capítulos 9 y 10 de la ya citada obra de Bradford (pp. 74-88).

¹⁵ Cf. Palfrey, *History of New England*, op. cit., p. 160.

¹⁶ Cf. Bradford, *History...*, op. cit., pp. 68-69.

¹⁷ Cf. *ibid.*, pp. 76-88.

con hambre y enfermedades desconocidas, debilitados, morían poco a poco solitarios, con esporádicos encuentros, no siempre amigables, con algunas tribus de aborígenes. Había días en enero y febrero de 1621, dice Bradford, a solo un mes de haberse iniciado la construcción de la primera casa, en que morían de a dos o tres, o en los que tan solo seis o siete cuidaban de los enfermos.¹⁸ Morían los amigos, los hijos, los padres, y morían también las esperanzas. En total no eran más de cincuenta para el comienzo de la primavera,¹⁹ quienes pasaron a ser, finalmente, los hombres y mujeres que colonizaron Plymouth.

2. LA IMPORTANCIA DE TODO DERECHO FUNDAMENTAL

En la historia de los peregrinos del Mayflower se reflejan elementos centrales sobre la objeción de conciencia. Es una historia, desde luego, con connotaciones extremas, que incluso podría ser vista como uno de los tantos episodios dramáticos por los que ha atravesado la humanidad: un episodio más, muy grave acaso, pero de un tiempo lejano. Un episodio rápidamente contrastable con nuestro tiempo y nuestro mundo, de democracia constitucional, de garantías plenas, por lo demás escritas, de jueces que velan por nuestros derechos, de votaciones periódicas, de tolerancia y de pluralismo, en fin, un mundo de libertad.

Tiene también, aparentemente, connotaciones extremas si uno compara esos acontecimientos de tanto dolor, por los que atravesaron los peregrinos, con los hechos que usualmente ocupan las páginas de los tratados de derecho constitucional de nuestros días sobre la objeción de conciencia. En muy poco se compara una persecución a un grupo determinado de personas –hecho más propio de los Estados totalitarios y, por ende, de remedios distintos– con los casos particulares, individuales y concretos que ese derecho constitucional de nuestro tiempo acuña para la objeción de conciencia: que si se concede o no el sábado como día de descanso, o se sustituye por otro; que si alguien puede oponerse a la orden de prestar el servicio militar, o si debe prestar un servicio social alternativo; que si existen o no tratamientos médicos diferentes a las transfusiones de sangre; que si juramos ante Dios o ante otra cosa, de buena fe; que si izamos la bandera o cantamos el himno, o si no lo hacemos, etcétera.

Son situaciones que, por lo demás, están llamadas a resolverse por la vía de la racionalidad jurídica, tan propia de nuestro mundo contemporáneo



¹⁸ Cf. *ibid.*, p. 91.

¹⁹ Cf. *ibid.*

y tan distinta de aquellas otras épocas de las arbitrariedades de los poderosos, de las órdenes respaldadas por amenazas y de los juicios kafkianos. Hoy –se repite por todas partes– reina la ponderación, la razonabilidad, la existencia de novedosas reglas de interpretación jurídica, las constituciones escritas y los jueces capacitados para solventar las disputas que sobre estos y otros casos se susciten. Se debe reconocer, por supuesto, que en el Derecho existen, como en todo ámbito de la razonabilidad práctica, matices y distinciones, casos fuertes y no tan fuertes, zonas grises y claras, que es bueno no dejar de lado a la hora de hablar de un tema tan importante como el de la objeción de conciencia.

Pienso, con todo, que lo descrito en los párrafos anteriores, con todas esas diferenciaciones y distinciones, no debería hacernos perder de vista las semejanzas y similitudes, y sobre todo la perspectiva propiamente personal, de cualquiera de los casos en que alguien reclama el ejercicio de un derecho y se excusa del cumplimiento de una obligación jurídica sancionada por el Estado, aun por el Estado de nuestro tiempo. Es decir: que una persona alegue, sinceramente, principios superiores para excusarse de prestar el servicio militar, o no someterse a transfusiones de sangre, o presente objeciones para no trabajar o estudiar un día específico de la semana, constituye desde su perspectiva lo que los expertos en argumentación jurídica podrían denominar como *pretensión de justicia iusfundamental*, esto es, como un reclamo sobre un derecho que es formulado sobre la base de i) ser (o pensar) que es un derecho fundamental y, así mismo, ii) presuponer (y creer sinceramente), que ese derecho puede ser sustentado y captado como tal por cualquiera que atienda seriamente a su formulación.²⁰

Acá no debemos desviar la atención por el hecho de que esta pretensión sea posteriormente negada porque se demuestre que es errónea, o porque existan otras razones para su legítimo desplazamiento. Lo verdaderamente importante es la relevancia que tienen los derechos fundamentales en el contexto general de las personas y el particular de cada una, la significación que todo bien o valor humano básico le representa, al margen de que su violación sea producida por un gobernante despótico, por un Estado totalitario o por un juez constitucional de una democracia pluralista.

Quizá valdría más bien llamar la atención al trato a veces exageradamente superficial y rápido, o exageradamente dogmático, cientificista y



²⁰ Asumo parcialmente la perspectiva de Robert Alexy sobre la pretensión de corrección o fundamentabilidad (cf. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. al castellano de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 206-208), aunque agregando un reclamo eventual de *objetividad* del derecho alegado por el objeto. Sigo en esto último las explicaciones de John Finnis, en *Ley natural y derechos naturales*, trad. al cast. de C. Orrego, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 84.

avalorativo, como en ciertas obras de derecho constitucional son abordados los casos sobre derechos fundamentales. Por más insignificante que nos parezca, señalaba Thoreau en el siglo XIX, todo acto de reclamo sobre derechos es algo más que un problema de inconstitucionalidad.²¹ Es un reclamo moral y así debiera ser visto, con toda la seriedad posible y con todo el concurso de nuestra atención: a los juristas debiera importarnos muchísimo no solo los episodios históricos de la esclavitud o de las persecuciones, sino también los reclamos individuales que, por ejemplo, un estudiante formula cuando siente que no puede ni debe ir a una clase los días de precepto religioso.

Así pues, estas diferencias, siendo tan claras en cuanto a sus contextos históricos, no pueden tornar superflua ni aminorar la relevancia que para una persona o grupo de personas constituye su núcleo de creencias y sus principios de vida, sus propios proyectos y su modo de comprender el mundo, sus relaciones con otros, sus responsabilidades familiares, o sus deberes éticos o religiosos.

3. LAS POSIBILIDADES REALES DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: ALGUNOS EJEMPLOS EN EL DERECHO COLOMBIANO

Sentado lo anterior, valdría la pena ahora preguntarnos si, de todos modos, es posible afirmar diferencias alrededor de *las posibilidades fácticas y jurídicas* que un caso de objeción de conciencia posee como garantía iusfundamental, para dar cuenta y concluir que, eventualmente, sí puede haber una mayor gravedad en el episodio que circunda a los peregrinos, que los hasta ahora mencionados ejemplos de objeción de conciencia en nuestros días. Entre paréntesis, se habrá notado que he dejado por fuera de esos ejemplos, por ahora, el importante y central caso del aborto; la introducción de la siguiente explicación podrá dar cuenta del porqué de esta omisión, deliberadamente asumida hasta este punto.

La introducción de las categorías “posibilidades fácticas y jurídicas” es crucial para mostrar ese contraste y la mayor o menor gravedad de situaciones en que se comprometen derechos fundamentales. Con dichas categorías



²¹ La cuestión es tratada por Henry D. Thoreau, con su acostumbrado tono ácido, en “La esclavitud en Massachusetts”, en *Desobediencia civil y otros escritos*, trad. de M. E. Díaz, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1999: “Me gustaría que mis compatriotas consideraran que cualquiera que sea la ley humana, ni un individuo ni una nación pueden cometer el menor acto de injusticia contra el hombre más insignificante, sin recibir por ello un castigo” (p. 64); “Siento decir que dudo mucho que haya un juez en Massachusetts dispuesto a renunciar a su cargo y a ganarse la vida con honradez, cada vez que se le pide que dicte sentencia siguiendo una ley contraria a la ley de Dios [...] Los jueces y los abogados –dentro de sus funciones, quiero decir– y todos los hombres con responsabilidad, tratan este caso de un modo muy burdo e incompetente. No consideran si la Ley de Esclavos Fugitivos es justa, sino únicamente si es lo que ellos llaman *constitucional*” (p. 71).

se alude a los espacios propiamente fácticos, permitidos jurídicamente, que posibilitan al objetor en conciencia actuar en otro sentido –y, por lo tanto, respetando su propia conciencia–, aunque cumpliendo al mismo tiempo un deber legal que sustituya de alguna manera el mandato original requerido. Se trata, así, de *alternativas* concedidas por el legislador o el juez para el cumplimiento de la obligación.

La historia que rodea el Mayflower es característica de una eliminación directa y sistemática de los derechos de los peregrinos, como consecuencia de una imposición o directriz que no brindaba ni quería brindar espacios diversos (alternativos) para su manifestación y ejercicio jurídico concreto. Se da en un contexto en el que, por su carácter extremo y radicalmente nugatorio de cualquier posibilidad fáctica y jurídica de ejercicio, condiciona las propias opciones de vida y de realización personal de los afectados. Las opciones quedan reducidas a “morir o emigrar”, “callar o esconderse”, “ir a la cárcel o pagar las multas”. Son opciones desde luego trágicas, cuya única explicación racional está dada por la circunstancia de vivir en el momento inapropiado, i. e., ante el gobernante inapropiado que impone un mandato de exclusividad: “Debes actuar como yo quiero, hacer lo que yo quiero y creer lo que yo quiero”.

En este esquema, la diferenciación con los casos usualmente tratados en nuestro Derecho es bastante clara, aun frente a temas en los que la objeción de conciencia solía ser rechazada. Si uno mira la evolución, por ejemplo, de la objeción de conciencia en materia de servicio militar obligatorio, de inmediato advierte la preocupación del juzgador por mostrar alternativas que hagan posible el cumplimiento de un deber social y el no cumplimiento correlativo de la obligación específica por parte del objetor. Esto puede ser comprobado en sentencias muy tempranas de la Corte Constitucional, como la T-224 de 1993 o la T-363 de 1995.²² Y con mayor razón, la más reciente sentencia al respecto, la C-728 de 2009, en la que se muestra un importante avance en el reconocimiento propiamente dicho de la objeción de conciencia en materia de servicio militar obligatorio, lo cual manifiesta, a todas luces, el carácter diferencial con la trágica situación de los peregrinos.²³ En esta sentencia



²² En la primera sentencia (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-224 de 1993, magistrado ponente –en adelante M. P. Vladimiro Naranjo), la Corte establece que, si bien el sentido del servicio es en sí inobjetable, “si llegare a existir objeción de conciencia –condicionada a que sea admitida por la legislación del respectivo país–, de todas maneras debe establecerse otro servicio análogo, aunque bajo otra modalidad”. Por su parte, en la Sentencia T-363 de 1995 (M. P. José Gregorio Hernández), aunque se rechaza enfáticamente la objeción presentada, la Corte alude a la importancia de examinar, caso por caso, las órdenes impuestas en el servicio militar, y verificar si su contenido “podría llegar a lesionar la libertad de conciencia del subalterno, o conducirlo a violentar sus convicciones”.

²³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-728 de 2009, M. P. Gabriel Mendoza. Afirma la Corte (considerando 5.1.3): “[d]ebe haber un criterio de ponderación que haga énfasis en la consideración de la

se hace claro, por lo demás, que la objeción de conciencia es un derecho fundamental de aplicación inmediata y, por lo tanto, “su goce efectivo (...) puede ser garantizado por el juez de tutela”.²⁴

En materia de transfusiones de sangre, también se advierte un esfuerzo jurisprudencial por sustentar la objeción de conciencia sobre la base de tratamientos médicos alternativos, que no sean contrarios a las creencias religiosas de los objetores,²⁵ aunque limitando la posibilidad –con toda razón– en aquellos eventos en los que la Corte encuentra excepciones justificadas, como son los casos que involucran a menores de edad, o si el tratamiento médico es exigido por una situación de urgencia, o cuando el paciente se halla en estado de inconsciencia.²⁶

En materia de juramento, la cuestión ha sido saldada por la Corte desde una sentencia temprana, la T-547 de 1993, en la que se planteó el carácter no necesariamente religioso o sagrado de este, sino el compromiso de una persona por manifestar la verdad, permitiéndole al objetor la utilización de palabras alternativas que expresaran dicho compromiso.²⁷ En materia de educación, la Sentencia T-588 de 1998 exigió a un profesor a elegir medios de evaluación que no fueran contrarios a las creencias y sentimientos religiosos de los estudiantes y de los padres de familia.²⁸ En fin, un último ejemplo lo encontramos por vía legal, en virtud del Convenio de Derecho Público Interno 2, de 1997, celebrado entre el Estado colombiano y algunas entidades religiosas no

naturaleza del reparo de conciencia, la seriedad con la que es asumido, la afectación que su desconocimiento produce en el sujeto, etc., frente a, por otra parte, la importancia del deber jurídico en relación con el cual se plantea y las circunstancias en las que se desarrolla, aspecto en el que cabe examinar, por ejemplo, la posibilidad de suplir a los objetores en el cumplimiento del deber omitido, o de sustituirlo por otro de similar naturaleza que no plantee conflictos de conciencia a dichos objetores”.

²⁴ Cf. *ibid.*, considerando 6.

²⁵ Véase, por ejemplo, Colombia, Corte Constitucional, sentencias T-659 de 2002 y T-471 de 2005, ambas con ponencia de Clara I. Vargas. En la primera, la Corte argumenta que “[la señora] siendo plenamente capaz, no era dable que a través de una orden impartida por el juez constitucional de tutela se contrariara su voluntad, manifestada por demás en forma consciente y reiterada y *habiendo optado por la opción de que se le aplicara un tratamiento médico alternativo que a su juicio no contrariaba su fe*” (considerando 2, énfasis agregado). En la segunda sentencia, la Corte ordenó a la EPS entregar los medicamentos alternativos al paciente en cuya representación se había objetado una transfusión de sangre.

²⁶ Cf. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-823 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar, considerando 7.

²⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-547 de 1993, M. P. Alejandro Martínez, considerando 4, b): “Por tanto, rendir testimonio, presentar denuncia penal, actuar como perito etc. no deben requerir la exigencia de la manifestación externa del juramento, sino que la persona puede utilizar a cambio del juramento –si su conciencia se lo impide–, otra palabra similar que contenga el valor suficiente para que en caso de ser contrario a la verdad lo manifestado, la persona se pueda ver comprometida en los delitos contra la administración de justicia, consagrados en el ordenamiento penal”. Véase también la Sentencia C-616 de 1997 (M. P. Vladimiro Naranjo) en la que la Corte plantea un argumento similar, esto es, el juramento como un medio de prueba que “propende a aumentar la garantía de veracidad”.

²⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-588 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes, considerando 6: “La Corte reconoce al docente un ámbito autónomo para concretar un objetivo didáctico legítimo, pero considera que la selección del medio debe respetar los sentimientos religiosos de sus alumnos y de los padres de familia”.

católicas, que ha posibilitado a los miembros de la Iglesia Adventista del Séptimo Día guardar el *Sabbath* como día de precepto, bajo el entendido de permitir un acuerdo entre sus miembros y sus respectivos empleadores o instituciones educativas, lo que ha sido suficientemente significativo –salvo por alguna excepción– para que la Corte Constitucional modificara su jurisprudencia a este respecto.²⁹

4. EL SIGNIFICATIVO CASO DEL ABORTO

Como puede verse, en todos los ejemplos mencionados hay una fuerte incidencia de elementos de diferenciación frente a los eventos de extrema injusticia, lo cual, desde luego, no hace sino resaltar el hecho de que hoy no vivimos regidos por un soberano absoluto, sino en un mundo de paulatinas conquistas, que por lo demás son auspiciadas por ese nuevo actor de las democracias constitucionales de nuestro tiempo, como lo es el juez constitucional.

Existe sin embargo una temática específica que exige un tratamiento aparte, como ya lo mencioné de pasada. Se trata del denominado caso del aborto, que tanta discusión genera en nuestro tiempo, acompañada de tantos prejuicios y ciertamente de muchas posiciones. El tema amerita un tratamiento distinto por tres razones: i) por la clase de bien básico que se discute; ii) por la anulación de las posibilidades “fácticas” y “jurídicas” en torno suyo; y iii) por la forma como fueron abordadas las cuestiones mismas de la vida humana y de la objeción de conciencia tanto en la Sentencia C-355 de 2006³⁰ como en la T-388 de 2009.³¹

El primer punto es quizás el más importante y, al tiempo, el más difícil de todos. Se refiere a la obligación moral y jurídica de no atentar directa o deliberadamente contra la vida de una (cualquiera) persona en (uno) o cualquier momento de su existencia. No voy a detenerme aquí en los argumentos y explicaciones que pueden ser y de hecho han sido esbozados para defender el derecho fundamental de la vida del *nasciturus*, o intentar –reiteradamente, como suele hacerse– derrotar cada uno y los múltiples argumentos que los defensores del aborto han esbozado o suelen esbozar para su despenalización.³² En esto hay mucho de “ciencia” y “contraciencia”, de ADN y genética,



²⁹ Cf. Colombia, Corte Constitucional, sentencias T-026 de 2005, M. P. Humberto Sierra, y T-448 de 2007, M. P. Nilson Pinilla. La excepción referida es la Sentencia T-447 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre, que no concedió la tutela a dos ciudadanos de la Iglesia Adventista del Séptimo Día que se negaron a ser jurados de votación un sábado.

³⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006, Ms. Ps. Jaime Araújo y Clara I. Vargas.

³¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2009, M. P. Humberto Sierra.

³² Para un estudio completo del tema, véase Herrera Jaramillo, Francisco, *El derecho a la vida y el aborto*, 2ª edición, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 1999, pp. 106-124 y 180-302.

de religión y moral, y también de política. Incluso, como lo atestigua el debate público en los Estados Unidos de los últimos meses, de millones de dólares, tráfico sexual e, incluso, racismo.³³ También hay mucho de “razón”, al igual que de “voluntad”, esto es, no solo (de) apreciar o rechazar argumentos, sino además (de) querer asumir o no una defensa férrea de la vida humana.

Lo que sí es relevante resaltar es el hecho según el cual la defensa irrestricta de la vida humana constituye, para “millones” de personas en el mundo, un deber moral y jurídico *ineludible*. Acá la expresión “millones” es un simple agregado; pueden ser solo miles, o cientos, o uno solo. John Finnis ha explicado que lo relevante de un deber moral o jurídico *ineludible* está en el carácter o hecho de ser formulado o asumido sin excepciones. Constituye lo que él llama un “absoluto moral”, cuya fuerza reside en el carácter objetivo y evidente del bien defendido y en la inexcusabilidad del actuar en sentido contrario.³⁴

La expresión “no atentar directa o deliberadamente” contra la vida de una persona es relevante porque permite hacer distinciones frente a excusas particulares, como la legítima defensa, o lo que los expertos en ética denominan el voluntario indirecto, esto es, el efecto *no intentado, ni querido, ni buscado*, del acto que produce la muerte de un tercero.³⁵

El caso del aborto está rodeado de elementos de inexcusabilidad para quienes así lo piensan, precisamente porque ninguna de estas distinciones se halla presente en la aniquilación del no nacido, porque los eventos de su despenalización, hoy aceptados en Colombia, conllevan siempre la



³³ Sobre el escándalo, consúltese <<http://liveaction.org/lila-rose>> (particularmente los videos sobre Planned Parenthood: <<http://liveaction.org/blog/full-footage/>>). Sobre la discusión alrededor del negocio de Planned Parenthood, véase Russo, Kara, “Glee: Promoting Planned Parenthood’s Sex Education Agenda”, *LifeNews.com*, marzo 25 de 2011, en <<http://www.lifenews.com/2011/03/25/glee-promoting-planned-parenthoods-sex-education-agenda/>> consulta del 27 de marzo del 2011. Un extracto crucial es este: “From all of the evidence many have seen, Planned Parenthood is not only not about stopping teens from having sex, but it is about encouraging and emboldening teens to have sex, so that Planned Parenthood, in turn, can drum up more business!”. Sobre la relevancia del debate en el Congreso de los Estados Unidos, véase, por ejemplo, Johnson, Douglas, “Now is the Time to End Taxpayer Funding of Abortion”, *Public Discourse. Ethics, Law and the Common Good*, febrero 18 de 2011, en <<http://www.thepublicdiscourse.com/2011/02/2611>> consulta del 19 de febrero del 2011.

³⁴ Cf. Finnis, John, *Ley natural...*, op. cit., pp. 251-253; *Moral Absolutes. Tradition, Revision and Truth*, The Catholic University of America Press, Washington D.C., 1991, *passim*. Que todavía hablemos del carácter objetivo (y evidente) de un bien humano no es, en el análisis de Finnis, otro agregado: cf. *Ley natural...*, op. cit., pp. 96-105 (en contra de los escépticos; para una determinación previa del tema, véase allí mismo pp. 63-66; para un estudio más elaborado, véase, del mismo autor, *Fundamental of Ethics*, Georgetown University Press, Washington D.C., 1983, pp. 56-79, dedicado especialmente a derrotar los argumentos de los escépticos). Denota razones que pueden ser esbozadas de por qué en tantas partes del mundo y en tantas épocas se defiende y se ha defendido la vida humana como valor básico o central (cf. *Ley natural...*, op. cit., pp. 113-118), y explica también el juicio moral que sociedades enteras pueden legítimamente llevar a cabo frente a situaciones en las que deliberada y directamente se ha negado, como el canibalismo, la pena de muerte o el régimen del nacional-socialismo.

³⁵ Cf. Herrera Jaramillo, *El derecho a la vida...*, op. cit., pp. 144-147; para un desarrollo del principio, en relación con el aborto, véase allí mismo pp. 249-257.

eliminación de una persona mediante un acto intencionalmente dirigido a producirlo, o deliberadamente consentido. Aun en lo que algunos plantean como límites de justificación, como serían los casos de malformación incompatible con la vida extrauterina, el hecho de que existan registros médicos de supervivencia de niños pronosticados con anomalías, hace todavía más fuerte el carácter inexcusable y la desproporción de la medida del aborto.

Y en los casos del denominado aborto “terapéutico”, situado en el contexto de su despenalización y no en el contexto del voluntario indirecto, acarrea problemas serios por el grado de afectación del niño (que con toda seguridad se elimina), y la imposibilidad de predecir con plena certeza la curación de la salud de la mujer. Por lo demás, hoy los avances comprobados de la ciencia médica permiten soportar una cada vez mayor opción y posibilidad de curar a la madre, sin afectar al niño:

Hoy –dice Bompiani– ante los rarísimos casos en que se verifican las condiciones de peligro de muerte inminente y de seguro agravamiento de la madre en el transcurso del embarazo –como, por ejemplo, en los casos de cardiopatías graves o de formas neuropáticas crónicas, a las que antes se trataba con la interrupción abortiva–, la medicina está en condiciones de salvar tanto la vida del niño como la de la madre. Hasta el punto de que ahora es fácil hacer una intervención quirúrgica de corazón o recurrir al empleo del riñón artificial durante la gestación, sin que esta tenga que salir perjudicada. Desde 1951 decía el doctor Roy J. Hefferman: “Quien practica el aborto terapéutico, o ignora los modernos métodos que se utilizan para tratar las complicaciones de la gestación o no desea tomarse el tiempo necesario para utilizarlos”.³⁶

Estas consideraciones conducen a plantear, desde un plano estrictamente científico, si el aborto constituye o no un “acto propiamente médico”, sino “contrario a él”, como ha sostenido López Moratalla.³⁷ En efecto, en su calidad de presidenta de la Asociación Española de Bioética y Ética Médica, manifestaba en el 2008 que son suficientemente fuertes, explícitas y conducentes las “razones de ciencia” en la actualidad para oponerse al aborto, razones que profesionales sanitarios pueden compartir desde cualquier credo: “Es la ciencia médica la que eleva su objeción frente a una imposición ideológica”. Más detenidamente, sostiene:

Cuando se despenalizó el aborto en España hace 23 años alguien podría dudar de la existencia de una vida humana individual después de la



³⁶ *Ibid.*, p. 253. La siguiente aseveración de Herrera Jaramillo es crucial para comprender el grado de afectación en conciencia que el aborto acarrea para un defensor del derecho a la vida: “Entonces, ¿qué hacer? La respuesta es sencilla: se deben poner al alcance todos los medios lícitos para lograr salvar no una sola vida, sino las dos, pues ambas son iguales. Lo que jamás podrá hacerse, lícitamente, es instrumentalizar una vida en favor de la otra; eso es algo más injusto, en el sentido estricto de la palabra, que la misma esclavitud”. *Ibid.*, p. 244.

³⁷ Cf. López Moratalla, Natalia, “Objeción de ciencia en la práctica médica”, *Aceprensa*, julio 23 de 2008, en <<http://www.condignidad.org/objecion-ciencia-practica-medica.html>> consulta del 10 de abril del 2011.

fecundación; hoy hay razones de ciencia que impiden la duda. Hace 23 años se podía pensar que tal vez, y en determinadas condiciones, un embarazo ponía de hecho en peligro la vida de una mujer y su salud física. Hoy no hay que recurrir al aborto para tratar las dolencias de la mujer embarazada. Hace 23 años se podía ignorar el peligro que el aborto supone para la salud mental de una mujer; hoy se sabe que el embarazo no genera un problema de salud psíquica en la gestante, mientras que su voluntaria interrupción ha creado ya un aumento espectacular del síndrome post trauma, de graves consecuencias. La asistencia médico-sanitaria se orienta a que el acto médico no cree un riesgo para la salud mayor que el que el paciente ya tiene. Hace 23 años un profesional sanitario podía pensar que “alguien tendría que hacer” los abortos en condiciones higiénicas para evitar que la clandestinidad pusiera en riesgo la vida de la embarazada. Hoy nadie puede tener el poder de obligar a un profesional a realizar abortos para ocupar un puesto en la sanidad pública, so pena de poner en riesgo su carrera y pasar a una especie de clandestinidad profesional. Ya sólo el conocimiento del riesgo para la salud mental de la madre es de por sí suficiente para justificar la objeción de ciencia del profesional sanitario al aborto.³⁸

La alusión a los anteriores casos puntuales y a estas observaciones permiten tomar en consideración un dato crucial: que el carácter inexcusable del objetor no implica necesariamente (aunque suele estar acompañado de) la presencia de motivaciones exclusivamente religiosas. Desde luego, para muchos el derecho a la vida de toda persona, nacida o no, es una cuestión “sagrada”; pero también para muchos es y debe ser “protegida” sin excepciones, digámoslo en sentido “secular” (e incluso ateo y agnóstico),³⁹ porque hace parte del grupo de las evidencias médicas de nuestro tiempo.⁴⁰ Así las cosas, la objeción de conciencia en el caso del aborto acarrea, para el objetor, una seria y rigurosa pretensión de objetividad, de universalidad y por lo demás de evidencia científica.



³⁸ *Ibid.*

³⁹ Véase, a manera de ejemplo, la siguiente organización (con amplias referencias adicionales sobre grupos no religiosos en contra del aborto): <<http://www.godlessprolifers.org/home.html>> consulta del 15 de marzo del 2011. En la Sentencia C-355 de 2006 se planteó, de forma inapropiada, que la objeción de conciencia frente al aborto solo podía estar fundamentada en convicciones religiosas. Esta postura fue luego modificada por la Corte Constitucional en la Sentencia T-388 de 2009 (corroborada luego en la C-728 de ese mismo año), al considerar que también cabían razones “filosóficas” y “morales”, además de las religiosas.

⁴⁰ El conocido genetista Jerome Lejeune manifestó en 1982, ante una comisión del Congreso de los Estados Unidos, lo siguiente: “Ahora podemos decir inequívocamente que la cuestión acerca de cuándo empieza la vida ya no es materia de disputa teológica o filosófica, ya que es un hecho científicamente demostrado. Teólogos y filósofos pueden seguir debatiendo sobre el sentido o propósito de la vida, pero es un hecho reconocido, que toda vida, incluida la vida humana, comienza en el momento de su concepción”. En *Human Life Bill: Hearings before the Subcommittee on Separation of Powers of the Committee of the Judiciary, 97th Congress*, U. S. Government Printing Office, Washington D.C., 1982, 1, p. 13.

Estos elementos de juicio solo pueden ser obviados mediante una categorización o clasificación de seres humanos. Es decir, únicamente pueden ser obviados mediante la idea de que los seres humanos se dividen en diferentes grupos, que se puede ser “más o menos” persona, o que definitivamente hay seres humanos que están excluidos de la personalidad, en tanto que otros no lo están. El *nasciturus* ha sido presentado por los defensores del aborto en el grupo más desventajoso: como no persona, o como persona de menor categoría, o como una persona en “potencia”, o como un “algo” cuya protección va siendo gradual y progresivamente mayor, bien por la apariencia o por la aparición de ciertas funciones, o incluso como una *persona* que puede ser exceptuada del goce de su derecho a la vida en determinados supuestos, como en la violación, y así sucesivamente.⁴¹

En todos los casos está desde luego presente un principio discriminatorio, que conlleva a establecer preferencias en el goce de los derechos humanos. La Corte Constitucional ha optado por esta vía y, más precisamente, por lo que Juan Cianciardo denomina una perspectiva “conflictivista” de estos.⁴² Esa visión es lo que imposibilita plantear, por cierto, aun en nuestros días, núcleos esenciales de los derechos fundamentales, y ciertamente demuestra una de las grandes contradicciones del constitucionalismo contemporáneo, que los afirma mediante un discurso teórico como elementos condicionantes, previos, indisponibles, objetivos y universales, para someterlos luego a una titularidad conflictiva, provisoria, que deben abrirse paso en terrenos pedregosos, en competencia con otros, luchando por sobrevivir en una carrera en la que una dignidad puede verse truncada por la aparición de una dignidad más fuerte (o, quién lo creyera, “más digna”), y sobre todo, por la presencia de una libertad individual como derecho de prevalencia *prima facie*.⁴³ No hay quizá sentencia de la Corte Constitucional colombiana sobre derechos humanos que no exprese –como si se tratara de un sino trágico– un “conflicto”, como si el trasfondo de la vida humana no fuera nada más, pero tampoco nada menos, que confrontación, resabios quizá del contractualismo



⁴¹ Para un estudio completo del tema (y clasificaciones como las anotadas), véase Hoyos Castañeda, Ilva M., *La persona y sus derechos. Consideraciones bioético-jurídicas*, Temis-Instituto de Humanidades de la Universidad de La Sabana, Bogotá, 2000.

⁴² Cf. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Pamplona, 2000. Los defectos del *conflictivismo*, para Cianciardo, radican en las consecuencias que conlleva: la jerarquización y/o la anulación (y postergación en el ejercicio) de los derechos fundamentales. Véase también Serna, Pedro & Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000.

⁴³ Cf. Cianciardo, *El conflictivismo...*, op. cit., pp. 155-157. He abordado la cuestión en mi libro *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, pp. 186-198.

hobbesiano del que tanto ha abrevado la ciencia del derecho constitucional de los últimos siglos.⁴⁴

En este contexto, la objeción de conciencia aparece ciertamente como uno de los resguardos de aquella pretensión de justicia iusfundamental de la que se hablaba anteriormente, proclamada por el objetor. Pero también aparece como uno de los mayores obstáculos y más grandes preocupaciones para el juzgador de turno. En esto reside el segundo aspecto, de los tres que deseo resaltar. Lo problemático de la objeción de conciencia frente al caso del aborto surge de la imposibilidad fáctica y jurídica para llevar a cabo o proponer actuaciones alternativas al objetor, como acontece en los supuestos del servicio militar, las transfusiones sanguíneas, las clases en establecimientos educativos, o los días de precepto religioso. Hay que concederla o no concederla, sin más.

Y esto es problemático para el conflictivista porque lo coloca ante la premura mental de tener que aceptar la existencia de núcleos esenciales o la eventual existencia de derechos humanos sin excepción. Acá no debemos desviar nuestra atención hacia el carácter inexcusable y absoluto del deber del objetor con relación a la inviolabilidad de la vida, o al hecho igualmente relevante de pensar que se trata de actos deliberadamente destinados a la eliminación de una persona. La mentalidad del juzgador sobre este punto no parece posible, porque ha hecho ya el juicio clasificante de seres humanos en grupos.

Esto explica, en parte, por qué las decisiones sobre aborto suelen estar impregnadas de importantes válvulas de justificación retórica, que no son otra cosa que válvulas de escape de la ideología conflictivista: la apertura al pluralismo, la teoría de los límites al ejercicio de los derechos fundamentales, la prevalencia *prima facie* de la libertad humana en casos de “empates” entre derechos y, particularmente, el ropaje de justificación brindado por la ponderación, en el que todos los anteriores elementos entran a formar parte.

La ponderación es el instrumento predilecto del conflictivismo,⁴⁵ porque le exime de tener que confrontar sus resultados con la pretensión de justicia fundamental del objetor, y desde luego con la pretensión eventual de que



⁴⁴ El punto clave es la significativa concepción de Hobbes de la naturaleza humana como causante de la discordia (por la competencia entre los hombres, la desconfianza mutua y el deseo de gloria): cf. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, primera parte, XIII (sigo la edición del Fondo de Cultura Económica, trad. de M. Sánchez Sarto, 2ª edición, México, 1980, p. 102). Un sugestivo análisis de esta influencia del contractualismo en el constitucionalismo (como prolongación del conflicto en el estado de naturaleza) es el trabajo de SEGOVIA, Juan Fernando, “La libertad de conciencia como fundamento del constitucionalismo”, en Ayuso, Miguel (ed.), *Estado, ley y conciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 145-175, en especial véase pp. 171 y ss.

⁴⁵ Cf. Mora-Restrepo, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*, op. cit., pp. 191-194, y la bibliografía allí referida.

existan derechos humanos absolutamente inviolables, que es el aspecto más relevante y condicionante, como se viera anteriormente. Acá hay algo más que un mero juego hermenéutico planteado por el conflictivista en un caso concreto. Hay, como ha explicado el italiano Fabio Macioce, un contexto cultural y filosófico silencioso, un indiferentismo moral claramente abrasivo y dogmático, y un contexto jurídico de indeterminación esencial sobre lo que constituye un deber moral objetivo (absoluto).⁴⁶

Ahora bien, el problema central de la ponderación frente a estos casos reside, con ese marco cultural y filosófico de fondo, en la necesidad de apuntalar criterios que lleven a la decisión definitiva que coincida con las preferencias del juzgador de turno. El juicio clasificante –y las válvulas de justificación retórica– han sido los criterios elegidos por la jurisprudencia constitucional desde la Sentencia C-355 de 2006. En efecto, allí la ponderación se lleva a cabo con posterioridad al hecho, radicalmente importante –pero a la vez muy dicente–, de determinar el carácter gradual del derecho a la vida del *nasciturus*.

Aunque en ocasiones, la Corte lo presenta con dicha titularidad, no deja de advertir reiteradamente que se trata siempre de una “vida en formación”, contrastable con la “vida ya formada” de la mujer.⁴⁷ Está claro que el procedimiento racional de la ponderación está viciado en este caso por simple sustracción de materia, porque se sopesan realidades inconmensurables, porque el *nasciturus* entró a la ponderación con una desventaja no solo *prima facie*, sino definitiva, por las dificultades de sopesar o armonizar “una cosa con expectativas jurídicas” –no derecho aún– frente a un ya ganado derecho de libertad de la mujer embarazada. Los restantes argumentos son meros adornos y frases retóricas, tan caras al constitucionalismo contemporáneo, pero que sirven como elementos que afianzan la decisión tomada desde las coordenadas ideológicas del fallador.⁴⁸

Esto explicaría, por cierto, aunque parcialmente, por qué el reconocimiento de la objeción de conciencia en los casos de aborto se hace, como plantea el profesor Vicente Prieto, como una especie de “concesión benévola”,⁴⁹



⁴⁶ Macioce, Fabio, “La objeción de conciencia”, en Ayuso, Miguel (ed.), *Estado, ley y conciencia*, op. cit., pp. 181-182.

⁴⁷ La Corte advierte, en efecto, que su juicio de constitucionalidad tiene como “punto de partida” su “afirmación contenida en el acápite cuarto de esta decisión, relativa a que la vida del *nasciturus* es un bien constitucionalmente protegido” (COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006, considerando 10.1). La calificación de esa vida como “un bien” y no, en cambio, como un “derecho”, tiene implicaciones que van más allá de la mera semántica, como se advierte en el procedimiento mismo allí desarrollado, en el que siempre se impone y gana la mujer gestante y se sacrifica y pierde el no nacido.

⁴⁸ El punto lo abordo extensamente en *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*, op. cit., pp. 155-198.

⁴⁹ Prieto, Vicente, *Estado laico y libertad religiosa. Antecedentes y desarrollos de la Constitución colombiana de 1991*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2011, p. 328.

pero sobre todo, con tantas condiciones restrictivas, limitaciones, requisitos, y esa insistencia casi obsesiva de la Corte de prohibir la objeción de conciencia de las personas jurídicas, así cuenten con un ideario y con principios morales jurídicamente sustentables. Y esto nos lleva al tercer y último aspecto que se debe resaltar.

Por una parte, las razonables dudas sobre la forma como la Corte abordó el tema de la objeción de conciencia en la sentencia del 2006: se trata de un párrafo muy llamativo, que genera toda clase de sospechas por su contexto aislado, sin ilación ni concatenación argumental, no conducente, no sustentado en premisas previas ni en conectores conceptuales anteriores o posteriores, en una palabra, un párrafo que no responde a las reglas lógicas elementales.⁵⁰ Pero, así mismo, es un párrafo muy llamativo porque los magistrados que salvaron el voto a la Sentencia C-355 expresamente manifiestan que la objeción de conciencia institucional no fue discutida ni definida dentro de las deliberaciones que llevaron a la adopción del fallo.⁵¹ Esto, desde luego, es muy llamativo. Pero además es muy preocupante. El párrafo –que tiene enormes aristas para una discusión sobre la moralidad de los jueces– ha servido a la Corte Constitucional para proferir un fallo posterior, negando la objeción de conciencia de los jueces en casos de aborto, además de reiterar su negativa a la objeción de conciencia de las personas jurídicas, con ideario o sin él.⁵² Esto genera todo tipo de suspicacias: ¿por qué se introdujo ese párrafo sin conocimiento de todos los magistrados? ¿Quién lo hizo? ¿Existió algún interés, oculto, en hacerlo?

Por otra parte, está todavía la cuestión gravísima de los condicionantes, requerimientos y excepciones que la Corte ha impuesto para la objeción de conciencia planteada de manera individual, hecho que contrasta significativamente con la cada vez mayor apertura a la objeción de conciencia en



⁵⁰ El párrafo está casi al final de la sentencia, en el numeral 10.1, antecedido y seguido (luego de la observación de la Corte de la aplicabilidad inmediata de la sentencia, sin previa reglamentación del Congreso, aspecto sobre el que también caben ulteriores reparos) de su estudio sobre la justificación de las hipótesis o casos de aborto. Quitándose el párrafo intermedio se logra, desde luego, mayor cohesión intelectual del fallo, al margen de consideraciones sobre el razonamiento constitucional de fondo. Véase al respecto Mora-Restrepo, *Justicia constitucional...*, op. cit., en especial pp. 163 y ss.

⁵¹ Los tres magistrados, en los dos salvamentos de voto, manifiestan expresamente este aspecto. Monroy y Escobar sostienen: “Aclaremos que estas razones [por las cuales discrepan del fallo] se refieren exclusivamente a los asuntos debatidos y decididos en Sala Plena, y no a aquellos otros que, como la improcedencia de la objeción de conciencia institucional o la aplicabilidad inmediata de la sentencia sin necesidad de previa reglamentación, no fueron definidos dentro de las deliberaciones que llevaron a la adopción del fallo, como puede corroborarse con la lectura de las actas correspondientes”. También lo expresa el magistrado Tafur: “[E]n el presente salvamento no se abarcan aspectos no incluidos en dicha ponencia y que, por ende, no constituyeron materia de análisis o discusión por la Sala Plena, como por ejemplo los relativos a temas trascendentales de especial incidencia como la improcedencia de la llamada objeción de conciencia institucional o la aplicabilidad de la sentencia, en forma inmediata y sin la necesaria reglamentación por el órgano constitucionalmente competente”.

⁵² Cf. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2009, M. P. Humberto Sierra.

otros ámbitos, lo cual no deja de presentar los naturales inconvenientes referidos al tipo de bien humano que está en juego en el caso de aborto, como ya fue apuntado. La Corte ha manifestado con toda la claridad posible, a este respecto, que la objeción es viable siempre y cuando resulte factible asegurar que otra persona profesional de la medicina pueda practicar el aborto, pues así se asegura, de manera efectiva, los derechos de la mujer gestante.⁵³

Al margen de la ya explicada visión conflictivista de este juzgador de turno, la anterior regla es en los ojos y en el corazón del objetor una imposición perversa, de alguna manera bastante asimilable, o cercana, a las órdenes de un dictador cualquiera. Recuérdese que el objetor formula una pretensión de justicia iusfundamental anclada en un imperativo ético inexcusable, sobre la base de que nadie puede deliberada y directamente atentar y mucho menos eliminar la vida de cualquier ser humano, por más insignificante, desarrollado, no desarrollado, débil, fuerte, inocente o no, que nos pueda parecer. Por eso, ante el objetor la disposición equivale a decir: “Usted se puede oponer, siempre y cuando me garantice que alguien lo mate”.

No conforme con lo anterior, la Corte agrega una siguiente regla, frente a la que no sorprende que ya ronde en algunos círculos académicos y profesionales el otrora impensable tema de la desobediencia civil como objeto serio de conversación: Si solo existe, dice la Corte, un solo profesional de la medicina que pueda practicar el aborto, entonces no hay ya objeción de conciencia posible, y en consecuencia deberá practicarlo.⁵⁴ Esto equivale a decir algo más que el “Debes actuar como yo quiero, hacer lo que yo quiero y creer lo que yo quiero”. Para el objetor, equivale a decir: “Mátelo usted, y es una orden”.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN: EL OBJETOR COMO MÁRTIR

El objetor es ciertamente una figura incómoda frente a los poderosos. Como lo han puesto de presente distintos estudiosos sobre la objeción de conciencia, “el objetor adquiere (...) una carga de novedad perturbadora”⁵⁵ que ofusca al gobernante, porque sostiene “una más alta fidelidad”⁵⁶ que contraría sus mandatos. Porque se trata de “una obediencia que no viene motivada por la fuerza o por el temor a una sanción, sino por el reconocimiento de una verdad objetiva”, o que él siente es objetiva, o como un deber de justicia

⁵³ Además del mencionado y misterioso párrafo de la Sentencia C-355 de 2006, el tema es explicitado en la Sentencia T-388 de 2009.

⁵⁴ Cf. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2009, numeral 5.1.

⁵⁵ Prieto, *Estado laico...*, op. cit., p. 307.

⁵⁶ Macioce, “La objeción de conciencia”, op. cit., pp. 178.

metapositivo.⁵⁷ La objeción nace así “del contraste, a veces lacerante” –como en Antígona– “entre la voluntad de observar las leyes y la imposibilidad –de principio– de hacerlo en un caso particular”, esto es, entre decir sí a la ley o a la verdad.⁵⁸ Para quien profesa la creencia, se trata, con todo el vigor posible, de una verdad que siente y reconoce objetiva y cuya debitoriedad se impone con toda la fuerza posible de la justicia.

Si hay razón en plantear la objeción de conciencia como una cuestión intrínsecamente moral y, más definitivo aún, como una pretensión de justicia objetiva y fundamental, que apela a *núcleos esenciales* de los derechos humanos –para usar una vez más esta expresión tan propia del constitucionalismo alemán–, se comprende relativamente fácil tanto su dimensión perturbadora como su propio devenir histórico, repleto de sufrimientos, encarcelamientos y muertes.

Desde esta consideración, la figura del objetor –parafraseo nuevamente a Macioco– parece acercarse bastante a la de un mártir de los derechos humanos (él habla de un mártir del derecho natural), cuyos ejemplos están ciertamente disponibles, más allá de las trágicas historias literarias contenidas en Antígona, o de la también trágica y a la vez triunfante historia de los separatistas del Mayflower. Esperemos que no sea este el destino de muchos colombianos. Por lo pronto, sin embargo, el navío parece seguir a la deriva.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

1. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. al castellano de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
2. Bradford, William, *History of Plymouth Plantation [1620-1647]*, s. e., edición privada a cargo de Ch. Deane, Boston, 1856, en <<http://books.google.com/books?printsec=frontcover&dq=history%20of%20plymouth%20plantation&ei=2VOJTZOIOIm4tweppYjuDQ&ct=result&id=BP94AAAAMAAJ&output=text&pg=PR1>>.
3. Cianciardo, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Pamplona, 2000.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Cf. ibid.

4. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. al cast. de C. Orrego, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
5. Finnis, John, *Moral Absolutes. Tradition, Revision and Truth*, The Catholic University of America Press, Washington D.C., 1991.
6. Finnis, John, *Fundamental of Ethics*, Georgetown University Press, Washington D.C., 1983.
7. Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. J. A. González Casanova, [1966], Ariel, Barcelona, 1980.
8. Herrera Jaramillo, Francisco, *El derecho a la vida y el aborto*, 2ª edición, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 1999.
9. Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, trad. de M. Sánchez Sarto, 2ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.
10. Hoyos Castañeda, Ilva M., *La persona y sus derechos. Consideraciones bioético-jurídicas*, Temis-Instituto de Humanidades de la Universidad de La Sabana, Bogotá, 2000.
11. Johnson, Douglas, "Now is the Time to End Taxpayer Funding of Abortion", *Public Discourse. Ethics, Law and the Common Good*, febrero 18 de 2011, en <<http://www.thepublicdiscourse.com/2011/02/2611>> consulta del 19 de febrero del 2011.
12. Lejeune, Jerome, "Audiencia", *Human Life Bill: Hearings before the Subcommittee on Separation of Powers of the Committee of the Judiciary, 97th Congress*, U. S. Government Printing Office, Washington D.C., 1982, 1.
13. López Moratalla, Natalia, "Objeción de ciencia en la práctica médica", *Aceprensa*, julio 23 de 2008, en <<http://www.condignidad.org/objecion-ciencia-practica-medica.html>> consulta del 10 de abril del 2011.
14. Macioce, Fabio, "La objeción de conciencia", en Ayuso, Miguel (ed.), *Estado, ley y conciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 177-186.
15. Mora-Restrepo, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.
16. Palfrey, John G., *History of New England (During the Stuart Dynasty)*, Little-Brown and Co., Boston, 1858, en <<http://www.questia.com/PM.qst?a=o&d=81215548>>.
17. Prieto, Vicente, *Estado laico y libertad religiosa. Antecedentes y desarrollos de la Constitución colombiana de 1991*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2011.
18. Russo, Kara, "Glee: Promoting Planned Parenthood's Sex Education Agenda", *LifeNews.com*, marzo 25 de 2011, in <<http://www.lifenews.com/2011/03/25/glee-promoting-planned-parenthoods-sex-education-agenda/>> consulta del 27 de marzo del 2011.

19. Sánchez Agesta, Luis, *Curso de derecho constitucional comparado*, 7ª ed., Universidad Complutense, Madrid, 1988.
20. Segovia, Juan Fernando, "La libertad de conciencia como fundamento del constitucionalismo", en AYUSO, Miguel (ed.), *Estado, ley y conciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 145-175.
21. Serna, Pedro & Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000.
22. Sófocles, *Antígona*, trad. de A. Alamillo, Biblioteca Básica Gredos, Madrid, 2000.
23. Thoreau, Henry D., "La esclavitud en Massachusetts", en *Desobediencia civil y otros escritos*, trad. de M. E. Díaz, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1999.

Jurisprudencia

1. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-224 de 1993, magistrado ponente Vladimiro Naranjo.
2. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-547 de 1993, magistrado ponente Alejandro Martínez.
3. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-363 de 1995, magistrado ponente José Gregorio Hernández.
4. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-588 de 1998, magistrado ponente Eduardo Cifuentes.
5. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-659 de 2002, magistrada ponente Clara I. Vargas.
6. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-823 de 2002, magistrado ponente Rodrigo Escobar.
7. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-447 de 2004, magistrado ponente Eduardo Montealegre.
8. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-026 de 2005, magistrado ponente Humberto Sierra.
9. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-471 de 2005, magistrada ponente Clara I. Vargas.
10. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-448 de 2007, magistrado ponente Nilson Pinilla.
11. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2009, magistrado ponente Humberto Sierra.
12. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 1997, magistrado ponente Vladimiro Naranjo.
13. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006, magistrados ponentes Jaime Araújo y Clara I. Vargas.

14. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-728 de 2009, magistrado ponente Gabriel Mendoza.

Organizaciones

1. Godless Prolifers: <<http://www.godlessprolifers.org/home.html>> consulta del 15 de marzo del 2011.
2. Live Action (Lila Rose): <<http://liveaction.org/lila-rose>> consulta del 10 de marzo del 2011.

