



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL
PERU**

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**"LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL PERÚ. ¿DERECHO AUTÓNOMO O
MANIFESTACIÓN DE LAS LIBERTADES DE CONCIENCIA Y RELIGIÓN?"**

Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional

Autor: Martha Patricia Ballenas Loayza

Asesor: Félix Morales Luna

Jurado: Luis Castillo Córdova
Félix Morales Luna
Betzabé Marciani Burgos

Lima, Marzo de 2013

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
CAPITULO I	7
MARCO TEÓRICO DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA	7
1. Una aproximación desde las nociones de Derecho, persona, dignidad y libertad	7
1.1. El Derecho como objeto de la Justicia	7
1.2. La Justicia y el bien común: la relación entre Derecho y moral	11
1.3. La persona humana: ser moral y racional	18
1.4. La dignidad de la persona como valor supremo del Estado Constitucional: afirmar la libertad y no solo la autonomía.	24
2. La objeción de conciencia como derecho	42
2.1. Una aproximación a la definición de derecho fundamental y a la determinación de su contenido esencial.	42
2.2. La libertad de conciencia.....	54
2.3. La libertad de religión.....	66
2.4. Contenido del ejercicio de la objeción de conciencia	70
2.5. La objeción de conciencia y la desobediencia civil	73
3. La objeción de conciencia en el Derecho Comparado.....	80
3.1. España y la objeción de conciencia.....	80
3.2. La Corte Constitucional de Colombia y la objeción de conciencia.....	83
3.3. La objeción de conciencia en el Sistema Interamericano y de las Naciones Unidas	86
4. Naturaleza, elementos y finalidad de la objeción de conciencia.....	90
CAPITULO II.....	95
LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y RELIGIÓN EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL PERUANO: LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.....	95

1. El reconocimiento de la libertad de conciencia y religión en las constituciones peruanas.....	95
2. La libertad de conciencia y religión en la jurisprudencia constitucional peruana.....	98
2.1. La objeción de conciencia y la sentencia N° 0895-2001-AA/TC.....	98
2.2. Sentencia recaída en el expediente N° 3283-2003-AA/TC	101
2.3. Sentencia recaída en el expediente N° 2700-2006-PHC/TC.....	105
2.4. Sentencia recaída en el expediente N° 05680-2009-PA/TC	107
2.5. Sentencia recaída en el expediente N° 06111-2009-PA/TC.....	110
2.6. Sentencia recaída en el expediente N° 00928-2011-PA/TC.....	114
3. Breves apuntes sobre la laicidad del Estado Peruano.....	115
4. De la confesionalidad a la libertad religiosa	123
5. La Ley N° 29635, Ley de Libertad Religiosa y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2011-JUS.....	125
CAPITULO III	131
LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA: ELEMENTOS PARA SU TRATAMIENTO	131
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL PERUANO	131
1. La objeción de conciencia como derecho autónomo o como atributo de la libertad de conciencia y de religión.....	131
1.1. La interpretación y argumentación constitucional	131
1.2. La objeción de conciencia ¿derecho autónomo o atributo de libertades de conciencia y religión?	138
1.3. Objeción de conciencia y relación con la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad	148
2. La objeción de conciencia y las sentencias N° 3283-2003-AA/TC, N° 2700-2006-PHC/TC, N° 05680-2009-PA/TC, N° 06111-2009-PA/TC y N° 00928-2011-PA/TC.....	153
3. Principales supuestos de objeción de conciencia	164
4. Interpretación y reconocimiento de la objeción de conciencia a tenor de lo desarrollado por el Tribunal Constitucional y la Ley N° 29635.	173
CONCLUSIONES	188
BIBLIOGRAFÍA	193

INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación que presentamos a continuación ha sido fruto de un estudio y análisis de una institución jurídica aún poco conocida y desarrollada en nuestro sistema legal, como es la objeción de conciencia. Si bien la objeción de conciencia como institución en el caso peruano se encuentra aún en etapa incipiente, a nivel internacional ésta ha tenido mayores desarrollos tanto legislativos como jurisprudenciales. Dada la extensión del tema, el presente trabajo de investigación no tiene pretensiones totalizadoras y parte de premisas y objetivos que han conducido el desarrollo de esta la misma por un camino específico y ciñéndose al ordenamiento jurídico peruano. En tal sentido, dada la amplitud y aún permanente disputa en el consenso de determinados conceptos, los que se utilizarán en el presente trabajo tienen carácter instrumental y apuntan a un significado particular bajo las condiciones de la reflexión que se ha realizado, siendo conscientes que los mismos podrían adquirir otros significados bajo otras construcciones teóricas.

La garantía y eficacia de los derechos fundamentales y el rol que la magistratura constitucional ha adquirido en la interpretación de dichos derechos y de los principios constitucionales, ha puesto en evidencia que estos resultan indispensables para determinar el grado de justicia en una sociedad. Además ha constatado que no existe consenso sobre los fundamentos éticos y morales que subyacen a la concepción de los mismos ni a las formas de garantizarlos, siendo que en este punto las divergencias surgen dependiendo del punto de vista que se tome así como del concepto y teoría de derechos fundamentales con el que se trabaje.

La premisa de la que hemos partido y que ha sido el hilo conductor a lo largo de todo el trabajo, ha sido analizar si en el ordenamiento jurídico peruano la objeción de

conciencia se configura como un derecho autónomo o si por el contrario forma parte, dígase como derecho derivado, de las libertades de conciencia y religión. Asimismo, hemos realizado el análisis considerando el Derecho y su relación con la justicia, la persona humana, su dignidad y libertad, ésta última analizada no solo desde una perspectiva liberal de autonomía, sino desde una perspectiva realista y iusfundamental.

Para ello, hemos acudido a una teoría de los derechos fundamentales y teoría constitucional que entiende a los derechos como realidades fundamentales desde una tesis no conflictivista, que permiten el ejercicio de determinadas atribuciones que sean acordes con la naturaleza de la persona. En consecuencia, hemos buscado categorizar un concepto jurídico de conciencia y por ende de libertad de conciencia, desde una perspectiva moral y diferenciarla de la libertad religiosa por el contenido netamente religioso de ésta última.

Asimismo, al iniciar esta investigación, nos propusimos determinar algunos elementos jurídicos para la conceptualización y aplicación de la objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico peruano. Este objetivo supuso el análisis de los conceptos antes referidos, así como la evaluación de si las sentencias del Tribunal Constitucional en las que desarrolla la objeción de conciencia, adscriben dicha institución a la libertad de conciencia, a la libertad religiosa o la configuran como un derecho autónomo, en virtud del artículo 3 de nuestra Constitución.

A lo largo de la investigación hemos constatado que en nuestro país la objeción de conciencia está en una etapa embrionaria, existiendo muy pocos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que la desarrollan, siendo la primera sentencia en el año 2002 y habiéndose regulado recientemente dicha objeción en un solo artículo de la Ley N° 29635 “Ley de Libertad Religiosa” de fecha 21 de diciembre de 2010. En esa línea, este trabajo de investigación ha evaluado la relación entre la creación de la objeción de conciencia como derecho de contenido nuevo, en virtud de la aplicación del artículo 3° de la Constitución, la pertinencia de remitirse a dicho artículo para reconocer la objeción de conciencia como derecho, la relación entre la jurisprudencia constitucional que regula la objeción dentro de la libertad de conciencia y la regulación de la misma mediante la Ley de Libertad Religiosa.

Finalmente podemos decir, que a lo largo de este trabajo hemos logrado reconocer criterios, para determinar que la objeción de conciencia no se configura como un derecho autónomo en el ordenamiento jurídico peruano, sino que más bien se trata del ejercicio de un atributo de la libertad de conciencia y religión, puesto que lo religioso y trascendente de la persona atañen a su conciencia. Sería, en principio, una relación de género – especie, para eximirse del cumplimiento de un deber jurídico que perturba de manera seria y objetiva la conciencia de la persona, para salvaguardar sus convicciones morales; es decir, que existe en el interior de la persona un dictamen moral de omitir, mediante un juicio concreto, el cumplimiento de la norma.



CAPITULO I

MARCO TEÓRICO DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

1. Una aproximación desde las nociones de Derecho, persona, dignidad y libertad

1.1. El Derecho como objeto de la Justicia

Hoy en día el Derecho es concebido bien como una ciencia jurídica, como una técnica para la resolución de casos, como una práctica argumentativa e interpretativa o como un problema para distinguir entre la creación y aplicación del Derecho. Esto según el paradigma positivista y el nuevo paradigma del Derecho determinado por la expansión que viene teniendo la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales. No obstante estas aproximaciones, consideramos que la esencia del Derecho se ha perdido u olvidado. Al respecto nuestro trabajo no tiene pretensiones totalizadoras, pues sabemos que el Derecho es una realidad extensa y compleja, de difícil definición pues, como señala Pérez Luño, “conceptualizar el Derecho no es describirlo, implica además dar una explicación racional que procure abarcar todas las posibles acepciones del término intentando delimitar el ámbito de toda experiencia jurídica posible”¹.

Desde nuestra perspectiva, el Derecho existe, en principio, porque a una persona le es debido algo, es decir, que la persona tiene dominio sobre algo que le es propio. En tal sentido, dice Hervada, “la capacidad y el acto de dominio se fundan en la condición de persona propia del hombre. El fundamento del derecho –de todo derecho- y, en

¹ PÉREZ LUÑO, 2008: 53.

consecuencia el fundamento de la justicia, estriba en el hecho de que el hombre es persona”².

Al respecto traemos a colación el debate que tuvo lugar en los años 80 entre *Villey* y *Kalinowski* sobre el Derecho como relación o conducta³. Así, refiere Herrera que, para Villey, el Derecho es “la relación real de igualdad con fundamento en la naturaleza de las cosas sociales que el hombre descubre y conoce mediante la observación de la realidad, a través de un método adecuado aplicando las reglas del razonamiento dialéctico, e indica la regla jurídica ya sea general o particular”. Para Kalinowski, por su parte, el Derecho es “la conducta debida a otro conforme algún tipo de igualdad, con fundamento en la naturaleza del hombre y que éste conoce y prescribe a través de la ley natural y de las leyes positivas que se derivan de aquella, ya sea, por vía de conclusión o determinación aplicándose al caso concreto mediante un silogismo prudencial de inferencia lógica según las reglas de la lógica deóntica o normativa”⁴.

Esta distinción es importante porque, tomando la primera acepción, permite entender que el Derecho es una realidad que exige que el ser humano salga de su esfera individualista y se haga solidario. Al respecto refiere Chávez Fernández que “La persona es substancia pero en relación, criatura fundamentalmente relacional. Incluso podemos decir que esta relacionalidad no le es exterior, algo así como un segundo paso en el existir, sino que es manifestación primera de su despliegue existencial”⁵. Así, la persona humana no se realiza en la individualidad o auto suficiencia, sino en la dimensión solidaria con sus semejantes, buscando salvar así la oposición entre individuo-sociedad, propia del liberalismo. La persona no se erige como autónoma en desmedro del otro, sino que se hace más ella, en relación con el otro, ya no se considera solo el bien o la satisfacción del individuo, sino que se toma en cuenta el bien común. En esta línea, dice Massini, que “ese bien se resuelve en bienes concretos y personales de los miembros de la sociedad; por eso la ley jurídica, ordenándose al bien común, tiene como efecto la virtud, es decir el bien perfecto, de quienes participan de ese bien común en cuanto miembros de la comunidad”⁶. De este modo, la igualdad aludida exige

² HERVADA, 1999: 81.

³ Esta aproximación resulta iluminadora en relación con la teoría de la argumentación que plantea Manuel Atienza y sobre la teoría no conflictivista de los derechos fundamentales, como será desarrollado más adelante.

⁴ HERRERA, 2005: 26.

⁵ CHÁVEZ FERNÁNDEZ, 2008: 387.

⁶ MASSINI, 2006: 98.

necesariamente una relación de alteridad con otro sujeto que es igual que yo, con el mismo valor.

Sin embargo, de la perspectiva de Villey discrepamos en lo que se refiere a la separación que hace entre el Derecho y la moral, y es que para este autor el Derecho “es un justo medio objetivo y por lo tanto externo, distinguiendo entre hombre justo (dikaios) que sería la justicia en mí, de la cosa justa (dikaion) fuera de mí, una realidad objetiva, por lo tanto, entre la conducta moral y la cosa justa (derecho) se excluyen las primeras del mundo jurídico”⁷. Consideramos que esta aproximación podría ser coherente con la postura kelseniana del Derecho, pues se trata de una teoría pura no contaminada de elementos morales, sin embargo, es interesante distinguir que cuando Villey habla de justicia y Derecho como algo que es debido, asume que se conoce primero aquello que se debe, en este sentido, el derecho precede al acto de justicia pues se encuentra ordenado a éste. De este modo, “el derecho no es el acto en cuanto a la acción misma, sino el objeto terminativo de ésta”⁸, con lo cual si bien hay una distinción entre objeto y acto, éstos se unen pues el derecho sigue las reglas de la prudencia, y por tanto no existe una radical separación entre derecho y moral.

No compartimos la idea que la moral y el Derecho estén completamente separados, postura asumida por Villey cuando no considera la conducta sino la proporcionalidad externa, en términos de igualdad de la misma; más aún dicha postura genera un problema en términos de la ley natural. Por el contrario, asumimos que el Derecho es una realidad práctica que tiene un fundamento natural cuyo núcleo “de principios el hombre conoce y expresa a través de la ley natural en forma paralela al orden de las inclinaciones naturales y a partir del cual es necesario determinar en cada caso la medida de igualdad (lo justo concreto) que surge ya sea de la misma naturaleza de las cosas o por voluntad humana que se deriva de la ley natural por vía de conclusión o de determinación”⁹. Ello implica que el acto de justicia tiene un valor independiente del valor de la acción justa que lo realiza. Así, dicho acto es loable para la sociedad, aún cuando haya sido realizado sin la intención moral de justicia como virtud, y pueda ser calificado incluso de imperfecto.

⁷ HERRERA, 2005: 47.

⁸ DE AQUINO: 232.

⁹ GRANERIS, 1973: 98.

En contraposición con la primera acepción, tenemos la que corresponde a Kalinowski quien define al Derecho como conducta. Ésta nos parece un poco más apropiada porque implica la relación entre Derecho, moral y la ley natural, sin embargo, cabe hacer unas precisiones. Tomas de Aquino hizo una distinción interesante entre el acto de hacer justicia y la acción de la misma y, en tal sentido, “el derecho es una obra recta, adecuada, ajustada, es un acto no en el sentido de una *actio* sino de un *actum*”¹⁰. De esta manera, ciertamente, el Derecho es el objeto de la justicia, pero la disposición personal volitiva como virtud es también justicia, aunque en otro sentido, pero permite la realización de la justicia como Derecho, pues el ser humano obrará conforme a ella. Así el “Aquinate afirma que el derecho es el objeto de la justicia, confiere el nombre de derecho no solamente a la obra realizada sino también a la acción que la produjo”¹¹.

Esta perspectiva nos permite afirmar que el Derecho existe pero debe ser concretizado permanentemente. Es una realidad dinámica, porque la justicia más allá de una acción es un valor, por ello podemos decir que existe siempre en potencia pero no necesariamente en acto. “Se dice justo, en lugar de acción justa por antonomasia, porque lo justo es un valor que sólo los actos humanos pueden poseer. No hay cosas justas sin referencia implícita a un comportamiento humano”¹². En tal sentido, podemos decir que el Derecho no es solo una *res*, en el sentido de Villey, cuando afirma que es cosa justa, sino un *opus*, una obra que se ajusta a una medida que es la dignidad de la persona, la libertad y la igualdad. No se trata de una posición moralista, sino mas bien realista naturalista, haciendo una síntesis que permita entender que el “Derecho es el objeto de la acción justa: lo que el acto justo da. Por tanto, lo específico del Derecho es su relación con la justicia. Algo es derecho en cuanto aparece en relación con la justicia como objeto: como objeto de la acción justa”¹³.

Sin embargo, esto no quiere decir que se descarte que el Derecho se materialice en actos concretos, relaciones, conductas exteriores, pero todas ellas deben estar ordenadas considerando la dignidad, la libertad, la igualdad del otro y el bien común. Como refiere Chávez Fernández, “de hecho desde la perspectiva específicamente jurídica, interesa

¹⁰ HERRERA, 2005: 127.

¹¹ IBID, p. 128.

¹² IBIDEM.

¹³ IBID, p. 135.

particularmente ésta obra de justicia –lo justo- ésta cosa justa, precisamente en la exterioridad que satisface, por lo menos objetivamente, la deuda de justicia”¹⁴.

De lo expuesto, asumimos una idea del Derecho como la que expresa Massini quien define al Derecho como “a) la determinación de la noción de verdad práctica y consecuentemente de verdad jurídica, así como el modo de verificación de las proposiciones normativo jurídicas; b) el estudio y desarrollo de una semántica jurídica realista, particularmente en lo que hace a la delimitación de la significación y de la designación de las proposiciones normativas; c) la creación de un sistema de lógica deóntica o de las normas; d) la conclusión de una serie de estudios sobre ... el lenguaje jurídico, la interpretación del derecho y la metodología jurídica...; e) la explicitación de ... doctrinas de la filosofía del derecho de Tomas de Aquino, entre las que corresponde destacar la del fundamento del derecho, la de la noción misma de derecho y la de derecho subjetivo”¹⁵.

1.2. La Justicia y el bien común: la relación entre Derecho y moral

Hemos visto cómo el Derecho y la justicia son elementos simbióticos que deben hacerse realidad, entre otras cosas, a través de un ordenamiento jurídico que prescriba leyes justas y regule el comportamiento de las personas en aras de ese ideal de justicia basado en la igualdad y la dignidad de cada ser humano. Sería ideal que el ser humano fuera justo en el sentido de virtuoso, pero la realidad nos demuestra que es más un *deber ser*, al que debemos de aspirar y que está estrechamente ligado con el bien común.

Como dice Lamas, “Lo justo en general es lo ordenado al bien común... la vida social misma consiste en un obrar colectivo o en común en vistas de un bien común”¹⁶. Ello implica hablar de las conocidas relaciones de justicia entre el individuo y la sociedad: conmutativa, distributiva y legal. Al referirse a la primera forma de justicia, Javier Hervada señala que se trata de un tipo que atiende a la cualidad y el valor de las cosas, pues “se trata de una justicia igualitaria porque no se mide lo justo en razón de las personas –según su capacidad, su dignidad o sus necesidades- sino en razón de las cosas

¹⁴ CHÁVEZ FERNÁNDEZ, 2008: 392 y DE AQUINO, 1979: I-II, q. 57, a.1.

¹⁵ MASSINI, 1998: 50 - 51.

¹⁶ LAMAS, 1990: 520.

mismas”¹⁷. Acá podría aplicarse el concepto de *res* o cosa justa, en tanto que la medida de lo justo es la igualdad propia de las cosas, sin embargo dicha afirmación debe considerar que la igualdad siempre debe tener como base a la persona como titular de un derecho.

Sobre el segundo concepto, siguiendo a dicho autor, tenemos lo propiamente colectivo, pero respecto de cada uno de los individuos que la integran. No se trata de una postura masificadora, en donde el individuo se disuelve en lo social, perdiendo su identidad, como tampoco el otro polo (legal) de auto afirmación individual y autonomía, en términos kantianos, como si el sujeto fuera la medida de todas las cosas, puntos que analizaremos con mayor detalle más adelante. Al respecto, señala el autor que “La colectividad es relación, no fusión. La persona participa de lo común, pero no se hace común; siempre sigue siendo enteramente otro respecto de los demás consocios. De ahí que en el seno mismo de la colectividad se mantengan las posiciones de alteridad, si bien con una modulación típica y específica”¹⁸.

La justicia de este segundo tipo debe buscar un criterio de proporcionalidad que se encuentra, según Massini, en la centralidad del fin o finalidad cual es la correspondencia de los bienes en virtud de las posibilidades y posición de cada uno. Así, “La finalidad – el bien común- de una asociación es el criterio central para la distribución de cargos y de las cargas; éstos deben recaer principalmente en quienes tienen aptitud o han contribuido más generosamente a la prosecución del fin que da sentido a la existencia de la comunidad y ser repartidos en proporción a esa aptitud o contribución”¹⁹.

Finalmente, la tercera acepción de justicia se corresponde con la legal, que implica lo debido al individuo por la colectividad. Consideramos que en ésta como en la anterior acepción, hay un tema que debe trascender la justicia, que es la solidaridad. La persona contribuye porque quiere el bien común, no sólo el suyo sino el de toda su comunidad²⁰. En tal sentido, tratándose de la justicia legal, las leyes juegan (o deberían jugar) un rol

¹⁷ HERVADA, 1999: 70.

¹⁸ IBID, p. 73.

¹⁹ MASSINI, 1999: 196 – 197.

²⁰ Al respecto, consideramos, que el concepto comunitarista, propio de autores como Kymlicka, es distinto del comunitario, puesto que este último no se opone a la visión individualista, sino que la complementa. Preferimos llamar comunitarista, aquella posición que polariza al individuo y pone al grupo humano por encima de la persona, mientras que lo comunitario, alude al ambiente y entorno en el cual la persona se desenvuelve y desarrolla complementándose con sus semejantes y ejerciendo no solo sus derechos fundamentales, sino también desplegando sus deberes de solidaridad para con los demás.

importante, pues aquello que prescriban debe ser acorde con la justicia en términos del bien común y en síntesis armonizadora con el de cada individuo. De esta manera, “las leyes son las ordenaciones imperativas en función del bien común... todo el sistema de leyes de la comunidad política es por esta causa objeto del arte del derecho, por cuanto su recto cumplimiento es un derecho de la colectividad y una obligación de justicia de todas persona”²¹.

Después de haber precisado algunas relaciones y conceptos de justicia y Derecho, procederemos a ver qué implica la justicia bajo la premisa de “dar a cada uno lo suyo”. Según lo referido en los puntos anteriores, la justicia también es una virtud, es decir, una disposición de la voluntad como potencia del ser humano, en tal sentido, la premisa bajo análisis implica un acto y no una norma legal propiamente, pues no se dice “debe” sino da. “Y es que en tema de justicia hay que distinguir claramente tres cosas: la virtud, el precepto y la cosa suya (la cosa justa, el *ius* o derecho). La virtud de la justicia es una disposición habitual de la voluntad; el precepto es la ley o norma; y lo suyo (el derecho o lo justo) es una cosa (la cosa debida)”²².

Es interesante cómo se relacionan el Derecho y la moral, porque la premisa en cuestión parte de un tema moral, es decir, que el ser humano sea capaz de reconocer aquello que es naturalmente justo. Ello habla necesariamente del carácter objetivo del conocimiento y de la inteligencia humana, “hace explícita la referencia a la naturaleza humana en cuanto criterio objetivo de eticidad y remite a las inclinaciones naturales del hombre como fuentes del conocimiento de lo recto –en este caso- de lo justo por naturaleza”²³.

Así, podríamos decir que la primera cosa o bien que es propio de cada persona son sus derechos, llámese fundamentales o naturales; son los que le corresponden por derecho propio, por ser seres humanos, es la primera cosa justa natural ajustada a su propia naturaleza humana. Como dice Chávez Fernández, “la relación base en la configuración de la cosa justa natural es la relación que podemos llamar de atribución o pertenencia por la que un bien es lo suyo, de alguien mediante título natural: la naturaleza humana”²⁴. Esta cosa justa natural o derechos naturales, nos son reconocidos en virtud de nuestra humanidad, por ello “ésta cosa se hace justa en la medida en que es debida en

²¹ HERVADA, 1999: 80.

²² IBID, p. 49.

²³ MASSINI, 1999: 186.

²⁴ CHÁVEZ FERNÁNDEZ, 2008: 395.

justicia por otro y ello solo se hace posible por la ley natural en tanto ordenadora y reguladora de toda conducta debida. La confluencia de éstas dos relaciones: la pertenencia natural de lo suyo y la de deuda natural por parte de otro, configuran la relación *jurídica natural* o relación de *justicia natural*”²⁵.

En ese mismo sentido la cosa justa natural –el derecho natural- puede ser entendida como aquel bien que siendo atribuido por los dinamismos fundamentales propios de la condición de persona a un sujeto particular –titular natural-, es debido en justicia por los demás sujetos, configurando como deuda por la ley natural y medido por la naturaleza de las cosas y, en algunos casos, medido también por la norma jurídica positiva, siempre en orden a la realización integral de la persona en consonancia con el bien común de la sociedad²⁶.

Consideramos que éste es el punto neurálgico en la doctrina de los derechos fundamentales, puesto que el Derecho Natural es el que devela el contenido substancial de cada Derecho, en función de la naturaleza prescriptiva de la persona y de su teologalidad. No hemos denominado contenido esencial para no confundirnos con las doctrinas conflictivistas, sino mas bien esencial, en términos de substancial o consustancial a la naturaleza humana. Así, esta deuda natural o relación jurídica natural es la que se establece siempre entre dos derechos, siendo que por justicia cada persona tiene derecho a algo en virtud de su naturaleza humana o no lo tiene, si no lo tiene, no hay justicia y no existe tampoco Derecho, porque el ejercicio abusivo del mismo (ejercicio fuera del contenido esencial tal como lo entiende la doctrina conflictivista) no es tal. Sobre este tema reflexionaremos más adelante.

Ahondando en la relación entre Derecho y moral, consideramos que uno de los autores que ha realizado fuertes aportes en el marco de la teoría constitucional, para una adecuada relación entre Derecho y moral, es Robert Alexy. Como destaca Vigo, “la teoría jurídica de Alexy resulta inescindible el derecho de la moral, e incluso se podría decir que el derecho es un esfuerzo institucional puesto al servicio de la moral o de la racionalidad practica. Todo lo jurídico está comprometido o remite a la corrección formal y material aportada por la teoría ética del discurso en tanto teoría ética

²⁵ HERVADA, 1992: 230.

²⁶ CHÁVEZ FERNÁNDEZ, 2008: 398.

procedimental y universal”²⁷. En términos del propio autor, “La vigencia de las normas ius fundamentales significa que el sistema jurídico es un sistema abierto frente a la moral”²⁸.

Dicho autor ha recuperado la lógica argumentativa aristotélica, que recurre a la teoría de la argumentación para determinar la validez o invalidez del razonamiento jurídico. “La cuestión acerca de la racionalidad de la fundamentación jurídica –dice Alexy- conduce así a la cuestión acerca de la fundamentabilidad racional de los juicios prácticos generales o de los juicios morales”²⁹. El Estado de Derecho, después de la fuerte crisis de legalidad, entre otros factores, por falta de legitimidad y aparición de la cuestión social, es un Estado que se basa en la Constitución, por lo tanto, trasladar los conceptos con los que se entendía y trataba a la ley, como un sistema de reglas, hacia la Constitución, resulta insuficiente. En esta línea, destaca Aguiló que “esta crisis del positivismo jurídico que en algunos sistemas jurídicos de Derecho continental ha venido de la mano de un cambio estructural conocido como la constitucionalización del orden jurídico”³⁰.

Consideramos asimismo, como ya fuera dicho, que uno de los puntos débiles del estado de legalidad positivista kelseniano, fue la estricta separación entre Derecho y moral. Esta separación no tiene cabida en el neoconstitucionalismo, ya que la constitución de este paradigma incorpora necesariamente principios y valores, siendo un Derecho de reglas y principios, generándose una nueva forma de entender los derechos y el Derecho. “Los principios así entendidos –dice Aguiló- dotan de sentido a las reglas. Permiten verlas, por un lado como instrumentos para la protección y promoción de ciertos bienes (valores) jurídicos y, por otro, como resultados de un balance, ponderación, compromiso entre principios para el caso genérico que ellas regulan”³¹.

Si hoy en día el Derecho necesita ser dotado de contenido y de un sentido práctico, “el punto de partida de la teoría de la argumentación jurídica es que en la fundamentación jurídica de lo que se trata siempre es de cuestiones prácticas”³². La norma considerada de manera positiva no es suficiente, se requiere de razones que justifiquen las decisiones y ello necesariamente implica una relación entre el Derecho y la moral. Ello pues el

²⁷ VIGO, 2006: 315.

²⁸ ALEXY, 1997: 525.

²⁹ IBID, p. 530.

³⁰ AGUILÓ, 2007: 113.

³¹ IBID, p. 115.

³² ALEXY, 1997: 529.

Derecho incorpora categorías propiamente morales; ya no se trata de la posición externa al Derecho sino interna, una posición que dé cuenta de la realidad compleja, que detrás de esa realidad existen personas e instituciones y por tanto, está asociada a la naturaleza de las cosas y de la persona, dándonos un punto medio entre el realismo crítico y lo ius – fundamental.

Frente a la posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios prácticos referidos a lo bueno o lo malo, lo prohibido, obligatorio o permitido, se han ofrecido –recuerda Alexy– dos posiciones básicas extremas: por un lado, las posiciones subjetivistas, relativistas, decisionistas y/o irracionalistas y, por otro lado, las posiciones objetivistas, absolutistas, cognoscitivas y/o racionalistas. El profesor de Kiel considera desacertado ese planteamiento de todo o nada, y opta por el camino intermedio de la teoría moral procedimental del discurso práctico racional³³.

En esa medida, el operador jurídico se va a encontrar en la necesidad de hacer justicia, es decir, de hacer lo correcto, de dar a cada uno lo que le es debido. Aunque no exista una única respuesta a esta relación entre hacer justicia y hacer lo correcto, definiéndose en negativo, hacer lo injusto será incurrir en contradicciones en la argumentación, al buscar la mejor solución al caso concreto. Si bien es difícil ver hasta qué punto un derecho se garantiza en su totalidad, el Derecho en el marco neoconstitucional opera con concepciones morales y hay actos o situaciones que *prima facie* son correctas, o por decirlo de otra manera, moralmente correctas, es decir, justas.

Lo anterior viene exigido por la naturaleza de la vida jurídica o, al decir de Aristóteles, la naturaleza de los asuntos prácticos, en virtud de la cual no todas las cosas están determinadas por la ley, es decir, que sobre ciertas cosas no es posible formular una ley, y, por tanto, cuando se plantean deben ser resueltas por medio de una decisión singular. Al restar referidos los derechos al desenvolvimiento dinámico de las relaciones interpersonales, no pueden ofrecer una faz rígida, y su perfil *definitivo* en los casos no podrá tampoco surgir en exclusiva de la Constitución ni de la ley, sino que se establecerá en la sentencia a partir de las fuentes escritas, los datos singulares del problema, y toda una serie de elementos que integran el horizonte hermenéutico del juez que lo ayudan a componer una solución³⁴.

³³ VIGO, 2006: 297-298.

³⁴ SERNA Y TOLLER, 2000: 54-55.

Sin embargo, aunque esta sea la teoría adecuada para la práctica jurídica neoconstitucional, en la medida que implica valoraciones morales, consideramos más bien, que de fondo se trata de recuperar al objeto real del Derecho. Si el Derecho es objeto de la justicia y se buscan decisiones justas para lograr la legitimidad y defensa de la persona humana, atendiendo a su particular situación, entonces, lo que quizás haya cambiado es la forma de llegar a esa respuesta. Siguiendo al profesor Laporta no podemos desconocer que “tanto el derecho como la moral son ordenes prescriptivos de una gran complejidad y para ponderar adecuadamente la corrección o incorrección de la incorporación de contenidos morales al derecho es preciso tener en cuenta no pocos aspectos estructurales y deónticos del derecho”³⁵.

Ahora bien, si la asociación entre Derecho, moral y justicia, como relación simbiótica se sustentaba en la ley natural, hoy esa misma relación se sustenta en la ley racional, que algunos autores liberales consideran como la más representativa de la persona humana. Al respecto consideramos que no existe oposición entre la ley natural y racional sino una relación de complementariedad. Siempre existe moral de mínimos, pues “la moralidad de la aspiración sería el conjunto de máximos objetivos que una sociedad considera deseables y en la consecución de los cuales atribuye un especial reconocimiento a los individuos. La moralidad del deber sería más bien una aspiración de mínimos”³⁶. Un consenso sobre lo moralmente cuestionable, más allá de la opción personal que cada uno tenga, la naturaleza de los actos morales a nivel de lo intrínsecamente incorrecto, es absoluta, mientras que la de los actos correctos, se analiza en cada caso, con lo cual si podríamos afirmar la existencia de una “moralidad básica material”^{37 38}.

³⁵ LAPORTA, 1995: 101.

³⁶ IBID, p. 29. El autor cita a Lon. L. Fuller (1964) respecto a la polémica entre el este y Hart, sobre el derecho. Así, refiere que “Fuller señala que el derecho tiene que ver con la idea de someter a normas la conducta de los individuos y si esto es así, entonces, el derecho tiene que tener componentes morales ineludiblemente, pues de no ser así no podría cumplir sus propósitos de regular las conductas individuales y sociales. Fuller arriesga la distinción entre una “moralidad de aspiración” y una “moralidad del deber”.

³⁷ HERNANDO NIETO: 2009, p. 189.

³⁸ En esta misma línea, refiere Juan Pablo II, que el sujeto que actúa asimila personalmente la verdad contenida en la ley; se apropia y hace suya esta verdad de su ser mediante los actos y las correspondientes virtudes. Los *preceptos negativos* de la ley natural son universalmente válidos: obligan a todos y cada uno, siempre y en toda circunstancia. En efecto, se trata de prohibiciones que vedan una determinada acción «*semper et pro semper*», sin excepciones, porque la elección de ese comportamiento en ningún caso es compatible con la bondad de la voluntad de la persona que actúa, con su vocación a la vida con Dios y a la comunión con el prójimo. Está prohibido a cada uno y siempre

En esa línea, siguiendo a Alexy, consideramos que existe una serie de “exigencias generales de racionalidad, que son también validas con independencia de la teoría del discurso”³⁹ que permite la síntesis entre la ley natural y la ley racional, como un predicado del ser persona. Ejercitarse en el discurso teórico desde la objetividad de las realidades y naturaleza de las cosas, exige la unión de una serie de mínimos básicos de toda persona, pues “a ellas pertenecen la ausencia de contradicción, la universalidad en el sentido del uso coherente de los predicados empleados, la claridad lingüístico-conceptual, la verdad empírica, la consideración de las consecuencias...”⁴⁰.

1.3. La persona humana: ser moral y racional

Cuando hablamos de persona humana pareciera que no hubiese discusión o cuestionamiento sobre su concepto, es decir, todos sabemos quien es una persona humana o un ser humano. Sin embargo, vale la pena hacer una aproximación a ésta noción que permitan definir postulados sobre la dignidad y libertad, más aún si a partir de ellas se genera toda una serie de valores que van a materializarse a nivel constitucional. “Quizás éste tema sea una de las debilidades más poco patentes de nuestra historia, hay una inadecuada visión del hombre”⁴¹.

“La nuestra –dice Juan Pablo II- es sin duda la época en que más se ha hablado y se ha escrito sobre el hombre, la época de los humanismos, del antropocentrismo. Sin embargo, paradójicamente, es también la época del rebajamiento del hombre a niveles antes insospechados, época de valores humanos conculcados como jamás lo fueron antes”⁴². El Derecho no puede ser ajeno a quien se convierte en el eje de todo su sistema, “el contenido y el alcance del proceso interpretativo se ven claramente influenciados en su formulación y operatividad – entre otros- de Derecho y Persona Humana”⁴³.

infringir preceptos que vinculan a todos y cueste lo que cueste, y dañar en otros y, ante todo, en sí mismos, la dignidad personal y común a todos [JUAN PABLO II, 1993: 34].

³⁹ ALEXY, 1993: 16.

⁴⁰ VIGO, 2006: 298.

⁴¹ SALAZAR, 1989: 3.

⁴² JUAN PABLO II, 1979, I: 9

⁴³ CASTILLO, 2007: 27.

Así, a la pregunta, ¿qué es ser persona? Responde Hervada señalando que “una persona es un ser, que es ser tan intensamente –de tal manera es ser-, que domina su propio ser. Por eso la persona es *sui iuris*, dueña ontológica- es el distintivo del ser personal y el fundamento de su dignidad”⁴⁴. En esta misma línea, hablar de persona humana o simplemente de persona para referirse al ser humano (que es el sentido que se le da en este trabajo) añade algo a persona pero también a humano. El ser humano recibe una determinación importante cuando se le considera persona (porque se le asocia con un eminente valor, con un proyecto de personificación, de realización integral, etc.); y cuando la persona recibe una significación no menos importante cuando se le considera humana (porque se le asocia con los diversos aspectos y circunstancias de esa condición)⁴⁵.

Ahora bien, conviene comenzar a esbozar un posible concepto sobre la persona humana y para ello consideramos indispensable acudir a la ontología o metafísica. Así, “el *ser* define una realidad, animada o inanimada, pues el *ser de la cosa es aquello por lo cual la cosa es lo que es y no es otra cosa distinta*. Aplicada esta categoría conceptual a la persona humana se tendría que afirmar que el *ser* de la persona humana es aquello por lo cual la persona es lo que es y no otra cosa distinta”⁴⁶. En tal sentido, detrás de esta concepción hay una naturaleza que hace que lo humano sea tal, se trata de una estructura ontológica particular, común entre cada ser humano y que se manifiesta a nivel psicológico, social, espiritual y físico. “La persona humana es el individuo de naturaleza humana, la realización de lo humano, o si se quiere, una substancia de naturaleza humana”⁴⁷.

Así, si hablamos de naturaleza, hablamos de una serie de potencias y facultades que están llamadas a desplegarse, a realizarse alcanzando la perfección. “Si la felicidad se define como el grado máximo de perfección, entonces mientras más se perfeccione una persona, mayores grados de felicidad podrá alcanzar. Dicho con otras palabras, la persona humana es una realidad imperfecta que tiende a la perfección, la cual consigue a partir de la satisfacción de sus necesidades propiamente humanas”^{48 49}.

⁴⁴ HERVADA, 1999: 81.

⁴⁵ BUSTAMANTE, 2010: 224.

⁴⁶ CASTILLO, 2007: 28.

⁴⁷ CHÁVEZ FERNÁNDEZ, 2008: 387.

⁴⁸ CASTILLO, 2007: 28.

⁴⁹ En esta línea, “el ser humano es persona, ser abierto a la comunicación, capaz de escucha y respuesta, de diálogo y comunión. El ser humano es una criatura abierta al encuentro, y habría

Ya hemos definido a la persona como un ser que desplegándose en su relación con los demás permanece siendo lo que es. Esta persona intrínsecamente, es decir, ontológicamente, es moral y racional, por tanto no requiere de circunstancias fácticas para serlo y mucho menos requiere cumplir con dicha facticidad para la titularidad o goce de determinados derechos. La moralidad de la persona humana, nace como reflejo de la ley natural y racional. Como refiere Chávez Fernández, “éste al conocer de manera inmediata los dinamismos fundamentales inscritos en su naturaleza humana, descubre - primero por la sindéresis y luego por el raciocinio natural práctico- que sus fines le exigen determinadas conductas que se expresan en juicios universales deónticos...ésta ley natural, que es una ley de la moralidad del obrar humano, tendrá consecuencias decisivas de cara al comportamiento específicamente social del hombre”⁵⁰.

Si esto es así, la moralidad del sujeto, está en función de una racionalidad objetiva material que se desarrolla en la medida que se responde a esa naturaleza humana y a la ley natural, no solo en función de su “capacidad” de elegir y de deliberar. Más aún, en la persona existe una estructura permanente que siempre queda siendo a pesar que las decisiones, costumbres, procesos, creencias, fines o deseos muten o estén sujetos al cambio natural social.

Es un sentido que destaca la dimensión moral del ser humano, vinculándosele con ideales de auto-realización y de cooperación sin menoscabar su autonomía, su libertad pero en un contexto de responsabilidad y solidaridad. Según este sentido, la persona no es solo considerada un *ser*, sino también un *deber ser*, un proyecto que cada día debe alcanzarse. El ser humano, en cuanto persona, está llamado a esforzarse, al máximo de sus capacidades y posibilidades, para ser cada vez mejor persona: para alcanzar su autonomía moral –el desarrollo más pleno de todas las dimensiones de su humanidad- y contribuir al bienestar de los demás porque el desarrollo integral no es posible alcanzarlo en solitario, se requiere el apoyo recíproco para alcanzarlo⁵¹.

que decir más: inmersa en el dinamismo del encuentro. Ante él, desde su libertad, puede responder en un sentido u otro, dependiendo su realización de la naturaleza de la respuesta. Este dinamismo siempre lo lleva más allá de sí, e incluso de aquellos semejantes a si...” [FIGARI, 1991: 13-14].

⁵⁰ CHÁVEZ FERNÁNDEZ, 2008: 387

⁵¹ BUSTAMANTE: 2010, p. 228.

Esto que permanece podríamos llamarlo “parte ontológica” de la persona y trasciende las opciones personales que muchas veces pueden ser egoístas y abren al sujeto a una comprensión de pautas objetivas sobre lo bueno y malo. “La persona humana es una unidad ontológica, lo que quiere significar que el ser de la persona humana es una realidad que a pesar de su diversidad y complejidad no es un ente incoherente ni muchos menos contradictorio en su esencia. Situación bien distinta es que la persona humana en ejercicio de su libertad, llegue a tomar decisiones incoherentes o contradictorias”⁵².

Hemos señalado cómo en el Estado Constitucional de Derecho, en respuesta al Estado de Legalidad, la primera fuente jurídica es la Constitución, norma jurídica y fundamental con contenido material que es conjunto de valores o principios que conforman los derechos de la persona. Relacionado con este desarrollo sobre la noción de persona humana, cabría preguntarse ¿cómo sabemos cuál es ese contenido material que tiene cada derecho? Consideramos que la mencionada parte ontológica de la persona suministra la base para el reconocimiento de sus derechos. Siguiendo a Chávez Fernández, es posible afirmar que la referencia al “estatuto ontológico de estas “imperiosas necesidades del hombre actual” y su vinculación con los derechos fundamentales (...) como derechos “verdaderamente” humanos –es decir: bienes-exigencias de justicia inherentes a la naturaleza o condición humana– y una comprensión de los mismos alejada de una referencia antropológico-material consistente”⁵³.

Asimismo, hemos visto que el Derecho necesariamente tiene que ver con la justicia, dando a cada uno lo que corresponde, y lo que le corresponde es aquello que le es debido. El Derecho es lo debido porque está atribuido en un título positivo o natural. La persona *es*, pero su ser, que no es estático, le *exige ser*. Esta exigencia de ser no es un venir a la existencia. Tampoco una ausencia de muerte. Es, en sentido estricto, perfección, plenitud de ser o realización... De esta forma, el deber no se reduce a un imperativo formal, es exigencia de ser, emanada de la misma naturaleza humana, que la razón capta y prescribe como deber. La ley, también la ley natural, es la expresión

⁵² CASTILLO, 2007: 28.

⁵³ CHÁVEZ, 2011: 34 – 35.

racional de un deber – ser, de una exigencia ontológica, que se funda en los fines naturales del hombre, en cuanto representan su perfeccionamiento o plenitud⁵⁴.

En esa línea, la persona es una realidad compleja, que tiende a la perfección y a la felicidad. Parecería absurdo que si a alguien se le pregunta si quiere ser feliz, esa persona responda no; quizás esto sea un punto de consenso objetivo y general, nadie quiere ser infeliz, al menos no conscientemente y aquí radica uno de los elementos, cuyo desarrollo será materia del presente trabajo, la conciencia y la objeción de esta. “La persona puede ser definida desde muchos ámbitos, por ejemplo, el antropológico o el teológico. El concepto antropológico o teológico de la persona humana se traduce normativamente en derechos fundamentales”⁵⁵.

Asimismo, consideramos que ninguna aproximación por más rigurosa que sea, puede definir todo lo que la persona es, porque como dijimos es una realidad compleja. Sin embargo, a efectos del presente trabajo, haremos una síntesis de lo que se conoce como antropocentrismo teológico, el cual nos ayudará a desarrollar el concepto de conciencia y el concepto religioso, pues ambos van a configurarse en derechos, reconocidos como las libertades de conciencia y religión, categorías necesarias a efectos del análisis de la objeción de conciencia. Como señala Bustamante, “suele utilizarse la palabra persona para designar al ser humano con el propósito de expresar todo lo que *es*, o mejor aún, *quien es*. Se pretende comprender con ella todas las dimensiones de su humanidad: su individualidad, esencia, autonomía, libertad, racionalidad, etc.; incluso su espiritualidad o religación divina” (con Dios, con lo que va más allá de lo terrenal o simplemente racional)⁵⁶.

En esa línea, la visión antropocéntrica-teológica, permite traducir los ámbitos o esferas internas de la persona que se conectan y actúan no como compartimientos estancos sino como una unidad, compleja, pero unidad integral. No se trata de un concepto religioso, sino de insumos provistos por otras disciplinas, para entender que el ser humano posee un espíritu o alma racional, no solo es un cuerpo, una mente o inteligencia, sino que la persona vive y opera en tres (3) dimensiones, la corporal - social, la psíquica – racional y la espiritual. Si la persona es una unidad existencial e integral, consideramos que es

⁵⁴ HOYOS, 2005: 95.
⁵⁵ CASTILLO, 2008: 5.
⁵⁶ BUSTAMANTE, 2010: 225.

más adecuado hablar no de “la facultad del acto de pensar para comprender”, sino de la persona concreta que piensa, hace, siente y se relaciona con un entorno.

El hombre es diferente y superior respecto a cualquier individuo animal en razón de la racionalidad. Aquella *rationalis natural* significa un principio de operaciones de índole racional, que hace posible el conocimiento intelectual y la volición. La *individua substantia* hace referencia a un sujeto individual de esa naturaleza racional. A la *rationalis natura individua substantia* se llama, en sentido ontológico y en sentido jurídico, persona. La persona humana es, en todo su ser, real. Para decirlo en términos metafísicos, es un ser subsistente de una naturaleza que es tanto corporal como espiritual. *Anima forma corporis*, la espiritualidad está unida a la corporalidad y la corporalidad está dotada de significación y libertad. Se trata de una naturaleza corpóreo-espiritualizada, una unidad sustancial individual única y completa. El ser humano, en su integridad corpóreo-espiritual, es un ser eminente y excelente, esto es, digno. Todo lo que es predicable de la persona –su ser, su esencia, sus atributos- se dice de la unidad sustancial⁵⁷.

En todas esas relaciones la persona va buscando la perfección, la felicidad y aunque pareciera algo no objetivable, el hecho que no podamos verificarlo no significa que la realidad deje de ser real, y que nos demuestre que el ser humano es imperfecto y por eso tiende a lo perfecto, y será perfecto cuando todo su ser en potencia haya pasado al acto, es decir, cuando no tenga mayor necesidad. Aunque no exista autoridad que diga o determine qué es la esencia humana, no podemos negar dicha categoría, por ser una realidad y porque descubrimos necesidades humanas que aun no se realizan plenamente.

Consideramos que no es poco entrar en estos temas, pues creemos que el concepto de perfección va de la mano no solo con el de necesidad, sino con el de felicidad en la medida que en la consecución o satisfacción de necesidades se alcanzan grados de perfeccionamiento. No es una cuestión de cometer errores sino una cuestión de naturaleza, de realidad humana, ella tiende a la perfección, lo cual podría asemejarse a la felicidad, pero los medios que use la persona, el Estado, el Derecho o el juez de casos concretos, para satisfacer las necesidades, en eso si se puede errar, pero ese error no niega la esencia de la persona, pretender lo contrario sería “una traición a la

⁵⁷ Hoyos, 2005: 96 – 97.

humanidad... y habremos confundido tradición, conservación del ser, con traición, desconocimiento del ser”⁵⁸.

La naturaleza podría entenderse como un dinamismo estático porque no muta ni depende de la mayoría, pero es dinámico porque la perfección, que anhela la realidad de la persona humana, va *in crescendo o decrescendo*, de acuerdo a sus opciones y al despliegue de las mismas en su propia esfera pero también en el ámbito social. Si la persona es una unidad y una de estas dimensiones es la espiritual (en la línea de alma racional o psique) las necesidades espirituales también deben ser satisfechas y el Derecho debe ser el instrumento para la realización humana.

Ahora bien, ¿cómo saber qué perfecciona al ser humano? Si hablamos de necesidades humanas porque brotan de la naturaleza o esencia humana, podemos hablar de bienes humanos, y en esa medida, bien es aquello que perfecciona al ser humano, porque satisface sus necesidades humanas y le permiten ir avanzando en su perfeccionamiento y en su satisfacción. En este punto, entendemos que lo justo con la persona humana es reconocerle y garantizarle que determinados bienes humanos le sean correspondidos. La consecución del bien humano es lo justo y esto es lo que el Derecho *es* y debe garantizar.

1.4. La dignidad de la persona como valor supremo del Estado Constitucional: afirmar la libertad y no solo la autonomía.

Como hemos visto, la relación entre Derecho y moral es necesaria no solo por la naturaleza de ambas materias, sino porque en el Estado Constitucional, para interpretar la Constitución es necesaria una teoría constitucional y una teoría del Derecho. En el paradigma neoconstitucional, las decisiones políticas y jurídicas pasan necesariamente por lo moral, y aunque esa balanza puede generar situaciones de tensión, es un hecho que hoy interpretar la Constitución, requiere recurrir no solo a reglas claras, sino a principios y valores que no son fáciles de discernir. Principios como el de dignidad y autonomía no atañen en cuanto a su contenido a un tema estrictamente jurídico – positivista, es más, para muchos se trataría de un nuevo iusnaturalismo en forma de neoconstitucionalismo, sin embargo, creemos que la reubicación de la relación entre

⁵⁸ Hoyos, 2010: 24.

Derecho y moral debe hacerse como hemos señalado previamente, considerando la realidad de las cosas, no solo de la naturaleza de las cosas, es decir, se trataría de un punto entre el realismo crítico y lo ius – fundamental.

Existen muchos autores liberales que podríamos traer a colación en el presente trabajo, sin embargo, siguiendo la lógica que venimos desarrollando, algunos autores son más útiles académicamente hablando para determinados temas. En esa línea, plantearé la postura del profesor Carlos Santiago Nino respecto al principio de dignidad. Dada la extensión del tema y de posturas sobre el mismo, no vamos a entrar a dilucidar el tema del determinismo normativo o sobre las reglas del discurso moral que el mismo autor desarrolla.

El profesor Nino⁵⁹, plantea un concepto de persona moral, conectando la personalidad moral con el discurso moral dirigido al consenso, “asume que la gente que participa de él es capaz de elegir principios morales con el fin de guiar sus acciones y actitudes sobre la base exclusiva de las razones dadas en el contexto de ese discurso y sin ningún otra determinación”⁶⁰.

Así, Nino sostiene tres principios básicos “...de cuya combinación, derivan los derechos humanos fundamentales: uno es el principio de inviolabilidad de la persona, que prohíbe imponer sacrificios a un individuo solo en razón de que ello beneficia a otros individuos; el segundo principio es el de autonomía de la persona y el asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia (y, en virtud de un principio complementario, al placer y a la ausencia de dolor); el tercer principio, el de dignidad de la persona prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control”⁶¹.

⁵⁹ El autor plantea que la personalidad moral es un concepto relacionado no con el hecho de ser titular de derechos fundamentales sino con el hecho de poseer las condiciones para ejercerlos o gozar de ellos; se trata de un concepto de persona ligado a la noción liberal kantiana, afirmando que la persona moral denota ciertas cualidades fácticas que se insertan en ciertos principios morales fundamentales. Siguiendo a Sandel, el autor va definir que las personas morales poseen algunas características: capacidad de elegir fines, adoptar intereses y formar deseos; esa capacidad es previa a cualquiera de ellos; separación de la persona de sus fines; y, separación entre las mismas personas morales [NINO, 1989: 171].

⁶⁰ MASSINI, 2006: 175.

⁶¹ NINO, 2007: 46.

Retomando lo desarrollado en el punto previo sobre el concepto de bienes y necesidades, el liberalismo enfoca dichos conceptos según una concepción, no subjetiva sino subjetivista, con una moral auto – referente, en palabras del profesor Nino⁶². Este punto sobre valoración de las preferencias y planes, con referencia exclusiva al sujeto (nótese que no es persona, sino sujeto), considerados valiosos porque el sujeto los determina, más allá del proceso por el cual las determine y si corresponden con una moralidad aunque sea de mínimos, son defendibles porque nacen de este poder autónomico y eso sería suficiente para legitimarlos. Este principio de autonomía, será fermento de la conceptualización de dignidad, el que no tendrá otra arista que la voluntad del sujeto⁶³.

La voluntad del individuo esta en el centro del principio de autonomía, puesto que este valora positivamente la libre elección de planes de vida y formación de preferencias... una posible fundamentación de este principio se apoya en un papel todavía más protagónico de la voluntad (...) Por otra parte, el principio de autonomía asigna también otra dimensión a la voluntad del individuo: los bienes que los derechos individuales protegen según ese principio, no solo deben satisfacer la condición de ser recursos que faciliten la libre elección de planes de vida, sino también la de que de su posesión no sea

⁶² El autor no comparte la postura de autores liberales como Rawls, Dworkin y Ackerman, pues para estos lo importante es jerarquizar las preferencias de manera que la persona debe ser responsable por la elección de planes de vida y adopción de preferencias que ellos asuman, por lo cual, para estos autores la satisfacción de dichos planes elegidos sería lo valioso. Sin embargo, para nuestro autor, el principio de autonomía, considera a las preferencias y planes de vida como no accidentales, ya que lo importante es la capacidad de optar entre diversos planes de vida; por ello para el autor lo valioso de la autonomía es el valor de la capacidad de optar y no jerarquiza el valor de dicha capacidad, como hacen los autores previamente citados [NINO, 1989: 171].

⁶³ Antes de pasar al tema de la dignidad, cuyo contenido está ligado al principio de autonomía, conviene precisar que, para Nino, hay una diferencia en la que se va centrar la dignidad, y es que cuando se refiere al respeto de la voluntad como consentimiento, no se está refiriendo al respeto de los deseos. Así, la persona buscará que se le otorgue como algo debido un deseo, más allá de la moralidad del mismo, siempre y cuando haya manifestado su consentimiento y, en esa medida, dicha inclusión genera responsabilidad por el sujeto en permitir incorporar dichas consecuencias al curso de su vida [NINO, 2007: 290].

En la practica la distinción se diluye porque i) no basta consentir un deseo para legitimarlo, especialmente como atribución debida de derecho, pues una cosa es tener una preferencia, otra consentirla y otra exigirla como atribución o derecho, como algo que me debe ser garantizado y en esa línea, que se otorguen todos los medios de realización para el mismo; ii) porque de fondo termina nuestro autor, quizás jerarquizando como los demás liberales, las opciones, pues habrán deseos sobre los que no hay consentimiento y por lo tanto no podrán ser exigidos, y será la persona responsable de ver que consiente y que no; y, iii) porque dada la unidad del ser humano, la distinción, incluso consciente, entre el deseo, creencia, preferencia o como quiera llamarse y el consentimiento no es una línea clara, precisa, sino al contrario, dada la operatividad e interrelación de las dimensiones de la persona, es toda ella la que cree y consiente, su fuero interno no se divide para poder determinar sobre que ha consentido y que mantiene como preferencia no consentida.

“Es por ello que la dignidad –así lo entiende Hervada- no configura al hombre como un ser desvinculado, con derechos ilimitados y deberes autónomamente surgidos de su conciencia sin referencia a reglas objetivas, sino como un ser que esta reglado por normas inherentes al ser personal” [HOYOS, 2005: 104 – 105].

incompatible con la materialización del proyecto que el individuo ha elegido (...) Es esta dependencia de la autonomía de la voluntad de sus beneficiarios lo que permite decir que los derechos humanos están solo condicionados por las voliciones de sus titulares⁶⁴.

Dicho esto, el principio de dignidad, definido según la volición, resulta insuficiente, sin perjuicio del desarrollo que a continuación hacemos sobre el mismo.

Para Nino, el principio de dignidad “prescribe que los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento”⁶⁵. En sus comentarios a Nino, Alexy señala que este principio “exige que la voluntad del ser humano sea tomada en serio. Permite reconocer las decisiones, intenciones y declaraciones de voluntad como condiciones de obligaciones y responsabilidades. Este principio ha de ser la base de la autonomía privada”⁶⁶. En tal sentido, dicho principio se encuentra íntimamente relacionado con la autonomía personal, pero ¿cuál es sustento de cuál, cuál es la relación entre ambos conceptos y la razón? ¿Será que presenciamos lo que nos dice Fernández Sessarego cuando plantea que hay “un vuelco revolucionario en la concepción de la disciplina jurídica que redescubre que es el ser humano su privilegiado centro de atención. La persona humana se convierte en el eje del Derecho. Pero ya no se trata del hombre cuyo ser es la razón, sino que él es la libertad”⁶⁷?

Libertad, autonomía, razón, todos son atributos del ser humano; más aún todos tienen como sustento una cualidad intrínseca de la personalidad humana, que es la dignidad. Por ella, todo ser humano es absolutamente único e irrepetible, ella se alza como la base sobre la que operan las facultades de la persona, cuales son la libertad o autonomía (aunque vamos a preferir llamarle libertad por las razones que expondremos más adelante) y la razón. Siguiendo al profesor Fernandez Sessarego, la dignidad es el valor connatural propio del ser humano, de la persona y por ende ella es valiosa en sí misma, ella es siempre un fin y nunca un medio. “El Diccionario de la Lengua Española considera que la dignidad es una cualidad de digno. Y, digno es quien es merecedor de algo. De lo expuesto se desprende que el ser humano, poseedor de esta cualidad y, en

⁶⁴ NINO, 2007: 267 – 268.

⁶⁵ NINO, 2007: 287.

⁶⁶ ALEXY, 1997.

⁶⁷ FERNANDEZ SESSAREGO, 2008: 285.

tanto digno, merece respeto y protección jurídica”⁶⁸. Lo merece porque es, no porque hace, posee determinado estado o condiciones de vida, conocimiento, o porque opera de determinada manera, *es*, existe y su existencia es valiosa en sí misma.

Si esto es así, si la dignidad es intrínseca, inherente, *connatural* al ser humano, significa que tiene asidero y consistencia en la misma naturaleza del ser humano y no en un atributo de esta, como sería la autonomía de la cual se desprenden sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento. Mientras que estas últimas pertenecen al ejercicio de la potencia volitiva del ser humano, la dignidad pertenece a la naturaleza ontológica del mismo, sin embargo, a lado de esa dignidad con la que está marcado cada individuo ontológicamente, aparece la libertad (no solo autonomía) del ser humano, y ambos hacen que esa persona sea única e irrepetible.

La dignidad tiene que ver con la capacidad de ser, que se manifiesta en los actos libres, mediante los cuales la persona adquiere hábitos de carácter moral. La dignidad humana comporta un deber-ser, porque el hombre es un ser exigente, tiene en si mismo titulo exigitivo (...) hay actos dignos conforme a la dignidad humana y hay actos indignos, que lesionan esa dignidad. Ese deber-ser está inscrito en la persona, en forma de realidad, es la plenitud de ser que, mediante su obrar, puede alcanzar⁶⁹.

Solo cuando la dignidad se manifiesta coherentemente mediante opciones libres y fundadas en la propia naturaleza y teleología perfecta del ser humano, a su propia esencia, este se hace más humano, mas persona, se personaliza. El ser precede al hacer, el ser humano es digno y es libre, pero debe ejercer “haciendo” de esa libertad un camino de perfección, no subjetivo, no autónomo o voluntarista sino conforme a la ley natural que le indica el camino de realización y despliegue personal, ser aquello para lo que está hecho.

Estas inclinaciones –dice Vigo- comportan una carga axiológica y normativa que su intelecto práctico, que ejerce su función cognoscitiva en vistas a la dirección de la acción, aprehende, emitiendo los juicios estimativos o normativos, que corresponden según el caso. Es evidente que las inclinaciones humanas en cuestión son naturales en el sentido más estricto y por lo tanto buenas, solo porque son esenciales, es decir,

⁶⁸ IBID, p. 287.

⁶⁹ HOYOS, 2005: 110.

expresivas de la esencia del hombre en la cual están ancladas [...] La esencia de un existente es la medida del ser impartido a este y es por ello que un comportamiento conforme a la esencia de un existente acrece su ser, mientras que un comportamiento contrario lo disminuye [...] es el conocimiento del ser el que condiciona en primer lugar el conocimiento del bien⁷⁰.

De lo dicho se puede desprender que cada ser humano es valioso, porque es digno, y en esa medida merece ser tratado como fin en sí mismo. “Y es que la persona humana existe como fin en sí mismo, no meramente como medio para el uso a discreción de esta o aquella voluntad, sino que tiene que ser considerado en todas sus acciones, tanto en las dirigidas a sí mismo como también en las dirigidas a otros seres racionales, siempre a la vez como fin”⁷¹. Si esto es así, la dignidad de la persona no puede ser usada como argumento a favor para solicitar el reconocimiento de prácticas, derechos o acciones que vayan en contra de la misma persona o que dañen a terceros. Sobre este último aspecto, Nino, reconoce que es un límite válido al ejercicio de la “autonomía” y “dignidad” de la persona, pero no reconoce la primera premisa.

Como hemos dicho, para Nino, la dignidad de la persona está ligada al concepto de autonomía que el mismo propone, ello implica que el individuo deba hacerse responsable asumiendo las consecuencias de sus actos; y lo más importante, según el autor, es que esa decisión “sea considerada como parte del plan de vida del individuo, y que por lo tanto (y aquí interviene el principio de autonomía) se mantenga, en cuanto ello sea posible sin violar otros principios, las consecuencias de la acción voluntaria que el individuo previo al decidir actuar e incorpora, por lo tanto, a ese plan de vida”⁷². Ahora bien, en qué consiste el principio de autonomía, tan ligado al de dignidad?

Según Alexy, para Nino, dicho principio “solo se referiría a la concepción individual de lo bueno y por ende, solo a la moral concerniente al individuo mismo y en este sentido, a la moral personal. Se fundamenta indirectamente mediante la fundamentación del principio de la autonomía moral. Esta comprendería tanto la moral personal mencionada, como también la moral intersubjetiva que trata de las relaciones morales

⁷⁰ VIGO, 2008: 285.

⁷¹ CASTILLO, 2007: 34 – 35.

⁷² NINO, 2007: 291.

con otros”⁷³. De hecho, para Nino, a diferencia de Habermas, la discusión colectiva es el método más confiable para llegar a la verdad moral, aunque no desconoce que un individuo aisladamente puede llegar a esta misma verdad mediante la reflexión personal. Esta idea, de sesgos kantianos, busca lograr una fórmula que pueda garantizar esta autonomía, que es la racional. “La razón, en cuanto pura y sin influjo alguno de motivos sensibles, se basta por sí sola para determinar la voluntad”⁷⁴.

Esta moral racional autónoma es la que permite la formación de una sociedad de seres autónomos, cuya fórmula moral quedara expresada en lo que se conoce como el Imperativo Categórico, que implica que el sujeto actúa moralmente cuando actúa como un sujeto racional y eso es actuar por deber, por lo correcto. “Solo los imperativos categóricos pueden ser leyes prácticas; y solo la forma legisladora de la ley, y no su materia, es lo que puede constituir el fundamento de determinación de la voluntad libre”⁷⁵.

En esta misma línea, explica Peces Barba que la dignidad, como punto de partida, expresa el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepetible, es decir, una descripción de las dimensiones de nuestra condición, el fundamento de nuestra ética pública, porque acota el ámbito de su acción para realizar el proyecto en qué consiste el ser humano: la plena realización de todas las dimensiones de su humanidad (...) La tenemos todos, absolutamente todos los seres humanos, independientemente de nuestras características, capacidades, posibilidades y de las particulares condiciones en que nos toque vivir... un valor que con la mediación de la razón, demanda el desarrollo integral del ser humano. En este sentido es un punto de partida, un modelo a realizar... Por otro lado, prosigue Peces – Barba, la dignidad es un deber ser que se puede realizar en el dinamismo de la vida humana, siempre limitadamente, siempre condicionado históricamente y temporalmente en el plazo de nuestra existencia⁷⁶.

Sin embargo, la persona no es un ente con compartimentos estancos, sino que sus emociones afectan su psique, su intelecto y *condicionan* sus actos muchas veces. Esto no significa que la persona este determinada a actuar de una manera sino que por esas

⁷³ ALEXY, 1997: 184.
⁷⁴ ARÓSTEGUI, 1978: 599.
⁷⁵ IBIDEM.
⁷⁶ BUSTAMANTE, 2010: 238 – 239.

motivaciones tiene una tendencia a ser y hacer de una determinada manera, tendencia que si es contraria a su naturaleza, deberá disciplinar y forjar, para que sus inclinaciones e impulsos sean racionales, respondiendo a su ontología y a su perfectividad.

A propósito de este tema traemos a colación las reflexiones que la profesora Hoyos ha realizado sobre las evidencias científicas y su relación con la vida humana. Aplicando las categorías de la ciencia, la autora sostiene que en nuestros días, "... el derecho ha sido enucleado... ha dejado de ser lo justo y lo debido en el ámbito de las relaciones concretas para convertirse en lo útil para transformar una realidad... también ha sido enucleada la moral. Si se ha extraído su núcleo esencial: aquel ha dejado de ser lo bueno y lo perfectible en el ámbito de acción humana para convertirse en lo deseable para mí"⁷⁷.

Si no hay una moralidad objetiva, entonces la concepción que hoy prima en la realidad es aquella en donde el sujeto es determinado no por su naturaleza sino por su voluntad. Él configura el conocimiento, ya no se trata más como decía Tomas de Aquino, de la adecuación de la mente a la cosa, sino que bajo esta modalidad se trata de la adecuación de la cosa a la voluntad "subjetiva" del sujeto. "La relación *ese natura* ha sido sustituida por individuos aislados, dotados de autonomía total. Cualquier referencia a la naturaleza de las cosas o a la misma naturaleza humana ha de rechazarse porque el concepto de naturaleza se considera una mera abstracción y porque se vincula a una filosofía de carácter fundamentalista..."⁷⁸. Es una relación en términos de poder, donde la persona se despersonaliza, porque ya no responde a su naturaleza ni a su teologalidad, a su finalidad intrínseca, sino que responde a su arbitraria voluntad, la cual puede incluso ir en contra de ella misma.

Como recuerda Spaemman, con el nacimiento de la ciencia moderna se produjo el abandono de la teleología. Este abandono no fue forzado por el fenómeno; detrás de él se escondía un poderoso interés. El fenómeno se opone incluso a una interpretación no teleológica. Por eso fuerza un equivalente provisional. Uno de estos equivalentes es la doctrina de los dos mundos, en sus distintas formas: reino de las causas y reino de los fines, ser y deber ser, hechos y valores. La misma teoría de los valores es uno de estos equivalentes. Hechos desprovistos de valor y reino de valores opuesto a estos hechos es

⁷⁷ HOYOS, 2010: 24.

⁷⁸ IBID, p. 25.

el producto de la desintegración de la entelequia (la naturaleza en cuanto fin) precedente⁷⁹.

Con ello, entra también en crisis la noción de ley natural y la prescriptividad de la ontología, la cual será llamada falacia naturalista, es decir, de la naturaleza que asume postulados descriptivos no se puede llegar a conclusiones prescriptivas. Se da, así, la separación entre el ser y el deber ser. Esta crisis afecta la identidad del sujeto, quien al no responder a la verdad de sí mismo objetivamente marcada por la naturaleza y los fines perfectivos de la misma, va a buscar determinar la verdad en función al consenso y debate racional, es decir, ya no descubre la verdad, sino que la crea mediante ardorosos procesos constructivistas, muy lógicos a nivel de silogismo, pero carentes de verdad.

Este sujeto es, entonces, el donador del sentido de la realidad a través de una función constructiva, ya no contemplativa, de la conciencia razonante y de la voluntad. Y esa conciencia no puede ser sino constructiva, en razón de que, al haber dejado de ser receptiva, sus contenidos pueden obtenerse solamente a través de un proceso metódicamente controlado de elaboración o construcción. Como consecuencia, todo lo existente cobrará sentido con referencia al sujeto, y en especial a los contenidos de la eticidad, sea esta personal o social⁸⁰.

Ante este panorama, recuerda Herrera, aparecen los intentos (desde el propio pensamiento moderno o post moderno) de alcanzar una nueva síntesis a través del consenso fundado en el mito de la autonomía de la voluntad (en ese sentido Kant es uno de los verdaderos padres de la modernidad), ya sea del mero consenso formal o procedimental original (Rawls), o de un consenso refundado en la comunicación a través del lenguaje (Habermas) que arbitrariamente disponen de los contenidos (no justificados desde la pura formalidad) ... Junto a estos aparecen también las vías de la convergencia en la interpretación respecto a una realidad o texto común (hermenéutica), o el proyecto de alcanzar un consenso ético mundial, a través de la convergencia de normas, valores, ideales y fines, obligatorios y obligantes⁸¹.

⁷⁹ SPAEMMAN, 1980: 324 – 325.

⁸⁰ MASSINI, 1999: 135.

⁸¹ HERRERA, 2008: 91.

Hemos señalado, entonces, que la moralidad no depende de la voluntad del sujeto o del consenso racional y social construido en base del discurso o de la capacidad de argumentación. No se trata de constituir la verdad moral desde principios ontológicos o de conocerla mediante los epistemológicos, los cuales se basan en el razonamiento práctico que el individuo, sea por sí mismo o con la sociedad, realiza. La moralidad no nace de la voluntariedad individual, sino de la ley natural y no es ésta “la que se funda o depende del consenso sino que es el consenso el que debe fundarse y depender de la ley natural, puesto que solo puede haber consenso entre seres racionales y libres, que tienen determinada naturaleza (racional) y por ende una determinada ley”⁸².

Ahora bien, luego de haber reflexionado sobre este tema, nos toca adentrarnos un poco para precisar, siguiendo el hilo conductor de la presente investigación, un concepto de dignidad que responda a la naturaleza humana y a sus dinanismos fundamentales. Cuando hablamos de la persona humana, justamente señalamos que ésta tiene un valor, es decir, es digna e implica que la persona humana vale como tal, como fin en sí misma y nunca como medio. Reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional se ha referido a la dignidad humana como un principio ontológico, es decir, metafísico, que atañe a la naturaleza misma de la persona, es intrínseca a ella.

Así en el expediente N° 0008-2003-AI/TC señala en el fundamento 14 que la dignidad, “se encuentra consagrada en el artículo 1° del texto constitucional, cuyo tenor es que la dignidad de la persona es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales (...) pues la persona no puede ser un medio para alcanzar una economía estable sino, por el contrario, debe ser la que auspicie la consecución de un fin superior para el Estado y la sociedad; a saber, la consolidación de la dignidad del hombre”.

Esta premisa de carácter ontológico es absoluta; el valor del ser humano radica en su existencia en sí misma, no requiere hacer, para ser. La dignidad hace que cada persona sea única e irrepetible, ella se alza como la base sobre la que operan las facultades de la persona, como la libertad o la “autonomía” (aunque preferimos llamarle libertad por las razones que expondremos más adelante).

82

IBIDEM.

Hemos manifestado hasta acá el carácter absoluto de la persona humana y de su dignidad, sin embargo, podría pensarse que este carácter se opone a que la persona humana en vías de realización y desarrollo no sea del todo perfecta. Doctrinalmente, algunos pensadores kantianos sostienen que la dignidad en sentido absoluto se opone a la de sentido relativo, por el cual el hombre es digno no en tanto su ser sino en sus fines y por ende, su dignidad está en la consecución de los mismos; por tanto, ello lleva a sostener “la indignidad de quienes no orienten su existencia al logro y consecución de esos fines”⁸³.

Sin embargo, el profesor Hervada ha podido realizar una síntesis superior de esa falsa antinomia señalando que la dignidad en términos de lo absoluto sí corresponde a todo ser humano, mientras que la relativa se sostiene de ese mismo ser humano pero que está en vías de realización, pues de alguna manera todos tenemos potencialidades que pueden ser acto. En términos de Hoyos, “se trata, por tanto, de una cualidad del hombre concreto en que cada quien puede desvelar y conquistar. La dignidad constitutiva es también llamada dignidad ontológica. La dignidad conquistada es la dignidad moral. Hervada intenta –y en verdad lo logra- articular una y otra dimensiones de la dignidad humana”⁸⁴.

Siguiendo a esta última autora, vale aclarar que “la dignidad como excelencia del ser personal se predica de toda persona y de toda la persona. En un sentido ontológico, no hay ser humano que no sea digno, porque los seres humanos son personas. Si Hervada afirma que la dignidad radica en la naturaleza humana, no es porque confunda la persona... con la naturaleza- aquello que es propio de la especie humana-, sino porque la naturaleza es constitutiva de cada persona y porque aquella –la naturaleza- se dice de manera universal. Predicar del ser personal la dignidad es también referirla a la naturaleza, porque no existe dignidad sin persona ni persona sin naturaleza”⁸⁵.

En esta línea, como recuerda Messner, el liberalismo se va a identificar con una perspectiva de neutralidad y con el reconocimiento de que el ser humano desarrolle sus elecciones en cuanto a un proyecto de vida que le haga sentir satisfecho. Esta postura individualista está relacionada con una idea racionalista del ser humano que hoy

⁸³ SERNA, 1998: 66.
⁸⁴ HOYOS, 2005: 96 – 97.
⁸⁵ IBID, p. 102.

distingue a la post modernidad, y que creemos ha surgido en la Ilustración, de hecho con la revolución francesa se da la gran deificación de la razón. Sin embargo, ya desde Guillermo de Ockham hay una tensión hacia el liberalismo, entendido como individualismo, “el nominalismo afirmaba que los conceptos generales (universales) son nombres y signos carentes de todo sustrato ontológico real. Para la teoría de la sociedad se deducía de ello que solo los individuos tenían realidad y que no podía haber en la naturaleza humana una realidad supra individual en sí misma. Esto nos coloca ante la noción cardinal de la teoría individualista de la sociedad”⁸⁶.

Esta perfección a la que tiende la persona se va a realizar en tanto que ella como sujeto racional tiene la experiencia o conciencia de sí misma y auto poseyéndose, es decir, como dueña de sus actos, se afirma en el despliegue de su existencia frente a los demás, es relacional. Como refiere Chávez Fernández, “...que la persona subsista en sí, no significa que subsista sola ni por sí misma. La persona es substancia pero en relación, criatura fundamentalmente relacional. Incluso podemos decir que esta relacionalidad no le es exterior, algo así como un segundo paso en el existir, sino que es manifestación primera de su despliegue existencial”⁸⁷.

Así, la persona humana no se realiza en la individualidad o auto suficiencia, sino en la dimensión solidaria con sus semejantes, buscando salvar así la oposición entre individuo-sociedad, propia del liberalismo. La persona no se erige como autónoma, en desmedro del otro, sino que se hace más ella, en relación con el otro, ya no se considera solo el bien o la satisfacción del individuo, sino que se toma en cuenta el bien común. Al respecto, señala Massini, que “ese bien se resuelve en bienes concretos y personales de los miembros de la sociedad; por eso la ley jurídica, ordenándose al bien común, tiene como efecto la virtud, es decir el bien perfecto, de quienes participan de ese bien común en cuanto miembros de la comunidad”⁸⁸.

Ya hemos definido a la persona como un ser que desplegándose en su relación con los demás permanece siendo lo que es. Esta persona intrínsecamente, es decir, ontológicamente es moral y racional, por tanto, no requiere de circunstancias fácticas para serlo. La moralidad de la persona humana, nace como reflejo de la ley natural.

⁸⁶ MESSNER, 1976: 56.

⁸⁷ CHÁVEZ FERNANDEZ, 2008: 188.

⁸⁸ MASSINI, 2006: 98.

Como explica Chávez Fernández, “este al conocer de manera inmediata los dinamismos fundamentales inscritos en su naturaleza humana, descubre -primero por la sindéresis y luego por el raciocinio natural practico- que sus fines le exigen determinadas conductas que se expresan en juicios universales deónticos... esta ley natural, que es una ley de la moralidad del obrar humano, tendrá consecuencias decisivas de cara al comportamiento específicamente social del hombre...”⁸⁹.

Si esto es así, la moralidad del sujeto está en función de una racionalidad objetiva que se desarrolla en la medida que se responde a esa naturaleza humana y a la ley natural, no solo en función de su “capacidad” de elegir y de deliberar. Más aun, en la persona existe una estructura permanente que siempre queda siendo a pesar que las decisiones, costumbres, procesos, creencias, fines o deseos muten o estén sujetos al cambio natural social. Esto que permanece que podríamos llamar “parte ontológica” de la persona, trasciende las opciones personales que muchas veces pueden ser egoístas y abren al sujeto a una comprensión de pautas objetivas sobre lo bueno y malo. “La persona humana es una unidad ontológica, lo que quiere significar que el ser de la persona humana es una realidad que a pesar de su diversidad y complejidad no es un ente incoherente ni muchos menos contradictorio en su esencia. Situación bien distinta es que la persona humana en ejercicio de su libertad, llegue a tomar decisiones incoherentes o contradictorias”⁹⁰. La moralidad de la persona y por ende de sus actos, no se determina en función al grado de discusión o consenso racional al que los sujetos puedan llegar, sino en virtud de la naturaleza de las cosas, que pueden ser intrínsecamente buenas o malas.

No se trata de diversos tipos de moralidad, llámese a esta densa, positiva o crítica, la moralidad de los actos es absoluta y atañe a la naturaleza del mismo, “las acciones intrínsecamente malas, que están prohibidas por ley natural sin excepción alguna, son las que impiden absolutamente el logro de un fin humano principal o bien humano básico”⁹¹.

Para autores liberales como Nino “normas morales pueden ser únicamente las que cada individuo crea o acepta para sí mismo, basado en sus personales opciones acerca de

⁸⁹ CHÁVEZ FERNANDEZ, 2008: 188.

⁹⁰ CASTILLO, 2007: 30.

⁹¹ MASSINI, 2006: 60.

cómo ha de vivir y de cuáles son sus bienes propios. Más allá de las opciones del sujeto no existen bienes morales ni modos de vida éticamente mejores que otros”⁹². Como consecuencia de esta concepción moral de persona, se genera un nuevo concepto de ser humano, en función no solo subjetiva sino subjetivista, por la cual toda la realidad radica en el sujeto y en su aproximación (real o irreal, certera o falaz) al objeto; por la cual la moral basada en la autonomía del sujeto “abriendo las puertas al subjetivismo tiene profundas ramificaciones de corrosión en la vida del pensamiento”⁹³.

Al respecto, vamos a pasar a desarrollar esta nueva concepción de ser humano subjetivista. Se trata de una aproximación a la persona que es racional por el hecho de ser objetiva, en tanto que no está influenciada por pasiones o deseos o sentimientos, sin embargo, como veremos más adelante, no por usar su razón se deduce que la persona sea objetiva, porque en el ejercicio racional, la voluntad es determinante y ella hace que su razón no responda a su naturaleza por lo cual, deja de ser objetiva y pasa a ser subjetiva.

Esto es relevante a tener en cuenta en el paradigma neoconstitucionalista. En efecto, en el neoconstitucionalismo los derechos humanos y los principios constitucionales en los que son consagrados –y a partir de los cuales son esgrimidos por los ciudadanos– no son reconocidos a partir de un derecho objetivo inalienable cuya sustancia ha sido determinada por la naturaleza del hombre. Más bien, son producto del sentido social que nuestra cultura da a las cosas, a los actos humanos y a los valores consagrados por la voluntad del constituyente.

En esta concepción, el fundamento de los derechos humanos no es otro que la voluntad humana: “La Constitución, en efecto, aunque trasciende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por lo tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva. La separación de los derechos y de la justicia respecto de la ley no significa, en consecuencia –como ocurre, en cambio, en todas las manifestaciones del iusnaturalismo– su fundamentación en la esfera de un orden objetivo e intangible para la voluntad humana: los derechos encuentran su base en la Constitución, y la Constitución es, por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; más aún, para la política moderna, es la máxima de todas las

⁹² NINO, 2007: 92.

⁹³ FIGARI, 2000: 136.

creaciones políticas”⁹⁴. A esta creación está sujeta el orden jurídico y la actividad gubernamental. Ésta es precisamente la base del Estado de Derecho⁹⁵.

Hemos visto cómo la noción liberal kantiana, asumida por autores como Nino, hace que el sujeto sea determinado no por su naturaleza sino por su voluntad, configurando el conocimiento. Ya no se trata, como decía Tomas de Aquino, de la adecuación de la mente a la cosa sino que bajo esta modalidad se trata de la adecuación de la cosa a la voluntad “subjetiva” del sujeto. Es una relación en términos de poder donde la persona se despersonaliza porque ya no responde a su naturaleza ni a su teologicidad, a su finalidad intrínseca, sino que responde a su arbitraria voluntad, la cual puede incluso ir en contra de ella misma.

Este esquema es perfectamente coherente con el liberalismo y con la individualidad del sujeto individual emancipado de todo límite, de toda inmanencia. Se trata de un sujeto voluntarista, el cual construye mediante el discurso racional la verdad y la moralidad, él define que es lo justo, lo injusto, lo bueno, lo malo. En efecto, el liberalismo descansa en una concepción de lo bueno, o de lo que es socialmente bueno, según la cual la autonomía de los individuos para elegir y materializar proyectos y estilos de vida es intrínsecamente valiosa⁹⁶.

Hemos dicho que la moralidad de los actos no está determinada por el grado de consenso o aceptación social que ésta tenga; no depende de la capacidad de argumentación o consistencia del discurso, como tampoco descansa en la subjetividad o voluntad del individuo. Sin embargo, el individuo es capaz de acceder al conocimiento de las cosas y descubrir la naturaleza de las mismas en función de la ley natural y en orden a determinados principios conocer y reconocer cuando algo es bueno o malo, moral o inmoral. Esto es muy distinto al proceso liberal que implica la construcción o estipulación.

Como refiere Barzotto, la teoría de la ley natural es una teoría de la razón práctica. Ella define los términos y el funcionamiento de la racionalidad humana en lo que respecta a la acción. El primer principio de la razón práctica es “el bien es para ser practicado y

⁹⁴ ZAGREBELSKY, 2008.

⁹⁵ MAINO y GARZÓN, 2010: 7.

⁹⁶ NINO, 2007: 209.

buscado; el mal es para ser evitado”. Este principio subyace a toda acción. Queda toda vía por saber cómo identificar el bien: todo aquello para que tenga el hombre una inclinación natural, la razón naturalmente aprehende como bueno, y por consiguiente, como acción a ser practicada, y su contrario, como mal a ser evitado. Así, según el orden de las inclinaciones naturales, se sigue el orden de los preceptos de la ley de la naturaleza⁹⁷.

Esta ley natural tiene fuerza vinculante en el ser humano, es decir, no solo es descriptiva; por ella, el ser humano abriéndose al conocimiento de sí y haciéndose consciente de sí, puede actuar y ejercer su libertad. “Que en el ser hay una carga de deber ser, que en la descripción de la naturaleza humana hay una virtualidad de prescripción, es decir, en la misma ontología hay una deontología, pues la metafísica está cargada de ética, así sea germinal o potencial⁹⁸.”

Qué tanto responde el ser humano a su naturaleza, a su racionalidad, es una cuestión de libertad y no solo de autonomía. Consideramos que la autonomía es una parte del proceso en el ejercicio de la libertad, pero ésta no puede ser realizada, como hemos visto, si no se toma en cuenta a la naturaleza, a los fines perfectivos del ser humano y por eso éste debe abrirse al conocimiento de sus potencias, de sus facultades, de su propia interioridad, para que desde esa permanencia, es decir, siendo lo que es, pueda desplegarse. Así, destaca Massini, “el conocimiento de las inclinaciones naturales es, entonces, lo que hace posible pasar noéticamente del conocimiento de la naturaleza humana, al discernimiento de los bienes que son las dimensiones de su perfección y de allí al contenido de los preceptos éticos fundamentales o preceptos de la ley natural, que tienen a esa perfección como fin”⁹⁹.

“Esta ley fundamental de la razón práctica –dice Aróstegui– es la expresión de la autonomía de la voluntad y esta autonomía es el único principio de todas las leyes morales y de los deberes conformes a ellas”¹⁰⁰. Sin embargo, se trata de una ley que surge como expresión de la autonomía que el sujeto “subjetivamente” descubre, cuando

⁹⁷ BARZOTTO, 2008: 355.

⁹⁸ MASSINI, 2006: 146.

⁹⁹ MASSINI, 2006: 170. Citando a John FINNIS, *Natural Inclination and Natural Rights: deriving “ought” from “is” according to Aquinas.*

¹⁰⁰ ARÓSTEGUI, 1978: 601.

no atiende a los preceptos de la ley natural, y en tal sentido, en aras de esa autonomía, reclama planes de vida, que responden más a sus decisiones y preferencias.

Retomando a Nino, señala este autor que “la autonomía es un valor objetivo que forma parte de cualquier concepción válida del bien”, su “valor depende de que haya esas razones acerca del estado de cosas valiosas que subyacen a las preferencias y de que aquel valor de autonomía sea parte esencial del valor de la vida establecido por razones válidas”¹⁰¹. Por tanto, para ese autor, no se trata de un enfoque subjetivo en tanto parte del valor que tiene la autonomía personal, el cual es independiente de la preferencia o valor que el sujeto le asigne a dicha autonomía. Consideramos que esta postura es en parte correcta y en parte no y ello se deduce de las premisas sobre las que hemos trabajado en esta investigación. La autonomía, es parte del proceso de libertad. “La *libertad de elección* es una característica inalienable de la persona. Y al hablar de ella hablamos siempre de una persona situada. En este sentido, la *libertad en acto* será tanto más libre cuanto más responda a un ejercicio habitual consciente, en la dirección de los dinamos fundamentales del ser humano; es decir, cuando la libre elección, al actuar a través del entendimiento y la voluntad, responda realmente al auténtico crecimiento de la persona humana”¹⁰².

De allí que, por ejemplo, hoy en día algunas pretensiones se busquen configurar como derechos que el individuo le reclama al Estado el cual debería proveerle los medios para ello, para que el sujeto desarrolle su plan de vida. Resulta paradójico el modo como el liberalismo defiende que para este sujeto la decisión aunque sea contraria a sí mismo, es un bien y en ejercicio de su autonomía y racionalidad, si así lo ha determinado; deberíamos, más bien, preguntarnos si no es un bien subjetivo. El bien es objetivamente uno, así como lo es el mal. “El liberalismo parece estar intrínsecamente ligado a una concepción subjetivista del bien. Solo si lo que es bueno en la vida depende de la subjetividad de cada uno parece estar garantizada la autonomía personal, o sea el respeto por la búsqueda individual de lo que da valor o sentido a la vida sin interferencia del Estado o de otros individuos”¹⁰³.

Al respecto, debemos decir que la autonomía es parte del proceso de la libertad porque “la *libertad de elección* es una característica inalienable de la persona. Y al hablar de

¹⁰¹ NINO, 2007: 214.

¹⁰² FIGARI, 1992: 9.

¹⁰³ NINO, 2007: 211.

ella, hablamos siempre de una persona situada. En este sentido, la *libertad en acto* será tanto más libre cuanto más responda a un ejercicio habitual consciente, en la dirección de los dinamismos fundamentales del ser humano; es decir, cuando la libre elección, al actuar a través del entendimiento y la voluntad, responda realmente al auténtico crecimiento de la persona humana”¹⁰⁴.

Identificamos la autonomía con la libertad de elección, es decir, el libre albedrío, la posibilidad de escoger entre algo bueno y malo. Esta libertad en sí misma es un bien, porque es un atributo de la persona, una cualidad moral, pero su ejercicio y su opción a la que se oriente dependerá de muchos factores; la libertad como mecanismo u operación, es un primer nivel de libertad. Si la opción, ejerciendo la *libertad en acto*, se decide por lo bueno, por responder a lo que la persona es objetivamente, esa libertad se convierte en elección, se opta entre lo bueno y lo mejor. “Si la persona se cierra a la verdad, si se encuadra en paradigmas sub-alternos o si les concede un valor que no poseen, es decir, si se esclaviza a la no-verdad, el momento de libre elección será falso, solo será tal en cuanto mecanismo, en cuanto operación, pero no lo ser en su sentido definitivo”¹⁰⁵.

Para que el ser humano sea plenamente libre, debe poder ejercer tanto la libertad de acto como la de elección, desde el mecanismo operativo –de acto- escoge entre una cosa u otra, pero desde la libertad de elección, que precede a la operación, debe poder escoger aquello que objetivamente lo realice mejor como persona. La objetivización no radica en que la elección sea solo racional, es cierto que la racionalidad y razonabilidad fundamentan nuestras elecciones pero no determinan la moralidad de las mismas, porque esta es intrínseca al acto. Aunque no vamos a detenernos en la moralidad de los actos humanos, si matar fuera un acto moralmente malo, aunque para una persona en determinadas circunstancias hubiese sido necesario hacerlo, incluso luego de un proceso racional, ello no cambia la naturaleza del acto, estaríamos ante una cuestión de atenuación de la responsabilidad, en todo caso, pero el acto no se transforma en bueno por mi argumentación racional.

Consideramos fundamental éste tema de la libertad pues en esa medida la persona se humaniza, “el libre ejercicio de la libertad se puede ver afectado, puede decrecer, aunque no desaparecer cuando la persona decide dejarse someter al dinamismo de

¹⁰⁴ FIGARI, 119: 9.

¹⁰⁵ IBIDEM.

poderosas fuerzas físicas, psíquicas o materiales”¹⁰⁶. Solo cuando la persona ejerza su libertad en acto y de elección en la línea de su propia naturaleza, será más ella, más humana, más digna, respondiendo mejor a su identidad, a su finalidad.

2. La objeción de conciencia como derecho

2.1. Una aproximación a la definición de derecho fundamental y a la determinación de su contenido esencial.

Nuestra Constitución reconoce en el artículo 49° que el Perú es un Estado constitucional y democrático, por lo tanto, se sustenta en el principio de supremacía constitucional y de la dignidad de la persona, como premisa antropológica que asegura los derechos fundamentales, los cuales son reconocidos como principios jurídicos constitucionales que apuntan a la satisfacción de determinadas necesidades básicas del individuo. Es difícil dar una definición absoluta de derechos fundamentales pues hay muchas teorías que, entre la filosofía política y el constitucionalismo, han buscado aproximaciones conceptuales al tema, sin embargo, queda claro que los “derechos fundamentales son derechos”¹⁰⁷.

Como habíamos señalado, el tema de los derechos fundamentales es el hito que marca el constitucionalismo y la democracia. Para autores como Luigi Ferraioli “...tal dimensión sustancial del Estado de derecho se traduce en dimensión sustancial de la propia democracia...los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la esfera de lo indecible que y de lo indecible que no; y actúan como factores no solo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones de y las no – decisiones”¹⁰⁸.

Se trata de lo que Prieto Sanchís ha llamado el constitucionalismo de los derechos o constituciones materiales y garantizadas. Así, dice Prieto, “que una Constitución es material significa aquí que presenta un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente nominación (valores, principios, derechos o directrices) pero de idéntico sentido, que es decirle al poder no solo como ha de organizarse u adoptar sus

¹⁰⁶ NAGEL, 1995: 93.

¹⁰⁷ ALEXY: 2003, p. 45.

¹⁰⁸ FERRAIOLI, 2009.

decisiones, sino también que es lo que puede e incluso, a veces, que es lo que debe decidir”¹⁰⁹.

Vamos a aproximarnos a una definición de derechos fundamentales que tendrá carácter instrumental para el desarrollo del presente trabajo. Asumimos la definición de Pérez Luño, para quien, los derechos fundamentales son el “conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”¹¹⁰.

Con esta definición asumimos que “precisamente porque son los hombres concretos e históricos quienes son titulares de los derechos humanos, no obstante ser la naturaleza inmutable el título de los derechos, éstos se concretan y determinan en circunstancias históricas particulares, por lo que la historia los afecta, aunque poco y sólo accidental y no sustancialmente¹¹¹. Si esto es así, los derechos manifiestan esa dimensión jurídica propia de la persona humana, dimensión a la que se sujeta el Estado como garante de esa dignidad, mediante la garantía de los derechos fundamentales.

En esta línea, refiere Castillo que, “[...] y es que en definitiva, la dignidad humana es el valor superior de la Constitución sobre la cual se ha de orientar la entera actividad estatal, ya que la persona siempre será la finalidad del comportamiento estatal y nunca un medio, es el Estado para la persona y no la persona para el Estado. Como ha expresado el Tribunal Constitucional alemán, al ser humano le corresponde en la comunidad un derecho a ser considerado y respetado; por ello lesiona la dignidad humana reducirlo a mero objeto del Estado”¹¹².

Hemos escogido esta definición porque consideramos que, además de tener en cuenta el carácter personalizante que para el caso de la objeción de conciencia resulta fundamental, los derechos fundamentales por responder a exigencias históricas no dejan de ser universales, en tanto que consideran al ser humano siempre como fin y nunca como medio, en ese punto radica su universalidad.

¹⁰⁹ PRIETO SANCHÍS, 2007: 213 – 214.

¹¹⁰ PÉREZ LUÑO, 2009: 49.

¹¹¹ CHÁVEZ FERNÁNDEZ, 2011: 90.

¹¹² CASTILLO, 2009: 7.

Ahora bien, un tema insoslayable de la teoría de los derechos fundamentales ha sido la persona humana, como titular y eje de esos derechos, en la medida en que se constituye como un fin en sí misma y no como un medio y el Estado debe disponer toda su estructura bajo esa premisa. En consecuencia, dice Bidart, “las irradiaciones del constitucionalismo futuro hacia el sistema de derechos presuponen la opción axiológica a favor de la ya citada centralidad de la persona humana en el Estado democrático, y dan por cierto que ningún área o espacio del “Estado-aparato” y del “Estado-comunidad” quedan ajenos”¹¹³.

Siendo personas contextualizadas en un país concreto y en una sociedad determinada, tenemos todos los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce para sus miembros, aunque si reconocemos que algunos de esos derechos revistan una forma jurídica particular.

Coincidimos en este punto con Laporta cuando diferencia entre derechos – núcleo, que serían los reconocidos expresamente en el texto constitucional peruano, y los derechos – derivados, “que son aquellos que pueden considerarse implicados por los derechos – núcleo y que por lo tanto son susceptibles de ser obtenidos deductivamente a partir de estos”¹¹⁴. Sobre esta distinción, regresaremos posteriormente, cuando se desarrolle la objeción de conciencia como derecho autónomo o derivado de las libertades de conciencia y religión. La centralidad de la persona humana radica en su dignidad, más allá que el concepto sea transversal o transcultural, ha permitido sustentar los derechos fundamentales y el mandato de respeto que el ser humano debe ser tratado siempre como sujeto y no como objeto.

Cuando hablamos de derechos de la persona, estamos aludiendo en principio a los *fundamentales*, es decir, los que corresponden en virtud de la naturaleza de la persona humana y le son inherentes por ser tales, más allá que dichos derechos se encuentren recogidos a nivel constitucional o hayan sido reconocidos a nivel internacional como derechos humanos; pero también fundamentales porque aluden “a los derechos del hombre que han sido recogidos en el ordenamiento jurídico interno, generalmente en la primera de sus normas –la Constitución- y que gozan de tutela jurídica reforzada”¹¹⁵.

¹¹³ BIDART, 2000: 330.

¹¹⁴ LAPORTA, 2987: 31.

¹¹⁵ CASTILLO, 2005: 40.

Cuando hablamos de derechos fundamentales en el presente trabajo, nos referimos a aquellos que siendo exigencias morales positivizadas, se condicen con la naturaleza humana y con los fines perfectivos de la persona; y en el caso peruano, son también constitucionales, por los mecanismos de protección que se les ha otorgado.

Para nosotros todos los derechos constitucionales son fundamentales, porque no existe en la Constitución peruana derechos de la persona que no sean fundamentales y que deban estar en la norma de máxima jerarquía, “... en el caso del sistema peruano si bien con la expresión *Derechos constitucionales* se significa lo mismo que con la expresión *Derechos fundamentales*, es más conveniente optar por la primera de ellas porque el empleo de la segunda aludiría aun indirectamente e inconscientemente a un sistema formado por dos grupos de derechos: derechos constitucionales fundamentales y los derechos constitucionales no-fundamentales o sencillamente derechos constitucionales, en los cuales los primeros estarían por encima de los segundos”¹¹⁶.

Hasta acá hemos desarrollado la primera premisa, respecto a un determinado concepto de derechos fundamentales. Sobre la segunda premisa, consideramos que la opción que hemos tomado es la más adecuada a efectos del presente trabajo, pues permite sostener, en primer lugar, que “los derechos existen porque existe una determinada realidad, el hombre, más precisamente la naturaleza del hombre, la misma que conlleva una determinada dignidad, cuyo respeto supone el reconocimiento de una serie de principios como los principios de libertad o igualdad”¹¹⁷.

En segundo lugar, porque sustenta la tesis no conflictivista, de tal modo que el Derecho permite ejercer determinadas atribuciones o no lo permite. “La dignidad ontológica de la persona humana posee una significación esencial: la de constituir el fundamento (...) de los deberes y derechos básicos del hombre (...) ya que hay un derecho general en el cual se resumen los diversos derechos de toda persona humana: el ser tratados cabalmente como personas humanas no en virtud de razones o motivos particulares, sino en función de la dignidad ontológica del ser sustancial hombre”¹¹⁸.

¹¹⁶ IBID, p. 71.

¹¹⁷ IBID, p. 83.

¹¹⁸ MASSINI, 1998: 202.

Así, consideramos que la teoría no conflictivista es la más acorde para resolver los casos de objeción de conciencia, no solo por el tema de persona humana, sino porque la perspectiva conflictivista plantea al juzgador la realización de juicios a priori que van a incidir en la vida del objetor, cuando ante el primero se le presentan casos, que para él no resultan de conciencia.

La relevancia de este tema resulta crucial, pues si se parte como hoy se hace de la premisa *conflictivista* de los derechos, entonces la opción por determinar cual derecho prevalece en el caso concreto, requiere recurrir a ciertas técnicas que permita dicha solución, dígase la ponderación-proporcionalidad, la jerarquización o más aún hoy en día la argumentación. “De esta manera mediante posiciones conflictivistas de los derechos fundamentales, se pretende dar cobertura y legitimar situaciones que, dependiendo de las circunstancias de cada caso, pueden llegar a configurar verdaderas vulneraciones al contenido constitucional del derecho”¹¹⁹.

Sin embargo, el concepto constitucional, *prima facie* no debe oponerse a la premisa de la cual partimos, pues todo derecho fundamental debe ser positivado constitucionalmente para su mejor aplicación y delimitación. Lo que sí queremos dejar en claro es que el contenido de un derecho es esencial porque deriva de la naturaleza del mismo. Este tema podría implicar, siguiendo al autor, el cuestionamiento no sólo de la fundamentalidad del derecho sino del principio normativo constitucional, pues “es terrible que no se favorezca la plena normativa de todo el texto constitucional, más grave es que precisamente se deje sin efecto (de modo general o concreto) las normas constitucionales sobre derechos, por la especial significación que para la existencia digna del hombre, para el Estado de Derecho e incluso para el concepto de Constitución, significan el reconocimiento, garantía y plena eficacia de los derechos de la persona”¹²⁰.

Si partimos de la premisa que hemos venido elaborando, sobre el carácter absoluto de la persona humana y de su dignidad, los derechos que de ella se desprenden, son también absolutos, lo cual no significa que sean ilimitados, sino que como diría Cianciardo, brinda una “protección en sentido fuerte”¹²¹. Ello no se condice con la posición conflictivista que permite que un derecho “ceda” ante otro en caso de conflicto, es decir,

¹¹⁹ CASTILLO: 2009: 54.

¹²⁰ IBIDEM.

¹²¹ CIANCIARDO, 2000: 258.

aunque no exista jerarquía constitucionalmente establecida, se prioriza un derecho en desmedro del otro, en el caso concreto, mediante los mecanismos que ya aludimos, “dentro de este mecanismo de solución de conflictos, la supremacía de uno u otro derecho dependerá del baremo que se emplee para determinar la importancia de los derechos involucrados en un litigio concreto, baremos que en definitiva vienen marcados por cuestiones ideológicas”¹²².

En tal sentido, la ponderación se presenta como el método que permite resolver situaciones de tensión de derechos, permitiendo una solución “justa”, pero lo que hace realmente es legitimar situaciones que vulneran los derechos. Pero aún, terminan atribuyendo como contenido esencial del derecho algo que no pertenece al mismo, porque no se desprende de la naturaleza del mismo, ni mucho menos de la naturaleza de la persona ni de la finalidad a la que esta apunta, ni de los bienes humanos que ella requiere para su satisfacción.

En esta línea, destaca Castillo que si las posiciones conflictivistas termina por *afectar, vulnerar o lesionar* derechos reconocidos en el texto de la Constitución, ¿cómo queda entonces el principio de normatividad de la Constitución? Indudablemente en casos resueltos desde una visión conflictivista de los derechos solo se está favoreciendo la normativa de un dispositivo constitucional –del que recoge el derecho fundamental preferente-, en detrimento del dispositivo constitucional que recoge otro derecho... y si ya es terrible que no se favorezca la plena normativa de todo el texto constitucional, más grave es que precisamente se deje sin efecto (de modo general o en concreto) las normas constitucionales sobre derechos, por la especial significación que para la existencia digna del hombre, para el Estado de Derecho e incluso para el mismo concepto de Constitución, significan el reconocimiento, garantía y plena eficacia de los derechos de la persona¹²³.

Retomando la premisa de la que partimos, sobre el carácter absoluto de los derechos en virtud del carácter absoluto de la persona humana, la protección en sentido fuerte, nos lleva a plantear que, además de dicha protección, esta absolutidad, implica que el derecho tiene un contenido esencial propio de su naturaleza. Este núcleo duro, que no cede nunca, no es accesible para el legislador, por lo que la interpretación y

¹²² CASTILLO, 2009: 50.

¹²³ IBID, p. 54.

argumentación que se haga de los valores y derechos constitucionales “no se reduce únicamente a un mero examen de ley sino que se orienta a hacer respetar la unidad o núcleo constitucional. Esto es, promoviendo la superación de las situaciones reales conflictivas de los diversos intereses que coexisten en el marco del Estado Constitucional de Derecho, a fin de otorgar una razonable aplicación de las normas constitucionales”¹²⁴.

Consideramos que este núcleo duro es el que debe permanecer siempre y que no puede ampliarse o interpretarse de manera que contradiga la dignidad de la persona y la calidad de ser humano, que hemos desarrollado en el presente trabajo; en pocas palabras, que no contradiga la naturaleza perfectiva de la persona y la finalidad para que ésta fue hecha. “La persona humana como fundamento a partir del cual se desprenden los derechos humanos, es una realidad unitaria y coherente cuya plena realización rechaza cualquier tipo de contradicción interna. Es decir, si los derechos del hombre son desprendimiento de una realidad unitaria y coherente como lo es su naturaleza humana, entonces no puede haber manera que los derechos puedan ser contradictorios entre sí, al punto que puedan entrar en conflicto”¹²⁵. Valga la acotación que algunos autores como Martínez Pujalte prefieren llamarle derechos “inviolables” para poder afirmar que no hay justificación alguna para lesionar ese contenido esencial.

Siguiendo la definición de Pérez Luño que hemos establecido, “si los derechos humanos son el modo histórico de concretar ciertas exigencias que garanticen al hombre una vida digna, parece que su determinación guarda relación con el modo de ser propio del hombre. Ahora bien, dicho modo de ser, que postula unos medios concretos sin los cuales la autorrealización y la felicidad se tornan muy difíciles o imposibles, no comporta exigencias contradictorias o enfrentadas, porque el ser humano es básicamente una unidad”¹²⁶.

Con esto no queremos decir que sea una tarea fácil determinar el contenido esencial de los derechos, pero sí consideramos que se debe apostar en la mayor medida a que dicho contenido partiendo de una correcta interpretación constitucional *ius - fundamental*, debe por un lado, coincidir con el contenido constitucional del mismo; y, por otro, que

¹²⁴ TRIEPEL, 1986: 42.
¹²⁵ CASTILLO, 2009: 57.
¹²⁶ SERNA Y TOLLER, 2000: 26.

la interpretación sea coherente con el Derecho como instrumento al servicio de la persona humana y su dignidad, considerando para ello la finalidad de la misma.

Así, recuerda Cianciardo, la determinación del contenido esencial de un derecho fundamental guarda una relación estrecha con el examen de su finalidad. Si una conducta concreta se enmarca entre las que son idóneas para la realización del fin propio del derecho fundamental de que se trate... lo cual implica *contrariu sensu*, que puede ser prohibida toda conducta que no resulte apta para alcanzar inmediata ni mediatamente la finalidad de alguno de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución¹²⁷.

En esta misma línea, siguiendo a John Finnis, podemos decir que “la materia de los derechos humanos viene dada por los bienes humanos básicos”¹²⁸. Es decir, que el contenido de los derechos fundamentales está delimitado por lo que es bueno para el ser humano, es decir, por lo que es un bien humano, en tanto que este lo perfecciona porque satisface sus necesidades humanas básicas.

Finnis señala como camino metodológico para el teórico en su formulación o reformulación de conceptos, la de “un ir y venir entre, por una parte, las estimaciones sobre el bien humano y sus exigencias prácticas y, por otra, las descripciones explicativas (empleando todas las convenientes técnicas históricas, experimentales y estadísticas para descubrir todas las interrelaciones causales relevantes) del contexto humano en que de diversos modos se alcanza o de diversos modos se destruye el bienestar humano. Así como no cabe derivar los propios juicios básicos sobre los valores humanos y las exigencias de razonabilidad práctica mediante alguna inferencia a partir de hechos de la situación humana, tampoco cabe reducir la ciencia social descriptiva a una apología de los propios juicios éticos o políticos, ni un proyecto para repartir elogios o anatemas, entre los actores de la escena humana”¹²⁹.

Ahora bien, delimitar éste contenido en función de los bienes humanos, que se van a traducir en contenidos jurídicos ha estado sujeto a múltiples críticas que tildan dicha postura de perfeccionista o paternalista, sin embargo, dice Massini, que los autores que

¹²⁷ CIANCIARDO, 2000: 279.

¹²⁸ MASSINI, 1998: 204.

¹²⁹ VIGO, 2006: 367.

dicen oponerse al paternalismo han de partir también –necesariamente– de alguna concepción del bien humano para fundar su oposición al accionar de sus oponentes. Esta concepción es la concepción ultra-individualista, que considera al hombre como plenamente autónomo y absolutamente libre, capaz de crear racionalmente las normas y paradigmas de su propio obrar. Pero al suponer esta concepción del hombre y del bien humano, bien al que conciben radicando en el mero ejercicio de la autonomía individual, los “liberales” caen también inevitablemente en una paternalismo de sentido contrario, que se concreta en la pretensión de orientar la legislación, las decisiones de los jueces y las políticas de gobierno en el sentido de promoción y difusión de ese modelo humano¹³⁰.

Siguiendo al referido autor, bien sabemos que por la experiencia la razón humana descubre o debería descubrir, si ésta ha sido bien ejercitada en la verdad, aquello que la perfecciona, sin embargo, lo difícil es la concreción o realización de dichos bienes que forman un conjunto, valga la redundancia, de bienes humanos que le son debidos a la persona humana, y que van a suponer diversos grados de perfeccionamiento, y el derecho positivo debe garantizar como medio que es, la consecución de esos bienes humanos. El derecho positivo no crea los derechos, los reconoce como valiosos y los garantiza, por ello, un Derecho será injusto en tanto no provea los medios para la consecución de esos fines o más aun, interprete esos bienes humanos fuera del sustento de la dignidad personal.

En esta línea, refiere Massini que “sin coexistencia, sin derecho que determine lo debido a cada uno y sin derechos de por medio de los cuales exigir eso que es debido, no es siquiera pensable la concreción o realización de los bienes humanos básicos; de aquí que sean estos bienes los que otorguen justificación racional y contenido a los derechos... cada derecho humano se ordena, por lo tanto, a la realización de uno o varios bienes humanos básicos y recibe a su vez su justificación objetiva”¹³¹.

Si la persona humana tiene una finalidad perfectiva acorde con su naturaleza, entonces todos los atributos, potencias y facultades de la persona le han sido dadas en función de esa perfección, de ese despliegue máximo de sus capacidades y posibilidades. Así los

¹³⁰ MASSINI, 1998: 205.

¹³¹ IBID, p. 207.

derechos que la persona tiene como atribuciones subjetivas que puede hacer valer frente al Estado apuntan también a considerar la finalidad de la misma.

Hemos ido definiendo a lo largo de la presente investigación algunos conceptos y nociones que nos parecen fundamentales como premisas en la interpretación y argumentación de los derechos fundamentales, premisas que los tribunales (no sólo los nuestros), han dejado de lado, porque en la práctica han prevalecido intereses de grupo que buscan reivindicar algo que no tienen, por lo tanto, en realidad no reivindicar sino que buscan que les sea reconocido derechos o atribuciones jurídicas que no poseen. Los métodos clásicos de la posición conflictivista han dado como resultado el reconocimiento de nuevos “derechos” que en la realidad no son tales, es decir, en la realidad objetiva, pero que han ido ganando terreno en la lucha por la libertad (mal entendida) de la persona humana.

Los derechos, recuerda Castillo, son manifestaciones de valores y principios jurídicos que vienen exigidos necesariamente por la naturaleza humana: dignidad humana, libertad e igualdad. Son valores o principios que no tienen su existencia limitada al campo moral o axiológico, sino que trascienden de él y se instalan en el ámbito de lo jurídico de modo que la sola existencia del hombre hace que sea exigible su reconocimiento y consecuente tratamiento como ser digno, libre e igual que es. Este tratamiento es lo que le es debido al hombre por ser hombre, es decir, lo justo. Y en la medida que ese reconocimiento y tratamiento es lo justo, se hace igualmente debido y exigible¹³².

La pregunta que se nos plantea es cómo aproximarnos a formular ese contenido esencial y constitucional del derecho fundamental. Hemos expuesto en el punto anterior algunas precisiones que nos pueden ayudar a delinear dichos contenidos, por ello buscaremos ahondar y profundizar en los mismos.

A nuestro estudio, cada derecho tiene un contenido jurídico que no contradice el contenido de otro derecho y que los aparentes conflictos merecen resolverse atendiendo a las circunstancias particulares del caso. Un ejemplo nos puede ser iluminador; cuando el Tribunal Constitucional peruano delimitó que el contenido del derecho a la libertad

¹³² CASTILLO: 2005, p. 83.

de información implicaba necesariamente la información veraz, lo hacía porque comprendía que si dicho derecho era ejercido de manera arbitraria podría afectar otros bienes constitucionales, cuya afectación incluso podría ser irreversible. Este carácter de veracidad es acorde con la dignidad humana, pues considera que hay una esfera de atribuciones coherentes con la misma, como es la búsqueda de la verdad, que responden a la persona; por tanto, permitir un ejercicio de la libertad informativa fuera del carácter de veracidad es un abuso del Derecho y por tanto no es Derecho.

Entonces, el primer punto de partida para la delimitación del contenido del derecho, proviene del mismo tenor constitucional. ¿Cuál es el *telos* del Derecho, para qué le ha sido atribuido a la persona, para humanizarla, para hacerla más persona de acuerdo a su naturaleza? Este contenido como señaláramos líneas arriba, hace referencia al que se desprende de la esencia de la persona humana, que debería ser recogido a nivel constitucional para mayor eficacia y protección, pero no aludimos al contenido “esencial” al que se refiere la postura conflictivista.

Este es el punto de partida del intérprete, la norma constitucional y la finalidad que tiene en el sistema de normas constitucionales, pero es una aproximación, porque no se puede delimitar estos contenidos de manera abstracta o casuística sino en los casos concretos. Como señaló el Tribunal Constitucional español en la sentencia 11/1981 *habrá que tener en cuenta la naturaleza jurídica o el modo de concebir o configurar cada derecho, así como los intereses jurídicos protegidos como núcleo y medula de los derechos subjetivos*. Así, en el caso invocado, se deberá ir delimitando el contenido del derecho, en virtud a la situación particular que se presenta, a los intereses que se invocan, para ir determinando si lo que se pretende es el ejercicio legítimo de un derecho o el amparo de un abuso del mismo.

Partiendo de la persona humana como fin primordial, cada persona ejerce sus derechos no de manera ilimitada, pues eso implicaría el conflicto justamente, de allí que “solo admitiendo que el contenido de los derechos no es ilimitado, puede hablarse de definición o determinación de los contornos del contenido jurídico de un derecho fundamental. Si esto es así, toda actividad que recaiga sobre los mencionados derechos no puede ser una actividad *limitadora* del contenido de éstos, sino que será una actividad *delimitadora* de las fronteras jurídicas que, de modo natural si se quiere, tiene

todo derecho en su contenido. Y *delimitar* no es lo mismo que *limitar*”¹³³. Esto no se contradice con la premisa del carácter absoluto de la persona; como dijimos, absoluto no es ilimitado, todo lo contrario, es delimitar en cuanto a las atribuciones o posibilidades de ejercer el derecho y atender a los intereses que, como dijo el Tribunal español, están de por medio. Solo así, un derecho puede definir sus contornos y ser identificado como tal, siendo que ese derecho es ese y no otro; y permite que la persona ejerza determinadas potestades. En tal sentido, “los diferentes derechos cuentan con rasgos propios que limitan sus alcances”¹³⁴.

Siguiendo el análisis, no existen contenidos no esenciales, como declara la posición conflictivista, lo cual no significa que el derecho carezca de contenido; por el contrario, siempre tendrá un contenido, que incluso puede ser no solo constitucional sino también legal. Sin embargo, en el presente trabajo, nos interesa el contenido constitucional porque es el punto de partida y llegada para el legislador en las políticas públicas que proponga para la satisfacción de las pretensiones que contienen el derecho y para los tribunales, en particular el constitucional, en el desarrollo constitucional que hagan de los mismos.

Siguiendo a Castillo, consideramos que el contenido constitucional de un derecho es aquel contenido que se define en función del texto constitucional, y que es *limitado*, *ilimitable* y *delimitable*. Lo primero pues todo derecho fundamental tiene sus propios límites, inmanentes o internos, los cuales definen el contenido esencial del derecho y por lo que ese derecho es identificable como tal. Es ilimitable ya que nadie puede desconocer esas fronteras inmanentes o internas que vinculan de modo fuerte al poder quien no puede transgredirlas restringiendo, limitando o sacrificando el contenido constitucional del derecho fundamental que se trate. Finalmente es *delimitable* por cuanto el legislador, el órgano ejecutivo y el órgano judicial van perfilando con sus normas, actos y sentencias el contenido constitucional del derecho fundamental en cada caso concreto. En todo caso, la labor del poder político es ir perfilando y sacando a la luz esos contornos o fronteras internas e inmanentes del contenido de los derechos fundamentales¹³⁵.

¹³³ CASTILLO, 2008: 69.

¹³⁴ ESPINOZA - SALDAÑA, 2000: 407.

¹³⁵ CASTILLO, 2008: 80.

Este contenido constitucional está marcado por el carácter absoluto del derecho que, como dijimos, implica una posición fuerte, pero además implica considerar a los derechos como imprescindiblemente unidos a la convivencia social. Parte del problema o de la crítica a la teoría absoluta proviene de una visión sesgada individualista que contradice el carácter social y comunitario de la persona humana. Así, “todo derecho es libertad ajustada por una dimensión social y no puede entenderse por tanto como ausencia de todo condicionamiento o vinculación. Pero tales condicionamientos o vinculaciones no operan desde fuera de los derechos, sino que los delimitan internamente, los llamados límites de los derechos no constituyen pues barreras al ejercicio de los derechos que cercan y reducen el espacio natural y original de estos, sino fronteras que *delimitan* su contenido”¹³⁶.

No se trata de limitar externamente los derechos e ir dotándolos de contenido como hace nuestro Tribunal, creando nuevos derechos o nuevas amplitudes de los mismos, sino que la adecuada delimitación debe hacerse “sobre la base de argumentos racionales que permitan justificar cuales son los ámbitos de libre auto-determinación que deben ser reconocidos a la persona, argumentos que han de tener en cuenta también la esencial vinculación social de los seres humanos”¹³⁷. Lo absoluto no radica en lo ilimitado, como dijimos líneas arriba, sino en que no permiten restricciones a su núcleo duro, pues ese núcleo no solo hace que el derecho sea reconocido como tal, pero además una vulneración de tal tipo implicaría la indefensión de los mismos y por tanto la no satisfacción de las necesidades básicas que estos expresan y derivan.

De este modo, “comprender cada derecho desde su contenido esencial significaría, ahora, proceder a la delimitación del ámbito de cada derecho de tal suerte que se excluya toda intersección con el ámbito de los restantes derechos, lo que excluye la posibilidad de un auténtico conflicto, pues los ámbitos respectivos de los diferentes derechos no presentan ninguna zona de coincidencia”¹³⁸.

2.2. La libertad de conciencia

¹³⁶ MARTÍNEZ – PUJALTE, 1997: 123.

¹³⁷ IBID, p. 124.

¹³⁸ IBID, p. 133.

Hasta el momento hemos desarrollado algunos conceptos que nos ayudaran con la objeción de conciencia, sin embargo, hemos dejado de lado lo que significa la conciencia y como ésta adquiere dimensiones jurídicas. Ello hasta el punto que la conciencia se convierte en base inherente al ejercicio de dos libertades, cuales son conciencia y religión y ello con todas las garantías que corresponden a los derechos.

A efectos del presente punto, definiremos la conciencia para luego desarrollar un contenido jurídico de la misma, en la línea del concepto jurídico de libertad de conciencia.

Desde que la libertad que tratamos es de *conciencia*, hay que comenzar caracterizando a esta última. El Diccionario de la Lengua Española dice sobre el vocablo conciencia:

1. Propiedad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales y en todas las modificaciones que en si mismo experimenta.
2. Conocimiento interior del bien y del mal.
3. Conocimiento reflexivo de las cosas.
4. Actividad mental a la que solo puede tener acceso el propio sujeto.
5. Acto psíquico por el que un sujeto se percibe a su mismo en el mundo.

La conciencia es, por tanto, la propiedad del espíritu humano de percibirse a sí mismo en el mundo, como un ser que trabaja con ideas y, específicamente, con contenidos de conocimiento de la realidad, de la ética y de su propia existencia. La conciencia es un acto: existe si nos percibimos en el mundo. Si no, no existe. Puede ser interrumpida cuando se pierde la conciencia, es decir, se cae en la inconsciencia¹³⁹.

Partimos de la premisa que la conciencia es el sustento en el que se desarrollan dos tipos de actos, los propiamente de conciencia y los actos religiosos; por ello, las libertades que se despliegan en aras de ambos, tienen como sustrato necesario a la conciencia. Según el profesor Hervada, "lo que llamamos conciencia es el dictamen de lo que moralmente puede hacerse u omitirse en una situación concreta en la que se encuentra el hombre. El rasgo fundamental de la conciencia reside en que aparece en la actuación singular y concreta. No consiste en enunciados generales, sino en el juicio de deber

¹³⁹ RUBIO, EGUIGUREN Y BERNALES, 2011: 198 – 199.

respecto de la conducta concreta que el sujeto está en trance de realizar... está realizando... o ha realizado"¹⁴⁰.

Así, identificamos la conciencia como el ámbito en donde se dan las creencias, pensamientos y convicciones que sustentan la identidad de la persona. Son conceptos que pueden tener raíz filosófica, política o ética, no obstante, existirán otros conceptos que germinan en la conciencia pero que se caracterizan por contener elementos morales de trascendencia o de referencia a una divinidad, a lo sobrenatural, los cuales serán los propiamente religiosos. Si bien la distinción resulta sencilla en la teoría, en la práctica es compleja, pues ambas libertades convergen en la conciencia y lo moral, existiendo capas gravitantes entre una libertad y otra, y conceptos como el pensamiento o las convicciones que funcionan como bisagras entre ambas.

La conciencia hace posible que la persona ponga atención a sus sensaciones, las organice de manera congruente y aprenda a tomar responsabilidad por las acciones derivadas de estas y sus respectivas consecuencias... es posible afirmar que la persona posee conciencia y que esta cumple, por decirlo de alguna manera, diversas funciones, siendo una de ellas la de discernir entre lo que está bien y lo que está mal... esta conciencia actúa como órgano de sentido en tanto que le permite a la persona juzgar su comportamiento y la congruencia del mismo en relación con los principios éticos y morales. Cuando la persona elige debe hacerlo de manera consciente, pues al optar por algo no solo están en juego los valores y principios que defiende en relación con la elección que hace, también es responsable por las consecuencias que dicha elección implica¹⁴¹.

Las definiciones aludidas contienen el elemento espiritual, por lo que debemos remitirnos a un concepto que como señaláramos sea antropocéntrico-teologal, es decir, que tome como punto de partida a la persona humana pero que considere también las propiedades trascendentes de la misma. Así, como hemos señalado, el ser humano es una unidad sustancial, compleja, que actúa en tres dimensiones. Como persona uno descubre que tiene capacidades: puede conocer, querer, desear pero todo con referencia al "yo" como núcleo. No es una suma de procesos sino que todo es parte de una totalidad, son realidades presentes en la persona y le son propias. Esta unidad no elimina

¹⁴⁰ HERVADA, 1984: 42.

¹⁴¹ VELÁSQUEZ-CÓRDOBA Y CÓRDOBA, 2010: 171.

todas las diferencias o jerarquía de cada realidad-capacidad, dimensión, más bien las unifica y les da sentido, por ello la persona no se identifica con una sumatoria de elementos que puedan ser aislables y separables.

Profundizando un poco más en esta idea, podemos decir, que nuestra vida se despliega en tres dimensiones, la psique, el cuerpo y el espíritu (con las precisiones ya desarrolladas previamente) el ser humano se desarrolla existencialmente en tres dimensiones, que no son prescindibles. Incluso toda la realidad está en tres dimensiones, materialmente hablando. Henri De Lubac, define la dimensión como la zona de actividad y todo lo que la persona realiza pasa de manera transversal por esas zonas, como planos donde se desarrolla la vida humana.

En esta línea, el juicio de la conciencia es un *juicio práctico*, o sea, un juicio que ordena lo que el hombre debe hacer o no hacer, o bien, que valora un acto ya realizado por él. Es un juicio que aplica a una situación concreta la convicción racional de que se debe amar, hacer el bien y evitar el mal. Este primer principio de la razón práctica pertenece a la ley natural, más aún, constituye su mismo fundamento al expresar aquella luz originaria sobre el bien y el mal (...). Sin embargo, mientras la ley natural ilumina sobre todo las exigencias objetivas y universales del bien moral, la conciencia es la aplicación de la ley a cada caso particular, la cual se convierte así para el hombre en un dictamen interior, una llamada a realizar el bien en una situación concreta. La conciencia formula así *la obligación moral* a la luz de la ley natural: es la obligación de hacer lo que el hombre, mediante el acto de su conciencia, *conoce* como un bien que le es señalado *aquí y ahora*. El carácter universal de la ley y de la obligación no es anulado, sino más bien reconocido, cuando la razón determina sus aplicaciones a la actualidad concreta. El juicio de la conciencia muestra *en última instancia* la conformidad de un comportamiento determinado respecto a la ley; formula la norma próxima de la moralidad de un acto voluntario, actuando «la aplicación de la ley objetiva a un caso particular»¹⁴².

En síntesis, porque no es materia del presente trabajo analizar los mecanismos humanos que atañen a este tema, podemos decir que el ser humano recibe de lo externo una cantidad de información, que procesa interiormente, mediante mecanismos muy

¹⁴² JUAN PABLO II, 1993: 38.

complejos, que luego arrojan juicios que se van a exteriorizar en actos y conductas.

Estos actos y conducta son los que atañen al Derecho, “porque el respeto, protección y defensa del derecho a la libre formación de la conciencia (percepción de la propia identidad) tiene evidente relevancia jurídica por más que originariamente sea un fenómeno interno”¹⁴³.

En esa línea, no se trata solo de considerar una perspectiva filosófica como ética humana, sino de una concepción de la persona pues la conciencia se predica de ésta y no de la colectividad o de un grupo humano. Por ello no consideramos adecuada la acepción sociológica de conciencia, “como ¿qué es la libertad y cuál es su relación con la verdad contenida en la ley de Dios?, ¿cuál es el papel de la conciencia en la formación de la concepción moral del hombre?, ¿cómo discernir, de acuerdo con la verdad sobre el bien, los derechos y deberes concretos de la persona humana?”¹⁴⁴.

Siguiendo con el autor, es posible afirmar que “(...) la conciencia en su realidad originaria, es un acto de la inteligencia de la persona, que debe aplicar el conocimiento universal del bien en una determinada situación y expresar así un juicio sobre la conducta recta que hay que elegir aquí y ahora, sin embargo la ética individualista considera la conciencia más bien como aquella orientada a conceder al individuo el privilegio de fijar, de modo autónomo, los criterios del bien y del mal, y actuar en consecuencia. En esta visión cada uno se encuentra ante su verdad, diversa de la verdad de los demás”¹⁴⁵.

Ello no quiere decir que la persona no puede formarse una conciencia propia, al contrario, tiene el deber de hacerlo, y sin injerencia de terceros, porque “la percepción del sujeto de sí mismo como radical libertad ha de ser plenamente libre, lo cual quiere decir que no puede ser impuesta, obstaculizada o esencialmente condicionada desde fuera y que exige por tanto, el respeto de los demás y el respeto, defensa y promoción por los poderes públicos y el Derecho”¹⁴⁶. Sin embargo, consideramos que la conciencia no puede abstraerse, mejor dicho, la persona no debería ignorar los datos de la realidad, la naturaleza de las cosas en esa formación. “El punto de partida para comprender la ley

¹⁴³ LLAMAZARES, 2002: 18.

¹⁴⁴ JUAN PABLO II, 1993: 38.

¹⁴⁵ IBID, p. 22.

¹⁴⁶ LLAMAZARES, 2002: 18.

natural reside en advertir que no se trata de una teoría, sino de un hecho. Lo que llamamos ley natural no es una doctrina, sino un hecho de experiencia”¹⁴⁷.

El ser humano debe estar en la capacidad de asumir las consecuencias de sus propios actos, de ser responsable en las decisiones que toma, pero esas decisiones deberían surgir de un juicio de conciencia, que tome en cuenta su propia realidad pero también la realidad de los otros. “Lo que determina las conductas del sujeto, tanto de cara a sí mismo como en relación a lo otro y a los otros, viene necesariamente predeterminado por la percepción tanto de la propia identidad como de la propia historia”¹⁴⁸.

En este punto es pertinente considerar lo señalado por Markis Kotzur, para quien “la imagen de la obediencia “reflexiva” o “pensante” resulta muy ilustrativa. Pero de tal obligación de “pensar” y enjuiciar crítica y autocríticamente se sigue aún otra consecuencia. Quien libremente ha asumido una relación obligatoria debe prever las consecuencias ligadas a ella y también los conflictos éticos potenciales. Su concreta decisión en conciencia ha de encontrar su parámetro en las decisiones fundamentales que se tomaron inicialmente”¹⁴⁹.

En tal sentido, la conciencia es una dimensión de la persona en donde radican una serie de actos denominados juicios, que implican un discernimiento, una ponderación de valores, creencias, intereses, necesidades y ese juicio se forma en libertad, pues solo así la persona puede ser responsable.

Así, la conciencia resulta ser un fenómeno espiritual, en último extremo meta-jurídico, y por ello las decisiones en conciencia son realmente difíciles de medir con criterios objetivos o al menos susceptibles de ser compartidos intersubjetivamente. La concepción que de sí mismo tiene el titular del derecho fundamental desempeña un importante papel, porque lo que realmente pretende el derecho fundamental también se

¹⁴⁷ HERVADA: 2000, p. 123.

¹⁴⁸ IBID, p. 17.

¹⁴⁹ MARKIS KOTZUR, 2006: 25. El texto fue publicado originalmente en *Juristen Zeitung* 1/2006, pp. 25-30, como comentario a la Sentencia de la Segunda Sala de lo Militar del Tribunal Contencioso-Administrativo federal alemán de 21 de Junio de 2005 (BVerwG 2 WD 12.04), bajo el título “Gewissensfreiheit contra Gehorsampflicht oder: der Irak-Krieg auf verwaltungsgerichtlichem Prüfstand”. En el mismo número (*JZ* 2006, pp. 41-42) se recogen las formulaciones generales que orientan la resolución (Leitsätze), que la propia Sala antepone a su sentencia; ésta se puede consultar íntegra en la página web del Tribunal (<http://www.bverwg.de/media/archive/3059.pdf> que ofrece, tras los Leitsätze, un resumen más extenso de los fundamentos de la sentencia).

decide en lo esencial en la acción de ese mismo sujeto. A la vista de la “multiplicidad de formaciones personalísimas de criterio ético” el Tribunal Constitucional ha optado por un principio formal de definición. Decisión en conciencia es “aquella decisión seriamente moral (esto es, orientada conforme a las categorías de lo bueno y lo malo) que el individuo en una situación determinada experimenta como vinculante para sí e incondicionalmente obligatoria en su interior, de modo que no podría actuar en contra de ella sin forzar seriamente su conciencia¹⁵⁰.

Respecto al segundo punto sobre un contenido jurídico de conciencia, coincidimos con Prieto Sanchís cuando señala que: “Tal vez el más primario o radical de los derechos humanos sea aquel que corresponde a toda persona para poder escoger o elaborar por sí misma las respuestas que estime más convenientes a las interrogantes que le plantea su vida personal y social, de comportarse de acuerdo con tales respuestas y de comunicar a los demás lo que considere verdadero. Esta es la que suele llamarse libertad de pensamiento o de conciencia, que no es obviamente una mera facultad interna o psicológica, esfera en la que por fortuna el Derecho y el poder se muestran incompetentes (*cogitationis poenam nemo partitur*) sino una facultad práctica y plenamente social que protege al individuo frente a las coacciones o interferencias externas que pudiera sufrir por comportarse de acuerdo con sus creencias o convicciones”¹⁵¹.

A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional Español del año 1982, en donde se define a la “libertad conciencia como aquella que supone no solamente el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de manera conforme a los imperativos de la misma”, señala este autor que “aunque resulte obvia, esta perspectiva confiere a la libertad de conciencia un contenido extraordinariamente amplio que convierte a este derecho fundamental en un “derecho expansivo” una cláusula abierta dispuesta a brindar tutela ius-fundamental a un número casi ilimitado de conductas¹⁵².

Por lo tanto, existirán casos, como la objeción de conciencia, en donde lo que atañe al derecho no será solo la conducta exteriorizada sino el juicio que la persona haya hecho,

¹⁵⁰ IBID, p. 8.
¹⁵¹ PRIETO SANCHÍS, 2004: 623.
¹⁵² IBID, p. 261.

de manera que en virtud del mismo el Estado le exonere de determinada conducta legal, para justamente garantizarle esa dimensión interior y con ello su despliegue y auto – determinación.

Ahora bien, la percepción por el sujeto de sí mismo como yo referencial de cuanto hace y de cuanto le acontece se apoya en tres evidencias: 1) se siente distinto de lo demás porque no responde automáticamente al estímulo externo, sino que percibe como posibles varias alternativas entre las que ha de elegir, sabedor de que cada nueva elección es irreversible y merma las posibilidades de futuras elecciones; 2) descubre la corporeidad como uno de los componentes de su mismidad que le sirve de instrumento de expresión y realización de sus vivencias (convicciones) internas; 3) se siente a gusto consigo mismo en la medida en que actúa de acuerdo con lo que se dice y en la medida en que dice lo que cree, por lo que convierte esa coherencia en norma de su conducta (ética autónoma).

En este sentido, dice Llamazares, en principio, esa percepción es un fenómeno interno no controlable por el Derecho. Ahora bien deja de serlo desde el momento en que se exterioriza, voluntaria o involuntariamente pero de forma unívoca. *En ese caso la expresión misma es jurídicamente relevante y jurídicamente controlable es también la coherencia o incoherencia entre convicción interna y conducta externa*¹⁵³.

A partir de todo lo expuesto se advierte la dificultad de asumir una definición exacta de conciencia pues, como señala Roca, “el término conciencia hace siempre alusión a algo íntimo, subjetivo (conciencia es siempre de una persona, moralidad individual), creemos que es posible ofrecer una definición de la misma sujeta a caracteres objetivos... Así elementos objetivos que aparecen en toda definición de conciencia son su contenido moral (conciencia moral) y la relación activa (decisión de conciencia) frente a una situación determinada (conflicto de conciencia)¹⁵⁴.

Siguiendo con lo señalado por el autor, la conciencia tendría además algunos caracteres, desarrollando los ya mencionados, y que resumen lo expuesto previamente¹⁵⁵:

¹⁵³ LLAMAZARES, 2002: 18.

¹⁵⁴ ROCA, 1993: 51.

¹⁵⁵ IBID, p. 51 – 52.

- a) Existe una íntima relación entre conciencia e identidad y autonomía personal. La conciencia es un atributo exclusivo de la persona individual, que además afecta de manera sustancial a la propia personalidad.
- b) El carácter moral de la conciencia significa entre otras cosas que se afecta a cuestiones importantes, de principio, con lo que se excluyen los juicios de mera oportunidad o conveniencia, sin relación alguna con la particular concepción del individuo en torno a las decisiones esenciales de su existencia, conectadas en mayor o menor medida, con sus juicios de valor fundamentales.
- c) En tanto moral, la conciencia ha de poseer unas mínimas notas de racionalidad, ser, desde la perspectiva del sujeto, mínimamente susceptible de generalización y contener una llamada a la propia responsabilidad.
- d) La conciencia está sujeta a evolución, como lo están las concepciones morales de los individuos. Solo puede hablarse de conciencia en presencia de una cierta madurez psicológica y, por otro lado, en un mismo individuo pueden aparecer decisiones de conciencia variables en el tiempo, que han de respetar en todo caso las peculiaridades de su carácter moral.

Sin perjuicio que la definición planteada busque una conceptualización objetiva, en sus rasgos básicos, los conceptos contenidos en la misma tienen un matiz filosófico y antropológico que es inevitable, lo contrario implicaría buscar una definición sin acudir a las ciencias que proporcionan los elementos de conocimiento para delimitar una institución.

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

moralmente a la persona misma que los realiza y determinan su *profunda fisonomía espiritual*¹⁵⁶.

Con ello, se desprende que la conciencia está estrechamente ligada a la persona, a la moral y a la racionalidad de la misma, en cuanto a su juicio- discernimiento. Sin embargo, esa racionalidad no se opone a lo natural de ser persona. La conciencia además de los elementos objetivantes, tiene una connotación de auto – referencia, como volver sobre uno mismo, sobre la propia condición, esencia e identidad.

Como lo señala Lombo y Russo, “Una consecuencia de la inmaterialidad del intelecto es la capacidad del sujeto cognoscitivo de conocerse a sí mismo, de ser consciente de sí, de entrar en sí mismo. No nos referimos a la reflexión que podemos definir de tipo objetivo, mediante la cual indagamos sobre la naturaleza de la persona y de su capacidad racional. Aludimos, en cambio, a la reflexión de tipo subjetivo que viene en modo paralelo a la acción de conocer, pero lo cual se puede decir, que la inteligencia se hace presente así misma, en el sentido que percibimos de estar ejercitando la conciencia intelectual y somos conscientes que estamos conociendo en acto”¹⁵⁷.

Después de haber definido los rasgos esenciales de la conciencia, conviene determinar qué es aquello que se protege jurídicamente mediante el derecho a la libertad de conciencia propiamente o en sentido estricto. Esto va ser diferente de libertad de religiosa que si bien se funda en la conciencia, se diferencia de la libertad de conciencia. Dentro de la dimensión humana de conciencia encontramos una serie de ideas, creencias, pensamientos, convicciones; podríamos decir que la idea es el punto de partida para la creencia y luego la convicción. Así “en toda cosmovisión se complementan ideas y creencias. Dado el alto grado de certeza de las ideas que forman parte de una cosmovisión, sobre la base de auténticas creencias en muchos casos, las ideas y creencias se les puede denominar *convicciones*”¹⁵⁸.

¹⁵⁶ JUAN PABLO II, 1993: 45.

¹⁵⁷ LOMBO Y RUSSO, 2005: 91. Traducción propia. El texto original señala lo siguiente: “Una conseguenza dell’ immaterialita dell’ intelletto é la capacita del soggetto conoscitivo de conoscere se stesso, di essere cosciente di se, di ritornare du di se. Non ci riferiamo alla riflessione che potremmo definiré di tipo ogettivo, tramite la quale indaghiamo sulla natura della persona e della su capacita razionale. Alludiamo invece alla riflessione di tipo soggettivo che avviene in modo concomitante all’ azione di conoscere, per cui si puo dire che l’ intelligenza e presente a se stessa, nel senso che percepiamo di star esercitando la conoscenza intellettuale e siamo consapevoli che stiamo conoscendo in atto qualcosa”.

¹⁵⁸ LLAMAZARES, 2002: 20.

Algunas instituciones diferencian la libertad de conciencia de la religiosa, señalando que la primera versa solo sobre ideas mientras que la segunda sobre creencias. Esta distinción no nos parece adecuada pues, como hemos visto, las ideas pueden tener connotación religiosa o no, y en ello radica la diferencia. Asimismo, una creencia o convicción en la mayoría de los casos suele tener un trasfondo religioso, una relación con lo divino, aunque puedan existir casos que no tengan dicho trasfondo; sin embargo, ello nos remite necesariamente a definir lo que consideramos como religioso y, como veremos, el contenido de ambas libertades es distinto.

La libertad de conciencia se funda en la de pensamiento pues la conciencia humanamente hablando no se forma en imágenes o valores abstractos sino que se categoriza y digiere a través del pensamiento como actividad intelectual de la persona. En esa línea, “la libertad de pensamiento sería la libertad que todo individuo tiene de ejercitar libremente su pensamiento y dirigirlo hacia la búsqueda de la verdad esencial, de un conocimiento particular sobre ciertas materias sobre todo aquello que sea objeto de su interés”¹⁵⁹. No obstante, la libertad de pensamiento puede versar sobre conocimientos que no tienen que ver con lo moral, ético y religioso. Este es el punto gravitante que hemos mencionado, para atender a la libertad de conciencia: “la libertad de conciencia ofrece un elemento adicional (respecto a la libertad de pensamiento y de religión) que aparece perfilado por su dimensión ética. Se trata, por tanto, de la proyección de esa libertad radical, la libertad de creencias, que se manifiesta en el comportamiento personal y que cabría interpretar como la libertad de actuar con las propias creencias o convicciones”¹⁶⁰.

Así, la libertad de conciencia es un derecho individual, constitucional “que protege la facultad de disponer de un espacio de privacidad totalmente sustraído a la imperatividad del Derecho”¹⁶¹. Esto no significa que, en algunas ocasiones, la libertad de conciencia sea imperativa frente al Derecho haciendo que ese espacio personalísimo impere, por lo que significa para la persona la custodia del mismo. Aunque la importancia de esta libertad este ligada al libre desarrollo de la personalidad e identidad, no significa que la libertad de conciencia se confunda con estos derechos; por el contrario, en la esfera de

¹⁵⁹ MOSQUERA, 2005: 157.

¹⁶⁰ IBID, p. 159.

¹⁶¹ LLAMAZARES, 2002: 21.

la libertad de conciencia se forman estos dos últimos, pues “la conciencia no es otra cosa que la percepción por el sujeto de sí mismo como radical libertad que solo tiene una forma posible de desarrollarse: en libertad”¹⁶².

De allí que en algunas ocasiones este derecho adquiera dimensiones muy intensas que se van a concretizar en objetar determinadas disposiciones normativas. Esto no implica considerar tales normas como injustas en sí mismas, sino porque para la persona en concreto generan un conflicto de tal magnitud que solo puede ser superado, en última instancia, mediante la exoneración del cumplimiento de dicha norma, es decir, se objeta la misma en función a la conciencia.

En este sentido, no es posible el reconocimiento de la objeción de conciencia por contradicción de la ley con las propias opiniones. Este derecho (que como veremos, en todo caso deberá ser reconocido por la propia ley) solo existe cuando el comportamiento exigido por el Derecho es contrario a convicciones (creencias o ideas) tan arraigadas que son concebidas por el sujeto como parte de su propia identidad y, en consecuencia, la infidelidad a las mismas es vivida como una traición a sí mismo y, en definitiva, como una des-realización personal¹⁶³.

Esta concretización y especificación que mencionáramos previamente va ser relevante para darnos cuenta que el objetar en función a la conciencia, está delimitado justamente al ámbito de lo que atañe propiamente a la misma y en relación a la persona determinada, de cuya conciencia se trata. De este modo, si bien la ley puede determinar algunas cuestiones básicas de la objeción de conciencia, lo fundamental en el reconocimiento de dicha objeción va estar en manos de la jurisdicción, que delimitará los alcances de la libertad de conciencia en el caso concreto y de esa persona que esta objetando. Por tanto podrían existir tantas objeciones de conciencia como personas existen, pues cada persona realiza un juicio crítico que es distinto y se manifiesta de distinta manera con relación a otra persona que puede compartir las mismas creencias, ideas y valores, pero cuyo juicio crítico es diferente pues, como señala Mosquera, “si la libertad de pensamiento es genérica, la libertad de conciencia es particular, se refiere a

¹⁶² IBID, p. 23.

¹⁶³ IBIDEM.

la opción concreta que se tiene al respecto de un determinado postulado de la razón práctica...”¹⁶⁴.

Cuando algunas posturas señalan que “solo tomando *autónomamente* estas decisiones el hombre podría alcanzar su madurez moral”¹⁶⁵, estaríamos ante una noción que abstrae al ser humano de la realidad y sociedad porque “la conciencia moral no encierra al hombre en una soledad infranqueable e impenetrable, sino que lo abre a una serie de dinamismos y cuestiones existenciales que serán determinantes para la satisfacción de sus necesidades básicas, son imperativos morales que la persona se ha formado y que hacen que ella sea lo que es, son determinantes en su estructura como persona”¹⁶⁶. Si bien esos imperativos son exigibles a la persona para sí misma, no siempre serán exigibles para el resto, ni al Estado para que este los garantice.

2.3. La libertad de religión

Hasta este punto hemos definido la libertad de conciencia, pero también hemos adelantado que la libertad religiosa tiene como sustrato a la conciencia, es decir, las creencias de orden religioso (porque queda claro que pueden existir creencias que no tengan connotación religiosa, lo cual deberá ser determinado en el caso concreto). Estas creencias nacen y prosperan en la conciencia de la persona, con lo cual habrá que determinar qué es lo “religioso”, en otras palabras, qué implica que algo tenga connotación o trasfondo religioso y pueda ser reconocido dentro del ejercicio de la libertad religiosa. Como dice Llamazares, “toda cosmovisión o sistema de ideas y creencias puede ser religiosa o no religiosa (teológica o no): el género es el sistema de ideas y creencias y la especie su carácter teológico o no”¹⁶⁷.

La libertad religiosa como derecho fundamental de todo ser humano va a ser el eje sobre el que la Iglesia articulará su posición jurídica en el Estado, propiciando y buscando que el Estado garantice ambientes y espacios para su ejercicio. Así, como dice Mosquera, se entiende que “la libertad de religión comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la

¹⁶⁴ MOSQUERA, 2005: 158.

¹⁶⁵ JUAN PABLO II, 1993: 36

¹⁶⁶ IBID, p. 37

¹⁶⁷ LLAMAZARES, 2002: 24.

doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto”¹⁶⁸.

Esta libertad se desarrolla cuando la persona tiene como posible la formación de su propia conciencia, de sus ideologías, postulados y creencias, de tal manera que estas no deben ser impuestas por la fuerza. Siguiendo con esta autora cabe afirmar que “de igual modo la libertad de conciencia permite desarrollar la propia libertad de pensamiento, ideología y religión, pues la conciencia es el crisol en el que se producen todos los cambios de pensamiento, la ideología y la religión”¹⁶⁹. En esa línea, se entiende que si la conciencia y la libertad para formarla, no es garantizada, no existe en la persona esa zona de actividad o dimensión ontológica en el que pueda desarrollar sus creencias religiosas.

Estamos desarrollando la idea que lo religioso tiene un contenido determinado, y consideramos que dos elementos que nos dan luces para el mismo, son el carácter teológico relacionado con la fe y el carácter immanente o trascendente de esa creencia. Ello “pues la libertad religiosa es libertad respecto al hecho religioso, a la fe, y por ello se trata de una libertad distinta e independiente a la libertad de pensamiento y de creencias”¹⁷⁰. Ambos elementos tienen una relación simbiótica, pues se sostienen uno sobre otro.

Algunos autores señalan que la libertad religiosa no es un solo un derecho fundamental sino a la vez un principio, sin embargo, no vamos a desarrollar el tema de los principios y su relación con los derechos fundamentales. Solo diremos, siguiendo a Palomino, que “en tanto principio, la libertad religiosa es un principio social de configuración estatal que plantea determinadas directrices a los poderes públicos en su relación con las manifestaciones individuales y colectivas de religiosidad. El derecho es anterior al principio y está orientado hacia la persona humana sobre el Estado; esto en virtud de la primacía de la persona humana sobre el Estado. En consecuencia, siendo el derecho de libertad religiosa el fundamento del principio de libertad religiosa, y siendo que la primacía de la persona humana es el fundamento del derecho de libertad religiosa, entonces dicha primacía es el fundamento ultimo del principio de libertad religiosa”¹⁷¹.

¹⁶⁸ MOSQUERA, 2005: 147.

¹⁶⁹ IBID, p. 135.

¹⁷⁰ DE BARTOLOMÉ, 2002: 33.

¹⁷¹ PALOMINO: 2005, p. 346.

Un punto importante sobre la libertad religiosa es que, así como ella está plenamente garantizada constitucionalmente y dotada de contenido a través de reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no es menos cierto que como toda libertad está sujeta a los límites que le son propios, es decir, el orden público y las buenas costumbres, pues “toda libertad puede y debe tener límites por razón del bien común”¹⁷².

La libertad religiosa es un derecho constitucional y fundamental que se condice con la estructura propia de ser persona, por ser un ser que busca o tiene un anhelo de trascendencia pues, en la línea de lo desarrollado en puntos previos, “la libertad religiosa no se basa en la disposición subjetiva de la persona, sino en su naturaleza misma”¹⁷³. Pero, además, es un derecho de naturaleza subjetiva en tanto que se predica de la persona humana, en concreto y no de un grupo pues, aunque puedan compartir las mismas creencias, la religiosidad se manifiesta de distintas maneras.

En la línea de lo mencionado, destaca Mosquera que “el factor religioso dentro de la sociedad puede dar lugar a distintos tipos de conflictos y controversias; la libertad de creencias es un derecho que en su plano interno alcanza un nivel de protección pleno pero que a veces puede encontrarse en situaciones de conflicto a la hora de su exteriorización. Por eso resulta fundamental que, la base sobre la que se edifique la construcción de este sistema de relaciones entre religión y derecho, tome en consideración un valor esencial: la dignidad de la persona como valor espiritual y moral”¹⁷⁴.

Por ello consideramos que la libertad religiosa contiene elementos de intersubjetividad y externalidad, es decir, que es propia de los seres humanos individualmente hablando y se exterioriza en actos de fe, como un acto íntimo de la persona. De allí que la libertad religiosa contenga estos dos atributos; más que facultades porque profesar la fe mediante actos de culto son atributos personales con incidencias comunitarias, al exteriorizarse. Como dice Busso, “el derecho a la libertad religiosa no es el derecho que otorga la verdad que posee una persona, sino que es un derecho de la persona... La libertad religiosa ubicada como derecho subjetivo, exige una doble obligación: primero

¹⁷² IDÍGORAS, 1979: 4.
¹⁷³ BUSSO, 1997: 77.
¹⁷⁴ MOSQUERA: 2005, p. 141.

buscarla racionalmente y luego adherirse a la verdad conocida ordenando toda su vida según esas exigencias de la verdad”¹⁷⁵.

Esta búsqueda de la verdad, como inclinación natural, es un dato humano, de la propia naturaleza humana y si bien tiene como punto de partida una inclinación natural a buscar la verdad, el punto de llegada es lo trascendente o sobre natural, es una exigencia del conocimiento natural, que considera la realidad ius-fundamental como fuente del Derecho y criterio de moralidad y juridicidad. Este conocimiento, aunque sea objetivamente erróneo, no merma el derecho a buscar esa verdad en la cual creer, como creencia fundamental de carácter divino pues la religiosidad se concretiza en la búsqueda de lo divino; el fenómeno religioso es universal pero se ejerce individualmente. La obligación de buscar la verdad, si bien no es jurídica sino moral, tiene consecuencias para el Derecho, pues el Estado debe facilitar el ambiente y condiciones para la práctica religiosa.

Coincidimos con Llamazares cuando afirma que el derecho de libertad religiosa es derecho para tener fe religiosa y para no tenerla, lo que ha hecho pensar a algunos que, como incluido en la no fe religiosa, también estaría comprendido en el derecho de libertad religiosa el derecho a tener convicciones o creencias no religiosas e incluso anti religiosas (ateísmo), invirtiendo así la relación lógica: desde este punto de vista, el género sería justamente la libertad religiosa y la libertad de conciencia (ideológica o de pensamiento) la especie; la regulación de la libertad religiosa el Derecho común y la regulación de la libertad de conciencia el Derecho especial. Pero esta argumentación es artificiosa, retorcida y contraria a las leyes más elementales de la lógica. Lo incluido en el derecho de libertad religiosa es el derecho a no tener creencias religiosas, pero nada más, no a tener otras convicciones y otro sistema de ideas y creencias. Lo incluido en el derecho de libertad religiosa, aparte del derecho a tener religiosas, es la *pura negatividad*: a no tener creencias religiosas y a no ser obligado a tenerlas; pero no a tener unas u otras ideas y creencias no religiosas, que es parte del contenido del derecho de libertad de conciencia (ideológica o de pensamiento), en el que ambas alternativas, religiosas y no religiosa, tienen *contenido positivo*¹⁷⁶.

Siguiendo la cita, la libertad religiosa no solo permite creer u optar por una serie de creencias o *credo* de orden religioso o teológico, en sentido amplio, sino además la

¹⁷⁵ BUSSO, 1997: 79.

¹⁷⁶ LLAMAZARES, 2002: 24 – 25.

posibilidad de no tener creencias, como por ejemplo sería el caso del ateo o el agnóstico, ya que la libertad de religión “ampara el libre ejercicio de creencias, incluyendo aquí la libertad de tener o no tener una creencia –aspecto esencial de este derecho que protege tanto a la manifestación positiva de religiosidad como a la opción agnóstica o atea”¹⁷⁷.

En tal sentido, la libertad religiosa opera necesariamente sobre la base de la conciencia, de allí que la búsqueda de la verdad y su relación con la moral sean parte de la misma. Sin embargo, la respuesta a la que se llegue dependerá de la persona, en la medida que si ésta decide acogerse y adherirse a una creencia de tipo religioso, es decir, en lo divino, dicha libertad se expande a “formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto. Como todo derecho de libertad, el derecho a la libertad religiosa tiene una vertiente negativa, que garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia que no desea tomar parte en actos de naturaleza antes descrita”¹⁷⁸.

2.4. Contenido del ejercicio de la objeción de conciencia

Como punto de partida, entendemos la objeción de conciencia como un derecho derivado de las libertades de conciencia y religión; en tal sentido, todo derecho posee un contenido protegido, constitucionalmente hablando, por ello existen atribuciones que se pueden ejercer como parte del derecho y otras que aun cuando puedan ejercerse, no son parte de ese derecho. Hemos desarrollado previamente la idea de una teoría no conflictivista y en esa medida resulta propio hablar de contenido y no de límites, concepto ligado a la visión conflictivista en donde “la colisión en la que incurren los derechos debe ser salvada mediante el trazo de límites desde fuera de cada derecho mismo”¹⁷⁹.

En esa línea, existen atribuciones que se corresponden con el contenido del derecho, que es limitado y “cuyos contornos hemos definido sobre dos tipos de elementos, unos intrínsecos que derivan del propio sentido o función que tiene en sí mismo el derecho, y

¹⁷⁷ MOSQUERA, 2005: 155 – 156.

¹⁷⁸ IBID, p. 146 – 147.

¹⁷⁹ CASTILLO, 2008: 69.

otros extrínsecos que derivan de la sociedad y de los demás sujetos de derecho que en ella coexisten”¹⁸⁰. Por ello, existirán atribuciones que estarán fuera del derecho y que podrían encajar en el contenido de otro derecho o podrían suponer un ejercicio ilegítimo de alguna pretensión individual que no es reconocida como derecho.

La premisa de nuestro trabajo, implica reconocer la objeción de conciencia como un contenido de las libertades de conciencia y de religión en el caso peruano. En esa línea, el inciso 3 del artículo 2° de la Constitución Peruana, señala que “toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público”.

Nuestro ordenamiento jurídico consagra límites al ejercicio de las libertades de conciencia y religión, y aunque constitucionalmente los reconoce como derechos distintos, si bien son derechos distintos, les establece un límite en cuanto a la exteriorización y no a la formación de los mismos, en el fuero interno de la persona. En tal sentido, la libertad de conciencia y religión en su dimensión interna es absoluta no tiene límites, pero cuando se exterioriza deben respetar la moral y el orden público, conceptos que están necesariamente vinculados a una sociedad concreta y particular. En término de Prieto, “el orden publico constituye una de esas nociones jurídicas abiertas a las más plurales concepciones de la moralidad y juicios de valor”¹⁸¹.

Más que analizar o dilucidar los límites de la objeción de conciencia, consideramos que lo pertinente es ver a qué da derecho la misma, es decir, cuál es el contenido o las atribuciones que es posible ejercer con ésta. Ello pues, como señala Castillo, “todos los derechos fundamentales cuentan con un contenido jurídico... por lo cual no debe hablarse de límites, entendidos como restricciones impuestas desde fuera por el legislador, sino que lo que debe hablarse es de delimitaciones, de exteriorizar una frontera natural que se define desde dentro del derecho”¹⁸².

180

IBID, p. 71.

181

PRIETO SANCHÍS, 2004: 628.

182

CASTILLO, 2008: 72.

Cuando hemos hecho mención a lo moral, lo hemos hecho en referencia a los conceptos de persona, dignidad y Derecho. En esa línea, sin embargo, la cláusula de moral y orden público, son conceptos jurídicamente indeterminados que requieren de una interpretación conjunta con una serie de valores y principios que se desprenden del propio texto constitucional. Esto pues el concepto de orden público es también un concepto jurídico, por lo que “más que un problema de límites, para llegar a dotar de un sentido y función clara y estable a la cláusula de orden público, se trata de un problema de delimitación constitucional, de interpretación unitaria y sistemática de la Constitución”¹⁸³. En tal sentido, dotar de contenido a estos conceptos va depender del concepto de constitución que se asuma, de los elementos históricos y axiológicos de la sociedad.

En el caso de las libertades de conciencia y religión, es difícil elaborar una casuística que permita determinar qué formas de ejercicio de estas libertades están dentro de la moral y el orden público, porque justamente la forma en que ambas libertades pueden manifestarse es proporcional a la cantidad de personas que la pueden ejercer. Sin embargo, existe una situación en donde el ejercicio de estas libertades se configura como una barrera a lo impuesto por el Derecho, sea en la modalidad de orden público o de moral, es decir, de una moralidad imperativa bajo la forma de una norma jurídica. Al respecto, señala Prieto Sanchís, lo siguiente: “a esta situación de conflicto propongo denominarla objeción de conciencia. La objeción de conciencia puede ser definida así como la libertad de conciencia en caso de conflicto, más exactamente, como la situación en que se halla la libertad de conciencia cuando alguna de sus modalidades de ejercicio (*prima facie*) encuentra frente a sí razones opuestas derivadas de una norma imperativa o de la pretensión de un particular”¹⁸⁴.

Esta misma situación podría extenderse a la libertad religiosa, en tanto que existirán conductas que una persona podrá justificarse de seguir por razones religiosas, cuyo sustrato está en la conciencia. En esa medida si bien el *nomen iuris* alude a una situación de conciencia, ésta no puede quedar restringida al ámbito de las creencias o ideas de carácter no religioso sino, al contrario, se expanden hacia ellas, en la medida que este conjunto de creencias religiosas o no, son fundamentales para el desarrollo de la persona y su existencia de tal manera que no se le obligue a actuar en contra de ella

¹⁸³ DE BARTOLOMÉ, 2010: 43.

¹⁸⁴ PRIETO SANCHÍS, 2004: 632.

misma. Por ello “debe considerarse toda objeción de conciencia como un caso de conflicto entre la libertad de conciencia y el principio, derecho o bien constitucional que está detrás del deber jurídico y que proporciona su justificación”¹⁸⁵.

No obstante lo expuesto, cabe plantear una precisión: estamos considerando la palabra “conflicto” no en el marco de la teoría conflictivista de los derechos, de las que nos hemos apartado, sino más bien como la situación que se genera en la persona cuando se ve constreñida a cumplir un mandato jurídico, que colisiona con su conciencia y religión. En consecuencia, lo que corresponde más que definir los límites de la objeción de conciencia, es delimitar el contenido de la misma.

Aunque la naturaleza de la objeción de conciencia será desarrollada más adelante, podemos decir que esta debe ejercerse para salvaguardar la propia conciencia, siendo una objeción individual y que atenderá a la conducta y los actos propios del objetor y la coherencia con los principios o valores que la persona plantee como eximentes. Sin embargo, el dilucidar el ejercicio concreto de la objeción, es una cuestión de casos concretos, que no tienen una única respuesta, pues el conflicto que le genera a la persona en concreto, puede tener muchas manifestaciones y por ende la solución también dependerá de ello.

Esto, como dice Castillo, supone abandonar los mecanismos de interpretación constitucional que partiendo de concebir los derechos como realidades contradictorias, pretenden solucionar el conflicto mediante métodos que terminan poniendo un derecho por encima de otro, es decir, que terminan proponiendo la prevalencia de uno y el desplazamiento de otro. Al abandonar estos mecanismos de interpretación se deben acoger aquellos que partiendo de la posibilidad de una vigencia armoniosa y en conjunto de los derechos fundamentales, proponga métodos dirigidos a lograr una vigencia ajustada de los mismos¹⁸⁶.

2.5. La objeción de conciencia y la desobediencia civil

¹⁸⁵ IBID, p. 633.

¹⁸⁶ CASTILLO, 2008: 74.

En los puntos precedentes hemos desarrollado algunos conceptos, buscando una aproximación desde una perspectiva ius-fundamental y del realismo naturalista, que nos permita precisar algunas distinciones respecto a la institución que desarrollaremos con mayor profundidad en este punto, cual es la objeción de conciencia o, como preferimos denominarle, la atribución de objetar en conciencia.

Si partimos de la premisa que el Derecho exige ser obedecido por corresponder con lo justo, existirán casos en el que el sistema jurídico es injusto. Este sistema no se manifiesta en abstracto sino en una serie de disposiciones normativas de distinto rango y jerarquía, con distintos grados de concreción. Como señala Portella, “así ante el quiebre de la autoridad (en donde el quiebre tenga que ver con una desaparición de la legitimidad), renace en el individuo la posibilidad concreta de practicar formas directas de democracia, que propenden a que su voluntad no sea meramente censitaria, y no se vea traicionada ni distorsionada”¹⁸⁷.

Seguidamente definiremos algunos rasgos de la desobediencia civil que nos permitan ir determinando el contenido y la pretensión de objetar en función a la conciencia. Coincidimos con el profesor Roca¹⁸⁸ quien, desarrollando los conceptos postulados por Rawls y Bedau, plantea los siguientes puntos:

- a) La desobediencia civil es siempre desobediencia. No cabe como en los supuestos de objeción, desobediencia civil reconocida como derecho.
- b) La desobediencia civil generalmente se manifiesta a través del incumplimiento de una norma distinta a la objetada.
- c) La desobediencia civil generalmente se dirige contra una política o institución, a diferencia de la objeción que se dirige siempre contra un deber concreto y actual. Además los motivos del desobediente civil son siempre de tipo político e incluyen necesariamente el cambio de orientación en una política determinada.
- d) La desobediencia civil es un comportamiento público y casi siempre colectivo pues de otro modo no podría servir a la finalidad pretendida.

¹⁸⁷ PORTELLA, 2006: 353.

¹⁸⁸ ROCA, 1993: 58 – 59.

- e) La desobediencia civil a diferencia de la objeción de conciencia suele consistir en comportamientos activos (...) mas dañosas por lo general para el sistema jurídico y por lo tanto más adecuadas para el logro de la finalidad del desobediente: llamar la atención en la opinión pública sobre la injusticia de una determinada política, preparando la base social en que apoyar su futura reforma.

En esta línea, la objeción podría configurarse como una excepción a la obediencia del Derecho, específicamente, a no obedecer a una determinada disposición normativa, no por cuestionar la validez o injusticia de la misma sino porque el cumplimiento de esta, atenta contra la conciencia del que objeta.

Como consecuencia de lo señalado, no compartimos las posiciones doctrinarias que determinan la objeción de conciencia como una forma de desobediencia al Derecho, pues el objetar una norma por conciencia no necesariamente es desobedecer al Derecho, en la medida en que dicha atribución se desprende del ejercicio legítimo de otros principios constitucionales, en este caso, de las libertades de conciencia y de religión. En tanto que la objeción se configure como una potestad o limite de estas libertades, su ejercicio seria legitimo, constitucional y debería ser bien recibido por el ordenamiento jurídico. En esa línea, compartimos la posición del profesor Roca cuando señala que “la negativa al cumplimiento de un deber jurídico no tiene porque suponer necesariamente un incumplimiento del Derecho considerado en su conjunto (realidad a la que más bien parece referirse la expresión Derecho)”¹⁸⁹.

La objeción es básicamente un “dejar de hacer” frente al sistema. Siguiendo la definición planteada por Raz, podemos señalar que, “no existe derecho (moral) a la desobediencia civil en los Estados liberales”¹⁹⁰. O como resume Prieto Sanchís, “ante un régimen político injusto, es decir, no democrático, existe el derecho e incluso el deber moral de resistir”¹⁹¹. No obstante, en países en los que se ha instaurado un régimen democrático y constitucional no parece encajar en ese supuesto planteado por

¹⁸⁹ IBID, p. 55.
¹⁹⁰ RAZ, 1982: 335.
¹⁹¹ PRIETO SANCHÍS, 1984: 4.

Raz, y sin embargo, los casos de desobediencia civil y objeción de conciencia se siguen planteando¹⁹².

Siguiendo con el desarrollo de la profesora Mosquera, que combina elementos de la doctrina eclesial, la objeción de conciencia es descrita como “el incumplimiento de una obligación de naturaleza personal cuya realización produciría en el individuo una lesión grave de la propia conciencia, o si se prefiere, de sus principios de moralidad”; de tal modo que, “incumplir una obligación supone desobedecer al Derecho, pero la objeción de conciencia no debe confundirse con la desobediencia civil, ni mucho menos con la revolucionaria. Ante todo la objeción es siempre una conducta pacífica y no violenta; es más, se la puede caracterizar como una conducta pasiva, pues consiste en abstenerse de cumplir un determinado deber impuesto por el ordenamiento”¹⁹³.

Esto diferencia la objeción de conciencia de la desobediencia civil, a la que Rawls define, “como un acto político, no sólo en el sentido de que va dirigido a la mayoría que detenta el poder político, sino también porque es un acto dirigido y justificado por principios políticos, es decir, por los principios de la justicia que regulan la constitución y en general, las instituciones sociales”. Acto político que tiene como objetivo principal la modificación de la norma que se considera injusta, cosa que no sucede en el caso de la objeción de conciencia. El llamado objetor no busca la derogación de la norma, sólo pretende que esa disposición no se le aplique a él porque eso haría nacer un conflicto con su conciencia o creencias.

Hecha esta distinción entre objeción y desobediencia, es necesario retomar la mención inicial a Raz y a su justificación de tales comportamientos cuando se trata de regímenes no democráticos o no constitucionales. El caso es que en el contexto en que se dicta la sentencia objeto de este análisis, el demandante no actúa contra un régimen o una norma injusta, y sin embargo el caso es enfocado por el Tribunal Constitucional peruano como un supuesto de objeción de conciencia.

La solución que ha adoptado el alto tribunal ha sido la de reconocer la existencia de ese derecho fundamental a objetar en conciencia en un régimen en el que el derecho de libertad religiosa está reconocido en la Constitución y hubiese sido base suficiente para

¹⁹² MARTIN, 1999: 39 – 62.

¹⁹³ MOSQUERA, 2004: 15.

fundamentar la pretensión del demandante en amparo sin necesidad de acudir al reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia. Se puede considerar inadecuado ese reconocimiento porque del mismo no se obtiene un beneficio distinto al que ya contiene el derecho de libertad religiosa en su manifestación externa, y sólo se deriva mayor confusión al reconocerse un supuesto derecho a incumplir las leyes del Estado, algo que en ningún caso puede ser conveniente. Es ese peligro de crear un precedente para justificar un incumplimiento de la ley lo que resulta preocupante del reconocimiento que los tribunales pueden hacer del derecho de objeción de conciencia. Un derecho que, en los EEUU, país con una larga tradición jurisprudencial en supuestos de conflicto entre dictados legales y dictados de conciencia, nunca se ha procedido a reconocer de modo genérico, sino que cada caso ha sido analizado de manera individualizada por los tribunales.

Este será un elemento determinante en la objeción de conciencia, pues no se trata de cuestionar el sistema jurídico (el Derecho como conjunto), sino una concreta disposición normativa. De allí que en los casos de desobediencia “falten los motivos morales característicos de la objeción, bien porque el deber incumplido carezca de todo contenido moral, bien porque hay elementos de juicio suficientes para apreciar que, en términos razonables, en esa situación real concreta no se ha producido un conflicto real de conciencia”¹⁹⁴.

No es materia del presente trabajo estudiar la obligatoriedad en la obediencia del Derecho, sin embargo, es evidente que en el neoconstitucionalismo existen los mecanismos procesales que permiten cuestionar la validez de una norma jurídica por ser esta injusta o no corresponder con los valores y principios que determinado sistema establece, usualmente, en su Constitución como orden marco y norma fundamental, siguiendo al profesor Alexy. En esa línea, defender la supremacía constitucional y los derechos fundamentales, va ser el vértice para que las garantías procesales se configuren como mecanismos de defensa de ambos pues, como dijera el profesor Dworkin, “si el gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el Derecho”¹⁹⁵.

¹⁹⁴ ROCA, 1993: 56.

¹⁹⁵ IBID, p. 57.

En este mismo esquema de justicia y Constitución, no podemos dejar de mencionar al profesor Rawls y su teoría de la justicia que, a criterio de la profesora Gascón “ha evolucionado desde justificaciones consensualistas hacia explicaciones preferentemente finalistas... la obligación de obediencia aparece así como un resultado del principio rawlsiniano de imparcialidad, según el cual a una persona puede exigírsele que cumpla su papel dentro de una institución que ha sido establecida y regulada por todos los interesados”¹⁹⁶.

Definitivamente la teoría de la justicia se nutre de un paradigma kantiano y contractualista en su rechazo a la moral teleológica, en tanto que el fin es siempre determinado por el sujeto y en lo teleológico, para estos autores, el fin antecede y precede al sujeto, por lo cual no se respetaría la autonomía individual, y por ende no se podría hablar de libertad.

Si bien no todas las teorías contractualistas o consensualistas pueden ser abordadas en este trabajo, consideramos que ambas están estrechamente ligadas con el esquema político que mejor funciona para el Estado Constitucional, cual es la democracia, en tanto que el neoconstitucionalismo necesariamente se identifica con un componente valorativo de la Constitución y con la materialización de los derechos, en tanto que estos determinan no solo una democracia formal sino sustantiva.

Como es evidente, el sistema jurídico no siempre es justo, no siempre expresa los principios que la comunidad valora como esenciales para una forma política, no siempre los derechos satisfacen o son reales garantías de desarrollo de la persona, pero eso no impide que se apueste por una forma política que de la mejor manera logre el cumplimiento de estos objetivos. La democracia como forma política sería el eje sobre el que girarán todos estos temas y si bien existen muchas justificaciones de la misma, se trata de una sumatoria de elementos: constitucionalismo, argumentación, derechos, democracia. El Derecho como sistema es una práctica social que se va construyendo de acuerdo a la realidad social, siempre en tensión entre lo moral y lo político.

Como destaca Nino, el gobierno (democrático) no es entonces una cuestión de mera autoridad o de mera voluntad, aun de la mayoría. El procede en una atmosfera de crítica,

¹⁹⁶ GASCÓN, 1990: 133 – 134.

en la presunción de que no puede proveerse una suficiente justificación de una decisión mediante la apelación a la voluntad de alguien (sea la voluntad de un ministro o la de un interés mayoritario), simplemente porque es la voluntad de esa persona... La democracia ha sido denominada “el gobierno a través de la discusión. En cierto sentido, esto es por supuesto verdad de todos los gobiernos: porque aun los gobiernos más autoritarios deben tener sus comités para aunar experiencias y coordinar las políticas departamentales. Pero es verdad de la democracia en el sentido especial de que todo el proceso presume el intercambio de críticas y justificaciones conducidas dentro del marco de criterios morales¹⁹⁷.

Más allá del tema de la democracia y de la justificación en la obediencia al Derecho, el mismo reconoce la posibilidad de que este sea cuestionado mediante la desobediencia civil. La desobediencia civil tiene un contenido distinto de la objeción de conciencia, algunos autores suelen señalar la diferencia, cuando asimilan la objeción como una forma de desobediencia, a la finalidad política de la primera. Pero otro punto en tensión que también se presenta es que el cuestionamiento no viene de una norma concreta sino del sistema jurídico en general, lo cual se complica aún más si ese Derecho ha sido resultado de un debate democrático y entonces el origen del mismo es formal y sustantivamente justo.

Solo un comentario a la tesis del profesor Nino; él parte de la estrecha relación entre derechos y moral, fundando su sistema de principios en una teoría moral liberal, donde prima la dimensión individual y donde la justificación al sistema y la democracia viene dada por el grado de efectividad de los derechos individuales. De este modo, para él “es la función de hacer efectivos los derechos individuales básicos lo que provee la justificación moral primaria de la existencia de un orden jurídico, o sea de un gobierno establecido”¹⁹⁸. Hacemos esta precisión porque consideramos que la desobediencia civil no necesariamente está relacionada con el cuestionamiento al sistema moral que da sustento a las normas jurídicas, si bien es cierto que la desobediencia civil cuestiona la justicia o validez del sistema, este no necesariamente debe alegar razones de moralidad.

A nuestro criterio la objeción de conciencia no es un supuesto de desobediencia al Derecho sino una atribución de las libertades de conciencia y religión. Si sostuviéramos

¹⁹⁷ NINO, 2007: 387.

¹⁹⁸ IBID, p. 388.

la tesis contraria, cabría el argumento de que cualquier forma de incumplimiento de la norma, exoneración y hasta inaplicación de la misma, sería una forma de desobedecer al Derecho. Lo expuesto manifiesta que el Derecho en su aplicación concreta puede generar situaciones de injusticia y por eso se inaplica o se cuestiona la norma de manera general hasta lograr su expulsión del sistema, aun cuando la misma tenga un origen legítimo. Si existen mecanismos que permiten cuestionar la justicia y validez de la norma, es lógico que existan supuestos en que no se cuestione a la misma, sino que se pida la exoneración del cumplimiento por cuestiones de conciencia y/o de religión, que son tan determinantes para la persona y su desarrollo, como lo son la expulsión de una norma injusta o la inaplicación de esta a un caso concreto, para el mantenimiento del sistema democrático y jurídico.

De lo dicho se desprende que si la desobediencia civil tiene esos elementos, la objeción de conciencia deberá tener otros, para distinguirse de esta, en tal sentido, no encaja con los elementos descritos. Hemos descrito la desobediencia civil por ser la figura que podría generar confusión con la institución que desarrollamos, sin embargo existen algunas formas de cuestionamiento del sistema jurídico que son acogidas en las Constituciones, como es el derecho de resistencia. Aunque el mismo no es materia de análisis y desarrollo, dado los límites del presente trabajo, el mismo nombre indica que se trata de un derecho, reconocido y cuyo ejercicio se encuentra legitimado al pretender cuestionarse el sistema en general, cuando este se desvía del cauce democrático, convirtiéndose en un gobierno de facto.

3. La objeción de conciencia en el Derecho Comparado

3.1. España y la objeción de conciencia

España es uno de los países, junto con Alemania, Italia y Estados Unidos, que se han caracterizado por un desarrollo tanto a nivel de jurisprudencia como de legislación, de la objeción de conciencia. Este tema nos parece crucial puesto que líneas previas hemos señalado que, dada la cantidad de casos que se podrían presentar, todos ellos bajo la objeción por temas de conciencia, los matices que cada caso incluyen son distintos, por lo que elaborar normas genéricas que pretendan regular la institución resulta a primera vista dificultoso, por más que suelen existir casos típicos. De allí la importancia que adquiere la jurisprudencia en el análisis de casos concretos, atendiendo a la particular situación de conciencia que una persona determinada objeta.

La Constitución española establece en su artículo 16.1 que “se reconoce la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Sin embargo, “el derecho de libertad de conciencia no aparece formulado expresamente en estos términos en ningún artículo de la Constitución. Solamente encontramos el término conciencia en dos ocasiones: en el artículo 30.2. de la CE en que se reconoce la objeción de conciencia al servicio militar y en el artículo 20.1.d) de la CE en el que se reconoce a los periodistas el derecho a la cláusula de conciencia”¹⁹⁹.

La libertad ideológica ha sido materia de desarrollo jurisprudencial por el Tribunal Supremo. Así, en la STC del 19 de junio de 1990, el Tribunal señaló que la libertad ideológica “no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuando la concierne y a representar o enjuiciar una realidad según personales convicciones. Comprende además una dimensión externa de *agere licere* con arreglo a las propias ideas, sin sufrir por ello sanción (...)”.

Como recuerda Llamazares, “cuando el TC dice que libertad de pensamiento y libertad de conciencia son modalidades de la libertad ideológica y religiosa, parece estar diciendo que se trata de dos aspectos o perspectivas de la misma realidad, del único derecho que se consagra en el artículo 16 CE, equivalente al contenido en la fórmula triple (pensamiento, conciencia y religión) de los textos internacionales (...) téngase en cuenta, además, que en las dos únicas ocasiones en que el término conciencia aparece en el texto constitucional no es en un sentido restringido, meramente ético, y menos solo moral religioso”²⁰⁰.

Si bien el texto constitucional no alude expresamente a la objeción de conciencia, el tema se ha ido desarrollando por el Tribunal Supremo. Existieron algunos pronunciamientos del Tribunal sobre la objeción de conciencia como derecho reconocido en el artículo 16.1.

¹⁹⁹ LLAMAZARES, 2002: 278.

²⁰⁰ IBID, p. 282.

En esta línea, destaca Roca que “será en la STC 53/1985 donde encontraremos una afirmación más radical y definitiva, por añadidura de efectos jurídicos más generales (por dictarse en el marco de un recurso de inconstitucionalidad)... en efecto en esta sentencia encontramos la más clara demostración de que la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho garantizado en el artículo 16; el derecho a la objeción de conciencia al aborto existe, y puede ser ejercido, con independencia que se haya dictado o no regulación legal”²⁰¹.

Esta línea jurisprudencial va variar con dos sentencias, la 160 por un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 48/1984²⁰², Ley Reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria, en la cual se regula la objeción de conciencia para los supuestos del artículo 30° de la Constitución española sobre el derecho y deber de defender España²⁰³; y la 161/187 por un recurso similar contra la ley orgánica 8/1984, Ley Orgánica del Régimen de Recursos en caso de Objeción de Conciencia. Ambas sentencias²⁰⁴ contienen dos fundamentos que parecen no reconocer la objeción de conciencia como parte de las libertades consagradas en el artículo 16.1 de la Constitución. Sobre lo resuelto en la sentencia 161, la profesora Gascón comenta que España en la actualidad cuenta con una legislación sobre libertad religiosa contenida en la Ley Orgánica 7/1980, que no incluye explícitamente la objeción de conciencia, sin embargo la Constitución no ha regulado expresamente la libertad de conciencia sino

²⁰¹ ROCA, 1993: 175 – 176. Añade el autor que “La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”.

²⁰² El segundo párrafo de la citada ley señala “la Constitución reconoce la objeción de conciencia e instituye al legislador en la obligación de regularla *con las debidas garantías*, pudiendo imponer a quienes rehúsen cumplir sus deberes militares por razones ideológicas o religiosas el cumplimiento de una prestación social sustitutoria. Cumplir el mandato constitucional, regular legislativamente la objeción de conciencia y la prestación social sustitutoria y articular, por tanto, los mecanismos que permitan a los ciudadanos comportarse de conformidad con sus convicciones son, pues, los objetivos de la presente Ley”.

²⁰³ El inciso 1 del artículo 1 de dicha ley reconoce “El derecho a la objeción de conciencia reconocido en el artículo 30 de la Constitución se ejercerá conforme a lo dispuesto en la presente Ley”. Asimismo, el inciso 2 establece “Los españoles sujetos a obligaciones militares que, por motivos de conciencia en razón de una convicción de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otros de la misma naturaleza, sean reconocidos como objetores de conciencia, quedarán exentos del Servicio militar, debiendo realizar en su lugar una prestación social sustitutoria (...)”.

²⁰⁴ La sentencia 160 señala “por sí mismo no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o sub-constitucionales por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos”.

La sentencia 161 señala, por su parte, que “la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho ni en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado”

solo la ideológica y religiosa. El profesor Roca desarrolla la posición doctrinaria de la profesora Gascón y del profesor Prieto Sanchís.

La primera se inclinaría a buscar un derecho general a la objeción de conciencia, a raíz de las sentencias aludidas y dentro de los alcances del artículo 16.1 de la Constitución española, señalando que a su juicio “la libertad de conciencia derivada del art. 16.1 puede comprender un derecho a la objeción para aquellos casos no expresamente regulados... pues bien, prescindiendo de las dos resoluciones de 1987, una reiterada doctrina del máximo intérprete de la Constitución no ha hecho más que suministrar argumentos a favor de un derecho general a la objeción”²⁰⁵.

Por su parte el profesor Sanchís, considera que la objeción de conciencia no se desprende del artículo 16.1, sino más bien del “norma de clausura del sistema de libertades”²⁰⁶. Al respecto, refiere Roca, que “a nuestro juicio, no habría sido necesario recurrir a la teoría de la norma de clausura, se hubiese partido de la afirmación prácticamente incontrovertida en la Dogmática constitucional, de que la delimitación del contenido de los derechos fundamentales no corresponde solo al legislador. Prieto Sanchís, al no encontrar en la LOLR reconocimiento del derecho general de objeción, se ve obligado a buscar fuera del artículo 16.1 el fundamento para dicho reconocimiento”²⁰⁷.

3.2. La Corte Constitucional de Colombia y la objeción de conciencia

Colombia ha sido uno de los países con mayor desarrollo del tema de objeción de conciencia sobre diversas materias. La Constitución de Colombia, reconoce en su artículo 18° lo siguiente: *“Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia.”* Por su parte, el artículo 19° reconoce la libertad religiosa como la de cultos en los siguientes términos: *“Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres*

²⁰⁵ GASCÓN, 1990: 303.

²⁰⁶ ROCA, 1993: 184. El autor señala que de la norma de clausura se desprende que toda norma que imponga mandatos o prohibiciones, limitando así la libertad natural, ha de ser concebida y tratada como una norma que limita los derechos fundamentales.

²⁰⁷ IBID, p. 165.

ante la ley". Finalmente, el artículo 20° reconoce la libertad de pensamiento y opinión por separado, como en nuestro sistema.

La Corte Colombiana ha señalado inicialmente que la objeción de conciencia en un caso de obligatoriedad del servicio militar, no estaba contemplada dentro del contenido de libertad de conciencia amparado por la Constitución Colombiana. En esa línea, en su sentencia T-409/92, señaló que: "La garantía de la libertad de conciencia no necesariamente incluye la consagración positiva de la objeción de conciencia para prestar el servicio militar. Esta figura, que en otros sistemas permite al individuo negarse a cumplir una obligación como la mencionada cuando la actividad correspondiente signifique la realización de conductas que pugnan con sus convicciones íntimas, no ha sido aceptada por la Constitución colombiana como recurso exonerativo de la indicada obligación".

Siguiendo a la profesora Cristina Prado en su análisis sobre la jurisprudencia de la Corte Colombiana, en la objeción de conciencia, la Corte denegó la tutela porque "la garantía de la libertad de conciencia no necesariamente incluía la consagración positiva de la objeción de conciencia para prestar el servicio militar. Esta figura no había sido incorporada a la Constitución Política, pues había sido propuesta y rechazada expresamente por la Asamblea Constituyente"²⁰⁸.

Siguiendo este razonamiento, la Corte Colombiana se pronunció nuevamente en el año 1994, en la sentencia C-511-94, con el mismo razonamiento anterior, aunque a diferencia de la acción de tutela previa, en este caso se trataba de una acción de inconstitucionalidad contra una ley. Así, señaló que:

Tampoco resulta violatoria la normativa acusada por omisión a la libertad de conciencia consagrada en el artículo 18 de la Carta. Esta Corporación ha tenido oportunidad de indicar, que no existe en nuestro régimen relacionado con el servicio militar la figura de la "objeción de conciencia", por cuanto no resulta del fuero propio de las exigencias del servicio militar el autorizar a los ciudadanos para no atender este deber esencial, cuyos basamentos se encuentran no sólo en

²⁰⁸

PRADO, 2006: 57.

lo dispuesto en la ley sino justamente en la conciencia del propio compromiso social.

Similar razonamiento siguió teniendo la Corte en casos de prestación del servicio militar, como el de la sentencia T-363/1995, en la cual la Corte sostuvo que:

(...) las propias convicciones no pueden invocarse como excusas para el cumplimiento de deberes que el Estado impone a todos por igual y que objetivamente considerados no implican prácticas o actuaciones susceptibles de ser enfrentadas a la conciencia individual... la vinculación a filas no tiene por sí misma una calificación que pueda enfrentarse a la conciencia del conscripto, pues sólo tiene el alcance de una disponibilidad del sujeto a la disciplina y a las órdenes que se le impartan.

La profesora Prado, criticando esta sentencia, califica la sentencia de incomprensiva respecto de las propias convicciones como contenido denso de la libertad de conciencia, indicando que “la Corte hace prevalecer su propia opinión frente a la del demandante, al decir que “la vinculación a filas no tiene por sí misma una calificación que pueda enfrentarse a la conciencia del conscripto”, lo cual en últimas denota una incomprensión respecto del objeto propio de la libertad de conciencia”²⁰⁹.

Sin embargo, el servicio militar no ha sido el único caso sobre el que la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse. También lo ha hecho en materia educativa, respecto a la cual señala Prado lo siguiente:

“La Corte estudió el caso de una estudiante, miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, quien debido a sus convicciones religiosas no podía asistir a clases entre las seis de la tarde del viernes y las seis de la tarde del sábado (*Sabbath*). La Corte declaró que no era posible conceder el amparo, por cuanto el deber de asistir a clase los sábados no vulneraba garantía alguna. Señaló que, en atención al principio de autonomía, las universidades podían fijar los horarios que más convenían a la comunidad educativa, sin tener la obligación de modificarlos con ocasión de la fe religiosa de uno solo de sus estudiantes. El

²⁰⁹ IBID, p. 59.

militante de una fe tenía que conciliar las prescripciones que de esta derivaran, con las que tenían su origen en las normas jurídicas; si optaba por las primeras, debía afrontar las consecuencias que se seguían de su elección. Claramente se observa una postura de la Corte muy restrictiva frente a la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia”²¹⁰.

Posteriormente, la Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre distintas materias como trabajo, salud, obligación de prestar juramento y el aborto cuyas resoluciones prácticamente han seguido el mismo razonamiento descrito, negando la objeción de conciencia, por no reconocerla dentro del contenido constitucional de la libertad de conciencia, pero además como señaló la profesora Prado, la Corte antepuso su propio criterio o juicio de conciencia, frente al de los demandantes. Sin embargo, un pronunciamiento con mayor desarrollo de los derechos fundamentales, se hizo en el caso de tutela, recaída en la sentencia T-823/2002, en el cual con relación a la libertad religiosa, la profesora Prado comenta que “la Corte Constitucional considero que existía una relación entre la libertad de conciencia y la libertad religiosa; no obstante lo anterior, la libertad religiosa no era un derecho absoluto, y uno de los límites impuestos al ejercicio de tal libertad lo constituía el deber específico de no abusar de los derechos propios”²¹¹.

3.3. La objeción de conciencia en el Sistema Interamericano y de las Naciones Unidas

Es bien sabido que el sistema interamericano, es decir, la Organización de Estados Americanos – OEA, está formado por una serie de documentos y organismos que protegen y defienden los derechos fundamentales de las personas, así como promueven una serie de valores y principios, en la interpretación de esos derechos que deben ser seguidos por los estados parte del sistema. Entre esos documentos tenemos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, que en su artículo III señala que “Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado” (derecho de libertad religiosa y de culto), y en su artículo IV, señala que “Toda persona tiene derecho a la

²¹⁰ IBIDEM.

²¹¹ IBID, p. 66.

libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio” (libertad de opinión, expresión y difusión).

Asimismo, el artículo 12° de la Convención Americana de Derechos Humanos, en los incisos 1, 2 y 3 establece que: *toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado; nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias; la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás; los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.* Mientras que el artículo 13° de dicho documento, reconoce la libertad de pensamiento y expresión, cuya importancia radical ha obligado a la OEA a emitir en el año 2000 la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, documento del Sistema de Naciones Unidas – ONU, que establece en el artículo 18: *2° nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar de religión o las creencias de su elección; 3° la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás; 4° los estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*

Sobre estos documentos señala el profesor Souto (respecto a la DUDH pero igualmente valido para los demás documentos internacionales que han optado por la misma redacción), que

(L)a variedad de acepciones utilizadas en el texto ha suscitado la cuestión de si estamos en presencia de un haz de libertades o de una sola libertad reflejada a través de diversas manifestaciones. (...) la elaboración del art. 18 y su contenido final parecen avalar la tesis que circunscribe el contenido del derecho protegido a una sola libertad individual o colectiva que se refiere a la capacidad de elección de una propia cosmovisión o concepción de la vida, es decir, el conjunto de creencias que, en expresión orteguiana, sostienen al hombre, ya sean esas creencias de origen religioso, filosófico o ideológicos²¹².

De la redacción del artículo que nos incumbe, que sería el de libertad de conciencia y de religión, no se desprende que su contenido contemple la objeción de conciencia; sin embargo, ello no ha sido obstáculo, para que a nivel internacional el sistema de Naciones Unidas, por ejemplo, se pronuncie sobre el mismo. Así, en el caso *Brinkhof v. The Netherlands*, Communication No. 402/1990, CCPR/C/48/D/402/1990, 27 de julio de 1993, párrafo 9.3, señaló que:

(...) conceder la exención a un solo grupo de objetores de conciencia y aplicarla a todos los demás no se puede considerar razonable [toda vez que] cuando [se] reconoce el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, no [se] puede establecer diferencias entre unos objetores de conciencia y otros sobre la base de la naturaleza de sus creencias particulares. Sin embargo, en el presente caso, el Comité considera que el autor no ha demostrado que sus convicciones como pacifista son incompatibles con el sistema de servicio sustitutivo de los Países Bajos, ni que el trato privilegiado concedido a los Testigos de Jehová afectó negativamente a sus derechos como objetor de conciencia al servicio militar.

Cabe destacar el Acuerdo tomado por las Naciones Unidas sobre “Formas de Intolerancia y Discriminación fundada en la religión o en las convicciones” del año 1981 que señala en su artículo: 1° que *toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza; 2°*

²¹² Citado por MOSQUERA, 2005: 130.

Nadie será objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección, 3° La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud, la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Asimismo, el artículo 6° de dicho Acuerdo desarrolla de manera específica las libertades antes referidas, señalando que las mismas comprenden: a) *la de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines; b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas; c) La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción; d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas; e) La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines; f) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones; g) La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción; h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción; i) La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional.*

En el caso de la OEA, la mayoría de casos han llegado por vulnerarse la libertad religiosa y de conciencia, más no como objeciones a la misma. Quizás el caso más emblemático de este tema sea el caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile, del año 2001, conocido como la “La Última Tentación de Cristo” por la película, del director Martin Scorsese, que mostraba una versión sobre Cristo distinta a la Sagrada Escritura. Un grupo de personas buscó que la película no sea transmitida en los cines alegando que la misma vulneraba su derecho a la libertad de religión, y aunque tuvo una resolución favorable en Chile, la Corte Interamericana, revoco dicha resolución, alegando que la prohibición de difundir la película, constituía un supuesto de censura previa. Si bien el caso tiene muchas aristas, lo que nos interesa en el presente trabajo es acudir al desarrollo jurisprudencial que hizo la Corte al definir las libertades de conciencia y religión. El fundamento 77 de la sentencia en cuestión señala:

El artículo 12° de la Convención contempla varias hipótesis de violación del derecho a la libertad de conciencia y de religión, entre las cuales se cuenta la que consiste en impedir que alguien cambie de creencias religiosas. Para lograr este último efecto, no es menester que se constriña física o mentalmente a la persona de que se trata a permanecer atada a confesión que profesa. Esta sería la forma más evidente, pero no la única, de afectar su libertad de conciencia y de religión. El cambio de religión o de creencias suele ser el resultado de un proceso prolongado y complejo, que incluye vacilaciones, cavilaciones y búsquedas. El Estado debe garantizar que cada quien pueda conducir ese proceso, si decide emprenderlo, en una atmósfera de completa libertad y, en particular, que no se le coarte a nadie la posibilidad de acopiar, sin infringir los derechos de los demás, todos los elementos vivenciales y emocionales, conceptuales e informativos o de cualquier otro orden que considere necesarios para optar adecuadamente por el cambio o la conservación de su fe. Si el Estado falta, por acción u omisión, a esos deberes, viola el derecho a la libertad de religión y de conciencia.

Hay que tener presente, al respecto, que el artículo 12° de la Convención Americana no se limita a consagrar, en abstracto, la libertad de conservar o cambiar de creencias, sino que protege explícitamente, contra toda restricción o interferencia, el proceso de mudar de religión. No es otro el sentido del numeral 2 del mencionado artículo 12°, cuando establece, en lo pertinente, que “[n]adie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de [...] cambiar de religión o de creencias”.

4. Naturaleza, elementos y finalidad de la objeción de conciencia

De todo lo desarrollado hasta este punto, podemos conceptualizar a la objeción de conciencia como un atributo de las libertades de conciencia y religión. Este atributo se enmarca como límite frente al cumplimiento de algún deber jurídico que se concrete como mandato de una conducta en sentido positivo, de hacer, que entra en conflicto con los principios morales y religiosos fundamentales y consistentes de la persona. De esta manera, el conflicto que le genera el cumplimiento de la norma la obliga a ir contra ella misma, contra lo que es y atenta contra la coherencia de los propios actos y de la personalidad, en la medida en que el ser humano busca ser consecuente con sus actos y

opciones. Consideramos que no se trata siempre de justificar los principios religiosos o morales de una persona o de “asignar un valor positivo a la libre elección por parte de los individuos, de planes de vida o ideales personales... de manera que las acciones que están determinadas por la libre adopción de tales principios, tienen algún valor *prima facie*”²¹³.

El mandato jurídico puede tener como respaldo un principio o un derecho, de allí que es preciso determinar ante qué tipo de mandatos operaría la objeción o, mejor dicho, el objetar en función a la conciencia o los preceptos religiosos. Ello pues el que objeta en función a su conciencia (en base a creencias de tipo o no religioso) “no pretende cambiar una norma o alterar una política, sino solo preservar el dictamen de conciencia y su comportamiento consecuente, cuenta a su favor con una presunción de corrección moral; presunción que naturalmente podrá ser destruida, pero no en nombre de principios políticos formales o de la legitimidad democrática de la ley, sino cuando la conducta objetora lesione valores sustantivos que afecten derechos de terceros o la dignidad de otras personas”²¹⁴.

Algunos autores consideran a la objeción de conciencia como un derecho y un deber; nosotros consideramos que es un derecho pero derivado, no nuclear, porque solo puede ejercerse en los márgenes de las libertades de conciencia y religión, por tanto, es necesario determinar cuál es el contenido de la objeción de conciencia.

En tal sentido, la objeción necesita ser ejercida, caso contrario, si queda en el fuero interno de la persona, esta deberá cumplir con el mandato jurídico. Así, hay que exteriorizar el conflicto y acogerse a la objeción mediante los mecanismos procesales propios (que dada la limitación del presente trabajo, no vamos a desarrollar, sin embargo consideramos que la vía más adecuada, sería el proceso de amparo), demostrando el conflicto real que se suscita en la persona.

El objetor ha de pedir expresamente la no exigibilidad de un deber jurídico incompatible con su conciencia. Es un derecho activo, si el objetor no lo declara expresamente, nadie sabe que un deber concreto provoca en él un conflicto de conciencia. De esta forma, el objetor ha de ejercer el derecho a la libertad ideológica y religiosa y, como parte de él,

²¹³ PRIETO SANCHÍS, 2004: 637.

²¹⁴ IBIDEM.

el derecho a objetar. El objetor no se encuentra en una inconsciente posición, sino que ha de tener ideas morales y comportarse según ellas. Este dato es de capital importancia: solo quien tiene y manifiesta sus convicciones morales es titular *strictu sensu* del derecho subjetivo fundamental de objeción de conciencia²¹⁵.

Si hablamos de conciencia y como hemos venido señalando, incluye tanto las cuestiones morales como religiosas, queda claro que la objeción de conciencia se circunscribe a estos motivos, por lo que “solo en presencia de un deber jurídico con contenido moral cabe hablar de objeción de conciencia”, a lo que agregamos los de contenido religioso²¹⁶.

Asimismo, hemos señalado que la objeción de conciencia es concreta y depende de la persona que la ejerce, porque “los conflictos de conciencia son conflictos concretos, de una situación determinada, y no de meras hipótesis intelectuales. De esta forma un mismo deber puede ocasionar a un individuo un conflicto de conciencia en unas ocasiones y no en otras”²¹⁷.

El profesor Roca, entre otros, señala que se trata de un deber jurídico porque justamente la idea de objetar es eximirse de cumplir algo que debo cumplir *prima facie*, con lo cual, cabe preguntarse qué tipo de deberes son los que pueden cuestionarse.

De lo dicho, consideramos que el deber jurídico puede provenir de una norma con rango de ley o no, así como de un mandato constitucional, sin embargo, si existiese una norma que regulase los supuestos de objeción (como el caso de normas de prestaciones sustitutorias), en realidad no habría mayor objeción. Ello pues: i) no existiría mandato o deber jurídico, ya que la misma ley ampara los casos de incumplimiento, y lo que era una obligación, se vuelve una potestad que puede ser ejercida por el “objetor” cuando lo considere; ii) establecer en una ley o norma similar algunos supuestos de objeción es limitar la institución, porque implica consagrar y reconocer como válidas algunas formas más que otras, con cargo a que luego la jurisprudencia pueda ir desbordando la actividad legislativa y los supuestos de la norma, y sobre todo porque los supuestos de

²¹⁵ ROCA, 1993: 217 – 218.

²¹⁶ IBID, p. 53.

²¹⁷ IBID, p. 54.

objección son estrictamente casuísticos y dependen de situaciones particulares que difícilmente la norma puede prever en su contenido.

En esa línea, siguiendo a Gascón, la objeción de conciencia tendría que estar dentro de los siguientes márgenes:

“Primera, que solo procede hablar de un hipotético derecho a la objeción de conciencia cuando estamos en presencia de una concreta y estricta obligación jurídica y no cuando se trata de una libertad, de una obligación que admite modalidades alternativas de cumplimiento o de dos obligaciones alternativas entre sí; aun cuando estas últimas puedan ser las mejores soluciones jurídicas al problema moral y político que supone el conflicto entre el Derecho y la conciencia individual, no constituyen en puridad articulaciones jurídicas de la objeción, pues en ellas el sujeto no objeta, sino que opta, ya sea entre un amplia gama de posibilidades, si se encuentra ante una conducta libre, ya sea entre un número limitado de posibilidades si se halla en presencia de las mencionadas obligaciones alternativas. Segundo, que la exención del deber jurídico ha de responder precisamente a motivos de conciencia, lo que significa que esta última ha de jugar algún papel en el desarrollo del procedimiento jurídico conducente a la realización del derecho subjetivo”²¹⁸.

Consideramos que lo mencionado va de la mano con la práctica jurídica actual, cuya teoría necesariamente pasa por el neoconstitucionalismo. Así, si el ordenamiento se ha constitucionalizado, la práctica debe acompañarse de una teoría que pueda responder al nuevo esquema jurídico. Para el profesor Prieto Sanchís, en esta teoría confluyen dos tradiciones, la europea que tiene un modelo de constitución normativa, y la norteamericana que tiene un modelo de constitución garantizada. Esto se relaciona con los deberes que pueden ser objetados, en el ejercicio de la objeción de conciencia, pues si se trata de constituciones rematerializadas, ello implica que la Constitución posee normas efectivas y vinculantes, susceptibles de afectar derechos y por ende, la objeción en función a la conciencia puede alzarse frente a este tipo de normas, siempre y cuando, como hemos dicho, el contenido de la misma tenga contenido religioso o de conciencia. Esto último está relacionado con la tipología de las normas constitucionales, en la

²¹⁸ GASCÓN, 1990: 245.

medida que esta posee principios y directrices más que reglas, cuya razón es reservar los principios a nivel constitucional para dejarlos fuera del alcance de la mayoría y la política, con la posibilidad de variar el sistema y cambiar el Derecho.

En conclusión, siguiendo a algunos de los autores que hemos venido citando, cabe afirmar que “el objetor adquiere (...) una carga de novedad perturbadora”²¹⁹ que ofusca al gobernante, porque sostiene “una más alta fidelidad”²²⁰ que contraria sus mandatos. Ello pues 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 meta-positivo²²¹.



²¹⁹ PRIETO, 1991: 307.
²²⁰ MACIOCE, 2010: 178.
²²¹ MORA – RESTREPO, 2011: 269 – 270.

CAPITULO II

LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y RELIGIÓN EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL PERUANO: LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

1. El reconocimiento de la libertad de conciencia y religión en las constituciones peruanas.

El caso peruano no ha sido ajeno a esta nueva influencia que ejercen los derechos fundamentales y los principios constitucionales, ya que estos postulados vienen siendo recogidos tanto en la legislación como en la jurisprudencia. En esta línea, podemos decir que nuestro país ha pasado por una serie de etapas en el desarrollo de la libertad religiosa; en realidad, se trata de cuatro fases: “una primera que corresponde al periodo de las civilizaciones prehispánicas pasando por el periodo colonial y que llega hasta 1915, año en el que se produce una importante modificación constitucional que inaugurará una segunda etapa histórico-legal de tolerancia religiosa, la cual será superada con la Constitución de 1979 a partir de la cual se desenvuelve una etapa de libertad religiosa”²²². Tras de este período se inicia la etapa final que podríamos llamar de pluralismo religioso y prevalencia de las libertades fundamentales.

²²² HUACO, 2005: 59.

De esta evolución se advierte que el reconocimiento de las mencionadas libertades está muy ligado al reconocimiento de la religión católica como la oficial del Estado Peruano, situación que se mantuvo hasta la Constitución de 1979, momento hasta el cual el Perú se constituía como un estado confesional. Estos, son definidos como “estados que apoyan una determinada Iglesia. Se trata de regímenes que reconocen la preponderancia de una Iglesia otorgándole una posición de privilegio de acuerdo a las tradiciones del país en cuestión. Es el caso típico de países donde ha predominado la Iglesia Católica”²²³.

Un tema interesante que se puede desprender de los debates constitucionales de la época es cómo la protección a la Iglesia Católica ha ido variando. Así, por ejemplo, el artículo 5° de la Constitución de 1920 señalaba que la nación profesaba la religión católica y además la protegía, pero en la Constitución de 1933, en los artículos que van del 232 al 235, se declaraba que respetando los sentimientos de la mayoría nacional, el Estado protegía (ya no profesaba) la religión católica, estableciéndose además que las otras religiones eran libres para el ejercicio de sus respectivos cultos, a diferencia de la Carta de 1867, donde expresamente se prohibía en el artículo 3° el ejercicio público de alguna otra religión. Asimismo, en la misma Constitución de 1933 se establecía que el Estado protegía el Patronato Nacional, por la cual el Estado podía nombrar obispos, arzobispos, etc.

Podemos decir que, aunque haya existido siempre una profesión o protección de la religión católica, la tendencia era a que cada vez el Estado se mantuviera neutral frente a profesar una determinada religión; de hecho, ese va ser el punto de quiebre con las constituciones de 1979 y 1993. Un punto a considerar es que a pesar de no haberse declarado la confesionalidad expresamente en el texto constitucional, la presencia del elemento “fe” y “Dios” es constante, la encontramos de hecho en el Preámbulo de casi todas nuestras cartas constitucionales. El juramento solemne en nombre de Dios, es otra prueba de la presencia silenciosa de la Iglesia Católica y del elemento religioso. Como destaca Idigoras, “La fe en Dios es patrimonio de la gran mayoría en nuestro pueblo, y los legisladores se muestran así, sin temores, más solidarios con su propio pueblo, que con tendencias laicistas que apenas han logrado penetrar en nuestra sociedad”²²⁴.

²²³ NAVARRO VALL Y PALOMINO, 2002. 217.

²²⁴ IDIGORAS, 1979: 2.

La Constitución peruana de 1993 reconoce en el inciso 3 del artículo 2° las libertades de conciencia y religión según el siguiente tenor “*Toda persona tiene derecho: a la libertad de conciencia y religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público*”.

Como lo veremos más adelante, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que “la vinculación de la libertad de conciencia con el libre desarrollo es muy clara. El resultado de la libertad de conciencia son las grandes convicciones intelectuales y morales de cada ser humano, que forman un conjunto complejo e individualizable, existente solo en cada uno de los individuos”²²⁵.

Un tema interesante a destacar es cómo nuestra Constitución, a diferencia de otros textos, incluyendo los internacionales, no ha reconocido expresamente dentro del inciso 3, del artículo 2°, la libertad de pensamiento. Sin embargo, se reconoce que dicha libertad es también un derecho fundamental, en la medida en que las ideas son elementos en la formación de la conciencia, datos o ideas que como unidades conceptuales, nutren la mente y la aprehensión de la realidad.

Como señala la doctrina nacional, “es evidente, para nosotros, que el pensamiento y su libertad son una especie dentro de la libertad de conciencia y no un concepto cualitativamente distinto. Tal vez su especificación sea que es el proceso mismo, en tanto que la libertad de conciencia es el apreciarse a uno mismo en su entorno a través del entendimiento o del pensamiento, encadenado y creando el mundo de sus propias ideas. La libertad de conciencia es auto – apreciarse. La libertad de pensamiento es el discurrir de las ideas con las cuales se forma la conciencia, la auto – apreciación del entorno. Tal vez, nuestra Constitución debió enumerar la libertad de pensamiento en el artículo 2, inciso 3 pero el que no lo haya hecho no impide que consideremos, claramente, la libertad de pensamiento dentro de la libertad de conciencia”²²⁶.

A continuación, presentaremos un breve estado de la cuestión jurisprudencial y legislativa en lo que atañe a la objeción de conciencia y su desarrollo por ambas fuentes del Derecho, para el caso peruano.

²²⁵ RUBIO, EGUIGUREN, BERNALES, 2011: 201.

²²⁶ IBID, p. 202 – 203.

2. La libertad de conciencia y religión en la jurisprudencia constitucional peruana.

2.1. La objeción de conciencia y la sentencia N° 0895-2001-AA/TC

Con fecha 19 de agosto de 2002, el señor Lucio Valentín Rosado interpuso recurso de agravio contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que declaró improcedente la acción de amparo que interpuso contra el Hospital Nacional Almanzor Aguinaga, solicitando que no se le obligue a prestar servicios los días sábados, por vulnerar sus derechos constitucionales a la libertad de conciencia y religión.

El Tribunal Constitucional declaró fundada la acción de amparo ordenando que el demandante no trabaje los días sábados, debiendo la demandada adoptar las medidas necesarias para compensar las inasistencias. Sin embargo, la sentencia contó con dos votos singulares de los magistrados Rey Terry y Marsano Revoredo, quienes votaron en el sentido de declarar infundada la demanda. Para efectos del presente trabajo nos interesan los fundamentos en los que el Tribunal Constitucional reconoce la objeción de conciencia como parte del contenido de la libertad de conciencia.

En síntesis, la sentencia puede resumirse en los siguientes puntos:

- El Tribunal Constitucional establece que la libertad de conciencia se da en virtud de ideas mientras que la de religión tiene como contenido las creencias lo cual, como hemos desarrollado, no es el planteamiento más certero si se considera a la persona como una unidad y no una entidad de compartimientos estancos.
- Afirma que la libertad de conciencia y la libertad de religión tienen contenidos distintos pero no desarrolla un contenido del concepto conciencia; más bien el Tribunal relaciona en sus fundamentos la libertad de conciencia con el libre desarrollo de la personalidad y, cuando se refiere al contenido de la libertad religiosa, se señala que la vertiente negativa de dicho derecho garantiza una decisión “en conciencia”.

- El caso recurrido se trataba de un caso de libertad religiosa, para no laborar los días sábados, en virtud a un mandato religioso del recurrente, que no le permitía laborar dichos días.

- El Tribunal señala que “existen determinadas circunstancias que pueden importar el dictado de una obligación cuya exigencia de cumplimiento riñe con los dictados de la conciencia o de la religión que se profesa”; las que pueden provenir de un mandato legal o constitucional.

- El Tribunal acude *prima facie* a la doctrina de los derechos no enumerados para fundamentar la creación de la objeción de conciencia, argumentando la finalidad del artículo 3° de la Constitución que reconoce dicha doctrina y distinguiendo los contenidos nuevos de los implícitos de un derecho, para determinar cuándo se debe configurar un derecho nuevo; sin embargo, el Tribunal termina señalando que el uso del artículo 3° no debe hacerse cuando exista algún derecho cuyo contenido pueda abarcar esa nueva manifestación que se presenta, a fin de no desvirtuar la aplicación de la cláusula contenida en el artículo 3° de la Constitución, debiendo quedar esta reservada para reconocer derechos que requieran protección del más alto nivel.

- Se afirma que la libertad de conciencia tiene un contenido nuevo, cual es, la objeción de la misma y de no reconocerse esta, se afectaría la psique y dignidad de la persona. El razonamiento del Tribunal enlaza las convicciones personales con criterios de conciencia que pueden provenir de la particular confesión religiosa.

- Señala que el ejercicio de la objeción de conciencia es de carácter excepcional por tratarse de un permiso para el no cumplimiento de un mandato general, de lo contrario, a criterio del Tribunal, se estaría relativizando la fuerza de los mandatos jurídicos, por lo que se exige una comprobación fehaciente de la causa alegada.

Sobre los votos discordantes, conviene destacar algunos fundamentos. El magistrado Guillermo Rey Terry, sostiene la posición que no es constitucionalmente compatible con la libertad de conciencia y de creencia solicitar un trato privilegiado, que consiste

en no trabajar un día de la semana por opciones de carácter religioso. Si bien reconoce como atributos fundamentales, no alcanzarían para la exoneración del trabajo solicitado.

Por su parte, la magistrada Delia Revoredo Marsano sostuvo en dicha sentencia, que el hospital no impidió al accionante ejercer sus derechos de conciencia y de optar por una determinada religión, siendo que la exigencia del hospital es que justamente labore algunos días sábados, lo cual es precisamente el punto neurálgico de la cuestión, pues si el accionante pertenece a la Iglesia Adventista, parte del problema es que no puede laborar dicho día, y esa solicitud de exoneración la realiza como un ejercicio de la libertad religiosa.

Si bien nuestras críticas y comentarios sobre esta sentencia y las que siguen en los puntos posteriores, se hará en el capítulo III del presente trabajo, creemos pertinente resaltar el comentario que la profesora Mosquera realiza sobre este tema. Así, señala la autora que,

“(…) la pregunta de si resulta oportuno reconocer la objeción de conciencia como un derecho fundamental ha sido la técnica jurídica que el TC ha utilizado para reconocer la existencia de un nuevo derecho, el de la objeción de conciencia. De un derecho ya recogido en el texto constitucional se deriva ahora otro nuevo derecho no directamente incluido, en tanto que nuevo contenido del ya reconocido. Esta opción parece adecuada cuando lo que estamos haciendo es ampliar el ámbito de aplicación de un derecho ya constitucionalizado, como dice el TC en aquellos supuestos en que, por las nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, será necesario habilitar una cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales, cuyo propósito no sólo es prestarles reconocimiento sino también la misma protección de que disfrutaban los derechos ya reconocidos. Pero en el caso que a nosotros nos ocupa es necesario ver si estamos ante uno de esos supuestos, un caso en el que las necesidades científicas, técnicas, sociales o culturales, exigen ampliar el contenido de un derecho ya reconocido para de ese modo, dar entrada a la protección jurídica de una faceta de ese derecho que hasta ese momento no se encontraba protegida”²²⁷.

²²⁷

MOSQUERA, 2004: 9.

2.2. Sentencia recaída en el expediente N° 3283-2003-AA/TC

Al igual que en el caso anterior, intentaremos hacer una pequeña síntesis que resuma los puntos esenciales de la sentencia. Se trata de un recurso extraordinario interpuesto por las empresas “El Jeque Discoteque” y “Taj Mahal Discoteque” contra una ordenanza municipal que prohibía el funcionamiento de una serie de establecimientos comerciales durante Semana Santa, por lo que la empresa alegó la violación a los derechos de libertad de conciencia y religión, de trabajo y de empresa. Los principales puntos de la sentencia son los siguientes:

- Se destaca el proceso de amparo como idóneo contra la aplicación de normas legales, en particular, contra las de aplicación inmediata o autoaplicativas, señalando el Tribunal que la ordenanza en cuestión se trata de una norma autoaplicativa porque con su sola vigencia vulnera derechos fundamentales.
- El Tribunal cita a dos autores para sustentar la libertad: Carlos Santiago Nino y Javier Hervada, los cuales provienen de paradigmas distintos del Derecho, como hemos podido desarrollar con mayor profundidad en el capítulo II del presente trabajo, cuyos fundamentos de la libertad son distintos, por un lado la autonomía y por otro, la naturaleza ontológica de la persona.
- El Tribunal define la libertad religiosa como un “conjunto de creencias y dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y de normas para ajustar la conducta individual”, configurándose la misma como una zona reservada, prohibida a la injerencia del Estado o de la sociedad.
- Señala que dicho derecho es tanto individual y colectivo, por ser ejercido por la persona individual o asociada en una iglesia, confesión o comunidad religiosa, lo cual implicará, en este último caso, establecer lugares de culto, operadores religiosos, divulgación y propagación de la fe.
- Determina que al lado de la libertad religiosa aparece la libertad de culto, como atribución para ejecutar actos y participar en ceremonias representativas

asociadas a la creencia religiosa, señalándose que la convicción religiosa o fe, trasciende el fuero interno para manifestarse socialmente, yendo a los lugares de culto y realizando actos de veneración a la divinidad en la que uno cree.

- El Tribunal establece como límites a la libertad religiosa y a la libertad de culto (como contenido de la libertad religiosa, según se desprende de la sentencia) el orden público y la moral pública, definiéndose el orden público como un “conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida co- existencial... alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad”.
- El Tribunal también define el interés público como el “conjunto de actividades o bienes que, por criterio de coincidencia, la mayoría de los ciudadanos estima, meritoria o tasa como algo necesario, valioso e importante para la coexistencia social”, siendo de tal relevancia este bien constitucional que el Tribunal establece en torno al mismo que lo político jamás podrá tener como objetivo la consagración de intereses particulares.
- El hecho de profesar una religión implica una serie de facultades que se rigen por los principios de inmunidad de coacción y de no discriminación. El principio de inmunidad de coacción como aquel mediante el cual ninguna persona puede ser obligada a actuar contra sus creencias religiosas, a obrar de manera opuesta a dichas convicciones, incluyendo al ateo o al agnóstico, por lo que ninguna persona puede ser obligada a participar en cultos, ritos y prácticas derivados de un dogma religioso que no comparta, ni a prestar juramentos bajo dichas formas y convicciones. El principio de no discriminación establece “la proscripción de un trato que excluya, restrinja o separe, menoscabando la dignidad de la persona e impidiendo el pleno goce de los derechos fundamentales... o al desempeño de cargos o funciones de naturaleza pública que estén condicionados a la adhesión o no adhesión a una filiación religiosa”.

- El Tribunal establece el principio de no lesión de los derechos de terceros, que prohíbe conductas que afecten el ejercicio de culto o que dañen los derechos constitucionales de los creyentes y no creyentes.

- Se define el Estado aconfesional y el pluralismo religioso según el principio de incompetencia recíproca, es decir, “el Estado reconoce la existencia de “espacios” en la vida de las personas en los que le está vedado regular y actuar”, así el Tribunal señala que es una atribución personal el vivir según las propias convicciones de conciencia “aceptando o negando la existencia de un Dios, la plenitud espiritual incondicionada. Por ende, se niega al poder político la facultad de afirmar una verdad teológica, aunque éste puede reconocer el papel histórico, social o cultural desempeñado por una Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa en favor de la institucionalización y desarrollo de dicha sociedad política”.

- Finalmente el Tribunal señala que según nuestra Constitución, los temas de fe y moral atañen exclusivamente a la conciencia de cada persona, sin embargo, reconoce el papel trascendental de la religión católica según el artículo 50° de la Constitución.

Sin perjuicio de lo mencionado, un aporte interesante que hace el Tribunal y que merece destacarse es el desarrollo del principio de la no confesionalidad, principio estrechamente relacionado con la libertad religiosa. En esa línea, el Tribunal manifestó que

“(…) dentro de un Estado aconfesional la relación entre el cuerpo político y las iglesias surgidas del reconocimiento al pluralismo religioso se rige por el principio de incompetencia recíproca; vale decir que, de un lado, el Estado reconoce la existencia de espacios en la vida de las personas en los que le está vedado regular y actuar. De manera concordante, las Iglesias aceptan como valladar ético y jurídico la intervención institucional en asuntos propiamente estatales”.

Al lado de este principio, uno de los puntos más sobresalientes de la sentencia, es el desarrollo al contenido del derecho a la libertad religiosa que por su tenor en el texto constitucional es genérico, pero que el Tribunal define en cuatro facultades:

“(…) el reconocimiento y protección constitucional de la creencia religiosa comporta el establecimiento de los cuatro atributos jurídicos siguientes:

1. Reconocimiento de la facultad de profesión de la creencia religiosa que libremente elija la persona.
2. Reconocimiento de la facultad de abstención de profesión de toda creencia y culto religioso.
3. Reconocimiento de la facultad de poder cambiar de creencia religiosa.
4. Reconocimiento de la facultad de declarar públicamente la vinculación con la creencia religiosa o de abstenerse de manifestar la pertenencia a alguna. Es decir, supone el atributo de informar, o no informar, sobre tal creencia a terceros”.

El reconocimiento de la profesión religiosa genera, por derivación, los derechos a practicar actos de culto y a recibir la asistencia religiosa de la propia confesión; a conmemorar las festividades y a celebrar ritos matrimoniales; y a recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole de acuerdo con las propias convicciones. De acuerdo con dichas facultades, se generan los principios de inmunidad de coacción y no discriminación. El principio de inmunidad de coacción consiste en que ninguna persona puede ser obligada a actuar contra sus creencias religiosas; es decir, que no podrá ser obligada o compelida jurídicamente a obrar de manera opuesta a dichas convicciones. Tal exención alcanza al ateo o agnóstico, que en modo alguno puede ser apremiado a participar en alguna forma de culto, o a comportarse en coincidencia con los ritos y prácticas derivados de un dogma religioso, o a prestar juramentos bajo dichas formas y convicciones²²⁸.

228

MOSQUERA, 2005: 152.

En esta sentencia también hubo un voto discordante de la magistrada Delia Revoredo Marsano, quien básicamente no estuvo de acuerdo en el desarrollo de la sentencia en lo referente a la libertad religiosa, que son los puntos tratados del i) al vii) en los párrafos anteriores.

Consideramos que este desarrollo jurisprudencial indica el alcance o contenido esencial del derecho a la libertad religiosa consagrado en el artículo 2°, inciso 3, el cual está en concordancia con el artículo 50° de la misma Constitución. Ello no porque implique la confesionalidad del Estado a favor de alguna religión sino porque, de un lado, establece un reconocimiento a la labor que la Iglesia Católica ha desempeñado a lo largo de la historia en la formación de la identidad nacional, de la institucionalidad y de la Nación peruana y, de otro, implica que valora a la persona humana como digna y en función de esa dignidad la persona puede desplegar su parte más interior, que es la espiritual, buscando la verdad del dogma o creencia que quiera seguir, pudiendo así el ser humano auto afirmar su propio valor trascendente y su libertad. El Tribunal Constitucional, estableció que “La dignidad humana es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”.

Esto implica que el Estado no permanezca neutral ante el ejercicio de la libertad religiosa, pero ello no significa que el Estado favorezca una determinada religión en desmedro de otra, sino que fomente, incentive y promueva instancias y estructuras para que la libertad religiosa pueda ser ejercida y no replegada solo al fuero interno o al espacio privado del ser humano, como lo postula el laicismo.

2.3. Sentencia recaída en el expediente N° 2700-2006-PHC/TC

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Víctor Alfredo Polay Campos contra la sentencia de la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia por la presunta vulneración de los derechos a la vida, a la dignidad, a la integridad física y psicológica, a la resocialización, reeducación y rehabilitación como fines de la pena. El demandante se encuentra en un centro penitenciario militar por el delito de terrorismo.

Si bien en este caso el Tribunal precisó los alcances del habeas corpus, como garantía procesal que atañe a derechos que no se restringen a la libertad física, denominando esta institución como un hábeas corpus correctivo, centraremos nuestra revisión del caso, en recopilar los principales fundamentos sustantivos de la sentencia, como hemos venido haciendo:

- La remisión del Tribunal a la sentencia N° 0256-2003-HC/TC²²⁹, mediante la cual el colegiado señaló los aspectos de los que consta la libertad religiosa, el negativo, como prohibición de injerencias por parte del Estado o de particulares en la formación y práctica de las creencias o en las actividades que las manifiesten, y el positivo, por el que el Estado debe generar las condiciones mínimas para el ejercicio de dicho derecho.
- El Tribunal retoma el contenido de la libertad religiosa y su relación con la práctica cultural, lo cual implica recibir asistencia religiosa, distinguiendo dos caras del derecho, el creer y el practicar. Retoma, a su vez, el concepto de trascendencia de la convicción religiosa del fuero interno del creyente a la práctica cultural.
- Señala como parte del contenido a la libertad religiosa el derecho a recibir consejería religiosa, como necesaria para la tranquilidad espiritual por la estrecha relación de la libertad religiosa con el principio-derecho de dignidad de la persona humana.
- El Tribunal vincula las finalidades del Derecho Penal y la teoría de la pena, de reeducar, rehabilitar y reincorporar a la persona en la sociedad con la libertad

²²⁹ No hemos tomado la sentencia en cuestión para su desarrollo, ya que sus aportes no son significativos para el tema que nos compete, sin embargo vale destacar el fundamento 16 que señala “Un aspecto importante que forma parte del contenido de este derecho es la protección contra toda discriminación que tenga por motivo el ejercicio del derecho a la libertad religiosa. Mediante esta prohibición se garantiza también la formación de creencias y sus manifestaciones. La manifestación de la libertad religiosa a través de las creencias es consustancial a la libertad religiosa. Esta manifestación incluye tanto el proselitismo de las creencias como el culto, el cual forma parte de la religión que se profesa. En ese sentido, la libertad religiosa subsume a la libertad de culto y dentro de la libertad de culto, quedan garantizadas constitucionalmente todas aquellas ceremonias que la expresan, como las relativas al matrimonio y los ritos. Dentro de estos últimos, se encuentra la sepultura digna de los muertos por parte de sus familiares o seres queridos”.

religiosa y el recibir dicha asistencia como un medio a través de la fe, para dichos fines.

- Como último punto, vale la pena destacar el pronunciamiento del Tribunal respecto al ejercicio de otros derechos por parte de las personas privadas de su libertad, como sería la libertad religiosa, el cual puede darse siempre que no se afecten otros derechos, el orden público y la moral.

2.4. Sentencia recaída en el expediente N° 05680-2009-PA/TC

Acción de amparo interpuesta por el señor Félix Wagner Arista Torres, quien se desempeñaba como Fiscal Adjunto Superior Titular de la Fiscalía Superior Mixta de Amazonas, contra la resolución de la Sala Mixta de Chachapoyas de la Corte Superior de Amazonas, alegando violación a su derecho a la igualdad y a no ser discriminado por motivos de religión.

El asunto en cuestión recae en dos resoluciones, la Resolución Administrativa N° 008-99-MP-FSEGG-DJ-Amazonas, y la Resolución del Decanato Superior N° 012-2006-MP-FSD-Amazonas, en las que se establece que todos los días de cada año los trabajadores debían adorar la imagen del Niño Jesús y la Sagrada Familia dentro del local institucional, obligando así al personal de la institución a participar de dichas actividades. La acción es declarada improcedente por considerarse que los derechos invocados son de origen legal y no de rango constitucional.

En tal sentido, procederemos a realizar una breve síntesis de los principales puntos de la sentencia, en materia sustantiva y no procesal, como lo hemos venido haciendo previamente. Un punto central del análisis es el ubicar los alcances de la libertad religiosa dentro del modelo de Estado reconocido por nuestro ordenamiento constitucional y que el Tribunal desarrolla:

- El Tribunal reconoce que se trata nuevamente, de dos derechos de contenido distinto, estableciendo que la libertad de conciencia es “la facultad de optar por una determinada concepción deontológica o estimativa de la vida... como una capacidad para razonar o comportarse con sujeción a la percepción ética o moral

con la que se auto-conciba cada persona en su entorno social o en el contexto en el que se desenvuelva”.

- La libertad de conciencia se expresa internamente, mientras que la de religión trasciende el fuero interno de la persona, sin embargo, señala que la libertad de conciencia cuando se expresa de manera externa se invoca bajo la objeción de conciencia.
- La libertad religiosa, estableciendo que el caso en cuestión se circunscribe a la misma y definiendo esta como “la capacidad de toda persona para auto-determinarse en su comportamiento de acuerdo a las convicciones y creencias que tenga específicamente en el plano religioso”.
- El Tribunal desarrolla con mayor profundidad que en otras sentencias lo que implica la religión, señalando que por ella se asumen “un conjunto de creencias y dogmas en torno a la divinidad, a partir de las cuales se explica el mundo y el estilo de vida de cada ser humano... se predetermina el comportamiento de las personas que la profesan, fundamenta el alcance de sus propias conductas... trae consigo, y de acuerdo a los matices de cada creencia u orientación, la aceptación de costumbres, prácticas, ritos, celebraciones y, en general, de formas conductuales a través de las cuales se vea expresada la conciencia o creencia estrictamente religiosa”.
- El Tribunal reitera las cuatro manifestaciones de dicha libertad, como variantes en que esta se puede expresar y sus alcances en el marco de un estado laico, que tiene un compromiso de cooperación a favor de la religión católica.
- Es importante el desarrollo que el Tribunal realiza sobre la presencia de la Iglesia Católica como institución en la formación histórica, cultural y moral del Perú, de acuerdo al tenor de la propia Constitución, sin embargo, precisa sanamente que dicho tratamiento no puede invadir otras creencias o maneras de pensar, de lo contrario se estaría neutralizando la libertad religiosa o vaciándola de contenido.
- Siguiendo la línea de desarrollo del Tribunal, es interesante ver cómo el supremo interprete entiende la colaboración, es decir, “que el Estado procure facilitar

condiciones para que la religión católica se fomente como un modo particular de concebir teológicamente el mundo, pero colaborar no supone imponer, ni mucho menos desconocer otras formas de pensar, religiosas”.

- El Tribunal deja claro que la colaboración no da derecho a que entidades del Estado impongan la participación en actividades confesionales que puedan afectar la libertad religiosa de quienes no son católicos, o que incluso siéndolos “tampoco tienen por qué verse obligados a que el Estado les diga en qué momentos o circunstancias deben hacer suyas las prácticas de su propia religión”.
- El Tribunal no desestima la promoción de actividades y celebraciones religiosas, sin embargo, diferencia la obligatoriedad que las mismas generan a los trabajadores quienes deberían asistir, por tener un vínculo de subordinación, lo cual resulta evidentemente atentatorio contra la libertad religiosa.
- Asimismo, el Tribunal deja en claro que su cuestionamiento no está relacionado con que las personas que lideran la institución vivan su fe católica, sino que dicha participación debe ser libre para todos, pues de ese “modo se garantiza que si bien existe una influencia natural de la fe católica en países como el nuestro, también le es plenamente oponible la libertad o autodeterminación de cualquier persona en el plano de sus creencias religiosas”.

En esta sentencia también se dieron dos votos discordantes correspondientes a los magistrados Vergara Gotelli y Calle Hayen. El primero, si bien está de acuerdo con declarar la demanda fundada, expresa otros fundamentos, señalando lo siguiente: i) sostiene que en este caso hubiera sido necesario entrar al fondo del análisis de libertad religiosa, que permita un pronunciamiento para aplicar el razonamiento del Tribunal sobre este derecho en los casos en que una institución pública exija el culto a imágenes religiosas reconocidas por la religión católica; ii) a su criterio, lo que protege el artículo 2°, inciso 3 de la Constitución es el derecho de desenvolverse y auto-determinarse conforme a sus convicciones y creencias religiosas, es decir a desenvolver su vida conforme a los dogmas establecidos por la religión que profesa, alcanzando lo individual y colectivo, público y privado; iii) la libertad religiosa, es un derecho en el que el Estado no puede interferir para obligar a profesar determinada religión. Sobre el

segundo voto discordante, solo cabe hacer referencia a que para dicho magistrado, las actividades que determino la Fiscalía, no pueden tener carácter obligatorio.

Una acotación que nos parece importante hacer, en este caso como en el del expediente N° 06111-2009-PA/TC, es que los recurrentes tuvieron que llegar hasta el Tribunal porque los jueces del Poder Judicial no reconocían que los derechos invocados eran constitucionales, sino solo legales, tema que definitivamente pone sobre el tapete el papel que juega la justicia constitucional y la efectividad del sistema judicial y de las garantías constitucionales. En el expediente referido, el fundamento por el cual el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil declara improcedente la demanda, es el hecho de considerar que la pretensión invocada no tiene contenido constitucional, según el artículo 5°, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

2.5. Sentencia recaída en el expediente N° 06111-2009-PA/TC

Este es quizás uno de los casos que podría dar lugar a mayor profundización por la relación que tiene la libertad religiosa, en este caso, con el principio consagrado en el artículo 50° de nuestra Constitución y con la presencia de símbolos religiosos en el Estado, temas que han sido analizados por la jurisprudencia internacional, tanto en el sistema norteamericano como en el Tribunal Europeo. El caso en autos se trata de un recurso de agravio constitucional interpuesto por Jorge Manuel Linares contra la resolución de la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior, en un proceso de amparo donde el recurrente solicita el retiro de las instancias judiciales de símbolos de la religión católica como la Biblia o el crucifijo, y que se omita en las declaraciones la pregunta sobre la religión que uno profesa, bajo el alegato que lo contrario implica la violación de los derechos a la igualdad, a no ser discriminado por razón de religión, opinión o de otra índole. El Tribunal declaró infundada la primera pretensión de retiro de símbolos religioso y fundada la segunda, de omitir preguntas sobre religión.

En tal sentido, pasaremos a realizar una síntesis de los principales fundamentos de la sentencia:

- Un primer punto interesante es la referencia al caso Lautsi contra Italia²³⁰. Con ella, el Tribunal vuelve a distinguir entre la libertad de conciencia y religión, caracterizando la primera como la percepción deontológica y la posesión de un propio juicio moral o ético y de actuar conforme a dicho juicio.
- El Tribunal centra la controversia en la cuestión religiosa y en el derecho de libertad religiosa, señalando que la persona puede auto-determinarse de acuerdo con sus convicciones y creencias en el plano de la fe religiosa.
- Asimismo, el Tribunal cita la definición de libertad religiosa de la Corte Interamericana en el caso de la “Ultima tentación de Cristo”, considerando a la misma como “uno de los cimientos de la sociedad democrática que permite a las personas que conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias con absoluta libertad”.
- Otro punto importante es la referencia a la reciente “Ley de Libertad Religiosa”, Ley N° 29635, que en su artículo 3° recoge una serie de manifestaciones de dicho derecho tales como: a) la facultad de profesar aquella creencia o perspectiva religiosa que libremente escoja cada persona, esto es, la capacidad para decidir la religión con la que se identifica total o parcialmente una determinada persona; b) la facultad de abstenerse de profesar cualquier tipo de creencia o culto religioso, es decir, la capacidad para negarse u oponerse a ser

²³⁰ En resumen, el caso consiste en la presencia de un crucifijo en una clase en el Instituto Vittorino da Feltre (Italia), clase a la que asistían dos niños. El señor Lautsi, padre de ellos, solicita se retire el crucifijo por contravenir los artículos 3° sobre igualdad, el 19 sobre libertad religiosa de la Constitución italiana; así como los artículos 9° de la Convención de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que regula el principio de imparcialidad en la Administración Pública. El caso llegó hasta la Corte Europea de Derechos Humanos, que resolvió que la presencia de símbolos como el crucifijo tienen un carácter pasivo, no implicando un favoritismo por la enseñanza del cristianismo, ni tienen carácter mandatorio.

Este caso italiano de libertad religiosa, que llegó hasta la Corte de Estrasburgo, ha cambiado de alguna manera el criterio del Tribunal al definir que los crucifijos no se retiren del colegio. El Tribunal Administrativo de Italia en el año 2006 señaló que se justifica la presencia de los crucifijos como símbolos optativos de tradición nacional y ya no se considera un símbolo de religiosidad, sino de bondad, misericordia y perdón, quizás en un sentido más sincrético de estos elementos. Las razones, a nuestro entender, que llevaron a la resolución del Tribunal por la permanencia de los crucifijos tienen que ver con un tema de forma, recordemos que la Corte de Estrasburgo, no es un tribunal de la Unión Europea sino una corte de administración de justicia para los países europeos que se han adherido a la Convención Europea de derechos humanos; en esa línea, la sentencia reconoce que cada país tiene derecho a elegir las tradiciones culturales y religiosas en las que históricamente se identifica o siente representado y el Tribunal Europeo no es competente para determinar esto. El Estado es discrecional en estas formas y si a ello agregamos el razonamiento del Tribunal cuando señala que la cruz es un símbolo pasivo, el resultado es la permanencia de los mismos, tal como sucedió en la sentencia.

partícipe o compartir cualquier forma de convicción religiosa; c) la facultad de poder cambiar de creencia o perspectiva religiosa, vale decir, la aptitud de mutar o transformar el pensamiento religioso así como de sustituirlo por otro, sea éste similar o completamente distinto; y d) la facultad de hacer pública o de guardar reserva sobre la vinculación con una determinada creencia o convicción religiosa, es decir, el derecho de informar o no informar sobre tal creencia a terceros.

- El Tribunal reitera el principio de laicidad, por el cual el Estado no puede concurrir como un sujeto en la fe religiosa de los ciudadanos; declara el principio de pluralismo religioso, desde el modelo constitucional como uno aconfesional lo que supone una posición neutral y de igualdad de condiciones para todas las confesiones religiosas, sin embargo, también señala que ello no puede significar caer en ser un Estado confesional no religioso.
- El Tribunal retoma el principio de colaboración, establecido por la misma Constitución en su artículo 50° y es el que permite determinar la consonancia de esos símbolos religiosos en un Estado como el nuestro. Considera que la presencia de símbolos religiosos en el ámbito público responde a la gran influencia de la Iglesia Católica y por ello, los derechos del recurrente no se ven afectados, así como tampoco el principio de laicidad del Estado, pues solo se trata de reconocer que la presencia de dichos símbolos responde a una tradición históricamente arraigada en la sociedad.
- En consecuencia, se señala que aunque un crucifijo pueda tener un significado religioso también posee un valor cultural, relacionado a la historia y tradición de nuestro país, por lo que la conservación de los mismos no implica un no reconocimiento del principio de Estado laico.
- Asimismo, el Tribunal señala que la sola presencia de un símbolo religioso no implica coacción para que alguien actúe en contra de sus convicciones, más aún, señala que al no existir esta afectación, no hay lugar a plantear objeción de conciencia.
- Para el Tribunal es indispensable el requisito de coacción para poder objetar en conciencia, pues solo en casos de coacción hay lesión a la libertad religiosa, lo

cual no ocurre con la presencia de símbolos religiosos; razonamiento que el Tribunal acoge siguiendo el señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia referida en el punto (iii), “con los símbolos religiosos cuyo retiro demanda el recurrente tampoco se priva o menoscaba el derecho de toda persona de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias”.

- Retomando el principio de laicidad, el Tribunal señala que el mismo se enmarca en un punto medio, pues el Estado no debe proteger de una determinada confesión, pero tampoco puede promover el ateísmo o el agnosticismo, o que en el ámbito público no exista expresión religiosa, porque a criterio del Tribunal, si el Estado obrara así estaría “protegiendo emociones de orden meramente subjetivo, antes que derechos fundamentales como la libertad religiosa”.
- Nuestro sistema constitucional no es uno en el que exista un derecho a liberarse de la religión, pues ello implicaría una libertad preferente a favor del ateísmo lo que resulta contrario al artículo 50° de la Constitución, más aún el colegiado señala que una interpretación de esta naturaleza implicaría eliminar la historia y tradición peruana lo cual está estrechamente relacionado con la fuerte presencia de símbolos católicos.
- Si el Estado quiere garantizar el pluralismo, no puede hacerlo de espaldas a la realidad, y ello solo es posible en el marco del principio de tolerancia, que permita la coexistencia, sin embargo, el Tribunal analiza de manera particular la presencia de estos símbolos en el Poder Judicial, para señalar que el caso de la Biblia, más allá de la connotación católica, el fundamento de su presencia es básicamente un compromiso de decir la verdad. Tal perspectiva permite considerar que, más allá de su indudable vinculación con la religiosidad, la Biblia representa el esfuerzo por acercarse a la verdad como valorpreciado en el que aquella se sustenta el sistema de justicia, por lo que el Tribunal concluye que su presencia no puede ser lesiva de la libertad religiosa, salvo que en virtud a dichos símbolos se obligue a que la persona adopte “cánones de sujeción o vinculación en el orden estrictamente religioso”.

- Finalmente, el Tribunal se pronuncia sobre las preguntas que realizan las autoridades, en relación a la religión que se profesa, para determinar que la misma resulta contraria a la libertad religiosa, cuya manifestación implica mantener reserva sobre la misma.

2.6. Sentencia recaída en el expediente N° 00928-2011-PA/TC

Se trata de un recurso de agravio constitucional interpuesto por José Manuel Campero en representación su hijo de 3 años de edad, contra la resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior, que declaró improcedente la demanda de amparo interpuesta contra el Obispado del Callao, solicitando que se excomulgue al menor de la fe católica, mediante la apostasía, figura regulada por el Código de Derecho Canónico y en esa línea, que la Parroquia donde el niño fue bautizado proceda a la anotación de excomunión en la Partida de Bautismo. El Tribunal realizó el siguiente análisis:

- El Tribunal parte de determinar si la anotación de la apostasía, como acto de abandono de la Iglesia Católica, afecta una de las manifestaciones de libertad religiosa, como es la facultad de cambiar de religión, para lo que el colegiado señala que dicho acto no requiere de intervención o condicionamiento alguno.
- El bautismo como acto se registra en un libro como un hecho histórico, y que el registro no implica la imposibilidad de cambiar de religión, pues no existe necesidad de formalizar dicho cambio, citando para ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en el caso del Recurso N° 6031/2007, en el que se establece “ los datos conservados en el libro de bautismo no hacen sino reflejar el hecho histórico de la realización de dicho bautismo en una fecha determinada y con respecto a una persona identificada”.
- Una persona puede cambiar de religión y ejercer su libertad religiosa, sin que ello requiera la formalización de dicho acto ante un registro, como tampoco se afecta que el niño reciba la educación religiosa o los principios morales de acuerdo a las convicciones de los padres de conformidad con el artículo 13° de la Constitución, que establece el derecho de los padres a escoger los centros de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos, derecho también

reconocido en el artículo 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 12.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y finalmente en el artículo 3, inciso d) de la Ley de Libertad Religiosa.

- La Constitución no ampara una pretensión como la del recurrente para obligar a la Iglesia Católica a formalizar la renuncia a dicha religión, pues el abandono de una confesión religiosa es una cuestión interna de cada confesión, y obligar a la Iglesia Católica, a realizar la anotación de abandono, conllevaría una vulneración de la libertad religiosa transgrediéndose el principio de laicidad o aconfesionalidad, afectándose no solo la Constitución sino el Acuerdo entre el Estado peruano y la Santa Sede.
- El abandono de la religión católica puede hacerse ante las instancias respectivas de la Iglesia, de acuerdo al derecho canónico, aunque “la ausencia del acto *formal* de abandono de una confesión religiosa, no vulnera la libertad para el acto *material* de abandono de ella, pues este último viene amparado por el derecho de libertad religiosa, mientras que el primero corresponde al campo de la autonomía de las confesiones religiosas”.

3. Breves apuntes sobre la laicidad del Estado Peruano

Un tema recurrente en las sentencias referidas y que está necesariamente relacionado con las libertades de conciencia y religión, en especial con esta última, es el principio de laicidad del Estado, establecido en el artículo 50° de la Constitución. Si bien es un tema que atañe solo indirectamente al presente trabajo, consideramos que conviene dedicar algunas líneas al modelo constitucional que trata dicho principio y su relación con la libertad religiosa.

Una de las preguntas que conviene hacerse es cuáles fueron las razones que existieron para constituirnos en un país laico y como veremos más adelante, en qué términos se entiende este concepto. No podemos dejar de lado los grandes procesos revolucionarios que se vivían en Europa, particularmente en Francia, donde justamente el tema religioso va ser la piedra de toque que buscaban reivindicar los liberales, bajo el concepto de

tolerancia religiosa. Como señala Matteucci, “aunque el término ‘liberalismo’ es de largo desarrollo histórico, con él se heredan el individualismo y la libertad en términos de autodeterminación, que termina siendo el núcleo de la teoría moderna liberal. No se trataba solo de defender el Estado laico-enteramente secularizado, neutral respecto de las convicciones religiosas de los individuos, pues era un Estado político, sino de que la diversidad no es un mal tolerable”²³¹.

Pero se trata de un autodeterminismo en donde el ser humano como ente racional termina siendo el parámetro y la norma suprema de sí mismo, y este racionalismo, alimentado por el pensamiento ockamiano y kantiano va generar la negación del conocimiento metafísico. “Tal es la revolución copernicana que opero Kant en el ámbito de la filosofía. Su fundamento está tomado del concepto de hipótesis científica y lo enuncia así: no conocemos a priori de las cosas más de lo que nosotros mismos ponemos en ellas”²³². En consecuencia, se produce la negación del derecho natural ontológico para pasar a uno deontológico, afirmado solamente en la razón.

Efectivamente, el Derecho premoderno da paso al Derecho moderno, o conocido como Estado Legislativo de Derecho, con lo cual se pasa de la afirmación *Veritas, non auctoritas facit legem* a *Autoritas non veritas, facit legem*. Posteriormente, esta postura legalista sufrirá otro cambio en lo que se conoce como el Estado Constitucional de Derecho en donde la formalidad jurídica dará paso a la sustantividad de la misma la existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había disociado de la justicia. Ahora se disocia también de la validez, siendo posible que una norma formalmente valida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente invalida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales²³³.

²³¹ MATTEUCCI, 2009: 272.

²³² ARÓSTEGUI, 1978: 279.

²³³ Ferraioli, 2001. Aunque este racionalismo científico alejado de toda la realidad constitutiva de la persona y de su carácter religioso, de alguna manera buscó ser reivindicado por el historicismo “...esta recuperación de la historia es también recuperación de todo lo que en el hombre no es estrictamente racional. A la razón se contraponen la conciencia o interioridad ética, contra el intelecto se exalta la espontaneidad y el entusiasmo, se revaloriza el sentimiento o la fe religiosa...”. [MATTEUCCI, 2009: 273] este no logro todos los efectos esperados. Cabe mencionar también que autores como Alexis De Tocqueville y John Stuart Mill, van a propugnar la revalorización del elemento religioso en el pensamiento liberal por responder este a una necesidad profundamente humana.

Ahora bien, hacemos referencia a este tema porque consideramos que es fundamental entender que “frente a la modernidad, la Iglesia Católica representaba el ancien régime y, a la par, constituía la restauración del ochocientos...”²³⁴. Aunque la Revolución propició la separación del Estado y la Iglesia, consideramos que hubo en el proceso y en la recepción de los diferentes estados, un concepto negativo de separación, al que denominaremos laicismo.

Esta separación de Iglesia y Estado será abanderada por Francia en su afán de romper con el Antiguo Régimen al que identificaba también con la Iglesia. En 1905 Francia va promulgar la Ley de separación entre las iglesias y el Estado, declarándose constitucionalmente como una República laica; Alemania hará lo mismo, estableciendo también a nivel constitucional que no existe iglesia de Estado.

Este nuevo escenario va ser fundamental para las relaciones entre ambas instituciones, pues con los nuevos conceptos de soberanía popular, pacto social, individuo, ilustración, se va gestando un nuevo tipo de Estado. No desconocemos las continuas tensiones que han vivido la Iglesia Católica y los Estados, aun cuando estos no existían formalmente. Ya desde la época del Imperio los problemas entre ambas instituciones eran comunes: la querrela de las investiduras, las cruzadas o guerras santas, nacimiento de los estados pontificios, los cismas, la coronación de los emperadores por el Papa, el Sacro Imperio Romano Germánico, en fin, una serie de procesos históricos en donde siempre ha existido la presencia de la Iglesia como elemento incluso político y de legitimación del poder temporal. Ambos siempre han estado unidos de alguna u otra manera, quizás de todos ellos el más representativo de esta unión sea el cesaropapismo, “como sistema de relaciones entre la Iglesia y la comunidad política. Consiste en la intromisión de los Emperadores en la vida de la Iglesia, considerada como parte de la administración pública”²³⁵.

Sin embargo, “... lo cierto es que en el siglo XVII el ideal de la ecúmene cristiana se quebró por los conflictos políticos con otros reinos cristianos, las guerras de religión surgidas a raíz del protestantismo, la amenaza constante del Imperio Otomano o el

²³⁴ BELLIDO, 2008: 353.

²³⁵ PRIETO, 2005: 25.

principio cuius regio, eius regio extendido en Europa desgastada por los conflictos político-religiosos”²³⁶. Este quiebre tendrá su punto más alto en la Revolución Francesa.

Al lado de este liberalismo, como corriente de pensamiento que reivindicó entre otras cosas la libertad, hay un hecho significativo en el seno de la misma Iglesia que dio origen a que esta replanteara su postura en muchas áreas, especialmente en sus relaciones con el poder temporal. Es el Concilio Vaticano II, el que va reformular las relaciones entre la Iglesia y el Estado, renunciando así a la unión entre ambos. “Las relaciones entre la Iglesia y el Estado estaban regidas en el Perú por la bula del 5 de Marzo de 1874 de Pio IX... desde hace tiempo, sin embargo, se hacía sentir la necesidad de un régimen más acorde con la Doctrina del Concilio Vaticano II, de allí que la Constitución de 1979 sirva de preámbulo a la firma del Acuerdo Internacional entre una y otra autoridad”²³⁷.

Esta redefinición también es considerada por la Iglesia Católica, a partir de la Constitución Dogmática *Lumen Gentium*, en cuanto a la separación entre Iglesia y Estado; y la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*, en cuanto a la autonomía estatal. Esta va ser la línea que la Iglesia Católica va mantener, luego de las reflexiones conciliares: por un lado la organización política y por otra la religiosa, cada una independientes entre sí, en virtud del principio de autonomía de las realidades temporales, y es justamente en ese principio en el que la libertad religiosa puede desplegarse plenamente. “Estas dos formas de incompetencia jurídica (del Estado en materia religiosa, de la Iglesia en materia temporal) implican la afirmación de dos derechos “paralelos” (dos ámbitos de autonomía) del fiel-ciudadano: el derecho de libertad religiosa frente al Estado, y el derecho a la autonomía en el orden temporal frente a la Iglesia”²³⁸.

Ahora bien, esta separación entre Iglesia y Estado nos lleva al tema de laicismo o laicidad, como señaláramos previamente. No se trata de que el Estado profese determinada religión, pero tampoco se trata de la absoluta separación entre uno y otro, más aún cuando dicha separación implica la negación de lo trascendente a nivel público, relegándolo a una manifestación exclusiva en el ámbito privado. “El laicismo data

236

IBIDEM.

237

ARCE ESPINOZA, 2007: 107.

238

PRIETO, 2005: 95.

históricamente de la época del Iluminismo (o Ilustración, Siglo de las Luces, el XVIII) es decir, de esa concepción filosófica imanentista que, más que negar explícitamente, relego a Dios y los valores trascendentales al dominio exclusivo de lo privado y de la conciencia individual”²³⁹.

Este principio de la laicidad es el que rige y que está detrás del artículo 50° de la Constitución actual, una relación de colaboración en donde el Estado peruano reconoce el valor y el aporte de la Iglesia Católica en la formación de la cultura, identidad e historia de los peruanos. Comprende además que si bien ambas instituciones tienen competencias propias, la conjunción de las mismas se da en la persona humana, sobre la que recaen dichas competencias, como fin supremo de la sociedad y del Estado.

Así, como señala Garzón Vallejo, “la laicidad bien entendida parece ofrecer ese horizonte de relación armónica y de servicio a la persona humana que se considera como deseable en una sociedad y a su vez manifiesta lo que se podría esperar de un poder público sin nostalgias hegemónicas pero tampoco sin agnosticismos oficiales so pretexto de neutralidad ideológica y, de parte de la Iglesia, la reiteración de un principio antiquísimo que no oculta una pretensión confesional o de indistinción, sino la promoción de un diálogo recíproco con lo político en vistas al bien común en el marco de la recta laicidad”²⁴⁰.

El laicismo justamente postula esa separación, mientras que la laicidad postula la independencia y la autonomía entre el Estado y la Iglesia, pero en una relación siempre dialogante de colaboración y coordinación. Los principios de independencia jurídica y de incompetencia recíproca no significan por tanto desconocimiento mutuo o incomunicación. En efecto, son comunes el origen de la Iglesia y la sociedad civil (Dios, autor del orden natural y del orden sobrenatural) y sus destinatarios. Por esta razón el reclamo conciliar al ideal de concordia lleva a sostener que el principio de colaboración, junto con los principios de libertad y autonomía contribuyen a definir el deber ser de las relaciones entre la Iglesia y el Estado²⁴¹.

²³⁹ INTERDONATO, 1981: 89.

²⁴⁰ GARZON VALLEJO, 2006: 52.

²⁴¹ PRIETO, 2005: 109.

Siguiendo a Carlos Corral Salvador, hay una tendencia a confundir dos temas en el caso de la relación entre la Iglesia y el Estado, el tema político y el jurídico. Así, señala el autor que “en sentido político, la separación o neutralidad religiosa del Estado se contraponen a la confesionalidad. Tal contraposición hace siempre referencia a una clasificación basada en criterios estrictamente ideológicos o políticos, es decir, de finalidad general. En sentido jurídico, la separación consiste en la distinción de Iglesia y Estado, de sus autoridades de su organismo y en la recíproca autonomía de ambas comunidades”²⁴².

Producto de esta confusión, es que se ha generado una malsana indiferencia por parte del Estado sobre el fenómeno religioso, buscando que el mismo se repliegue sobre la persona para que ésta no la exprese públicamente. Al respecto, el profesor Andrés Ollero afirma que “por laicismo habría que entender el diseño del Estado como absolutamente ajeno al fenómeno religioso. Su centro de gravedad sería más una no contaminación... que la indiferencia o la auténtica neutralidad. Esta tajante separación, que reenvía toda convicción religiosa al ámbito íntimo de la conciencia individual, puede acabar resultando, más que neutra, neutralizadora de su posible proyección sobre el ámbito público”²⁴³.

Este es justamente el concepto y significación que muchos Estados hicieron suyos y que se refleja en la política y legislación con la que el mismo Estado regula y se conduce frente al tema religioso. En tal sentido, ser laico, en términos de laicismo, es ser neutrales e implica renunciar a que todo tipo de religiosidad, como manifestación de fe y “libertad religiosa” puedan ser públicas.

Ahora bien, para seguir profundizando en el tema, vale la pena recoger cuatro acepciones de laicismo/laicidad, aunque sus autores solo se refieren al segundo término, consideramos que en la clasificación hecha se termina definiendo el primer término. El problema surgió a raíz de la aprobación de la Constitución francesa, en el cual como hemos señalado se define a Francia como una República laica que “respetar todas las creencias”.

²⁴² CORRAL SALVADOR, 2004: 2.

²⁴³ OLLERO, 2005: 17 – 18.

Al respecto el obispado francés se pronunció distinguiendo las cuatro acepciones referidas, en los siguientes términos²⁴⁴:

1. Laicidad como profanidad o autonomía: si con estas palabras se quiere proclamar la autonomía soberana del Estado en sus dominios de orden temporal, su derecho a regir por sí solo toda la organización política, judicial y administrativa...declaramos abiertamente que esta doctrina está plenamente conforme a la doctrina de la Iglesia.
2. Laicidad respetuosamente neutral: ...el Estado debe permitir que cada ciudadano practique libremente su religión. Este segundo sentido, si se comprende bien, también está conforme al pensamiento de la Iglesia.
3. Laicidad agnóstica u hostil: ...es una doctrina filosófica que encierra una perfecta concepción materialista y atea de la vida humana y de la sociedad, si tales palabras definen un sistema de gobierno político que impone esa concepción a los funcionarios hasta en su vida privada, las escuelas del Estado, la nación entera, entonces nos erguimos con todas nuestras fuerzas contra esa doctrina, la condenamos en nombre de la verdadera misión del Estado y de la Iglesia.
4. Laicismo indiferente: ...significa la voluntad del Estado de no someterse a ninguna moral superior y de no reconocer su interés como regla de acción, nosotros afirmamos que esta tesis es extremadamente peligrosa, retrograda y falsa.

En tal sentido, consideramos que la primera y segunda concepción corresponden a lo que llamamos un modelo de coordinación y /o colaboración, en el cual el Estado mantiene relaciones con la Iglesia (Católica), colaborando con ella en la generación de espacios comunitarios y de instancias para que el ser humano exprese su religiosidad. Estas relaciones usualmente suelen estar reguladas en Concordatos, lo cual implica reconocer a la Iglesia en toda su capacidad jurídica como sujeto de derecho internacional. Y es que para la Iglesia todo lo que afecta al ser humano no le es ajeno,

²⁴⁴ CORRAL SALVADOR, 2004: 3.

ella se preocupa porque la persona humana pueda tener como espacio de desarrollo, de la propia libertad religiosa aunque no exclusivamente, espacios que el mismo Estado promueva y garantice.

Estos concordatos son los instrumentos idóneos que el Derecho provee para que se regulen las relaciones internacionales entre la Iglesia Católica y un Estado, generándose así verdaderas relaciones jurídicas con obligaciones objetivas para las partes que trascienden al orden jurídico interno.

En consecuencia, consideramos que las dos primeras acepciones se identifican con la correcta laicidad del Estado, mientras que la tercera y cuarta convergen en lo que es el laicismo, antes definido.

En esta línea, a partir del artículo 50° de la Constitución podemos señalar, que el Estado no se relaciona únicamente con la Iglesia Católica, aunque sea la única de la que se haga mención expresa en el texto constitucional, puesto que hoy en el país se vive un pluralismo religioso que también es reconocido por el mencionado artículo cuando se señala el reconocimiento que el propio Estado hace a dichas confesiones y les brinda su ayuda y colaboración.

Justamente, este reconocimiento que el Estado garantiza a través de su norma fundamental, pero también se hace vigente en su estructura, permite el desarrollo de ambas instituciones, cada una en su propia esfera y campo de acción, pero además en el caso peruano, una opción distinta hubiera significado desconocer el mismo patrimonio histórico que la Iglesia Católica ha dejado como legado al Perú. “El catolicismo no solo ha sido la fe tradicional de todos los peruanos sino sé que haya indisoluble e irrevocablemente unido a la nacionalidad. La Iglesia ha trabajado siempre en el Perú al servicio del país. El clero realizó en los albores de la colonización española la conquista espiritual de las razas aborígenes y mantuvo la paz social”²⁴⁵.

El reconocimiento que la Constitución hace de la Iglesia Católica se ve justificada por esa presencia que delata una confesionalidad que el mismo Estado Peruano tuvo desde sus orígenes y que es un hecho histórico innegable. “Poco comprensible resultaría

²⁴⁵ PAREJA, 1987: 414.

imponer un sistema de separación laicista que viniese a negar el hecho religioso dentro de la estructura social del Estado, pues eso implicaría negar o desconocer la realidad sociológica del país y la posición que el factor religioso ocupa como elemento de cohesión social”²⁴⁶.

Sin embargo, consideramos que estas relaciones deben regularse y perfeccionarse cada vez más para asegurar el despliegue del pluralismo religioso sino además el ejercicio de la libertad religiosa, que pasaremos a desarrollar a continuación.

4. De la confesionalidad a la libertad religiosa

Hemos visto cómo las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado peruano han ido marcando el derrotero para el ejercicio de la libertad religiosa. Se pasó de la confesionalidad a la libertad de la misma, con lo cual desde la Constitución de 1979 el Perú no solo se declara como laico sino que además garantiza el ejercicio de este derecho fundamental; en tal sentido, la laicidad del Estado Peruano estará estrechamente relacionada con la libertad religiosa, una es presupuesto de la otra.

Un punto capital, es el tema de los derechos fundamentales que como garantías institucionales y valores fundamentales, abrieron una nueva concepción de constitucionalismo y de democracia, la cual va desembocar en la consolidación de los elementos jurídicos propios de este modelo como mecanismo de garantía de las libertades fundamentales, las cuales van articularse en torno al concepto de dignidad humana. Como señala Haberle, “como principio jurídico la protección de la dignidad humana (y también su irradiación a los derechos fundamentales en lo particular) es anterior al Estado y al pueblo y también a todas las derivaciones del gobierno y las vinculaciones de legitimación del pueblo hacia los órganos del Estado”²⁴⁷.

Este concepto junto al principio de autodeterminación va ser la piedra de toque para aproximarnos a los derechos fundamentales, en el sentido de que la persona humana se va constituir siempre como un fin en sí mismo y no como un medio “...la persona individualmente considerada, por razón del derecho fundamental de la dignidad de la

²⁴⁶ MOSQUERA, 2005: 205.

²⁴⁷ HABERLE, 2001: 174.

persona humana, por regla general no ha de ser meramente objeto de la acción del Estado”²⁴⁸.

En la Constituyente de 1979, la misma Iglesia propuso “la idea de protección típica de una concepción paternalista superada, debe ceder a una interrelación, sin otro fin que el mejor servicio a la comunidad nacional, tarea diferente pero coincidente del Estado y de la Iglesia en beneficio de un mismo pueblo”²⁴⁹.

Como señalamos, un tema central va ser la misma redefinición que realiza la Iglesia sobre sí misma y sobre sus relaciones a partir de la Constitución Dogmática *Lumen Gentium*, en cuanto a la libertad religiosa y separación entre Iglesia y Estado; y la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*, en cuanto a la autonomía estatal. La Iglesia Católica comprendía que la libertad religiosa se fundamenta en la dignidad de la persona humana y por tanto, en aras de esa libertad, no es coherente otorgarle a ella misma o cualquier otra Iglesia un privilegio que afecte el ejercicio de esa libertad. Al respecto, señala Interdonato que “el Concilio, consciente de ello, tomó la iniciativa en quitar todo obstáculo a la libertad religiosa proclamada por todas las confesiones, es decir, para todas las religiones y dando ejemplo a los Estados y otras religiones, comenzó por renunciar a los privilegios de que la Iglesia Católica, pudiera gozar en los países de mayoría católica”²⁵⁰.

Esa libertad religiosa como derecho fundamental de todo ser humano va a ser el eje sobre el que la Iglesia articulara su misma posición jurídica en el Estado y buscara defenderla, propiciando y buscando que el Estado garantice ambientes y espacios para su ejercicio. Esto pues entiende que “la libertad de religión comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto”²⁵¹.

Esta libertad se desarrolla cuando la persona tiene como posible la formación de su propia conciencia, de sus ideologías, postulados y creencias, de tal manera que estas no deben ser impuestas por la fuerza. Como señala Mosquera, “de igual modo la libertad de

²⁴⁸ MUNCH, 1982: 19.
²⁴⁹ BERNALES Y OTAROLA, 1996: 285.
²⁵⁰ INTERDONATO, 1981: 89.
²⁵¹ MOSQUERA, 2005: 147.

conciencia permite desarrollar la propia libertad de pensamiento, ideología y religión, pues la conciencia es el crisol en el que se producen todos los cambios de pensamiento, la ideología y la religión”²⁵².

Esta libertad religiosa se encuentra plenamente garantizada a nivel constitucional, con lo cual cada persona es libre de profesar la religión a la que se adhiera. Asimismo hemos establecido que el reconocimiento que la Constitución le hace a la Iglesia Católica no afecta la posibilidad que otras personas profesen una religión distinta. Un avance importante en este tema ha sido la creación del Registro de Confesiones distintas a la católica, creado mediante Resolución Ministerial N° 377-2003-JUS, que está a cargo de la Dirección de Asuntos inter confesionales del Ministerio de Justicia mediante Decreto Supremo N 206-2002-JUS, lo cual ha sido definitivamente complementado con la Ley de Libertad religiosa y su reglamento.

5. La Ley N° 29635, Ley de Libertad Religiosa y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2011-JUS

Hasta acá hemos abordado la libertad religiosa como un derecho fundamental, que de hecho lo es, pero actualmente dado que estamos ante un nuevo paradigma de Estado constitucional, las libertades y algunos derechos fundamentales, como es el de libertad religiosa, se posicionan como principios fundamentales en el ordenamiento jurídico, presentaremos algunas ideas sobre la libertad religiosa como principio. Primero conviene señalar que los principios fundamentales “tiene como característica normativa es que son normas constitucionales definitorias de la identidad del sistema político y que por ello son esenciales y consideradas como el núcleo duro de la Constitución, pétreas o inmodificables, así como por tener máximo rango o valor material respecto al resto de normas de la Constitución”²⁵³.

En el caso de la libertad religiosa, su función como derecho fundamental y como principio, no se opone sino que se integra en dos dimensiones que permiten su defensa y garantía por parte del Estado. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido en el expediente N° 018-2003-AI/TC que “una de las diferencias sustanciales que podemos hallar entre derecho fundamental y principio es que el derecho comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del

²⁵² IBID, p. 147.

²⁵³ HUACO, 2005: 337.

patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, es decir, es un derecho subjetivo; mientras que el principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológico que, como tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático”.

Partiendo de estas premisas que nos da el Tribunal Constitucional, podemos decir que la configuración de la libertad religiosa como derecho fundamental implica el derecho subjetivo personal, es decir, está en intrínseca relación con la persona humana. Mientras que la libertad religiosa como principio tiene más bien carácter institucional, es decir, se dirige al Estado y toda su estructura, para que este la garantice sea mediante acciones y/u omisiones.

Como señala Huaco, “en tanto principio, la libertad religiosa es un principio social de configuración estatal que plantea determinadas directrices a los poderes públicos en su relación con las manifestaciones individuales y colectivas de religiosidad. El derecho es anterior al principio y está orientado hacia la persona humana sobre el Estado; esto en virtud de la primacía de la persona humana sobre el Estado. En consecuencia, siendo el derecho de libertad religiosa el fundamento del principio de libertad religiosa, y siendo que la primacía de la persona humana es el fundamento del derecho de libertad religiosa, entonces dicha primacía es el fundamento ultimo del principio de libertad religiosa”²⁵⁴.

La Ley de Libertad Religiosa N° 29635, de fecha 21 de diciembre del 2010, regula el ejercicio de la libertad religiosa en su artículo 3° y en el 4° la objeción de conciencia. Es interesante ver cómo la ley en su artículo 1° hace referencia a los tratados internacionales ratificados por el Perú, y que reconocen dicha libertad, prohibiendo de plano toda acción u omisión que discrimen a una persona en razón de sus creencias religiosas.

El artículo 3° de la Ley regula propiamente las manifestaciones de la libertad de religión, de manera enunciativa, lo cual consideramos como un tratamiento bastante sano, que dependiendo de los casos concretos, permitirá a la jurisprudencia, en

²⁵⁴

IBID, p. 346.

particular a la jurisdicción constitucional el desarrollo de la misma. Así, señala esta norma lo siguiente:

Artículo 3. Ejercicio individual de la libertad de religión

La libertad de religión comprende, entre otros, el ejercicio de los siguientes derechos:

- a. Profesar la creencia religiosa que libremente se elija y cambiar o abandonar la que se tenga en cualquier momento, conforme al procedimiento propio de cada iglesia, confesión o comunidad religiosa. En todo caso, se respeta la libertad religiosa individual.*
- b. Practicar de forma individual o colectiva, en público o en privado, los preceptos religiosos de su confesión, suscritos y actos de culto.*
- c. Recibir asistencia religiosa por su confesión. Las instituciones públicas competentes adoptan las medidas y normas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, en las prisiones, en los centros públicos hospitalarios, asistenciales y otros bajo su dependencia.*
- d. Elegir para sí o para los menores o los incapaces sujetos a su patria potestad, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*
- e. Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas.*
- f. Conmemorar las festividades y guardar el día de descanso que se considere sagrado en su religión, debiéndose armonizar los derechos de los trabajadores con los de la empresa o administración pública para la que labore, y de los estudiantes con las instituciones educativas, conforme al reglamento de la presente Ley.*

- g. *Prestar juramento según sus propias convicciones religiosas o abstenerse de hacerlo, pudiendo acogerse a la alternativa promisorio.*
- h. *Recibir sepultura de acuerdo con las tradiciones y ritos de la propia confesión religiosa, respetando en todo caso las normas vigentes sobre salud e higiene públicas.*

Por su parte, el artículo 4° de dicha norma, regula el tema que nos atañe, cual es la objeción de conciencia, definiéndola como una “oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales religiosas. Se ejerce la objeción de conciencia cuando alguien se ve imposibilitado de cumplir un obligación legal por causa de un imperativo, moral o religioso, grave o ineludible, reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece”.

Sin perjuicio del análisis que se haga en el capítulo III del presente trabajo, podemos ver cómo la Ley desconoce la división jurisprudencial realizada por el Tribunal Constitucional, recortando así la dualidad entre libertad de conciencia y libertad religiosa, remitiéndose ahora, aparentemente, a una sola forma de libertad, superando una división, que a nuestro criterio es necesaria, es decir, distinguir las manifestaciones de libertad de conciencia y de religión como dos esferas que se intersecan pero que no se confunden. Sin embargo el tema dará para mayores análisis cuando se vea si la objeción de conciencia es bien regulada dentro de una ley de libertad religiosa, cuando jurisprudencialmente ha sido concebida como un nuevo contenido de la libertad de conciencia, creo que es cuestionable el plantearse legislativamente que la objeción se ciñe solo a temas religiosos en el tratamiento de la ley.

La pregunta obligada hacerse, sería: ¿no existen temas de conciencia sin contenido religioso que impidan a una persona cumplir la norma? ¿En qué esfera de radio de acción nos encontramos? Hay que atender a la carga subjetiva que pueda terminar planteándose en estos casos y si bien la ley omite el tema de la libertad de conciencia, habría que ver a qué modelo se adscribe con esto. En el fondo el legislador ha considerado y (desconociendo el desarrollo del máximo intérprete de la Constitución), que las manifestaciones que la norma protege son solo aquellas que tienen como base un pensamiento en sentido amplio que se concreta en un tema religioso y moral, reconocido por un credo específico.

Finalmente, estas preguntas deben ir de la mano con el modelo constitucional al que se adscribe el Perú, regulado en el artículo 50° de la Constitución, un modelo que es de cooperación y que no protege la dimensión política religiosa del Estado sino el pluralismo religioso. La ley abre trecho en el camino del desarrollo de los derechos constitucionales, y dado que nuestra judicatura ha encontrado, como hemos visto en las sentencias, serias dificultades para reconocer las libertades en cuestión como derechos constitucionales. La ley es un elemento que ayuda a evitar la presentación de recursos de agravio para lograr el reconocimiento de un derecho constitucional, considerando además el paradigma legalista con el que aún operan los jueces en nuestro país.

Sin embargo, no todos los autores comparten esta idea; por ejemplo la profesora Mosquera señala que:

“En mi opinión, si se desconoce la estrecha relación que media entre la libertad de conciencia y la toma de posición en materia religiosa se comete el error del TC, vincular la objeción de conciencia a la dimensión externa de la libertad de conciencia desconociendo que las razones por las cuales se puede objetar son casi siempre de contenido religioso y por tanto obligan por lo menos a aceptar que la relación entre esas dos libertades, conciencia y religión, es más estrecha de lo que el TC dice. De hecho así lo ha reconocido el legislador peruano a la hora de desarrollar el contenido constitucional del derecho de libertad religiosa pues al formular la objeción de conciencia la define como “la oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales o religiosas” es decir, la imposibilidad “de cumplir una obligación legal por causa de un imperativo, moral o religioso, grave o ineludible, reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece”. Resaltamos de esta regulación que la objeción de conciencia no se formula como un derecho, sino como un límite al cumplimiento de un deber legal²⁵⁵ y en segundo lugar vean que ha de ser la entidad religiosa la que reconozca o acredite el valor de ese imperativo moral o religioso”²⁵⁶.

²⁵⁵ MOSQUERA, 2012: 8. Disposición legal que se enfrentará al ejercicio de mi derecho de libertad en materia religiosa y exigirá una adecuada ponderación para determinar en el caso concreto si mi derecho libertad puede traspasar su límite o no.

²⁵⁶ De este segundo punto resaltamos que no todo argumento de conciencia tendrá entidad suficiente como servir de base a un recurso de objeción de conciencia, sino solamente aquellos argumentos que superen un mínimo, una suerte de “test de religiosidad” que permita verificar la seriedad misma del pedido que ha hecho la persona.

Finalmente, el 27 de julio del 2011, se aprobó el reglamento de la Ley de Libertad Religiosa, mediante Decreto Supremo N° 010-2011-JUS. Si bien el reglamento regula temas diversos de la ley, incluyendo el procedimiento de registro de entidades religiosas distintas a la católica, para lo que nos atañe no menciona en ninguno de sus apartados el tema de la objeción de conciencia. Al respecto traemos a colación una opinión del profesor Huerta sobre la reglamentación referida:

“La reglamentación de las leyes siempre ha sido un problema en el ordenamiento jurídico peruano. El hecho que el propio texto constitucional (artículo 118° inciso 8°) señale que corresponde al Presidente de la República reglamentar las leyes, pero sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, lo refleja claramente. No son pocos los casos en donde una ley ha tenido problemas en ser aplicada por la demora en expedirse la norma reglamentaria respectiva, o porque ésta resulta contraria al texto expreso de la Ley. En estricto, un Reglamento sólo debe precisar aquellos aspectos que sean necesarios para la adecuada aplicación de las leyes por parte del Poder Ejecutivo, sin que corresponda a través de esta norma realizar precisiones sobre el contenido de la ley o pretender llevar los vacíos, deficiencias o presuntos errores del legislador”²⁵⁷.

²⁵⁷

HUERTA, 2011: 1.

CAPITULO III

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: ELEMENTOS PARA SU TRATAMIENTO EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL PERUANO

1. **La objeción de conciencia como derecho autónomo o como atributo de la libertad de conciencia y de religión.**
- 1.1. **La interpretación y argumentación constitucional**

La premisa de nuestro trabajo implica reconocer que, en el sistema constitucional peruano, la objeción de conciencia forma parte del contenido de las libertades de conciencia y de religión. Respecto de este último, señala el inciso 3 del artículo 2° de la Constitución Peruana, que “toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público”. Sin embargo, hay que analizar cuál es el desarrollo e interpretación del Tribunal Constitucional en la sentencia N° 0895-2001-AA/TC para determinar el contenido de tal derecho.

Si bien el Tribunal Constitucional parte de distinguir el contenido de la libertad de conciencia del de religión, relaciona en sus fundamentos la libertad de conciencia con el libre desarrollo de la personalidad. Asimismo acude *prima facie* a la doctrina de los derechos no enumerados para fundamentar la creación de la objeción de conciencia, argumentando la finalidad del artículo 3° de la Constitución, distinguiendo los contenidos nuevos de los implícitos de un derecho, para determinar cuándo se debe configurar un derecho nuevo, para finalmente terminar señalando que el uso del artículo 3° no debe hacerse cuando exista algún derecho cuyo contenido pueda abarcar esa nueva manifestación que se presenta, a fin de no desvirtuar la aplicación de la cláusula referida. En consecuencia, el Tribunal afirma que la libertad de conciencia tiene un contenido nuevo denominado “objeción de conciencia”, cuyo ejercicio es de carácter excepcional por tratarse de un *permiso* que autoriza el no cumplimiento de un mandato general, de lo contrario, se relativizaría la fuerza de los mandatos jurídicos.

Para un adecuado análisis de la sentencia, conviene entender que sin perjuicio de la respuesta a la que haya llegado el Tribunal, el razonamiento del colegiado es importante a efectos de verificar la legitimidad de sus resoluciones. Con ello queremos decir que el proceso de interpretación constitucional y de los principios que sustentan dicha actividad, sobre todo si se trata de derechos fundamentales, resulta de especial relevancia.

La interpretación es un proceso que, aunque parte del texto constitucional, va tomando forma mediante los diversos desarrollos que el legislador haga del mismo, o como en este caso, que el Tribunal vaya delimitando en los casos concretos.

Según hemos establecido en el presente trabajo, cada derecho fundamental tiene un contenido delimitable, por tanto, la interpretación del mismo deberá optimizarlo, pero además concurrentemente deberá preferir, dentro del contenido de ese derecho, aquel que sea más favorable a la persona humana, según los conceptos que de la misma hemos venido desarrollando. En términos de Castillo,

“... la consideración de que toda actuación tanto del poder público como de los particulares que este destinada a menoscabar la categoría de fin que tenemos todas las personas humanas, será por ese motivo inconstitucional y, consecuentemente, nula... la actividad estatal (judicial, ejecutiva, legislativa) se

legítima en la medida que vaya dirigida a conseguir el aseguramiento y ejercicio pleno de los distintos derechos y libertades humanas o fundamentales. Consecuentemente una sentencia judicial, un acto administrativo o una ley serán inconstitucionales no solo si agreden el contenido constitucionalmente reconocido de los derechos, sino también si colocan ese derecho en una situación de desprotección o de simple vigencia formal. A este contexto pertenecen criterios de interpretación como *in dubio pro libertatis* y el *pro homine*²⁵⁸.

Antes de continuar, vale hacer una precisión: existen muchos intérpretes constitucionales pero en todos ellos solo algunas interpretaciones son vinculantes, con lo cual ese órgano tiene la posibilidad de hacer válida determinadas concreciones constitucionales; por ello, se habla de una jerarquía de intérpretes, que puedan hacer efectiva y operativa la normatividad constitucional. Si a ello agregamos el valor de la persona humana como eje, las decisiones que se establezcan deberán ser justas porque la justicia como vimos se condice con el valor digno de cada ser humano. Casi todas las decisiones que corresponden a la parte dogmática de la Constitución, en donde están *prima facie* los derechos fundamentales se analizan en términos de justicia, a diferencia de la parte orgánica cuyo análisis corresponde al de correctividad constitucional y en ese caso entra a tallar la justificación o argumentación de las decisiones.

Entrar en este tema, implica necesariamente primero plantear qué significa argumentar e interpretar. Parafraseando al profesor Manuel Atienza argumentar o razonar es una *actividad* consistente en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que busca defenderse o refutarse. La argumentación se inscribe en un proceso que se inicia con el planteamiento de un problema y termina con una conclusión. Ello implica necesariamente intercambiar razones que se hacen presentes mediante el lenguaje oral o escrito. Se trata de que partiendo de ciertas unidades básicas que serían las premisas se llega a una conclusión, evaluables según ciertos parámetros como los de validez, solidez, o consistencia²⁵⁹.

En esa línea, nos parece interesante la aproximación que tiene el autor sobre la argumentación y el lenguaje porque ello implica que la argumentación siempre es una acción relativa a un lenguaje, mediante el cual describimos, afirmamos, suponemos,

²⁵⁸ CASTILLO, 2007: 36.

²⁵⁹ ATIENZA, 2004: 156 – 157.

formulamos una serie de premisas y cuando la identificamos como argumentación es porque estamos interpretando su sentido para sostener una tesis. Consideramos que ese poder dar razones formuladas o formulables en un lenguaje, entendido como actividad podría caber también de ser entendida como *proceso*; pues por un lado está la actividad de argumentar y por otro el producto, es decir, los enunciados en qué consiste la argumentación, los argumentos.

En este último punto de argumentación como actividad es que caben los tres elementos básicos: premisa (aquello de lo que se parte), conclusión (a lo que se llega) e inferencia (la manera de cómo se unen las premisas con la conclusión). La argumentación es una actividad racional, no sólo porque consiste en dar razones, sino que se dirige a un fin objetivable, en la medida en que existen criterios para evaluarla. El autor señala un tipo de argumentación denominada constitucional que es aquella dirigida a justificar la interpretación y desarrollo de la Constitución²⁶⁰.

Por su lado, siguiendo con Atienza, interpretar significaría adscribir o crear un significado a partir de un texto. Esta postura implica que exista un problema interpretativo porque pueden adscribirse más de un sentido al enunciado, por lo cual se requerirá acudir a distintos argumentos que sustenten una u otra opción. Esos argumentos que se utilizan tienen ciertos parámetros o formas que pueden clasificarse a su vez en cinco categorías, pues justamente lo que hace que surja la duda en la interpretación proviene de alguna de estas categorías: criterio lingüístico (expresión imprecisa), criterio sistemático (articulación del texto con otros textos), criterio pragmático (acudir a la intención del autor), criterio teleológico (finalidad) y criterio axiológico (como se entiende el texto en consonancia con una serie de valores en juego).

La clave para la resolución interpretativa no está en estos criterios, porque justamente a partir de ellos es que surge el problema interpretativo, por lo tanto, se deberá acudir a criterios de segundo orden que establecerán cuales son los que prevalecen, lo cual implicará acudir a alguna teoría de interpretación y a una teoría del Derecho²⁶¹.

²⁶⁰ IBID, p. 163 – 167.

²⁶¹ IBID, p. 147 – 160.

Nos parece interesante cómo el autor plantea que la solución al problema interpretativo pasa necesariamente por la forma de entender el constitucionalismo, lo cual requiere tener en cuenta cuáles son los criterios para interpretar la Constitución, en la medida en que ésta debe primar, pero a la vez, se deberá considerar el máximo desarrollo de los valores y derechos fundamentales. Nos vamos a quedar con dos puntos.

El primer punto consiste en que la interpretación de un texto constitucional implicará necesariamente considerar la maximización y optimización (primera acepción del criterio *pro homine*) del derecho de la persona, con lo cual es necesario acudir al bien humano que está detrás y a la finalidad para el cual ese derecho existe en virtud del *telos* de la persona (*teleológico*). “Cuando se invoca este principio hermenéutico se hace con el objeto de exigir que la interpretación de un derecho humano o fundamental deba tomar en consideración la finalidad (el *telos*) que se persigue con el reconocimiento jurídico de un derecho humano o fundamental”²⁶².

Asimismo, la interpretación siguiendo el criterio en cuestión, nunca podrá ser en contra de la naturaleza humana, que es el sustento de la persona, pues si la norma tiene varios enunciados deberá preferirse aquel que favorezca más a la persona humana (segunda acepción del criterio *pro homine*) y a su dignidad, que como hemos visto son un concepto intrínsecamente unido.

Ahora bien, ¿cómo descubrir el enunciado que mejor favorece este criterio? Consideramos que por eso surge la necesidad de argumentar, y siguiendo al profesor Aienza, de los diversos métodos de argumentación jurídica, consideramos que la *material* puede ser de mucha utilidad, puesto que trasciende la lógica puramente formal. Exige acudir a los problemas materiales para justificar una acción o una determinada decisión; justamente son los problemas propios de la moral o el Derecho. Este tipo de argumento implica no acudir a la forma de los enunciados sino a indagar si éstos son correctos o verdaderos, por eso responden a la pregunta sobre qué debemos hacer o creer (Derecho y moral), de allí que los criterios de corrección a aplicarse impliquen determinar en qué condiciones una razón prevalece sobre la otra. Hacemos la acotación que correctos o verdaderos necesariamente van de la mano con la precisión que hicimos anteriormente sobre el resultado de una decisión justa y válida en términos de Derecho.

²⁶²

CASTILLO, 2007: 40.

Siguiendo la lógica del profesor Atienza, en el caso de los jueces, la argumentación preponderante es la material, dado el carácter justificativo que debe revestir sus decisiones, pues la argumentación jurídica, en particular, la judicial, está dirigida a justificar sus decisiones, no solo hay que explicar las causas y las razones que permiten una decisión, sino que hay que mostrar las razones que permiten considerar a esa decisión como algo aceptable. Por ello, justificar significa motivar, para lo cual no es suficiente demostrar cómo se ha llegado a una decisión determinada, es decir, indicar el proceso por el cual se llega a la decisión, sino dar razones de peso para haber optado por esas decisiones, razones que prevalecieron²⁶³.

En el caso en cuestión, no basta con acudir al fallo o la sentencia, sino a los fundamentos jurídicos de dicho fallo para analizar el nivel de corrección que constitucionalmente éstos representan. La justificación es imprescindible en términos de mantener la democracia y el consenso social; por lo tanto, podemos decir que una razón correcta es distinta de la decisión constitucional válida o inválida a la que se pueda llegar, puesto que la corrección tiene que ver con los argumentos jurídicos que se usan para llegar a dicha decisión.

El segundo punto sobre el que queremos reflexionar, tiene que ver con los criterios de segundo orden a los que hace referencia el profesor Atienza pues pensamos que una correcta *teoría de la interpretación* y una adecuada *teoría del Derecho* implican como hemos venido señalando la premisa de que es la persona humana el punto de partida y de llegada de la interpretación y que el Derecho siempre debe estar en relación con la Justicia como objeto, punto que hemos venido desarrollando en el presente trabajo; es decir, desarrollar una hermenéutica constitucional acorde con la estructura de las normas ius-fundamentales y con la teoría del Derecho como Justicia.

Aunque la mencionada es una tarea grande que no forma parte del presente trabajo, solo quisiéramos quedarnos con unas reflexiones sobre lo que debería ser esta hermenéutica. En términos de Massini, “Interpretar significa ir más allá de lo estatuido positivamente, reflexionando según criterios de rectitud que no se pueden extraer del propio derecho

²⁶³ ATIENZA, 2004: 145 – 156.

positivo. Toda interpretación –continúa- que se haga del derecho positivo significa formarse una idea sobre una parte del derecho justo”²⁶⁴.

De este modo, siempre debe acudir a este núcleo del derecho delimitado conforme a la naturaleza prescriptiva y a lo objetivo de la persona humana, pues “existe en el Derecho un núcleo último de juridicidad no construida por la razón o convención humanas, cuyo resguardo compete en especial a los juristas, y que se funda en la dignidad humana, para cuya realización práctica existe el derecho”²⁶⁵. Ello implica aceptar que este núcleo indisponible es objetivo y no subjetivo, es decir, no depende de las preferencias del ser humano o de sus gustos y que abre a la persona al conocimiento de su propia naturaleza y de su propia humanidad y esto significa que “la fundamentación completa y suficiente de un núcleo de indisponibilidad en el derecho, ha de revestir carácter objetivo, en el sentido, de remitir a una realidad completamente otra respecto del sujeto...hablar de objetividad en sentido fuerte hace referencia al conocimiento de algo propio o inherente al objeto mismo y por esta misma razón, independiente e indisponible por el sujeto”²⁶⁶.

Podría decirse que la aproximación a la realidad del Derecho como norma debe partir de la adecuación a la realidad objetiva, que ese núcleo duro marca y a partir de esa objetividad ver qué le dice esa descripción al sujeto, porque si hay una aproximación personal, un en – mi, pero razonablemente fundado en su naturaleza, en su finalidad como persona, y no en el sujeto subjetivo al que hicimos referencia, en donde la libertad y razonabilidad e incluso la racionalidad cede ante la voluntariedad. Por eso “la objetividad fuerte solo puede encontrar fundamento en el ente real, reconocido independiente de la razón del sujeto y como tal indisponible por él, sea por medio de su razón o su praxis. Sin el reconocimiento de ese carácter dado e inmanipulable del ente, no puede justificarse racionalmente una normatividad del obrar humano”²⁶⁷.

Así, la interpretación no se contradice entre la premisa normativa deóntica y la naturaleza prescriptiva, pues la proposición jurídica manda, prohíbe o permite algo, pero ese algo está necesariamente remitido a la realidad de las cosas humanas, “en especial a los bienes humanos básicos o dimensiones perfectivas de la naturaleza humana, será

²⁶⁴ MASSINI, 2008: 199.

²⁶⁵ MASSINI, 1998: 124.

²⁶⁶ IBID, p. 125.

²⁶⁷ IBID, p. 135.

necesariamente objetiva, en sentido fuerte, es decir, revelara un sentido normativo de los textos que no queda librado en su contenido a la subjetividad humana, ni puede ser establecido meramente por diálogos o consensos, sean cuales fueren los procedimientos seguidos para alcanzarlos”²⁶⁸.

Con ello queremos decir, que cuando el Tribunal, por ejemplo, dice que el derecho a la identidad implica la opción sexual, esta subjetivando el mismo, en función al consenso mayoritario o a la praxis que no marca la pauta realista y objetiva y como consecuencia de ello el Derecho se delimita erróneamente, adquiriendo categoría de tal algo que no es, y por lo tanto se reclama un no derecho, una distorsión del mismo, una ilegitimidad de la pretensión. Obviamente ello exige una actitud de ejercicio práctico de descubrimiento de la verdad, de apertura de la mente a la realidad, de una forja de la voluntad y disciplina en el buen pensar.

1.2. La objeción de conciencia ¿derecho autónomo o atributo de libertades de conciencia y religión?

La decisión de crear un derecho llamado objeción de conciencia nos resulta poco adecuada porque a nuestro entender hubiera sido suficiente establecer que en aras de la conciencia, cuyo contenido pueden ser creencias de orden religioso o no, puede existir una colisión con un mandato jurídico, de tal fuerza que la persona se vea afectada en lo más profundo de si, justamente en su conciencia, y por ende exonerarse del cumplimiento del mandato. Con base en esta definición, las libertades de conciencia y religión permiten la objeción de dichos mandatos, bajo ciertas condiciones y particularidades.

No obstante, como recuerda Mosquera, “el TC entiende que el contenido del derecho de libertad religiosa tal y como se encuentra reconocido en la Constitución no es suficiente para proteger ciertas facetas particularísimas de ese derecho, por lo cual entra a dotar de un contenido nuevo a ese derecho, el derecho a la objeción de conciencia”²⁶⁹.

En ese sentido se puede entender que la decisión del TC no ha sido la más idónea ya que del contenido del derecho a la libertad de conciencia y religión del artículo 2º apartado

²⁶⁸ IBID, p. 148.

²⁶⁹ MOSQUERA, 2004: 478.

3 de la Constitución hubiese sido posible derivar una adecuada protección para las pretensiones que el demandante había formulado en este caso. El reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia puede suponer un peligro dentro del ordenamiento jurídico ya que muchos son los supuestos de objeción de conciencia con los que se puede llegar a enfrentar el sistema jurídico peruano²⁷⁰.

Consideramos, asimismo, que esta postura se condice con una Constitución que como la nuestra expresa una forma axiológica y una moralidad que aunque no sea unitaria, debe tener como centro la persona humana y su autonomía. Así, debe garantizar que en el ejercicio de sus derechos fundamentales, la persona pueda optar autónomamente por su propio proyecto de vida y justamente en aras de esa garantía a las libertades básicas.

En esta línea, compartimos la idea que los derechos fundamentales ya existentes son suficientes para proteger ámbitos de la persona que van surgiendo por condiciones históricas, culturales y sociales. En consecuencia, lo que varía es la aplicación, interpretación y argumentación, los cuales deben ir considerando las condiciones particulares de una determinada sociedad como la nuestra.

Aunque sea una tarea difícil, es un reto de la justicia constitucional, considerar a las personas como sujetos contextualizados en un país concreto y en una sociedad determinada, que tienen todos los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce para sus miembros, aún reconociendo que algunos de esos derechos revistan una forma jurídica particular. Retomamos lo desarrollado por el profesor Laporta cuando diferencia entre derechos- núcleo, que serían los reconocidos expresamente en el texto constitucional peruano, y los derechos – derivados, “que son aquellos que se pueden considerarse implicados por los derechos – núcleo y que por lo tanto son susceptibles de ser obtenidos deductivamente a partir de estos”²⁷¹.

Consideramos que esta teoría es la que finalmente debe aplicarse, como en el presente caso, cuando las libertades de conciencia y religión así como sus atributos se van extendiendo y recogen un nuevo contenido y límite al mismo, por lo que las libertades referidas si permitían la resolución del conflicto sin la necesidad de crear un derecho a

²⁷⁰ IBID, p. 479. Para un estudio de los supuestos de objeciones de conciencia que pueden darse en un estado democrático, véase AAVV. *Tolerancia y objeción de conciencia en el estado democrático*. Universidad de Alcalá, 1998.

²⁷¹ LAPORTA, 1987: 31.

la objeción de conciencia, pues la objeción solo puede darse en aras de la conciencia y por ende tiene como marco las libertades en cuestión, siendo la objeción una derivación de las mismas.

Siguiendo con Mosquera, coincidimos cuando señala que “se trata por tanto de una técnica jurídica muy adecuada que supone un significativo ahorro legislativo puesto que no es necesario detallar de modo pormenorizado todas las posibles derivaciones, aplicaciones o manifestaciones que un derecho fundamental tiene o puede llegar a tener ya que esas aplicaciones se derivan del contenido principal que ese derecho tiene en el texto constitucional y se complementa con lo dispuesto en los tratados internacionales que han sido ratificados por el Perú”²⁷².

Somos partidarios de esta técnica porque lo contrario implicaría reconocer un derecho genérico a la objeción de conciencia, que no tendría como sustento lo ideológico o lo religioso, sino la posibilidad de cuestionar cualquier mandato jurídico por violentar la conciencia, pero no podemos perder de vista la definición de conciencia que hemos usado, para el presente trabajo, por lo que se trata de situaciones que afectan la *psique* e integridad del ser humano como tal, y no situaciones subjetivas a las que podríamos cuestionar de injustas o con las que podríamos no estar de acuerdo. “El derecho de obrar de conformidad con las propias convicciones forma parte del contenido de la libertad ideológica y religiosa y de que la libertad de conciencia es parte esencial de esas libertades, parece claro que el interés fundamental al que el Derecho sirve se vería completamente destruido si no se permitiera a los individuos negarse a realizar acciones positivas exigibles que directamente vulneraran los principios éticos por ellos asumidos”²⁷³.

El Tribunal Constitucional decide reconocer un derecho a la objeción de conciencia como derivación del derecho a la libertad de conciencia, pero lo configura como un derecho excepcional, ya que de lo contrario “se estaría ante el inminente e inaceptable riesgo de relativizar los mandatos jurídicos”. De ese modo el propio TC intuye lo que se está diciendo en estas líneas, que reconocer un derecho a la objeción de conciencia significa violentar el ordenamiento jurídico al crear un precedente para el no acatamiento de la ley. Por eso dispone que, “la procedencia de la eximencia solicitada

²⁷² MOSQUERA, 2004: 485.

²⁷³ GASCÓN, 1990: 454.

por el objetor debe ser declarada expresamente en cada caso y no podrá considerarse que la objeción de conciencia garantiza *ipso facto* al objetor el derecho a abstenerse del cumplimiento del deber²⁷⁴.

Asimismo, consideramos que esta premisa se condice con las anteriores sobre las que hemos trabajado: el carácter absoluto de los derechos y la posición no conflictiva, pues “lo que se impugna no es pues, la existencia de los conflictos de derechos, sino de su interpretación, y la que propongo induce a considerar todos los conflictos como aparentes: cuando se presenta una supuesta situación de choque entre dos derechos, no se trata en realidad de un autentico conflicto... sino de que en el caso, solo uno de los dos sujetos tienen realmente derecho o, en otras palabras, solo uno de los dos derechos invocados entra realmente en juego”²⁷⁵.

Esto se aprecia, en el fundamento 5 de la sentencia cuando el Tribunal expresamente señala “Es de advertirse que nuestra Norma Fundamental carece de un reconocimiento explícito del derecho de objeción de conciencia, razón por la que resulta imperioso preguntarse si la objeción de conciencia se trataría de un derecho "constitucional" y, por ende, si es susceptible de ser protegido por la vía del amparo. Para arribar a una respuesta frente a la disyuntiva planteada, resulta conveniente recurrir a la doctrina de los derechos "no enumerados" o derechos "no escritos" (el subrayado es nuestro).

La virtualidad del artículo 3 –dice Rodríguez- no consiste en recordar que las normas a las que se remite son fuente de Derecho. Siendo normas que se encuentran en la Constitución, esa, en efecto sería una perogrullada. El gran valor del artículo 3° consiste en que representa el reconocimiento jurídico de que en el Estado Constitucional las disposiciones constitucionales no se agotan en su semántica, sino que la trascienden sobre la base de un tipo de razonamiento que es propio del contenido moral que en ella reside. Dicho de otra manera, en cierto modo, es correcto afirmar que el artículo 3 representa una fórmula con base en la cual el Derecho se pone en diálogo con la moral, solo que con la moral reconocida jurídicamente. Se trata del reconocimiento de la relación dialógica que debe existir entre la literalidad del Derecho y la moral sustantiva por ella reconocida, sobre la base del razonamiento práctico y la argumentación²⁷⁶.

²⁷⁴ MOSQUERA, 2004: 486.

²⁷⁵ MARTÍNEZ – PUJALTE, 1997: 134.

²⁷⁶ RODRÍGUEZ, 2010: 90.

Hasta este punto, retomamos el análisis de la sentencia, que debió analizar las posibilidades que implican el recurso al artículo 3° de la Constitución:

- i) Derechos no enumerados o nuevos, es decir, “atributos, facultades y libertades que, en principio, carecen de conexión o vínculo directo con los derechos objetivos o escritos que aparecen expresamente incorporados a la Constitución. Su reconocimiento, en otras palabras, es totalmente novedoso, importando una autentica creación por parte del operador jurídico”²⁷⁷; o,
- ii) Alcance nuevo de un derecho ya reconocido, lo cual “importa el reconocimiento de derechos que resultan novedosos en su contenido, su estructura o naturaleza no es autónoma sino que en puridad le pertenece a otra mucho más amplia o genérica que, por el contrario, si se encuentra expresamente reconocida en el texto de la Constitución”²⁷⁸.

Sin embargo esta división no es la única que ha reconocido la doctrina, encontrándose también supuestos de derechos no enumerados reconocidos en documentos internacionales o derechos no enumerados (hablando de nuestra Constitución) pero sí reconocidos por tratados a tenor de la IV disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Así, siguiendo a los profesores Rubio, Eguiguren y Bernal, con relación a los comentarios al artículo 3°, existirían cuatro situaciones para los derechos, de un análisis de la jurisprudencia del tribunal: los derechos que están expresamente mencionados en la Constitución, llamados escritos o viejos; los contenidos nuevos de un derecho viejo, derechos que previamente han estado contenidos en un derecho ya existente pero que en virtud del desarrollo social y tecnológico, se independizan como un derecho nuevo; derechos implícitos que serían derechos contenidos en otros derechos escritos pero que se van individualizando como derechos particulares y diferentes; finalmente, los derechos nuevos, que serían los no previstos por la Constitución y dado el desarrollo

²⁷⁷ SÁENZ, 2010: 29.

²⁷⁸ IBID, p. 30.

social y tecnológico, requieren de una protección que antes era innecesaria o impensable²⁷⁹.

El tema de fondo radica en dilucidar cuándo es pertinente el uso del artículo 3° en nuestro sistema, pues del desarrollo jurisprudencial de la sentencia en cuestión aparentemente se trataría de un supuesto excepcional, es decir, “la utilización de la cláusula de los derechos no enumerados, solo debía tener un carácter excepcional... reconduciendo la instrumentalización de la cláusula de derechos no enumerados a un papel excepcional o subsidiario”²⁸⁰.

Como recuerda Sáenz, “ni siquiera el propio Tribunal Constitucional ha sido tan uniforme al momento de desarrollar esta tesis. Aun cuando acepta la consabida distinción, ha tenido enormes problemas al momento de decidir si aplica o no la cláusula de los derechos no enumerados. Lo dicho es especialmente sintomático si se aprecia el razonamiento de la sentencia recaída en el expediente N° 895-2001-AA/TC y de las sentencias emitidas en los expedientes N°s 0008-2003-AI/TC y 3315-2004-AA/TC... mientras que en la primera se hace un esfuerzo por no utilizar el artículo 3° de la Constitución, salvo casos absolutamente excepcionales (fundamentos 5 y 6) en la segunda y tercera ejecutorias se reconoce que aun en el caso de los contenidos implícitos de los derechos ya reconocidos de todos modos debe utilizarse la cláusula en mención (fundamentos 32 y 10 respectivamente). Tal contradicción, por lo pronto, nos anuncia la necesidad de que sea el propio Colegiado quien a futuro precise si se va a recurrir o no a la disposición de construcción para supuestos como los que aquí se comentan”²⁸¹.

Este análisis resulta importante si retomamos lo tratado a lo largo de este trabajo: considerar a la objeción de conciencia como contenido de dos derechos fundamentales, enumerados que nuestra propia Constitución reconoce, cuales son, la libertad de conciencia y religión. Si esta sentencia precisa correctamente el uso del artículo 3°, consideramos que hubiera sido mucho más feliz su hilo conductor si hubiera desarrollado los otros principios a los que alude esta última, es decir, la soberanía del pueblo, el Estado democrático de derecho y la forma republicana de gobierno. Sin

²⁷⁹ RUBIO, EGUIGUREN Y BERNALES, 2011: 806 – 810.

²⁸⁰ SÁENZ, 2010: 31.

²⁸¹ IBID, p. 32.

embargo, no se trata solo de esto, sino que la teoría formulada pueda ser concretizada en cada caso, considerando que los supuestos son muy similares, como los derechos implícitos vs. los contenidos nuevos de un derecho viejo, que aparentemente sería la opción que tomo el Tribunal en la objeción de conciencia.

Siguiendo con Sáenz señala este autor que “... los atributos de carácter innominado deben tener como sustento los principios o cláusulas abiertas incorporadas objetivamente en la Constitución. Tales principios o cláusulas abiertas aparecerán en toda circunstancia como el núcleo central del cual se derivan o desprenden los derechos innominados, dentro de una típica relación de género a especie. En el ordenamiento constitucional peruano, al igual como sucede con algunos otros modelos que nos ofrece el Derecho comparado, la cláusula de construcción incorporada en el artículo 3° no es la única fuente de referencia, pues como ya hemos tenido oportunidad de verificarlo, bien puede tratarse de principios o derechos que aunque han sido plenamente individualizados, sus contenidos han sido concebidos en forma genérica o indeterminada, como sucede con la habilitación para proceder con libertad en función de lo que la ley permita o de acuerdo con lo que ella no prohíba (artículo 2°, inciso 24, literal a) o también con el propio derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2°, inciso 1) [...] En lo que respecta al caso específico del artículo 3° de la Constitución, son cuatro los referentes valorativos de producción o nacimiento de los derechos: la dignidad de la persona, el Estado Democrático de Derecho, el principio de soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno”²⁸².

Aunque no es materia de este trabajo, precisar los alcances del artículo 3° referido, siendo la referencia al mismo en estricta concordancia con la sentencia que nos ocupa, consideramos pertinente recordar cuales son las sentencias que el Tribunal ha desarrollado en alusión a la cláusula de derechos no enumerados.

A continuación haremos un breve repaso de las sentencias más resaltantes de nuestro Tribunal con los fundamentos que este desarrolla en relación al artículo 3°. Así tenemos la sentencia recaída en el expediente N° 2050-2002-AA/TC, Principio del *ne bis in idem*²⁸³, la del expediente N° 2488-2002-HC/TC, sobre derecho a la verdad²⁸⁴, quizás

²⁸² IBID, p. 37 – 38.

²⁸³ En esa sentencia, el Tribunal señala que detrás de la exigencia constitucional de la publicación de las normas se encuentra el principio constitucional de la publicidad, que es un principio

sea la que más desarrolla el tema, el expediente N° 6546-2006-PA/TC, sobre el derecho al agua potable²⁸⁵, declarada improcedente, el expediente N° 0008-2003-AI/TC sobre derechos de los consumidores²⁸⁶, expediente N° 1956-2004-AA/TC, sobre el derecho a

nuclear de la configuración de nuestro Estado como uno "Democrático de Derecho", como se afirma en el artículo 3° de la Norma Fundamental. Y es que lo que verdaderamente caracteriza a un sistema democrático constitucional es su naturaleza de "gobierno del público en público" (N. Bobbio), en el cual, por tanto, en materia de derecho público, la regla es la transparencia, y no el secreto; no existiendo mayor desarrollo del principio citado en toda la sentencia.

²⁸⁴ En dicha sentencia el Tribunal establece que nuestra Constitución Política reconoce, en su artículo 3°, una "enumeración abierta" de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho o de la forma republicana de gobierno. Así, el **derecho a la verdad**, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, **es un derecho plenamente protegido**, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente. Sin perjuicio del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la verdad, éste también ostenta rango constitucional, pues es una expresión concreta de los principios constitucionales de la dignidad humana, del **Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno**.

El derecho a la verdad, en su dimensión colectiva, es una concretización directa de los principios del **Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno**, pues mediante su ejercicio se posibilita que todos conozcamos los niveles de degeneración a los que somos capaces de llegar, ya sea con la utilización de la fuerza pública o por la acción de grupos criminales del terror. Tenemos una exigencia común de que se conozca cómo se actuó, pero también de que los actos criminales que se realizaron no queden impunes. Si el **Estado democrático y social de derecho** se caracteriza por la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, es claro que la violación del derecho a la verdad no sólo es cuestión que afecta a las víctimas y a sus familiares, sino a todo el pueblo peruano. El Tribunal Constitucional considera que el derecho a la verdad proviene de una exigencia derivada del **principio de la forma republicana de gobierno**. En efecto, la información sobre cómo se manejó la lucha antisubversiva en el país, así como de cómo se produjo la acción criminal de los terroristas, constituye un auténtico bien público o colectivo, y también contribuye con la realización plena de los principios de publicidad y transparencia en los que se funda el régimen republicano. Necesarios no sólo para conocer estos luctuosos hechos, sino también para fortalecer el control institucional y social que ha de fundamentar la sanción a quienes, con sus actos criminales, afectaron a las víctimas y en general a la sociedad y el Estado.

²⁸⁵ El Tribunal señaló que aunque la Norma Fundamental no reconoce de manera expresa o nominal un derecho fundamental al agua potable, tal situación no significa ni debe interpretarse como que tal posibilidad se encuentre elidida o diferida. En efecto, como ha sido puesto de relieve en anteriores oportunidades, los derechos fundamentales no sólo pueden individualizarse a partir de una perspectiva estrictamente gramatical o positiva. En la medida en que el ordenamiento jurídico no crea, *strictu sensu*, los derechos esenciales, sino que simplemente se limita a reconocerlos, **su individualización pueden operar no sólo a partir de una opción valorativa o principialista como la reconocida en el artículo 3° de la Constitución Política del Perú sino también apelando a un ejercicio hermenéutico al amparo de una fórmula sistemática o variante de contexto, deducible de las cláusulas contenidas en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos**, muchas de las cuales no sólo contienen derechos adicionales a los expresamente reconocidos en la Constitución, sino que incluso ofrecen contenidos mucho más amplios para aquellos que ya cuentan con cobertura constitucional. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el **Estado Social y Democrático de Derecho**.

Dicha sentencia, incluye un voto singular del magistrado Gonzales Ojeda, quien señala que no existe norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y que a nivel internacional aún se encuentran pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho atributo, se hace permisible acudir, para tal efecto, principalmente a la **opción valorativa o principialista y la cláusula de los derechos implícitos** que le permite servir de referente.

²⁸⁶ El Tribunal desarrollo la directriz de la dignidad de la persona humana, como el valor por excelencia de nuestro orden constitucional, siendo primordial integrarlo al contenido social de la República (artículo 43° la Constitución); el material ético del principio democrático, presente no sólo

la salud y estado democrático²⁸⁷, expediente N° 010-2002-AI/TC, sobre derecho a la prueba, expediente N° 3771-2004-HC/TC, sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y el expediente N° 1417-2005-AA/TC, derecho a la pensión, entre otros.

Autores como la profesora Mosquera consideran que la aplicación del artículo 3°, debe darse cuando se trata de un derecho ya reconocido en la Constitución que, “por las nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, será necesario habilitar una cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales, cuyo propósito no sólo es prestarles reconocimiento sino también la misma protección de que disfrutaban los derechos ya reconocidos”²⁸⁸ tal como lo establece el fundamento 4 de la sentencia N° 895-2001-AA/TC.

El Tribunal reconoce que de las libertades de conciencia y religión surge el derecho de objeción de conciencia, lo cual consideramos es pertinente, puesto que el texto constitucional no detalla todas las atribuciones del derecho, por lo que se requiere el desarrollo jurisprudencial o legislativo. En esa línea, traemos a colación los criterios de

como presupuesto de los derechos políticos, de lo que es ejemplo incuestionable el artículo 35° de la Ley Fundamental, sino también en el ejercicio de los derechos económicos y sociales (v.g. el artículo 28°); el **principio de soberanía popular (artículo 3° y 43°)**; el principio de igualdad, especialmente en su vertiente sustancial, contenida de manera manifiesta en el artículo 59°; y en el caso más concreto de la economía, el principio de economía social de mercado (artículo 58°), amén del bien común.

De modo que, aun cuando nuestra Constitución no lo establezca expresamente, el hecho de que **exista una remisión al Estado democrático de derecho como una fuente de interpretación y también de identificación de los derechos fundamentales de la persona (artículo 3° de la Constitución), hace del principio democrático uno que trasciende su connotación primigeniamente política, para extenderse a todo ámbito de la vida en comunidad.** De esta forma, nuestra Carta Fundamental lleva implícito el reconocimiento de una democracia económica, social y cultural. De verse que **en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen un *numerus apertus* a otras expresiones sucedáneas.**

Así, el artículo 3° de la Constitución prevé la individualización de "nuevos" derechos, en función de la aplicación de la teoría de los “derechos innominados”, allí expuesta y sustentada.

²⁸⁷ Es de verse que en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen un *numerus apertus* a otras expresiones sucedáneas. Así, **el artículo 3° de la Constitución prevé la individualización de "nuevos" derechos, en función de la aplicación de la teoría de los “derechos innominados”, allí expuesta y sustentada.** Queda, en todo caso, por reiterar que aunque la Constitución peruana no consigne expresamente la existencia de un Estado social y democrático de derecho, el mismo es un concepto deducible de los preceptos que **reconocen tanto el Estado democrático de derecho (artículo 3°) como el carácter de República Social (artículo 43°)**. La orientación democrática del Estado no supone, como a menudo se pretende, un componente exclusivamente político, sino elementos de variada connotación. Ello en tanto la Democracia, como valor, no solo puede ser política, sino también social, económica, cultural y, por supuesto, ética. Por su parte, la denominada **República Social no es otra cosa que una forma de gobierno que, además de sustentarse en el poder soberano del pueblo, apunta hacia el bienestar social como objetivo de toda decisión.** De allí que la existencia del Estado social, bien que implícita, resulta inobjetable en sus alcances, siendo necesario un referente para toda decisión en la que sus componentes o elementos puedan encontrarse en entredicho.

²⁸⁸ MOSQUERA: 2004, p. 471.

segundo orden a los que hace referencia el profesor Atienza, referidos a una correcta *teoría de la interpretación* y una adecuada *teoría del Derecho*, que implican la premisa de que es la persona humana el punto de partida y de llegada de la interpretación y que el Derecho siempre debe estar en relación con la Justicia como objeto; es decir, el Tribunal debe desarrollar una hermenéutica constitucional acorde con la estructura de las normas ius-fundamentales y con la teoría del Derecho como Justicia. Aunque es una tarea grande, es la propia Constitución la que habilita esta línea, cuando reconoce que la persona humana es el principio y fin del Estado peruano, lo cual marca el derrotero para la hermenéutica interpretativa. Recordando la citada idea de Massini, “Interpretar significa ir más allá de lo estatuido positivamente, reflexionando según criterios de rectitud que no se pueden extraer del propio derecho positivo. Toda interpretación – continúa- que se haga del derecho positivo significa formarse una idea sobre una parte del derecho justo”²⁸⁹.

Como recuerda Rodríguez, “el artículo 3° C representa el reconocimiento jurídico de que no es necesario que en abstracto se decida si, en última instancia, la formalidad del Derecho y los principios que a ella sirven (la seguridad jurídica, por ejemplo) se deben someter a su axiología material o si debe suceder lo contrario. No es necesario optar por la justicia jurídica o la seguridad jurídica en abstracto. Son solo sus razones casuísticas las que, en determinadas circunstancias, determinarán el sentido de una solución privilegiando uno u otro principio [...] éste es el dialogo que propugna el artículo 3° C. En los supuestos de máxima penumbra en la letra de la Constitución, es preciso recurrir a los valores que, en última instancia, justifican y legitiman el sistema. Ellos servirán de fuente para construir argumentativamente la posición jurídica ius – fundamental que permanecía hasta entonces en la sombra, pero serian además el elemento teleológico que inspira dicha argumentación. Dignidad, democracia, soberanía popular... son fuente, pero son también fin”²⁹⁰.

En conclusión, caben bajo la categoría de los derechos núcleo establecidos constitucionalmente, ciertas atribuciones de derechos que revisten ciertas peculiaridades al momento de su ejercicio y aplicación, y que deben ser evaluadas caso por caso, lo cual hemos considerado que es acorde con el desarrollo que los derechos fundamentales necesitan, en el sentido, que cuanto menos se amplíe el catalogo de los mismos, mayor

²⁸⁹ MASSINI, 2008: 199.

²⁹⁰ RODRÍGUEZ, 2010: 94 – 95.

será su garantía. Esto exige por parte de los tribunales un desarrollo adecuado de la jurisprudencia que permita la tutela de los derechos fundamentales, en particular, de los casos de objeción de conciencia cuya casuística es realmente amplísima.

1.3. Objeción de conciencia y relación con la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad

Según los fundamentos 6 y 7 de la sentencia en cuestión, el Tribunal señaló que:

“Así las cosas, y habiéndose considerado que en virtud de la libertad de conciencia, toda persona tiene derecho a formar su propia conciencia, no resulta descabellado afirmar que uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia esté constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de conciencia, porque de qué serviría poder auto-determinarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia. No permitirle al individuo actuar conforme a los imperativos de su conciencia, implicaría que el derecho a la formación de esta careciera de toda vocación de trascendencia, pues sucumbiría en la paradoja perversa de permitir el desarrollo de convicciones para luego tener que traicionarlas o reprimirlas con la consecuente afectación en la psiquis del individuo y, por ende, en su dignidad de ser humano. De allí que el Tribunal Constitucional considere, sin necesidad de acudir a la cláusula 3° de la Constitución, que el derecho a la libertad de conciencia alberga, a su vez, el derecho a la objeción de conciencia.

El derecho constitucional a la objeción de conciencia, como adelantábamos en el fundamento tercero, permite al individuo objetar el cumplimiento de un determinado deber jurídico, por considerar que tal cumplimiento vulneraría aquellas convicciones personales generadas a partir del criterio de conciencia y que pueden provenir, desde luego, de profesar determinada confesión religiosa” (el subrayado es nuestro).

Ya hemos comentado cómo el Tribunal define que el contenido nuevo de la libertad de conciencia es la objeción de conciencia, sin embargo, el razonamiento del Tribunal no es del todo completo al no quedar claro cuándo es que se acude al artículo 3° de la

Constitución, pues si bien empieza su motivación acudiendo al mismo, termina señalando que en el presente caso, no es necesario acudir a dicha cláusula para reconocer como contenido de la libertad de conciencia la objeción de la misma. “De las afirmaciones precedentes se sigue que no es contradictorio afirmar que la objeción de conciencia es un derecho derivado de la libertad de conciencia y que lo es de la libertad ideológica y religiosa. Si desde el punto de vista material resulta más correcta la primera afirmación, desde la perspectiva constitucional, la segunda parece ser más acertada”²⁹¹.

Sin embargo, este no es el único punto que no nos resulta feliz en la sentencia analizada, un segundo punto lo constituiría el hecho de no delimitar claramente si la objeción es parte de la libertad de conciencia y de religión, pues en su razonamiento si bien distingue en un momento inicial la diferencia entre ambos derechos, termina estableciendo confusamente que la objeción de conciencia es atributo de la libertad de conciencia por confesiones religiosas. Esto último no corresponde, porque hemos dicho que la conciencia es la base sobre las que se ejercen las libertades referidas, pero la libertad de conciencia tiene un contenido distinto de la libertad religiosa, así lo hemos desarrollado y así lo reconoce no solo la jurisprudencia del Tribunal sino la doctrina.

Por ende hubiera sido pertinente establecer que la objeción de conciencia si bien se configura como un atributo o derecho, este no es genérico, sino que se enmarca dentro de ambas libertades y por ende el mandato jurídico a cuestionarse debe tener una afectación intensa a la conciencia de la persona, sea por sus creencias religiosas o no.

Recordemos lo que establecimos en el capítulo I de este trabajo, cuando mencionáramos que:

“La objeción de conciencia no forma parte de ninguna estrategia política, no constituye un modo de información o de presión sobre la opinión pública, no pretende obstaculizar la decisión de la mayoría, en suma, no se propone que los demás compartan y respalden con la fuerza de la ley el imperativo de conciencia individual; tan solo se orienta a preservar la integridad de esta última negando la participación personal en una política que se estima injusta. El motivo de esta restricción me parece bastante claro: se trata de justificar una forma de desobediencia al Derecho basada exclusivamente en la conciencia del individuo,

²⁹¹ GASCÓN, 1990: 103.

incluso en la conciencia errónea, y que no recurre en ningún caso a la eventual injusticia de la norma, a la patologías e insuficiencias del sistema democrático y es evidente que en estas condiciones la decisión solo puede pretender validez para el propio sujeto autolegislator”²⁹².

En el caso en cuestión, el demandante tenía una pretensión de contenido estrictamente religioso, y la libertad religiosa como derecho del demandante era suficiente amparo para establecer la objeción de conciencia por dichas creencias, sin perjuicio que el Tribunal desarrollara dicha figura jurídica enmarcándola también, en la libertad de conciencia.

Al respecto, recuerda Mosquera que,

... en el caso que centra este estudio, el TC no ha utilizado esta cláusula puesto que la considera innecesaria ya que, de un modo suficientemente claro, el derecho a la objeción de conciencia deriva para el alto tribunal, del ya reconocido derecho de libertad de conciencia. Probablemente el punto fundamental para conectar ambos derechos es la terminología utilizada, y es que en ambos se menciona la palabra conciencia, pero eso no es suficiente para afirmar que uno deriva del otro. Dice el TC que, “de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia”. Lo cual a sensu contrario viene a significar que, en todos aquellos casos en que la conciencia se encuentre violentada por la ley, bien por razones ideológicas o religiosas, existiría un derecho al incumplimiento de la norma ya que el derecho de autodeterminación en la formación de las ideas así lo permitiría²⁹³.

Quizás este sea también uno de los puntos cuestionables de la sentencia, la remisión a la capacidad de autodeterminación de la persona que va de la mano con el principio de libre desarrollo de la personalidad, al que hace referencia la sentencia en su fundamento 3, cuando señala que:

²⁹² IBID, p. 222 – 223.

²⁹³ MOSQUERA, 2004: 472. Recordamos en este punto lo que la CEDH ha dicho en relación al término “manifestar”, pues no todo acto motivado por mis creencias religiosas está protegido por el contenido del derecho de libertad religiosa.

“El libre desarrollo de la personalidad del individuo implica que en el transcurrir de la vida la persona vaya formándose en valores o principios que den lugar a la generación de un propio cúmulo de criterios e ideas. El Estado Constitucional de Derecho resguarda que el forjamiento de la propia conciencia no conlleve perturbación o imposición de ningún orden, ni siquiera de aquellos postulados éticos o morales que cuenten con el más contundente y mayoritario apoyo social, pues justamente, una condición intrínseca al ideal democrático lo constituye el garantizar el respeto de los valores e ideas de la minoría”.

El principio de libre desarrollo de la personalidad es un principio desarrollado por el Tribunal Constitucional en el expediente recaído en la sentencia N° 007-2006-PI/TC, por el que se determinó que dicho principio constituía un derecho fundamental innominado o implícito, con sustento en la dignidad de la persona. Podríamos decir que este derecho al igual que en el caso en análisis, cuando se vale del artículo 3 de la Constitución, podría no haber sido necesario, al existir el artículo 2, inciso 1 de la Constitución, que reconoce el derecho al libre desarrollo y bienestar. En dicha sentencia el colegiado señaló, en los fundamentos 45 al 48 que:

“El *derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad* no se halla enunciado literalmente en la Constitución de 1993, como sí lo estuvo por la Constitución de 1979. En efecto, el artículo 2°, inciso 1, de ésta establecía que toda persona tiene derecho:

“A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al *libre desenvolvimiento de su personalidad*” (énfasis añadido).

Aun cuando el artículo 2, inciso 1, de la Constitución vigente, cuando menciona el derecho de la persona al “libre desarrollo y bienestar” pudiera interpretarse como alusivo al libre desenvolvimiento de la personalidad, tal interpretación no sería del todo correcta ya que *desarrollo* y *bienestar*, dotan de un contenido o, al menos, de una orientación, en los que habría de interpretarse la libertad de actuación. Por el contrario, el objeto de protección de la libertad de actuación es la simple y llana conducta humana, desprovista de algún referente material que le otorgue algún sentido –desarrollo y bienestar-. Por ello,

corresponde examinar si hay otra vía a efectos de considerarlo como un derecho conformante de nuestro ordenamiento constitucional.

El libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un *derecho fundamental innominado o implícito* que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona (arts. 1 y 3, Constitución). En efecto, la valoración de la persona como centro del Estado y de la sociedad, como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que deba estarle también garantizando la libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad.

El Tribunal Constitucional alemán, en el célebre caso Elfes 294[4], interpretar este clásico enunciado de la *Ley Fundamental* alemana, -la Constitución de ese país- en su artículo 2.1, entendiendo que el contenido o ámbito de protección del derecho al *libre desenvolvimiento de la personalidad* comprende la “libertad de actuación humana en el sentido más amplio”, la “libertad de actuación en sentido completo”²⁹⁵[5]. Se trata, entonces, de un “derecho autónomo que garantiza la libertad general de actuación del hombre”²⁹⁶[6] y que no se confunde con la libertad de la actuación humana “para determinados ámbitos de la vida” que la Constitución ha garantizado a través de específicos derechos fundamentales ²⁹⁷[7], tal como sería el caso de las libertades de expresión, trabajo, asociación, etc.”.

Consideramos que en el presente caso no era necesario acudir a un principio adicional como es el de autodeterminación y desarrollo de la personalidad. El Tribunal bien pudo empezar escudriñando un posible concepto jurídico de conciencia funcional a efectos de las libertades en cuestión. Asimismo, era suficiente la recurrencia al principio de dignidad de la persona y a los principios que el artículo 3° invoca, si es que hubiese sido necesario hacer uso de la cláusula de *numerus apertus*. Siguiendo a la profesora Gascón podemos decir que,

“Una vez demostrado que pueden surgir conflictos de conciencia derivados de la adopción de determinada ideología o de una determinada religión, debemos abordar el segundo problema planteado, esto es, si de la dependencia de la conciencia de la ideología y/o religión se deriva un peculiar concepto constitucional de conciencia. La respuesta a esta cuestión ha de ser afirmativa. La conciencia protegida por el artículo 16.1 ha de encuadrarse necesariamente en una religión o en una ideología”²⁹⁸.

Decimos esto porque consideramos que el principio de auto-determinación, si bien podría estar en la base de cualquier derecho, siguiendo al profesor Nino, dicho principio implica que la persona elija planes de vida e ideales de excelencia personales, proscribiendo la actividad del Estado de imponer modelos de virtud o formas de vida. Aunque discrepamos de la polarización de dicho principio por parte de dicho autor, en cuanto a opciones de vida que dañen a la misma persona, el punto fundamental radica en que se trata de elecciones libres en las cuales el Estado no puede interferir.

Sin embargo, la objeción de conciencia tiene suficiente espacio dentro de las libertades de conciencia y religión, para alzarse como un atributo que le permita a la persona exonerarse de mandatos jurídicos. No se trata de elecciones libres en las cuales el Estado interfiere, sino de creencias fundamentales que son vaciadas de contenido frente a mandatos jurídicos que el Estado impone, sin perjuicio de que dichos mandatos impliquen la imposición de ideales de virtud. Así como la “cláusula de derechos no enumerados es un recurso subsidiario para el reconocimiento de nuevos ámbitos ius – fundamentales, y en el caso de la libertad general de acción es innecesaria, pues puede ofrecerse una interpretación correcta para adscribirla al enunciado constitucional que reconoce el derecho al libre desarrollo y bienestar (artículo 2º, inciso 1 de la Constitución)²⁹⁹.

2. La objeción de conciencia y las sentencias N° 3283-2003-AA/TC, N° 2700-2006-PHC/TC, N° 05680-2009-PA/TC, N° 06111-2009-PA/TC y N° 00928-2011-PA/TC

²⁹⁸ GASCÓN, 1990: 193.

²⁹⁹ SOSA, 2010: 143.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado en todas estas sentencias básicamente la libertad religiosa siendo la mencionada en los párrafos anteriores la única sentencia que crea, regula y desarrolla jurisprudencialmente la objeción de conciencia. Las sentencias que el Tribunal ha desarrollado posteriormente hacen referencia a temas que si bien tienen como premisa la libertad religiosa, no son ejercicio de la objeción de conciencia. Así el Tribunal ha desarrollado el principio de colaboración entre el Estado y la Iglesia (principio de laicidad), la libertad en la práctica de ritos, la asistencia religiosa en cárceles, la presencia de crucifijos en entidades estatales, entre otros.

En el capítulo anterior se hizo un recorrido sobre el estado de la cuestión en torno a estas sentencias que si bien desarrollan las libertades de conciencia y religión en relación con otros principios de nuestro ordenamiento, resulta curioso cómo no vuelven a regular, desarrollar y/o tratar la objeción de conciencia.

La sentencia que siguió a la objeción de conciencia fue la N° 3283-2003-AA/TC, donde se trajo a colación los derechos de libertad de conciencia y religión, de trabajo y de empresa. Consideramos que no era necesario que dichas sentencias acudieran a dos principios distintos, que si bien van de la mano, no se condicen en sus fundamentos, cuando se cita un autor iusnaturalista y otro liberal. Más allá de la cita de autores, lo importante es la argumentación y el razonamiento que el Tribunal hace del sustento de dichas libertades. Por un lado, la ontología nos remite a dignidad, como mencionáramos en el capítulo I y la autonomía nos remite, en la línea del profesor Nino, a una serie de principios liberales que se entrelazan con el principio de autonomía, de inviolabilidad, de ausencia de dolor. Incluso el principio de dignidad es tratado como la aceptación de una restricción de la autonomía de la persona cuando esta deriva de la propia voluntad, de una decisión adoptada autónomamente, lo cual dista mucho de la posición del profesor Hervada. Nuestro punto es que el Tribunal necesita dar razones que justifiquen sus decisiones.

Un segundo punto de la sentencia es la libertad religiosa formulada en términos individuales y colectivos, relacionando dicha libertad fundamentalmente con el ejercicio colectivo de la fe, identificando como un atributo nuevo de la libertad religiosa, la libertad de culto, que es la manifestación del ejercicio público de una confesión, dándole un contenido propio, siendo el único límite de dicha libertad los propios del artículo 2°, inciso 3, la moral y el orden público.

Así, aunque parezca evidente, la libertad religiosa que nuestra Constitución consagra, conlleva algunos atributos propios e individualizables como el: profesar una creencia religiosa, facultad de abstenerse en profesar alguna creencia o participar en el culto religioso, la facultad de poder cambiar de creencia religiosa; la facultad de declarar públicamente la vinculación con la creencia religiosa o de abstenerse de manifestar la pertenencia a alguna, la objeción de conciencia y la libertad de culto. De todo ello, la objeción de conciencia es la que posee un contenido mas propio y específico, pero cuyo derecho matriz es necesariamente las libertades de dicho artículo, porque *prima facie* resultaría incongruente predicar dichas libertades fuera del ámbito religioso, aunque para un sector de la doctrina, en el caso de la objeción de conciencia este tema no debería enmarcarse solamente en dichas libertades sino que podría ampliarse a otros supuestos. Esto último va de la mano con lo que el Tribunal y el legislador desarrollen de manera coordinada.

Como señala Gascón, “la configuración abstracta que el constituyente realiza del derecho ha de ser delimitada en su contenido, esto es, concretizada por el legislador... si bien siempre habrá casos que claramente queden dentro del contenido delimitado y casos que claramente queden fuera, la zona difusa será siempre más amplia, más de lo habitual en otras delimitaciones de derechos fundamentales, y los problemas deberán resolverse caso por caso”³⁰⁰.

Aunque trataremos más adelante la opción que el legislador ha tomado para el caso peruano, a nivel doctrinal se ha generado un debate para determinar si efectivamente la objeción de conciencia puede abarcar otros supuestos, como serian los motivos políticos³⁰¹ por ejemplo, o el cuestionamiento de normas fiscales.

³⁰⁰ GASCÓN, 1990: 299 – 300.

³⁰¹ La profesora Gascón comenta el concepto de objeción selectiva originada en Estados Unidos a raíz de la guerra de Vietnam, en el servicio militar obligatorio. “En un sentido más general, la objeción selectiva puede ser definida como el rechazo al uso de la violencia física militar en tanto en cuanto ese uso se practique bajo determinadas condiciones. Parece así una desobediencia más peligrosa para el orden jurídico, ya que suele implicar una crítica a una política determinada de Gobierno, con su consiguiente pérdida de legitimación (mas por influencia que en la opinión pública puede tener la actitud de los objetores que por la mera desobediencia de estos) y eficacia (Gascón: 1990, p. 304).

Cfr Roca, Guillermo. *La objeción de conciencia en la Constitución Española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. El autor desarrolla los casos de objeción de conciencia y el servicio militar en Estados Unidos, cita el caso USA vs. Seeger (1965), donde el Tribunal Supremo determino que era legitimo excluir los motivos no religiosos en la objeción de conciencia, desarrollándose una noción amplia de religión, que fue reformada, ampliándose aun mas en el caso Welsh vs. USA (1970), en donde lo religioso da cabida a lo moral y filosófico, que según comentario del profesor Roca, pareciera

Siguiendo a Gascón, coincidimos cuando señala que:

[...] la objeción de conciencia basada en convicciones exclusivamente políticas parece alejarse de lo que, en rigor, puede entenderse como motivos de conciencia. Con frecuencia se señala que no parece que haya una necesidad humana fundamental basada en la mera discrepancia entre las convicciones políticas personales, meras opiniones incapaces de generar un mandato ético de carácter vinculante³⁰².

Otro punto importante que el Tribunal define son los principios que rigen el profesar una religión, como son la inmunidad de coacción, la no discriminación y el principio de no lesión de los derechos de terceros. Sin embargo, ambos principios ya están recogidos en la Constitución y suficientemente desarrollados. El primero en el mismo artículo 2°, inciso 3, cuando se señala la no persecución por ideas o creencias, trae como correlato la libertad de actuar conforme a ellas y no ser obligado a lo contrario. El segundo, está establecido en el artículo 2°, inciso 2, y ha sido ampliamente desarrollado por el Tribunal. El tercero se desprende de todo el texto constitucional, el ejercicio de un derecho parte de un contenido, de una estructura y aunque asumimos la tesis no conflictivista, que no acoge el Tribunal, se entiende que si el ejercicio de derecho trae como consecuencia el conflicto con otro, entonces, eso se resuelve en el caso concreto.

Entonces: ¿porqué crear principios que rijan la libertad de religión? Es correcto que ambos rijan el ejercicio de la libertad religiosa, pero crearlos como principios específicos para este caso, consideramos que no es necesario y si el Tribunal lo cree así, entonces sus razones deben justificar su decisión.

La siguiente sentencia señalada en el capítulo precedente, corresponde al expediente N° 2700-2006-PHC/TC, en la cual si bien entre los derechos que se alegan no está propiamente el de libertad de conciencia o religiosa, el Tribunal realiza una remisión importante a la sentencia N° 0256-2003-HC/TC. En ella se señaló los aspectos de la

excluir solamente las convicciones poco profundas por motivos de pragmatismo y conveniencia). Sera en el caso de Gillette vs. USA (1971) el hito sobre la objeción selectiva, señalándose que es la voluntad del Congreso conceder la exención solo a quienes se oponen a la guerra en cuanto tal y no a una guerra en particular y que las cargas sobre la libertad religiosa se justifica cuando existe un *substantial government interest*.

³⁰² GASCÓN, 1990: 300.

libertad religiosa, en su dimensión negativa y positiva, para establecer una relación entre la práctica cultural y la asistencia religiosa, como dos facetas del derecho, creer y el practicar, básicamente por la trascendencia de la convicción religiosa que se exterioriza, y conecta el derecho a la asistencia religiosa como fundamental para la dignidad de la persona humana, por la trascendencia que tiene la consejería espiritual y la práctica de la fe y de las creencias religiosas como medios de rehabilitación y reincorporación de la persona en sociedad. Aunque hay un análisis importante en la asistencia religiosa como parte de la libertad en cuestión, esta sentencia en ningún momento hace referencia a la objeción de conciencia ni la vincula con los argumentos de la sentencia.

La siguiente sentencia que hemos tratado es la recaída en el expediente N° 05680-2009-PA/TC, en la que se alega el derecho a no ser discriminado por motivos de religión. Un punto importante que señaláramos al hacer la reseña de la sentencia, es que nuestro colegiado vuelve a explicar que las libertades de conciencia y religión tienen contenido distinto, haciendo énfasis en la concepción deontológica o estimativa de la vida, que está ligada a la percepción ética o moral, frente al tema propiamente religioso, donde habla de convicciones, creencias y dogmas en torno a la divinidad. Sin embargo, una precisión que el colegiado hace, a destacar, es la separación entre el fuero interno y el externo, siendo la libertad de conciencia una libertad interna que no trasciende, mientras que la libertad religiosa sí lo hace, para luego señalar que cuando la libertad de conciencia trasciende la esfera interna, entonces se está ante un supuesto de objeción de conciencia.

Lo primero que nos llama la atención es la falta de una adecuada comprensión de las instancias judiciales inferiores sobre los derechos en cuestión porque no reconocen que los derechos invocados eran constitucionales, sino solo legales, “es lamentable que un caso de estas características haya pasado por las instancias judiciales inferiores sin que nadie haya comprendido el valor constitucional”³⁰³.

Un segundo punto, parte de entender que por más cuestión deontológica, la libertad de conciencia puede exteriorizarse, como de hecho lo hace, y ello no implica un ejercicio de la objeción de conciencia, necesariamente. En este punto, creemos que el razonamiento del Tribunal pudo ser mejor, pues ya había definido, aunque solo en una

³⁰³ MOSQUERA, 2011: 3.

sentencia, los alcances de la objeción de conciencia, como la posibilidad de no cumplir determinado mandato jurídico por contravenir estos con la conciencia de la persona, sea que este albergue ideas, creencias de carácter religioso o no. “En la libertad de conciencia tenemos al pensamiento convertido en juicio crítico, en juicio de conciencia, en juicio sobre el significado del bien y del mal, sobre el valor de la verdad. Es cierto que la conciencia puede tener también un ámbito interno pero en puridad estamos ante una dimensión externa del derecho, que se comunica, que se comparte, que se exterioriza”³⁰⁴.

Si el propio Tribunal desarrolló en la sentencia previa que la objeción de conciencia subyacen las libertades de conciencia y de religión, consideramos un retroceso, el establecer que la primera es interna y la segunda externa, porque pareciera que son dos libertades que se despliegan en dos facetas distintas de la persona; esto no es posible porque las ideas y creencias de contenido ético y moral que no tienen sustrato religioso, son tan susceptibles de manifestarse externamente y exteriorizarse mediante actos concretos, no serán actos culturales, pero se pueden dar a conocer. Con ello la objeción de conciencia no es la propiamente la exteriorización de la libertad de conciencia, esta ya se puede haber manifestado externamente, mas bien, con la objeción de conciencia lo que hacemos es pedir la exoneración en el cumplimiento de un mandato y exponemos de manera clara y evidente nuestra conciencia y los motivos éticos, morales, deontológicos y/o religiosos que subyacen y se encuentran en esta, para poder fundamentar porque no podemos cumplir con el mandato jurídico.

Como señala Mosquera, “en mi opinión, si se desconoce la estrecha relación que media entre la libertad de conciencia y la toma de posición en materia religiosa, se comete el error del TC, vincular la objeción de conciencia a la dimensión externa de la libertad de conciencia desconociendo que las razones por las cuales se puede objetar son casi siempre de contenido religioso y por tanto obligan por lo menos a aceptar que la relación entre esas dos libertades, conciencia y religión, es más estrecha de lo que el TC dice”³⁰⁵.

La siguiente sentencia que nos toca analizar, es la recaída en el expediente N° 06111-2009-PA/TC. Aunque tampoco se trata de un caso de objeción de conciencia en

³⁰⁴ IBID, p. 8.

³⁰⁵ IBID, p. 9.

puridad, el Tribunal sigue expandiendo los alcances de la libertad religiosa y en particular, su relación con el principio consagrado en el artículo 50° de nuestra Constitución. Los derechos materia de análisis son el derecho a la igualdad, a no ser discriminado por razón de religión, opinión o de otra índole. Un primer punto a destacar, es la referencia a la jurisprudencia internacional tanto del sistema interamericano como del europeo, en el tratamiento de la libertad religiosa, en particular al primer sistema, por mandato expreso de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

De los casos internacionales como el de Lautsi, consideramos importante la postura que se toma en dicho caso, respecto a la presencia de los crucifijos, como elementos religiosos pasivos que no constituyen forma alguna de adoctrinamiento. Casos similares europeos sobre presencia de crucifijos y que son relevantes, puesto que siguen la interpretación que realizó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (donde llegó el caso Lautsi), son, entre otros, uno de Austria resuelto por el Alto Tribunal, que determinó en la sentencia G 287/09 que “la cruz es un símbolo propiamente cristiano, pero su exposición no indica preferencia del Estado hacia una confesión religiosa en desmedro de otra; otro caso europeo, es el del Tribunal Constitucional español, en la sentencia 34/2011³⁰⁶, promovida mediante recurso de amparo N° 5701-2006, en donde se desarrolla dos vertientes de la libertad religiosa: objetiva como neutralidad de los poderes públicos (que en el caso peruano va de la mano con el principio del artículo 50° de la Constitución sobre la correcta laicidad del Estado peruano), y subjetiva, donde el Tribunal español señala:

“Así, según dijimos en la STC 177/1996, de 11 de noviembre (FJ 9), la libertad religiosa "garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual", y asimismo,

³⁰⁶ “El recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 25 de abril de 2006, que confirmó en apelación la dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Sevilla, de 21 de marzo de 2005, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden del Consejero de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, de 23 de abril de 2004, que declaró la adecuación a la legalidad de los estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla aprobados en Junta General extraordinaria de 30 de enero de 2004, de los que su art. 2.3 in fine y la disposición transitoria tercera fueron objeto de impugnación”. <http://www.tribunalconstitucional.es/fr/jurisprudencia/Pages/Sentencia.aspx?cod=16301>

junto a esta dimensión interna, esta libertad "incluye también una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros" que se traduce "en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso" (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4), tales como las que se relacionan en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa, relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades. Se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del art. 16.2 CE de que "nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias".

Asimismo, el Tribunal español respecto a los símbolos, define que:

“... todo signo identitario es el resultado de una convención social y tiene sentido en tanto se lo da el consenso colectivo; por tanto, no resulta suficiente que quien pida su supresión le atribuya un significado religioso incompatible con el deber de neutralidad religiosa, ya que sobre la valoración individual y subjetiva de su significado debe prevalecer la comúnmente aceptada, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el sentido de los símbolos, que siempre es social. En este mismo sentido, la muy reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de marzo de 2011, caso Lautsi y otros contra Italia -que ha juzgado sobre la presencia de crucifijos en las escuelas públicas italianas- pone de relieve que, en este ámbito, la percepción subjetiva del reclamante por sí sola no basta para caracterizar una violación del derecho invocado (§ 66)”.

Esta referencia la hemos realizado porque consideramos importante el desarrollo jurisprudencial que ha tenido este tema en países que han tenido un proceso de secularización importante, y sin embargo han considerado que la presencia de símbolos religiosos no afecta la libertad religiosa en ninguna vertiente. El punto radica en la argumentación que realizan dichos tribunales para llegar a esa conclusión y que consideran en sus fundamentos el elemento personal y social.

Al respecto, señala Mosquera que,

“Es relativamente fácil visualizar que la religiosidad del acto sobre el que se pide protección la determina el sujeto titular del derecho por eso encontramos peticiones que solicitan el manto protector de la libertad religiosa para actos que, ejercidos por otras personas no tendrían significación religiosa alguna. De ahí que el derecho de libertad religiosa este sujeto de un modo especial a la necesidad de interpretación dinámica y evolutiva de su contenido. De nada serviría utilizar ahora criterios de la moral, la salud y el orden público para establecer el limite al ejercicio de ese derecho si no considerásemos a esos factores limitadores en atención a las situaciones sociales, económicas o políticas que existen en el momento de la interpretación”³⁰⁷.

A diferencia de aquellos países, el nuestro si bien ha avanzado en el reconocimiento de la libertad religiosa, no ha sido objeto de un proceso radical de secularización, aun y por ende los espacios públicos y los espacios estatales públicos mantienen una serie de símbolos religiosos. Sin embargo, cabría diferenciar un espacio público de un espacio igualmente publico pero que está bajo la jurisdicción del Estado, espacios propiamente estatales, precisión que el Tribunal no realizo en su sentencia. En esa línea, consideramos que en estos últimos es donde procede la aplicación del artículo 50° de la Constitución y el desarrollo del principio de laicidad del estado, principio que hemos desarrollado en el capítulo II de este trabajo.

El presente caso no es uno de objeción de conciencia, no hay ningún atentado contra la misma o una norma que le obligue a actuar en contra de sus principios, convicciones o creencias, no hay ninguna obligación jurídica que el deba cumplir en contradicción con su conciencia, lo que hay es presencia silenciosa y pasiva de una serie de símbolos religiosos, incluso el mismo demandante alega que su mente “asocia los símbolos religiosos de los tribunales peruanos con la Inquisición y lo que sufrió cuando fue detenido, torturado, procesado y sentenciado por el delito de traición a la patria y terrorismo”, es decir, se trata de una cuestión subjetiva que como dijo el Tribunal español, en el caso que citamos, “la percepción subjetiva del reclamante por sí sola no basta para caracterizar una violación del derecho invocado”.

³⁰⁷

MOSQUERA, 2009: 118.

En este caso, no existe ningún mandato que le obligue a actuar en contra de su conciencia, a aceptar una religión que no profesa, que exista injerencia a que adopte cierta postura ideológica, religiosa. Así, se pregunta Mosquera “¿qué hay de la libertad de conciencia? ¿Es su derecho a tener un juicio práctico que le dicta el modo de actuación en coherencia con su libertad de pensamiento lo que se ha visto limitado en el caso concreto? Es decir, ¿se le está pidiendo actuar en contra de su conciencia? Lo cierto es que no, pues no se pide de el ningún comportamiento activo, ningún grado de acatamiento a una norma, nada en la simple exhibición del crucifijo o la Biblia en salas o despachos del Poder Judicial implican que las personas deban rendirles reverencia, realizar algún rito conforme a ellos, ni tan siquiera considerarlos verdaderos. En principio no ha habido lesión a la libertad de conciencia”³⁰⁸.

En esa línea, el recurrente señala que no existe norma, reglamento, dispositivo o directiva que ordene, sugiera o recomiende la colocación de símbolos religiosos, llámese crucifijo o Biblia, en los despachos y tribunales de justicia; sin embargo, si existe una tradición, una presencia histórica, cultural y de reconocimiento al aporte que la Iglesia Católica y la religión católica han tenido en la formación del país, esto es lo que subyace a dicha presencia y no la imposición de la religión católica a las personas que trabajen, asistan o ejerzan sus derechos en el Poder Judicial, incluso la juramentación sobre dichos símbolos, no busca la creencia en ellos o el influenciar de manera solapada en la conciencia de las personas, sino que se trata de una forma de ligar dichos símbolos con la obligación de decir la verdad en un proceso judicial, lo importante en ello es la declaración de la verdad.

Un punto importante a desarrollar que la sentencia toca es la referencia a la Ley de Libertad Religiosa, Ley N° 29635, que en su artículo 3° recoge una serie de manifestaciones de dicho derecho, que incluyen lo desarrollado por el Tribunal en la sentencia N° 3283-2003-AA/TC, lo cual denota las relaciones entre la legislación y la jurisprudencia constitucional, que sobre este tema será desarrollado en el punto siguiente de nuestro trabajo, centrándonos en la objeción de conciencia. Consideramos acertada la referencia al principio de laicidad del Estado, cuando menciona la libertad religiosa porque dicho derecho está estrechamente ligado este principio, por las

³⁰⁸

IBID, p. 124.

relaciones entre el Estado y la religión, y el principio de pluralismo religioso, desde el modelo constitucional peruano.

Coincidimos con el razonamiento del Tribunal cuando señala que la presencia de un crucifijo si bien puede tener un significado religioso, por la tradición histórica y la presencia de la Iglesia católica en particular, ello no significa que cualquier persona que ingrese a las instalaciones del poder judicial, se vea coaccionado en su libertad religiosa para profesar la religión católica o no pueda ejercer alguna de las manifestaciones que esta consagra sea jurisprudencialmente y/o legislativamente. Asimismo, coincidimos que un estado laico, dentro del desarrollo del principio de laicidad como lo hemos entendido en el capítulo II del presente trabajo, implica una serie de relaciones entre las iglesias y el Estado, que con esta sentencia, hubiesen podido ser mejor explicadas en atendiendo al caso concreto, puesto que si bien hay un reconocimiento particular de la Iglesia Católica en la formación del Perú, no es menos cierto que la ley de libertad religiosa ya plantea otras relaciones que permiten entender mejor la correcta laicidad del Estado, y que hubiesen sido útiles al desarrollo del caso.

Además, recuerda Mosquera, no podemos olvidarnos que el de libertad religiosa, aunque tiene esencia propia como derecho subjetivo y autónomo, es un derecho que debería ser interpretado en combinación con los efectos que despliegan los principios del derecho eclesiástico sobre todo el ordenamiento jurídico; libertad religiosa sí, pero ejercida dentro de la defensa de un modelo de relaciones que respeta la cooperación positiva con las entidades religiosas, establece acuerdos de cooperación con ellas, sin discriminación pero reconociendo la presencia mayoritaria de una confesión, hasta que eso no cambie la diferencia de trato tendrá un justificado asidero cuando se haga sin arbitrariedades³⁰⁹.

Coincidimos, asimismo, con el Tribunal cuando plantea que la sola presencia de un símbolo religioso no implica coacción alguna para que alguien actué en contra de sus convicciones, al contrario, de ser este el caso se podría pensar en un supuesto de objeción de conciencia por motivos religiosos, al afectarse la libertad religiosa, lo cual no ocurre con la presencia de símbolos religiosos; y que coincide con la línea jurisprudencial desarrollada por las cortes internacionales. En tal sentido, si a la persona

³⁰⁹ MOSQUERA: 2009, p. 118.

se le obligara a juramentar sobre la Biblia por ejemplo, por más que esta represente un esfuerzo por acercarse a la verdad como valor en el sistema de justicia, existiría la posibilidad de objeción de conciencia, siempre y cuando no exista una prestación sustitutoria que permita eximirse del juramento o que permita la juramentación por otros medios.

Finalmente, la última sentencia que analizaremos en la del expediente N° 00928-2011-PA/TC. Tampoco es un caso de objeción de conciencia, sino más bien un caso en el que se manifiesta el derecho de los padres a educar y orientar en lo religioso y en lo moral a sus hijos, potestad reconocida constitucionalmente en el artículo 13°. Por otro lado, nos parece interesante que el colegiado no entre al análisis en materia canónica, por no corresponderle y porque no tiene injerencia en los Obispos, que a tenor del Código de Derecho Canónico, son jurisdicción de la Iglesia Católica; así nos parece interesante que el Tribunal analice el tema, desde una cuestión fáctica e histórica, como resultaría el registro bautismal, sin darle a este alguna connotación religiosa, pero sobretodo estableciendo que el ejercicio de la libertad religiosa no se encuentra condicionado a dicho registro, lo cual no implica que una persona pueda acudir a las instancias de la Iglesia Católica a solicitar la cancelación del registro.

Sin embargo, esta salida podría a la larga afectar la libertad religiosa, porque si bien el acto material de ejercicio del derecho se puede dar, formalmente el hecho histórico ha quedado. El tema es si ante dicho hecho, dado los alcances del presente trabajo, corresponder plantear una objeción de conciencia. De la descripción de la institución, no existe mandato jurídico de por medio, como tampoco existe objeción de conciencia de un tercero, porque la conciencia vulnerada, no es la del niño sino la del padre. En todo caso, si el niño crece, a él le corresponderá plantear el tema jurídicamente, pero no ante la jurisdicción nacional, sino ante las instancias canónicas que tienen jurisdicción para anular este registro.

3. Principales supuestos de objeción de conciencia

Hemos hecho un repaso por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y hemos constatado que los casos presentados, si bien son sobre las libertades de conciencia y religión, solo el primero de ellos se constituyo como uno de objeción de conciencia y es

que ninguno de ellos encaja con los elementos constitutivos de la objeción, pero tampoco se han presentado en nuestro ordenamiento casos que si han sido materia de análisis en instancias judiciales internacionales. El péndulo oscilara entre la conciencia personal y el mandato jurídico, que se pretende incumplir.

Un supuesto de objeción de conciencia, lo constituye por ejemplo, el secreto de confesión, supuesto que ya ha sido reconocido en España como un “derecho de los sacerdotes católicos y de los ministros religiosos de otras confesiones, a no declarar sobre los hechos que les han sido comunicados en el ejercicio de su ministerio”³¹⁰. La confesión es una institución prevista, en la Iglesia Católica, y regulada en los cánones 983-984 del Código de Derecho Canónico y en el numeral 1467 y siguientes del Catecismo de la Iglesia Católica y básicamente consiste en la declaración por voluntad propia de ciertos actos que la persona reconoce como pecados, y discierne según su conciencia como malos. Por su parte este acto de confesión implica para el sacerdote el deber de guardar reserva sobre lo declarado, una reserva conocida como secreto o sigilo.

Por ende, un sacerdote católico o de cualquier confesión religiosa podría ampararse en la objeción de conciencia para no revelar lo escuchado en una confesión, si es que dicha obligación nace de un mandato legal o judicial y es que para el sacerdote la divulgación de lo confesado constituye un quebrantamiento de su conciencia, no solo por la imposición canónica de sigilo, sino por la interiorización del sacramento y de los efectos que este tiene para la persona que se confiesa. Nos resulta un tema muy interesante el reconocimiento de este derecho, pues si bien se trata de una cuestión inteligible, que implica cuestiones que van más allá de lo jurídico, como es el caso de la teología sacramental, los ordenamientos jurídicos reconocen el peso que este tema tiene para las personas y que son imprescindibles de cautelar.

De este modo, dice Martínez – Torrón, “por otro lado, si en su origen la tutela del secreto ministerial obedecía a motivos relacionados con la autonomía de la Iglesia católica (o de otras iglesias), más recientemente el derecho comparado muestra su razón de ser se encuentra en la conexión entre dos derechos individuales: libertad religiosa y privacidad, ambos reconocidos explícita o implícitamente, por diversas vías, como derechos constitucionales”³¹¹.

³¹⁰ MARTÍNEZ – TORRÓN, 2005: 14.

³¹¹ IBID, p. 15.

Otro supuesto común de objeción de conciencia es el referido al servicio militar. En este aspecto debemos considerar si es que el ordenamiento jurídico obliga a este, o si obligando a este plantea una prestación sustitutoria que no sea la realización de dicho servicio. Al respecto, recuerda Gascón que “la delimitación del legislador ha de centrarse, obviamente, en la definición de lo que cabe entender por conciencia... la conciencia que fundamenta la negativa al cumplimiento del servicio militar no tiene, como la cláusula de los periodistas y a diferencia del resto de los supuestos de objeción, necesariamente que depender de un concreto sistema ideológico o religioso, con lo que se da entrada a un concepto de conciencia indudablemente más amplio, pero que en todo caso habrá de conservar la referencia moral”³¹².

El tema de conciencia en este caso, puede tener muchas aristas, es decir, puede ser una cuestión de conciencia genérica, de no aceptar ningún tipo de guerra o violencia; podría tratarse de un caso de conciencia en una guerra particular, por considerarla injusta o políticamente incorrecta, se trataría de “la objeción a una guerra particular por motivos estrictamente éticos, y no solo por motivos políticos, derivados de la discrepancia con la política exterior seguida por el gobierno, o, en su caso, con la actuación militar en el interior del propio país”³¹³.

Consideramos que en estos casos, como lo hemos señalado, si existe prestación sustitutoria, no hay objeción porque no existe obligación de hacer algo que atente contra la conciencia personal. Sobre el segundo caso, si bien ha sido acogido legislativamente en diversos ordenamientos como es España y Estados Unidos, el hecho es que la guerra como una forma concreta de ejercer la violencia puede efectivamente violentar la conciencia, y acá debemos recordar lo que hemos desarrollado en el primer capítulo de este trabajo, cuando mencionamos, que los temas de conciencia no son pasajeros o de poca importancia, sino determinantes y de tal magnitud o intensidad que afectan la psique de la persona, su integridad, su despliegue y no le permiten desarrollarse como persona.

Sobre el tercer supuesto, nos encontramos en quizás el más complejo de defender sea por razones de considerar determinada guerra injusta sea por considerarla políticamente

³¹² GASCÓN, 1990: 300.

³¹³ MARTÍNEZ – TORRÓN, 2005: 17.

incorrecta, porque nuevamente estamos ante casos, que podrían ser consideraciones subjetivas, momentáneas, de contagio, de “moda”, no descartamos que puedan existir casos de guerras injustas o que no coinciden con nuestra perspectiva de política internacional o con lo que nosotros consideramos sobre dicha guerra; para dilucidar si la objeción de conciencia va el tema de análisis debería ser un tema de caso concreto, de verificar si existe la obligación jurídica de por medio, la afectación constitucional de la conciencia personal dentro de los márgenes de las libertades reconocidas, en nuestra Constitución y en la Ley de la materia, y si esta afectación efectivamente no permite el desarrollo de la persona y afecta su dignidad como ser humano, es decir, se convierte en un peso concreto, real para esta.

Así, se trata de una apreciación personal sobre la radical injusticia de las razones que mueven a iniciar o a intervenir en un conflicto bélico, o sobre el modo en el que se desarrolla la acción de las fuerzas armadas. Este tipo de objeción siempre ha visto mayores dificultades para verse reconocida. Las razones son obvias, e incluyen la necesidad de hacer frente a un posible contagio de la objeción, es decir, un crecimiento exponencial del número de objetores –en realidad pseudo-objetores- que intentan evitar su participación en un conflicto, y también de prevenir un posible movimiento de resistencia civil contra una determinada política gubernamental en materia militar. La situación resulta aun más delicada cuando las autoridades de una confesión religiosa hacen declaraciones en las que se denuncia claramente la injusticia de una intervención bélica, pues en esas circunstancias las conciencias individuales encuentran apoyo de una autoridad institucional³¹⁴.

Otro caso común de objeción de conciencia es el que procede de personas que defienden la vida, o se oponen a diversas formas de interrupción de la misma, en sentido amplio y mediante diversos métodos, dígase de médicos que se niegan a practicar abortos, farmacéuticos que se niegan a la distribución de determinados métodos anticonceptivos, claro está siempre y cuando exista obligatoriedad en su distribución, como ocurrió en el caso de la píldora del día siguiente, o anticonceptivo oral de emergencia, en nuestro país, científicos que se niegan a experimentar con células embrionarias, médicos que se niegan a practicar esterilizaciones forzadas como parte de políticas públicas, como

³¹⁴ IBIDEM.

ocurrió también en nuestro país durante el régimen del Presidente Alberto Fujimori, entre otros.

Sobre el tema, señala Mosquea que “la doctrina habla de supuestos de objeción de conciencia al aborto, esto es, el conflicto de intereses que se da cuando, despenalizado el aborto en ciertos supuestos, el médico encargado de llevar a cabo esa interrupción legal del embarazo objeta en conciencia porque la práctica del aborto es contraria a sus creencias religiosas. Otro supuesto es el de la objeción de conciencia farmacéutica, que nace para ciertos profesionales de este sector que se niegan a dispensar métodos anticonceptivos”³¹⁵.

Lo determinante en estos casos, es entender que mas allá que la legislación o las políticas públicas de un país, que se establezca en función a metas o a corrientes ideológicas nacionales o internacionales, presiones políticas, el objetor no cuestiona la legalidad del sistema o mejor dicho la juridicidad del ordenamiento, sino la exoneración de la realización de ciertas actividades que en estos casos particularmente denotan una cuestión moral intensa y que afectan la conciencia de aquellos que están en contra de toda forma de control no natural de la vida, o que están en defensa de la misma, de manera amplia.

A este respecto, es importante distinguir dos intereses éticos diferentes. Uno es la posición sobre la cuestión de fondo –es decir, cual deba ser la solución del legislador en materia de aborto, eutanasia, experimentación biomédica, etc.-, que frecuentemente conduce a impulsar iniciativas sociales encaminadas a cambiar la legislación vigente en sí misma. El otro es la concreta cuestión de la objeción de conciencia a la participación personal en esas actividades, es decir, como hacer valer el propio derecho a no ser sancionado o discriminado por una actitud de abstención fundada en las propias convicciones morales... esos dos intereses implican dos diversos niveles de exigencia ética: sin duda es más estricto el deber de abstenerse de actividades contrarias a la vida humana que el deber de participar activamente en iniciativas orientadas a provocar una reforma legislativa³¹⁶.

³¹⁵ MOSQUERA, 2004: 481.

³¹⁶ MARTÍNEZ – TORRÓN, 2005: 19.

También podemos encontrar entre casos de objeción, la negativa a recibir transfusiones de sangre, propia de los evangélicos, incluso si la vida está gravemente en peligro. Este caso solo sería pasible de tratarse como objeción de conciencia, si es que la persona es obligada a la transfusión sanguínea, siendo mayor de 14 años. Caso contrario, debe tratarse como derecho a la vida, salud y otros que la propia Constitución establece. La edad de la persona es fundamental para analizar estos casos, pues si la persona es menor esta aun en plena formación de conciencia y aunque pueda existir discernimiento de sus propios actos, en estos casos concretos, la creencia religiosa de los padres puede prima, por ello el análisis debería hacerse considerando también si existe consentimiento de los padres para hacer la transfusión de sangre. Un tema que no podemos dejar de considerar es que muchas veces estos casos se complican porque la persona urgida de recibir la transfusión de sangre no solo sopesa sus propias convicciones religiosas (mucho más si es un menor de edad) sino que debe evaluar también la influencia que el personal médico puede ejercer sobre ella, haciendo difícil la toma de una decisión.

Si las libertades de conciencia y religión implican que cada uno se forme la suya, en casos como estos, convalidar la negativa de ser atendido para no morir, resulta para un médico un caso difícil, pues también puede existir un conflicto de conciencia para el médico, por el juramento hipocrático o por la razón que fuera, sin embargo, en este caso no se trata de un supuesto de objeción de conciencia porque no existe excepción a cumplimiento de un deber jurídico. En tal sentido, habría que evaluar si existe la obligación jurídica de brindar atención médica y la obligación de recibir dicha atención, porque es el paciente el que debe cuestionar dicha obligación para ejercer la objeción de conciencia. Sin embargo, las libertades de conciencia y religión, podrían no ser las únicas en las cuales el paciente podría ampararse para negarse a recibir tratamiento médico, pues el artículo 2º inciso 1 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a la integridad física.

Una vez demostrado el encaje de la negativa de los testigos de Jehová a las transfusiones de sangre entre los supuestos de objeción de conciencia –dice Gascón- es preciso llamar la atención sobre un dato de cierta importancia a efectos de clasificación metodológica, esto es, la cuestión en torno a la existencia de otros derechos, fundamentales o no, que también ampararían la actitud de los testigos de Jehová. Nos referimos a la posible presencia de derechos concurrentes. El derecho que aparece ante todo como concurrente, desde una perspectiva más amplia, es el derecho al propio

cuerpo, que en nuestra Constitución aparece bajo el calificativo de derecho a la integridad física³¹⁷.

Luego tenemos los casos laborales, que son todos aquellos en donde la persona alegando motivos religiosos, pide no laborar el día del descanso dominical, sea que este sea entendido como domingo (católicos) o sábado (religiones cristianas), tiempo para el rezo del Corán (musulmanes), conocidos como días de precepto, al lado de los llamados feriados religiosos, que en la religión católica siguen el mismo trato que el domingo. Aunque todos estos casos pueden ser tratados de la misma manera, resulta paradójico que el catolicismo sea el más flexible en las disposiciones del *dominus dei* y permita que se trabaje dicho día, así lo demuestra la jurisprudencia internacional.

Como recuerda Martínez – Torrón, “es conocido que la doctrina moral católica resulta más flexible que la de otras religiones en numerosas cuestiones de conciencia. En general, y sin perjuicio de los matices que requeriría esta afirmación, la religión católica es extremadamente rígida en relación con aquellos deberes morales que conceptúa como de derecho natural, pero tiende a adaptarse con relativa facilidad a las dificultades para cumplir con los deberes morales de derecho positivo, especialmente los de tipo cultural (piénsese en los deberes de ayuno o abstinencia o en el precepto dominical)... Conviene notar que esa adaptabilidad de la doctrina moral católica se instrumenta a través de la tradicional noción del *grave incomodo*, cuya apreciación se deja tantas veces a la conciencia individual; una conciencia –suele añadir la teología moral- que este rectamente formada”³¹⁸.

Solo una precisión, este tema de adaptabilidad o menos rigidez en algunos casos para los católicos, no tiene otra razón que no sea la preocupación que encuentran en atender a la persona humana y en no causar mayores “escrúpulos” de conciencia a las personas, de allí que junto al sigilo de la confesión, la elasticidad del descanso dominical no procede, al menos en el catolicismo por menospreciar este, sino salvaguardar la conciencia de las personas que se vena imposibilitadas de elegir otra opción.

Siguiendo los casos más conocidos de objeción de conciencia, caben todos aquellos en que se solicita el juramento a algún símbolo sea religioso o patrio y que puede ser

³¹⁷ GASCÓN, 2001: 350.

³¹⁸ MARTÍNEZ – TORRÓN, 2005: 10.

considerado contrario a las convicciones religiosas o éticas de una persona. En los casos de juramentación sobre símbolos religiosos, hemos dicho que estos han sido resueltos mediante la sustitución de los mismos, siempre que la persona entienda que su compromiso es decir la verdad, evidentemente con ello no queremos decir, que uno debe poder jurar por todo lo que se le ocurra, como hemos visto en varias oportunidades a nuestro Gabinete Ministerial, mas aun cuando no se ha planteado formalmente un conflicto de conciencia, sino probablemente una forma mediática de hacer valer la propia ideología.

Lo anterior nos lleva a entender nuevamente que los casos de objeción de conciencia son serios y no son la puerta falsa de escape para no hacer lo que incomoda o lo que subjetivamente nos parece inadecuado, la seriedad de esta atribución como manifestación de las libertades de conciencia y religión, tendrá mayor asidero siempre que no se permita desviar la cuestión y alentar causas políticas en nombre de la conciencia. Por otro lado, mayores complejidades presenta la juramentación de la bandera en los casos de los Testigos de Jehová, quienes son renuentes a esta por considerarla una especie de adoración de falsos ídolos (como ocurre con la negativa a rezar frente a cualquier tipo de imágenes religiosas).

El supuesto fiscal, también ha sido materia de análisis para la objeción de conciencia de hecho existen autores que consideran que la objeción de conciencia procede contra el pago de impuestos, solicitando la exoneración de los mismos, si el destino de estos va a una causa que entra en conflicto con la conciencia de la persona. Recordemos que nuestra Constitución garantiza que en materia tributaria rijan determinados principios, así nuestro Tribunal Constitucional ha señalado en su sentencia de Pleno Jurisdiccional en el caso Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo, que:

“De acuerdo con nuestra Constitución (artículo 74), la potestad tributaria es la facultad del Estado para crear, modificar o derogar tributos, así como para otorgar beneficios tributarios. Sin embargo, es del caso señalar que esta potestad no es irrestricta o ilimitada, por lo que su ejercicio no puede realizarse al margen de los principios y límites que la propia Constitución y las leyes de la materia establecen.

La imposición de determinados límites que prevé la Constitución permite, por un lado, que el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Estado sea constitucionalmente legítimo; de otro lado, garantiza que dicha potestad no sea ejercida arbitrariamente y en detrimento de los derechos fundamentales de las personas. Por ello, se puede decir que los principios constitucionales tributarios son límites al ejercicio de la potestad tributaria, pero también son garantías de las personas frente a esa potestad; de ahí que dicho ejercicio será legítimo y justo en la medida que su ejercicio se realice en observancia de los principios constitucionales que están previstos en el artículo 74 de la Constitución, tales como el de legalidad, reserva de ley, igualdad, respeto de los derechos fundamentales de las personas y el principio de interdicción de la confiscatoriedad”.

En tal sentido, podemos señalar que la objeción de conciencia en materia fiscal se ha presentado en ordenamientos como el español para cuestionar el pago de tributos que financien fines moralmente cuestionables.

Este tema nos presenta algunas dificultades prácticas, como es ver qué proporción de lo que corresponde pagar al objetante está siendo destinado a la solventar políticas públicas, gastos que él considera conflictivos con sus creencias religiosas o éticas. “Si bien la existencia de un deber jurídico que objetar, de motivos morales en su contra y de una oposición real a aquel deber resulta evidente, no lo es tanto la necesaria conexión entre los mismos, y en particular resulta problemática la consideración de conexión entre el deber objetado y los motivos morales, esto es, la existencia de un auténtico conflicto de conciencia”³¹⁹ Consideramos, la objeción fiscal no plantea en realidad un conflicto de conciencia en los términos desarrollados en este trabajo y que corresponden con la institución jurídica, sino que pretenden cambios en la política pública de gobierno o buscan un cambio político, fomentando un cambio de la “conciencia” social / colectiva.

“Pero esta colaboración es solo indirecta y hasta cierto punto remota en la medida en que el sistema tributario está presidido por el principio de no afectación del impuesto: el contribuyente no decide directamente, sino solo a

³¹⁹ IBID, p. 436.

través de sus representantes político, el destino del dinero recaudado. De manera que, en realidad, la objeción fiscal suele tener como objetivo sensibilizar y movilizar a la opinión pública para que manifieste, a través del rechazo determinados gastos públicos, su voluntad contraria a ciertas leyes y desde luego su oposición a que de manera general ciertas actividades sean sufragadas con dinero procedente de los ciudadanos”³²⁰.

Finalmente, hay otros casos que en Latinoamérica en general no se han presentado, como ocurre con la objeción de ser miembro de un jurado, la negativa a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo, la negativa a ordenar la pena de muerte, (este último un caso relativamente reciente de un Gobernador en Estados Unidos que habiendo dado el indulto a un preso condenado a muerte, es obligado por la Corte a ordenar la pena de muerte), los casos de ablación genital femenina, la negativa a tramitar divorcios, negativa a recibir la educación obligatoria (caso Yoder de Estados Unidos y de la comunidad menonita en Argentina); negativa al voto y al ejercicio de algunos deberes cívicos.

No existe, en cambio, ninguna norma que con carácter general prevea (ni para habilitarla, ni para prohibirla), la objeción de conciencia, a diferencia de lo que ocurre en otros países de la región, como Paraguay o Colombia; aunque en la práctica ningún país de América Latina ha reconocido el derecho a la objeción de conciencia con tanta extensión, y en tanta variedad de casos, como la Argentina. Hay que notar, además, que en varios países de la región la objeción de conciencia está como norma prohibida, sea por la Constitución como en Venezuela o Nicaragua, sea por la ley, como en México.

4. Interpretación y reconocimiento de la objeción de conciencia a tenor de lo desarrollado por el Tribunal Constitucional y la Ley N° 29635.

Hasta este punto hemos comentado solo la jurisprudencia nacional, por lo que ha llegado el momento de revisar la legislación nacional en materia de objeción de conciencia. Aunque nuestro país cuenta con la Ley de Libertad Religiosa y un Reglamento de la misma, solo la primera desarrolla la objeción de conciencia en el artículo 4° como la “oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en

³²⁰ IBID, p. 21.

razón de sus convicciones morales religiosas. Se ejerce la objeción de conciencia cuando alguien se ve imposibilitado de cumplir un obligación legal por causa de un imperativo, moral o religioso, grave o ineludible, reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece”.

Solo de este párrafo recogeremos el análisis para determinar si lo que el legislador entiende y ha reconocido como objeción de conciencia, coincide con lo desarrollado primero por la sentencia del Tribunal en el año 2001 y segundo por lo reconocido en la jurisprudencia internacional a tenor de la IV disposición final y transitoria de la Constitución, y lo desarrollado por la doctrina sobre la materia.

Para el primer análisis, correspondiente a la concordancia entre el artículo 4° de la Ley y lo establecido por la Constitución, desarrollado por el Tribunal, traemos a colación la posición del profesor Alexy en la interpretación legislativa, buscando hacer una síntesis que permita la constitucionalización del sistema pero de manera adecuada. Para ello, se parte de dos premisas constitucionales: i) la Constitución como orden marco, y ii) orden fundamental.

Esta combinación, dice Castillo, podrá lograrse adecuadamente si en primer lugar, la Constitución ordena y prohíbe algunas cosas, es decir, si establece un marco; si, en segundo lugar, confía otras cosas a la discrecionalidad de los poderes públicos, o sea, deja abiertos márgenes de acción; y en tercer lugar, si mediante mandatos y prohibiciones decide aquellas cuestiones fundamentales para la sociedad que pueden y deben ser decididas por una Constitución³²¹.

Siguiendo al profesor Alexy, el legislador puede interpretar cuando realiza su actividad siendo poder constituido, se desarrolla dentro de lo permitido constitucionalmente, por ello interpreta la Constitución de modo general, teniendo un margen de acción legislativa al interpretar. Sin embargo, a partir de considerar a la Constitución como una norma jurídica vinculante con contenido material, se dio la constitucionalización del ordenamiento jurídico y se propone regresar a infra constitucionalización y desde allí ir a constitucionalización adecuada. Ni la infra o sobre constitucionalización son las

³²¹ CASTILLO, 2008: 202.

debidas en un estado constitucional de derecho, la idea es hallar lo que el profesor Alexy llama adecuada constitucionalización como punto medio.

De la primera se desprenden los contornos que están permitidos, prohibidos o mandados para el legislador; mientras que de la segunda se busca que la adecuada constitucionalización se realice acudiendo a lo que el profesor Alexy ha denominado *Dogmática de los márgenes de acción (DMA)*. Esto va implicar que el legislador pueda dar contenido normativo pero nunca contra el marco constitucional, pues los fines de un verdadero Estado Constitucional, tienen contenido material: la persona humana y su dignidad (realización plena de esta en términos de necesidades humanas y de finalidad).

Siguiendo el razonamiento del profesor Alexy la relación entre Constitución y ley que da lugar a tres modelos: i) el puramente formal; ii) el puramente material; y, iii) el formal y material a la vez. El i) es marco constitucional está dado por los contornos que son lo: mandado, prohibido y permitido. Lo mandado es necesario desde el punto de vista constitucional; lo prohibido es constitucionalmente imposible y lo permitido es llamado por Alexy lo constitucionalmente posible. El punto ii) se refiere al orden fundamental, que puede ser cuantitativo que equivale a lo puramente material; y cualitativo, es decir, la Constitución ha decidido determinadas cosas que tienen la cualidad de ser decisivas para la organización social, no ha decidido sobre todo, sino sobre algo.

La combinación de orden marco con el orden fundamental cualitativo, permite evitar la infra constitucionalización y desarrollar una adecuada constitucionalización. Desde el punto i) y ii) al legislador se le prevé un margen de acción, y a partir de esa adecuada constitucionalización es posible formular a la DMA, pues allí se le reconoce al legislador márgenes de acción, que el profesor Alexy presenta dogmáticamente e intentan explicar cuál es el espacio propio que tiene el legislador en el estado constitucional que evita la sobre e infra constitucionalización. En un Estado Constitucional de Derecho el legislador emite un contenido normativo propio no contrario al marco constitucional, porque no puede ir contra los fines del Estado (contenido material) o contra los derechos fundamentales, pues el constituyente ya decidió sobre dichos asuntos.

La DMA pueden ser a su vez estructurales o epistémicos; justamente los primeros nos definen cuáles son los límites del marco constitucional, la estructura de la norma para que el legislador establezca los fines de determinada política pública, los medios y la ponderación de la misma, pero siempre teniendo como eje a la persona humana y su dignidad. Este punto es importante en una democracia porque permite evaluar si las sentencias de los tribunales invaden las esferas de competencia propias del legislador, toda interferencia no autorizada es inválida, y por tanto hay que ver si el legislador tenía o no la posibilidad de escoger los medios que en concreto le van a permitir optimizar un derecho, de allí la aplicación de la *ley de ponderación material* según la cual, “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”³²².

Este tema va estar relacionado según el mismo Alexy con el caso concreto y los grados de afectación de los principios en juego. Sin embargo, Alexy admite una segunda variable que es conocida como el peso abstracto y “se funda en el reconocimiento de que... en ocasiones uno de ellos pueda tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominantes en la sociedad”³²³.

En cuanto a los epistémicos, la apreciación del legislador deberá hacerse sobre lo fáctico y lo normativo, es decir, primero tener certeza de los hechos y segundo, ver los intereses constitucionalmente permitidos. Esto es imprescindible, porque no se puede decidir sobre aquello que no existe certeza, si hay certeza puede haber legislación, pero ésta debe acudir también a la *ley epistémica de ponderación*, para que sólo se restrinjan con alta intensidad derechos fundamentales, en tanto exista amplia certeza de los elementos fácticos y normativos. Es decir, dentro de lo fáctico y jurídicamente posible el Estado debe promover la optimización de los derechos que más favorezcan a la persona (criterio *pro homine*). Finalmente, para una correcta coordinación entre los poderes públicos, el Tribunal Constitucional como supremo intérprete, debe controlar los márgenes de acción del legislador, mediante una ley de conexión entre ambos órganos.

Consideramos que un punto de partida es entender que la actividad legislativa como la judicial está justificada solo cuando se asegure la vigencia plena de los derechos fundamentales, todas sus acciones están conectadas para el bien supremo del Estado que

³²² BERNAL, 2005: 99.

³²³ IBID, p. 100.

es la persona humana y su dignidad. En el presente caso, la ley restringe los alcances de la objeción de conciencia a deberes y obligaciones legales, cuando el Tribunal señaló en la sentencia correspondiente que la objeción se configuraba contra cualquier mandato jurídico, es decir, no solo procede ante normas con rango de ley, sino incluso podría proceder contra normas privadas, disposiciones judiciales (recordemos el caso norteamericano del gobernador que planteó la objeción de conciencia para no dictaminar la pena de muerte de un reo³²⁴, o contra disposiciones que puedan emanar de la misma Constitución.

Lo más adecuado –dice Martínez-Torrón- es, probablemente, adoptar un punto de vista amplio para definir un concepto general de objeción de conciencia. Por tal habría que entender la negativa del individuo, por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que en principio sería jurídicamente exigible -ya provenga la obligación directamente de la norma, ya de un contrato, ya de un mandato judicial o resolución administrativa. Incluso, todavía más ampliamente, se podría afirmar que el concepto de objeción de conciencia incluye toda pretensión contraria a la ley motivada por razones axiológicas -no meramente psicológicas-, de contenido primordialmente religioso o ideológico, ya tenga por objeto la elección menos lesiva para la propia conciencia entre

³²⁴ “SALEM, Ore. — A condemned inmate who says he wants to die can reject a reprieve from the death penalty issued by Oregon's governor, a judge ruled Friday in a case that probes the limits on the governor's power. Circuit Court Senior Judge Timothy Alexander ruled that convicted killer Gary Haugen is not required to accept clemency from Gov. John Kitzhaber. The governor's office says an appeal to a higher court is likely. Last year, Haugen said he would voluntarily waive legal appeals that could delay his execution for years and fought to speed his punishment in protest of a criminal justice system that he says is broken. But Kitzhaber, who opposes capital punishment, said no executions would occur while he is governor. Weeks before Haugen was scheduled to die by lethal injection last December, Kitzhaber issued an order preventing the execution for the rest of his time in office. Alexander, the judge, said a hearing will be set to establish an execution date "as soon as this decision is final." In his ruling, he said that he agrees with many of Kitzhaber's concerns about the death penalty but that precedents from higher courts support Haugen's argument. "My decision...is not intended to be a criticism of Governor Kitzhaber or the views he has expressed..." Alexander wrote. But, he added, "I'm required to set aside my personal views and decide this case on its merits and the law." The case raises the question of how much power the governor has under the Oregon Constitution to grant clemency. Lawyers for Kitzhaber argued that his authority is "broad and virtually unfettered." Citing a handful of early decisions by the Oregon Supreme Court, Latto also argued that clemency is "an act of grace or favor" that can be rejected. The U.S. Supreme Court has taken opposing positions on the president's clemency power, concluding in 1833 that a pardon can be rejected but finding in 1951 that "the public welfare, not his consent, determines what shall be done." Alexander noted that the state high court is not required to follow the federal court's evolution. The governor has said he has no sympathy for Haugen but opposes capital punishment and believes Oregon's death penalty laws are "compromised and inequitable." He says death sentences amount to an expensive life term. Oregon has a complex history with capital punishment. Voters have outlawed it twice and legalized it twice, and the state Supreme Court struck it down once. Voters most-recently legalized the death penalty on a 56-44 vote in 1984. Kitzhaber said he hopes his decision will prompt a public re-evaluation of the death penalty in Oregon and said he will advocate for a ballot measure that would make it illegal. The governor said he prefers murderers be given a life sentence without the possibility of parole. http://www.huffingtonpost.com/2012/08/03/gary-haugen-death-rowinm_n_1739775.html.

las alternativas previstas en la norma, eludir el comportamiento contenido en el imperativo legal o la sanción prevista por su incumplimiento, o incluso, aceptando el mecanismo represivo, lograr la alteración de la ley que es contraria al personal imperativo ético³²⁵.

Por otro lado, si bien la norma regula el ejercicio de la libertad religiosa, el legislador hace bien en regular la objeción de conciencia por convicciones morales o religiosas, con lo cual indirectamente estaría reconociendo la objeción dentro de las libertades de conciencia y religión, al conceder objetar en razón de cuestiones morales “o” religiosas, planteando la posibilidad que existan dos tipos de objeción, una por cuestiones religiosas y otras por cuestiones morales no religiosas, lo cual encaja dentro de los límites de la libertad de conciencia y no solo de la libertad religiosa.

Un tercer punto, sería determinar si el reconocimiento de la objeción de conciencia constituye un derecho, según el tenor del artículo 4° de la ley, como derecho autónomo o no o como un mecanismo para el incumplimiento de un mandato legal.

Muchas son las implicaciones que la objeción de conciencia puede tener en el orden legal –dice Mosquera-, de algunas se es consciente, otras irán surgiendo sobre la marcha, por eso, reconocer un derecho a la objeción de conciencia como derecho autónomo derivado de la libertad de conciencia no parece una técnica jurídica excesivamente útil ya que nada positivo aporta a la protección que ya contiene el artículo 2 en su inciso 3° de la Constitución de 1993³²⁶.

Hemos desarrollado la idea que la objeción de conciencia es un atributo de las libertades de conciencia y religión, que nuestra Constitución reconoce como dos derechos autónomos, relacionados pero con distinto contenido. Asimismo, hemos señalado que la técnica usada por nuestro colegiado constitucional para crear la objeción de conciencia como atributo de dichos derechos, no ha sido del todo feliz, al haberse recurrido al artículo 3° de la Constitución, sin que esto hubiese sido necesario, bastando para su reconocimiento, el señalar los alcances de ambas libertades y la objeción dentro de los alcances de estas, como una facultad a ejercerse.

³²⁵ MARTÍNEZ – TORRÓN, 2005: 3.

³²⁶ MOSQUERA, 2004: 504.

La solución que ha adoptado el alto tribunal –recuerda Mosquera- ha sido la de reconocer la existencia de ese derecho fundamental a objetar en conciencia en un régimen en el que el derecho de libertad religiosa está reconocido en la Constitución y hubiese sido base suficiente para fundamentar la pretensión del demandante en amparo sin necesidad de acudir al reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia. Se puede considerar inadecuado ese reconocimiento porque del mismo no se obtiene un beneficio distinto al que ya contiene el derecho de libertad religiosa en su manifestación externa, y sólo se deriva mayor confusión al reconocerse un supuesto derecho a incumplir las leyes del Estado, algo que en ningún caso puede ser conveniente. Es ese peligro de crear un precedente para justificar un incumplimiento de la ley lo que resulta preocupante del reconocimiento que los tribunales pueden hacer del derecho de objeción de conciencia³²⁷.

La objeción de conciencia, no es un derecho autónomo, es un atributo de la libertad de conciencia y religión, por lo que el contenido de las mismas debería ser suficiente para ejercerla, aunque pueda considerarse como un derecho derivado de estos derechos nucleares. Sin embargo, la ley no menciona en ningún momento que se trata de un derecho, sino mas bien pareciera que se reconoce una forma de eximirse del cumplimiento de normas legales, reduciendo dicha posibilidad a mandatos imperativos morales o religiosos que hayan sido reconocidos por la entidad religiosa a la que se pertenece. Esto último trae como resultado, que los agnósticos y ateos por ejemplo, no puedan ejercer la objeción de conciencia porque no pertenecen a una entidad religiosa; por otro lado, las entidades religiosas reconocidas, serian las “conocidas”, las mayoritarias o las que el Registro del Ministerio de Justicia tiene inscritas, pues el reconocimiento al que alude la norma es un tema formal. Con esta disposición la objeción de conciencia se restringe bastante más que los márgenes de las libertades de conciencia y religión disponen para los atributos de ambos derechos que por ejemplo si reconocen estos derechos para las personas ateas y agnósticas.

Consideramos que quizás este sea uno de los principales problemas al ejercerse la objeción de conciencia en nuestro país, si es un derecho como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, sea autónomo o no, el mecanismo procesal será el que corresponde a cualquier derecho o a las libertades en cuestión; si no es un derecho,

³²⁷ IBID, p. 486.

habría que ver que mecanismo procesal corresponde para ejercerla, tal cual lo plantea la ley, con la carga de alegar que el imperativo de conciencia moral o religioso esta dentro de la doctrina de la entidad religiosa a la que se pertenece y que ha sido debidamente reconocida. Ello sin perjuicio de plantearse la pregunta, ¿a quién debemos hacer caso, al Tribunal Constitucional o al legislador?

Siendo que en este preciso tema, el Tribunal ha dado un desarrollo mucho más amplio a la objeción de conciencia, es decir, un tratamiento más *pro homine* que el realizado por el legislador, y en esa línea consideramos que la propuesta legislativa debió hacerse considerando lo desarrollado por el Tribunal no solo por ser más favorable, sino porque se condice con la jurisprudencia internacional, y con la institución de la objeción de conciencia reconocida por la doctrina. Por ello, consideramos que la objeción de conciencia como institución jurídica regulada por la Ley de Libertad Religiosa, en el caso peruano restrictiva y aunque puede coincidir con “creencias religiosas institucionalizadas, es un fenómeno esencialmente individual. Es la conciencia de cada persona la que, desde su autonomía como individuo, genera el conflicto con una concreta obligación jurídica. De ahí la dificultad de su regulación estrictamente en el plano legislativo, que sólo sería eficaz, en el mejor de los caso, respecto a los casos de objeción que hayan adquirido una cierta extensión social”³²⁸.

Por otro lado, la objeción de conciencia no surge en el caso peruano, por un reconocimiento legislativo sino de la propia extensión de las libertades de conciencia y religión que la Constitución consagra, por ende no es una concesión que el legislador hace en determinados supuestos, y cuyo tenor pareciera que expone una desconfianza a aquellos casos en que no existe religión o moral institucionalizada y quizás ese sea el mayor problema, el creer que regulándose la institución con detalle a un nivel descriptivo es darle mayor grado de protección o certeza al derecho, cuando es al revés, “en la medida en que la libertad de conciencia es un valor constitucional en sí misma -y por tanto una regla, no una excepción a la regla- reclama “un reconocimiento fisiológico, no traumático de la objeción de conciencia. La objeción, por ello, no es contemplada como una actitud evasiva respecto al orden jurídico, sino que es analizada, al hilo de su conflicto con otros intereses jurídicos representados por la ley, como

³²⁸

MARTÍNEZ – TORRÓN, 2005: 3 – 4.

resultado de una actitud que “trata de ver afirmados grandes ideales en ‘pequeñas’ situaciones”³²⁹.

Por otro lado, si bien nuestra tradición jurídica tiene raíces fuertemente legalistas, no es menos cierto que la Constitución como norma suprema es de aplicación inmediata y directa, sin necesidad de desarrollo legislativo, en este tema en particular, por lo que bien pudo optarse por la no regulación de la objeción de conciencia, dejando su aplicación a la jurisprudencia u optar por una regulación con un reconocimiento genérico, amplio, de amplio margen para la aplicación del derecho en el caso concreto y sobre todo, una legislación que siga los pasos desarrollados por la jurisprudencia constitucional y por el supremo interprete de la Constitución.

La falta de coordinación entre el legislador y el Tribunal, trae más de un problema en vistas a la objeción de conciencia, por un lado, expone el incipiente conocimiento en el desarrollo de esta institución jurídica, pero por otro lado recorta la posibilidad de ejercer las libertades de conciencia y religión, porque carga de requisitos más gravosos a la persona que quiere acogerse a la objeción, lo cual no se desprende de la Constitución ni del contenido de las libertades de conciencia y religión. Quizás en la mente del legislador peruano estaría la presunción que el objetor pretende alguna forma de cuestionamiento del Derecho, del sistema jurídico y político, como sería la desobediencia civil, o la derogación de la norma; sin embargo, la objeción no persigue, como hemos visto, ninguno de estos supuestos.

Téngase en cuenta, además –dice Martínez – Torrón- que, en principio, la tutela del ordenamiento jurídico a la libertad de conciencia no está condicionada por cuáles sean los valores éticos presentes en cada conciencia individual, de igual manera que el Estado no condiciona la protección de la libertad de expresión a cuáles sean las ideas defendidas por cada ciudadano. Lo que se pretende con esos derechos fundamentales es la salvaguarda de ámbitos individuales de autonomía -y en su caso también colectivo- que constituyen elementos necesarios del pluralismo democrático, y en los cuales cualquier injerencia ha de ser cuidadosamente justificada³³⁰.

La objeción de conciencia, como ha sido reconocido por algunos autores, no es la primacía de un interés individual que busca ser reconocido, sino que se trata de una

³²⁹ IBID, p. 5.

³³⁰ IBIDEM.

manifestación particular del ejercicio de dos libertades que son la base de una sociedad democrática y que van de la mano de la libertad de pensamiento y de opinión, pues como éstas últimas, las primeras no quedan en el fuero interno sino que se exteriorizan, expresan y requieren ser reconocidas.

Así, destaca Mosquera que,

“[...] la libertad de conciencia es una de las expresiones más complejas en el ejercicio de la libertad pues, con anterioridad a ella es necesario un proceso de formación de la conciencia y es difícil, sino a veces imposible, para el derecho garantizar con libertad ese proceso ya que numerosos aspectos, culturales, ideológicos, tradiciones, o creencias, pueden perturbar o manipular esa conciencia. Pero lo que sí es cierto es que el derecho debe tratar de ser lo más imparcial posible a la hora de permitir que esas conciencias se manifiesten con plena libertad. En ese punto surge el conflicto, pues ¿dónde se debe de marcar el límite para entender que la conciencia de un ciudadano se está manifestando en libertad o bien está entrando en conflicto con el orden público y debe ser limitada en su ejercicio? De ahí la importancia que tiene la delimitación del concepto “manifestar” en este ámbito”³³¹.

A nuestro criterio, la regulación legal de la objeción de conciencia no es del todo feliz, porque además de no recoger los parámetros de interpretación constitucional que realizó el Tribunal en la primera y única sentencia que creo y reconoció la objeción de conciencia, abre la puerta para que los jueces tengan más de un conflicto a la hora de reconocer la misma: hacerle caso a la ley o a la jurisprudencia del Tribunal, sin mencionar que los casos que lleguen a esta última instancia puedan ser revertidos, por el supremo interprete, aprovechando la ocasión para ampliar los márgenes de la norma e interpretarla constitucionalmente, mediante las ya conocidas sentencias aditivas o modificativas, que en el fondo reforman y amplían los supuestos reconocidos por la norma.

Considerando –dice Mosquera- que la libertad religiosa es además un derecho matriz como ya se ha indicado, que utiliza a otros derechos para alcanzar su plenitud y

³³¹ MOSQUERA, 2004: 482.

materializar todas sus facultades, difícilmente podremos estar satisfechos con una regulación sesgada y dispersa de este derecho, siendo deseable que ese haz de facultades cuente con una regulación propia que aclare y uniformice en la medida de lo posible, las reglas de ejercicio de este derecho. De ahí la conveniencia de contar con una ley de libertad religiosa a ser posible, una ley clara y sencilla que indica al operador jurídico cuál es el contenido y dónde está el límite de ese derecho. Indudablemente los problemas derivados del ejercicio del derecho de libertad religiosa no van a desaparecer con la simple aprobación de la ley que delimita su contenido, pero será más sencillo para los particulares encontrar argumentos jurídicos que apoyen sus pretensiones basadas en el legítimo ejercicio de este derecho³³².

Recordemos el caso PROFA y las sentencias de inconstitucionalidad de los expedientes N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005- PI/TC que pone de relieve las relaciones entre el Tribunal y el Legislativo; o por ejemplo el caso casinos tragamonedas, sentencia de inconstitucionalidad en el expediente N° 009-2001-AI/TC contra la Ley N° 27153, en lo referente a los artículos 38 y 39 así como la primera y segunda disposiciones transitorias de dicha norma, que pone de manifiesto las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. A este último extremo nos referimos anteriormente cuando señalábamos que los casos de objeción de conciencia que lleguen al Poder Judicial, implicaran para los jueces un conflicto entre la aplicación de la ley y el desarrollo de la objeción del Tribunal Constitucional, lo cual será dificultoso, sin considerar siquiera el análisis sobre los precedentes vinculantes o la jurisprudencia vinculante del Tribunal, temas que van más allá de los alcances de este trabajo.

Sin embargo, son temas prácticos que van a surgir tarde o temprano en el Poder Judicial como en nuestro supremo interprete, quienes operan en un plano jurisdiccional, de administración de justicia y de defensa de los derechos fundamentales, y que pondrán en evidencia una vez más que la relación entre ambos debe tratarse de manera coordinada. Refiere Landa que “el Tribunal Constitucional, en relación con el Poder Judicial y los demás poderes del Estado, es un *primus inter pares* en materia constitucional; para lo cual actual como poder armonizador entre los poderes del Estado en relación con la Constitución. En efecto, es un poder moderador en el sentido que, *prima facie* articula

³³² MOSQUERA, 2011: 298.

las relaciones del sistema político –Poder Ejecutivo y Judicial- integrándolos en función del respeto y defensa de la Constitución”³³³.

Relación que también debió haberse puesto en práctica por el legislativo, pues todos los poderes del Estado mantienen relaciones de coordinación y de balance, lo cual se condice con la constitucionalización del sistema jurídico que puede caer en defecto o en exceso, ante lo cual el profesor Alexy, a quien hemos venido siguiendo, señala que lo ideal es una Constitución que combine el orden fundamental con el orden marco.

Esta combinación –recuerda Castillo- podrá lograrse adecuadamente “si en primer lugar, la Constitución ordena y prohíbe algunas cosas, es decir, establece un marco; si en segundo lugar, confía otras cosas a la discrecionalidad de los poderes públicos, o sea, deja abiertos márgenes de acción, y en tercer lugar si mediante sus mandatos y prohibiciones decide aquellas cuestiones fundamentales para la sociedad que pueden y deben ser decididas por una Constitución”³³⁴.

Asimismo, siguiendo al profesor Luis Castillo, podemos decir que para anular y dejar sin efecto actos inconstitucionales cometidos por el poder público/político - Poder Ejecutivo y Legislativo, y que la Constitución rija efectivamente como norma jurídica suprema, los encargados son el Tribunal y el Poder Judicial, quienes neutralizaran estos actos. Así, el primero crea derecho constitucional, cuando en sus sentencias concretiza y formula como norma algo que no existía antes. Sin embargo, puede invadir competencias, como son la Legislativa, por eso el grado de legitimidad que adquiera depende de la argumentación e interpretación. El límite del Tribunal es siempre la Constitución y si él dice que cosa dice la Constitución, entonces necesita dar razones y justificarse.

Esto es importante si queremos mantener la confianza en nuestras instituciones, de lo contrario la objeción de conciencia podría terminar diluyéndose en el tintero del legislador, recordemos el caso casino tragamonedas cuando la institución jurídica de la cosa juzgada terminó adquiriendo cinco premisas, que no estaban consideradas al inicio, sino que fueron materia de interpretación y extensión para configurarse una nueva categoría, denominada cosa juzgada constitucional, evidentemente la objeción de

³³³ LANDA, 2006: 319.

³³⁴ CASTILLO: 2008, p. 202.

conciencia podría ampliarse más allá de los supuestos que la ley contempla, que además de hecho coinciden con una recta interpretación de las libertades de conciencia y religión realizadas también por la jurisprudencia internacional, no sería extraño que en un futuro el Tribunal manifieste que la objeción de conciencia puede ejercerse en mas supuestos de los que la ley ha contemplado.

Los poderes del Estado están compuestos por personas concretas, individualizadas y distintas, las resoluciones o normas que plantean no pueden depender de la teoría jurídica que acojan, de la doctrina de la que sean partidarios o de las interpretaciones con las que mejor se identifiquen, de lo contrario se van a ver en la necesidad de cambiar sus propias decisiones o actos, no en virtud a situaciones distintas sino en virtud a que piensan distinto sobre dicha situación. Si esto es así, consideramos que las decisiones del siempre deben fundamentarse en términos de justicia, y en términos de correctividad constitucional, en donde los niveles de argumentación y justificación son más altos.

Recordemos el caso español, en las relaciones entre la legislación y el Tribunal español, cuando mediante

... interpretación jurisprudencial que, en algunas ocasiones se ha llegado a creer en la posible existencia de un derecho autónomo a la objeción de conciencia, como sucedió con la inicial jurisprudencia que dictó el TC español en esta materia, sentencias de los años 1982 y 1985, que parecen optar por un cierto reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia como derecho autónomo, línea jurisprudencial que fue modificada de modo definitivo en 1987 cuando ya se había regulado por ley la objeción de conciencia al servicio militar y el TC español ya no tuvo necesidad de continuar delimitando lo que ya por ley estaba definido de modo claro³³⁵.

No podemos dejar de señalar la mención expresa que hace nuestra Constitución en la IV Disposición Final y Transitoria, mediante la cual reconoce que todos los derechos y libertades deberán interpretarse de conformidad con los tratados internacionales

³³⁵ MOSQUERA, 2004: 485.

ratificados por el Perú. Así nuestro Tribunal reconoció en la sentencia recaída en el expediente N° 5854-2005-AA/TC, que:

El ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales) para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones.

El reconocimiento que hizo el Tribunal de la objeción de conciencia, consideramos responde a lo manifestado en los tratados internacionales aprobados por nuestro país. Se ha ampliado el haz de facultades de la libertad de conciencia y religión, reconociendo un ámbito de protección que no se había hecho hasta el momento en nuestro sistema y que responde a las necesidades particulares del tiempo y a las nuevas manifestaciones de los derechos fundamentales, como una materialización de las libertades en cuestión que pueden revestir condiciones particulares.

Si revisamos las resoluciones de las Naciones Unidas, desde el año 1981, la Comisión de Derechos Humanos mediante Resolución N° 46, exhorto a los países a reconocer la objeción de conciencia, citando el haz de libertades de pensamiento, conciencia y religión. En dicho documento se estableció que la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, “hace un llamamiento a los estados para que reconozcan que la objeción de conciencia al servicio militar debe ser considerada como un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (Resolución 1987/46).

En general el derecho internacional, es partidario de reconocer la objeción de conciencia como una manifestación de las libertades de pensamiento, conciencia y religión, lo cual se condice de mejor manera con el desarrollo que el Tribunal hizo de esta institución, en lugar del realizado por el legislador.

Una reflexión final, son muchas las críticas y las loas a la justicia y jurisdicción constitucional que se han dado en nuestro país a lo largo de los últimos años, la legitimidad de la justicia constitucional en el Perú ha estado vinculada a la democracia, porque ambas tienen una relación de dependencia, y es una buena señal para la democracia, la existencia de un Tribunal Constitucional, como el modelo peruano, un modelo en teoría presidencial, pero con fuertes rasgos parlamentarios. En tal sentido, la justicia constitucional, como dice el profesor Capeletti, es necesaria para el equilibrio entre los poderes del estado, así si nuestros legisladores siguieran las pautas interpretativas que el supremo interprete hace de la Constitución, la jurisdicción constitucional se arrojaría menos causas y no terminaría revisando la ley, como es probable que ocurra en futuros casos de objeción de conciencia en los cuales tendrá que hacer su propio trabajo de interpretación y argumentación constitucional.

Asimismo, no podemos olvidar que la necesidad de la justicia constitucional no es solo el control de actos políticos que el legislador aborda, sino la adecuada garantía de que esos actos, no afecten los derechos fundamentales y esto no se puede obtener sin un debido control de poderes, sobretodo porque las disposiciones constitucionales de derechos fundamentales son siempre abiertas, lo cual trae implícita la función creadora del Derecho, que también surge, con excesos en más de una ocasión, por la crisis de representatividad del sistema democrático. Justamente el vacío o la deficiencia de la norma, trae como consecuencia, que en un Estado de Derecho, lo político también se defina en términos de creación del Derecho, por ello resulta casi connatural al sistema, que los jueces creen y reconstruyan la norma para lograr la vigencia y supremacía constitucional, así como la defensa de los derechos. A ello le sumamos que en nuestro sistema jurídico por propia disposición de la IV Final y Transitoria de la Constitución, el juez debe asegurar sus sentencias, integrándolas con lo prescrito por la Corte Interamericana, en nuestro caso, al haberse incorporado los tratados en la interpretación y argumentación constitucional.

Este sistema ha replanteado el derecho constitucional, que ha recurrido a distinguir la disposición de la norma, a efectos de no quedarse con un texto meramente lingüístico y enunciativo, es decir, el enunciado como conjunto de palabras que integran un concepto, el contenido signficante y el significado. Por lo tanto, enfatizamos la labor de la justicia constitucional cuyas sentencias, como la analizada en el caso concreto, requieren una

interpretación y argumentación lógica y racional de acuerdo a los valores propios de nuestro ordenamiento jurídico y a nuestra realidad.

CONCLUSIONES

En esta investigación nos propusimos analizar la objeción de conciencia en nuestro ordenamiento, para determinar si la misma se constituye como un derecho autónomo o si por el contrario forma parte de las libertades de conciencia y religión. Dicha investigación se ha hecho considerando algunas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional así como la reciente Ley de Libertad Religiosa, que reconoce la objeción de conciencia.

En esa línea, hemos llegado a las siguientes conclusiones que nos han permitido confirmar la hipótesis de la que partimos, cual es, que la objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico peruano no se constituye como un derecho autónomo sino como un contenido derivado de las libertades de conciencia y religión.

1. Los conceptos de persona, Derecho y moral mantienen una relación fundamental en el Estado Constitucional de Derecho, donde la Constitución, como norma jurídica y fundamental tiene un fuerte contenido material que es el conjunto de valores o principios que conforman los derechos de la persona.
2. El Derecho existe pero debe ser concretizado permanentemente. Es una realidad dinámica porque la justicia, más allá de una acción, es un valor, por ello podemos decir que existe siempre en potencia pero no necesariamente en acto. En tal sentido, el Derecho no es solo una *res*, es decir una cosa justa, sino un *opus*, una obra que se ajusta a una medida que es la dignidad de la persona, la libertad y la igualdad.
3. El operador jurídico se va a encontrar en la necesidad de hacer justicia, es decir, de hacer lo correcto, de dar a cada uno lo que le es debido. Aunque no exista una única respuesta a esta relación entre hacer justicia y hacer lo correcto,

definiéndose en negativo, hacer lo injusto será incurrir en contradicciones en la argumentación, al buscar la mejor solución al caso concreto. En el marco neoconstitucional el Derecho opera con concepciones morales y hay actos o situaciones que *prima facie* son correctas, o por decirlo de otra manera, moralmente correctas, es decir, justas.

4. Entendemos los derechos fundamentales como aquellos que corresponden en virtud de la naturaleza de la persona humana y le son inherentes por ser tales, más allá que dichos derechos se encuentren recogidos a nivel constitucional o hayan sido reconocidos a nivel internacional como derechos humanos. Se trata de exigencias morales positivizadas que se condicen con la naturaleza humana y con los fines perfectivos de la persona y, en el caso peruano, son también constitucionales, por los mecanismos de protección que se les ha otorgado.
5. El Derecho Natural es el que devela el contenido substancial de cada derecho, en función de la naturaleza prescriptiva de la persona y de su teologalidad. No hemos denominado contenido esencial para no confundirnos con las doctrinas conflictivistas, sino mas bien substancial, en términos de substancial o consustancial a la naturaleza humana. Esta deuda natural o relación jurídica natural es la que se establece siempre entre dos derechos, siendo que por justicia cada persona tiene derecho a algo en virtud de su naturaleza humana o no lo tiene.
6. Acudimos a la teoría no conflictivista por considerarla más acorde para resolver los casos de objeción de conciencia, no solo por el tema de persona humana, sino porque la perspectiva conflictivista plantea al juzgador la realización de juicios a priori que van a incidir en la vida del objetor, cuando ante el primero se le presentan casos, que para él no resultan de conciencia.
7. Definimos a la dignidad como intrínseca, inherente, y connatural al ser humano, es decir, que tiene asidero y consistencia en la misma naturaleza del ser humano y no en un atributo de esta, como sería la autonomía de la cual se desprenden sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento. Mientras que estas últimas pertenecen al ejercicio de la potencia volitiva del ser humano, la dignidad pertenece a la naturaleza ontológica del mismo. Al lado de esa

dignidad aparece la libertad del ser humano y ambos hacen que esa persona sea única e irrepetible.

8. La conciencia la entendimos como la propiedad del espíritu humano de percibirse a sí mismo en el mundo, como un ser que trabaja con ideas y, específicamente, con contenidos de conocimiento de la realidad, de la ética y de su propia existencia. En la conciencia se dan las creencias, pensamientos y convicciones que sustentan la identidad de la persona. Son conceptos que pueden tener raíz filosófica, política o ética; no obstante, existirán otros conceptos que germinan en la conciencia pero que se caracterizan por contener elementos morales de trascendencia o de referencia a una divinidad, a lo sobrenatural, los cuales serán los propiamente religiosos.
9. Funcionalmente, en la conciencia radica una serie de actos denominados juicios, que implican un discernimiento, una ponderación de valores, creencias, intereses, necesidades y ese juicio se forma en libertad, pues solo así la persona puede ser responsable. Así, la objeción de conciencia no será solo la conducta exteriorizada sino el juicio que la persona haya hecho, de manera tal que el Estado deba exonerarle de una determinada conducta legal para garantizarle esa dimensión interior y con ello su despliegue y autodeterminación.
10. La objeción de conciencia no es un supuesto de desobediencia al Derecho sino una atribución de las libertades de conciencia y religión, porque no todo incumplimiento, exoneración e inaplicación de la norma, son una forma de desobedecer al Derecho. En su aplicación concreta el Derecho puede generar situaciones de injusticia y por eso se inaplica o se cuestiona la norma de manera general hasta lograr su expulsión del sistema, aun cuando la misma tenga un origen legítimo.
11. La objeción de conciencia es un atributo de las libertades de conciencia y religión, que se enmarca como límite frente al cumplimiento de algún deber jurídico que se concretice como mandato de una conducta en sentido positivo, de hacer, que entra en conflicto con los principios morales y religiosos fundamentales y consistentes de la persona, de manera que el conflicto que le genera el cumplimiento de la norma la obliga a ir contra ella misma, contra lo

que es y atenta contra la coherencia de los propios actos y de la personalidad, en la medida en que el ser humano busca ser consecuente con sus éstos y opciones.

12. En nuestro ordenamiento la objeción de conciencia tiene suficiente espacio dentro de las libertades de conciencia y religión para alzarse como un atributo que le permita a la persona exonerarse de mandatos jurídicos, no se trata de elecciones libres en las cuales el Estado interfiere, sino de creencias fundamentales que son vaciadas de contenido frente a mandatos jurídicos que el Estado impone, sin perjuicio de que dichos mandatos impliquen la imposición de ideales de virtud.
13. El Estado Peruano recoge el principio de la laicidad, es decir, una relación de colaboración en donde el Estado peruano reconoce el valor y el aporte de la Iglesia Católica en la formación de la cultura, identidad e historia de los peruanos. Comprende además que si bien ambas instituciones tienen competencias propias, la conjunción de las mismas se da en la persona humana, sobre la que recaen dichas competencias, como fin supremo de la sociedad y del Estado.
14. La mayor parte de las sentencias del Tribunal Constitucional referidas a la objeción de conciencia son, en realidad, casos de libertad de religión. Solo una sentencia (STC N° 0895-2001-AA/TC) es propiamente de objeción de conciencia y, en ella, el Tribunal afirma que la libertad de conciencia tiene un contenido nuevo denominado “objeción de conciencia”, cuyo ejercicio es de carácter excepcional por tratarse de un *permiso* que autoriza el no cumplimiento de un mandato general, de lo contrario, se relativizaría la fuerza de los mandatos jurídicos. Desconociendo esta interpretación, la Ley de Libertad Religiosa restringe los alcances de la objeción de conciencia a deberes y obligaciones legales
15. Es inadecuado reconocer como derecho autónomo a la objeción de conciencia bastando establecer que, en aras de la conciencia cuyo contenido pueden ser creencias de orden religioso o no, puede existir una colisión con un mandato jurídico, de tal fuerza que la persona se vea afectada en lo más profundo de si, justamente en su conciencia, y por ende exonerarse del cumplimiento del

mandato. Con base en esta definición, las libertades de conciencia y religión permiten la objeción de dichos mandatos, bajo ciertas condiciones y particularidades.

16. Si bien la Ley de Libertad Religiosa regula el ejercicio de la libertad religiosa, el legislador hace bien en regular la objeción de conciencia por convicciones morales o religiosas, con lo cual indirectamente estaría reconociendo la objeción dentro de las libertades de conciencia y religión, al conceder objetar en razón de cuestiones morales o religiosas, planteando la posibilidad que existan dos tipos de objeción, una por cuestiones religiosas y otras por cuestiones morales no religiosas, lo cual encaja dentro de los límites de la libertad de conciencia y no solo de la libertad religiosa.
17. En la ley, la objeción de conciencia no es un derecho autónomo, es un atributo de la libertad de conciencia y religión, por lo que el contenido de las mismas debería ser suficiente para ejercerla, aunque pueda considerarse como un derecho derivado de estos derechos nucleares. Sin embargo, la ley no menciona que se trata de un derecho, sino más bien pareciera que se reconoce una forma de eximirse del cumplimiento de normas legales, reduciendo dicha posibilidad a mandatos imperativos morales o religiosos que hayan sido reconocidos por la entidad religiosa a la que se pertenece.
18. La disparidad entre la ley y la interpretación del Tribunal Constitucional genera problemas para el ejercicio de la libertad de conciencia en el Perú. Si, como reconoce el Tribunal Constitucional, es un derecho (no autónomo), el mecanismo procesal será el que corresponde a cualquier derecho o a las libertades en cuestión; si no es un derecho, deberá determinarse el mecanismo procesal idóneo para ejercerla, con la carga de alegar que el imperativo de conciencia moral o religioso está dentro de la doctrina de la entidad religiosa a la que se pertenece y que haya sido debidamente reconocida.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ, Josep.

2010 *Interpretación jurídica y teoría del derecho*. Lima: Palestra.

2004 *La constitución del Estado Constitucional*. Lima – Bogotá: Palestra.

AGUILÓ, Josep; ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan.

2007 *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel.

ALEXY, Robert.

1997 *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

2003 *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

2007 *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima: Palestra.

2008 *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

2009 *La fundamentación de los derechos humanos de Carlos S. Nino*. Lima. Material de Enseñanza. Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Constitucional.

ARAGÓN, Manuel.

1995 *Constitución y Control del Poder*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.

ARANGO, Rodolfo.

1999 *Hay respuestas correctas en el derecho*. Bogotá: Siglo de Hombres Editores – Ediciones Uniandes.

ARCE, Mario.

2007 *Contexto histórico jurídico de las relaciones Iglesia Católica-Estado Peruano entre 1960 y 1980*. Arequipa: Universidad Católica San Pablo.

AROSTEGUI, Antonio.

1978 *Esquemas para una historia de la Filosofía Occidental*. Madrid: Marsiega.

ATIENZA, Manuel.

2003 *Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel.

2004 *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra.

2006 *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*. Barcelona: Ariel.

BELLIDO, Maria Soledad.

2008 *Argumentación de la relación Iglesia –Estado en el constitucionalismo peruano, siglo XIX*. LIENDO, George, BARRIENTOS Violeta y HUACO Marco (comps). “Fomentando el conocimiento de las libertades laicas memorias del primer seminario internacional”, Lima, Red Iberoamericana por las Libertades Laicas.

BERNALES Enrique y OTAROLA, Alberto.

1996 *La Constitución de 1993: análisis comparado*. Lima, CIEDLA.

BIDART, Germán.

2000 *El futuro del constitucionalismo y sus posibles proyecciones*. En GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Constitución y Constitucionalismo hoy*. Fundación Manuel Garcia Pelayo, Caracas.

BUSSO, Ariel.

1997 *La libertad religiosa y su fundamento filosófico*, en: *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, vol. IV, Facultad de Derecho Canónico, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1997.

CARPIO, Edgar.

2000 *La interpretación constitucional y los intérpretes de la Constitución*. Revista “Academia de la Magistratura”, N° 4, Mayo, pp. 25-54.

2003 *La interpretación de los derechos fundamentales*. Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 56, pp. 462-530.

CARRILLO, Juan Antonio.

2000 *El problema de la universalidad de los derechos humanos en un mundo único y diverso*. RODRIGUEZ, Maria Eugenia. *Derechos culturales de los inmigrantes*. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.

CASTILLO, Luis.

2007 *Los derechos humanos: la persona como inicio y fin del derecho*. Foro Jurídico, N° 7, Lima, pp. 27-40

2007 *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra

2008 *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. Lima: Grijley.

2008 *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. Lima: Palestra Editores.

2008 *Justificación y significado de los derechos constitucionales implícitos*. Revista "Gaceta Constitucional", tomo V, Lima: Gaceta Jurídica.

CIANCIARDO, Juan.

2004 *Modernidad jurídica y falacia naturalista*. En *Dikaion*. Universidad de La Sabana, Bogotá, año 18, N° 13-27-42.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ESTADO DE MÉXICO.

1998 *Objeción de Conciencia*. Cuadernos del Instituto. México DF: UNAM.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA.

Ley N°29635, Ley de Libertad Religiosa. 21 de Diciembre de 2010.

CONTRERAS, Sebastián.

2008 *Fenomenología jurídica y derecho natural. Ius-naturalismo clásico y doctrina apriorica del derecho*. En "Eikasia. Revista de Filosofía", año IV, N° 21.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

2001 *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile.*
Consulta: 17 de Junio de 2012.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf

2008 *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela.* Consulta: 17 de Junio de 2012.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf

CHAVEZ FERNÁNDEZ, José Carlos.

2011 *El fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano: el concepto de dignidad humana en tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica.* Trabajo de Investigación para optar por el título de “Máster de Especialización e Investigación en Derecho, Mención en Derecho de Familia y de la Persona”. Universidad de Zaragoza, España.

CHIASSONI, Pierluigi.

2011 *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas.* Madrid: Marcial Pons.

COOPER, Jonathan

2012 “Gary Haugen, Death Row Inmate, Can Reject Clemency, Judge Says”.
Huffington Post. Oregon, 3 de Agosto. Consulta: 28 de Setiembre de 2012.
http://www.huffingtonpost.com/2012/08/03/gary-haugen-death-rowinm_n_1739775.html

CORRAL, Carlos.

2004 *Laicidad, aconfesionalidad, separación: son lo mismo?* En “Unisci Discussion Papers”. Universidad Complutense de Madrid.

DE AQUINO, Tomás.

1979 *Suma Teológica.* Madrid: Espasa – Calpe.

DE BARTOLOME, José Carlos.

2002 *El orden público como limite al ejercicio de los derechos y libertades.* Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid.

DÍAZ, Javier.

1997 *Valores superiores e interpretación constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

2004 *La "Constitución abierta" y su interpretación*. Lima: Palestra.

DIVISION DE ESTUDIOS SUPERIORES.

1972 *El problema filosófico jurídico y político de la libertad de conciencia en México*. Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Derecho. México.

ESPINOZA-SALDAÑA, Eloy.

2005 *Derechos fundamentales: la conveniencia de adoptar una teoría general*. En "Derechos fundamentales y Derecho Procesal Constitucional". Lima: Jurista Editores.

EZQUIAGA, Francisco.

2011 *Argumentación e interpretación. La motivación de las decisiones judiciales en el derecho peruano*. Lima: Grijley.

FERNÁNDEZ, Francisco.

1997 *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico*. En "Modernas tendencias del Derecho en América Latina: I Convención Latinoamericana de Derecho". Lima: Grijley.

FERNÁNDEZ, Carlos.

2008 *El Derecho y la dignidad del ser humano*. En "Revista Jurídica del Perú", N° 87.

FERRAJOLI, Luigi.

2009 *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Lima. Material de enseñanza. Pontificia Universidad Católica de Perú. Maestría en Derecho Constitucional.

2009 *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. Ponencia presentada en el seminario "Cambio de Paradigma en filosofía" el 5 de Abril de 2001. Lima. Material de Enseñanza. Pontificia Universidad de Católica del Perú, Maestría de Derecho Constitucional.

FIGARI, Luis Fernando.

2000 *Aportes para una Teología de la Reconciliación*. Lima: Vida y Espiritualidad.

GARZÓN, Iván.

2005 *Bosquejo del laicismo político*. Universidad Católica San Pablo. Arequipa.

GARZÓN, Iván y MAINO, Gabriel.

2010 *La matriz filosófica de los derechos humanos. Una propuesta para ordenar el debate sobre el fundamento*. En “Los derechos humanos en Latinoamérica”, 1ra. Edición, , Buenos Aires: EDUCA.

GASCÓN, Marina.

1990 *Objeción al Derecho y objeción de conciencia*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

GONZÁLES, Claudio.

2006 *Ciudadanía y los pueblos indígenas: exclusión e inclusión*. En *Agendas Públicas en una visión intercultural: exclusión e inclusión de los pueblos indígenas en América Latina*. Evento Internacional de Pueblos Indígenas, Asociación Paz y Esperanza, Lima.

GUASTINI, Ricardo.

2000 *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Editorial Porrúa.

2010 *Lecciones de teoría del Derecho y del Estado*. Lima: Communitas.

HABERLE, Peter.

1997 *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

2003 *El Estado Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

HERVADA, Javier.

1984 *Libertad de conciencia y error moral sobre una terapéutica*. En “Persona y Derecho”, N° 1.

HERNANDO, Eduardo.

2000 *Pensando peligrosamente: el pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

2009 *Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿son realmente proyectos convergentes? Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica.

HERRERA, Daniel.

2008 *La noción de Derecho en Villey y Kalinoswki*. Editorial de la Universidad Católica de Argentina, Buenos Aires, 2005. *II Jornadas Internacionales de Derecho Natural: ley natural y multiculturalismo*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Católica de Argentina.

HOYOS, Ilva.

2006 *Problemática jurídica de la objeción de conciencia*. En Revista “*Persona y Bio-ética*”, Universidad de La Sabana, Bogotá, Vol. 10, N° 1, (26), pp. 69.84.

2010 *La relación moral – derecho desde la problemática actual sobre la vida humana*. En “*Derecho y Moral en el debate ius – filosófico contemporáneo*”, Universidad Católica San Pablo, Arequipa.

HUERTA, Luis.

2007 Comentario a la Ley de Libertad Religiosa. Consulta el 14 de julio de 2012. <http://blog.pucp.edu.pe/item/145943/ejecutivo-decide-revisar-el-reglamento-de-la-ley-de-libertad-religiosa>.

IBAN, I.C. y PRIETO, Luis.

1989 *Lecciones de Derecho Eclesiástico*. Madrid: Tecnos.

IDIGORAS, José Luis, S.J.

1979 *Iglesia y Estado en la Constitución Peruana (1979)*. Colecciones CAPU. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

INSTITUTO DE DERECHO ECLESIAÍSTICO.

2001 *Congreso Latinoamericano sobre Libertad Religiosa*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Fondo Editorial.

INTERDONATO, Francisco, S.J.

1981 *Relaciones de la Iglesia y el Estado en la nueva Constitución del Perú.*
“Derecho” N° 35, Lima.

KOTZUR, Marcos

2006 *Libertad de Conciencia frente al deber de obediencia a las órdenes en el ejército o la guerra de Irak bajo el control de los Tribunales Contencioso – Administrativo.* Consulta: 19 de Mayo de 2012
<http://www.ugr.es/~redce/REDCE6/articulos/14markuskotzur.htm>

LANDA. César.

2000 *La dignidad de la persona humana.* En “Ius et Veritas” N° 21, Lima.

2006 *Constitución y fuentes del Derecho.* Lima: Palestra.

LAPORTA, Francisco.

1987 *Sobre el concepto de derechos humanos.* En Revista “Doxa” N° 4.

1995 *Entre Derecho y moral.* México: Biblioteca de ética filosofía del derecho y política.

LLAMAZARES, Dionisio.

2002 *Derecho de la libertad de conciencia.* Madrid: Civitas.

MARTÍ, José María.

1999 *La objeción de conciencia: visión de conjunto.* Castilla – La Mancha. ADEE, vol. XV.

MARTÍNEZ DE PISÓN, José.

2001 *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales.* La Rioja: Tecnos.

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier.

2005 *Las objeciones de conciencia de los católicos.* Ponencia presentada en las XXV Jornadas de la Asociación Española de Canonistas, Madrid, 30-31 de Marzo y 1 de Abril de 2005.

MASSINI, Carlos.

1998 *El derecho natural y sus dimensiones actuales*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo de Palma.

2006 *La Ley Natural y su interpretación contemporánea*. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra S.A.

MATTEUCI, Nicola.

2009 *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Material de Enseñanza. Lima: Pontificia Universidad de Católica del Perú, Maestría de Derecho Constitucional.

MORA-RESTREPO, Gabriel.

2011 *Objeción de conciencia e imposiciones ideológicas. El Mayflower a la deriva*. En “Estudio Socio-Jurídico”, Bogotá, N° 13 (2), pp. 249-273.

MOSQUERA, Susana.

2004 *Un conflicto entre conciencia y ley en el ordenamiento peruano: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de agosto de 2002*. En “Revista de Derecho”, Vol. 5, Universidad de Piura, pp.469-509.

2005 *El derecho de libertad de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico peruano*. Universidad de Piura, Piura: Colección Jurídica.

2011 *Símbolos religiosos en espacio bajo administración del Estado*. En Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Tomo 16. Lima: Gaceta Jurídica.

2011 *La cuestión religiosa en el Perú*. En “Gaceta Constitucional”, N° 38.

2012 *Comentario a la sentencia 05680-2009-PA/TC. Una necesaria aclaración sobre el modelo peruano de relaciones iglesia, estado*. Correo electrónico del 20 de mayo de 2012 a Susana Mosquera.

MUNCH, Ingo.

1982 *La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional*. Revista “Española de Derecho constitucional”, Madrid, año 2, N° 5.

MUÑOZ, Blas.

2010 *La objeción de conciencia*. Consulta: 16 de Junio de 2012.
http://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/objecionConciencia/La_Objecion_de_Conciencia.pdf

NAGEL, Thomas.

1995 *Qué significa todo esto? Una brevísima introducción a la filosofía.* México: Fondo de Cultura Económica.

NAVARRO, Rafael y PALOMINO, Rafael.

2001 *Estado y religión. Textos para una reflexión crítica.* Barcelona: Ariel.

NINO, Carlos.

2007 *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación.* Buenos Aires: Editorial Astrea.

NOVOA, Carlos.

2009 *Del iusnaturalismo al constructivismo ético y jurídico.* En “Universitas”, Bogotá- N° 119, pp. 395-400.

OLLERO, Andrés.

2005 *España: un Estado laico? La libertad religiosa en perspectiva constitucional.* Madrid: Civitas.

PALOMINO, Marco.

2005 *Derecho de la Religión: el principio y derecho de libertad religiosa en el ordenamiento jurídico peruano.* Lima: Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

PASSERIN, Alejandro.

2008 *Naturaleza y Marco legal de la objeción de conciencia.* Consulta el 23 de Junio 2012. http://www.eticaepolitica.net/bioetica/pa_02_naturaleza_objec_conc%28es%20%29.pdf

PRIETO, Luis.

1984 *La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho.* En “Il Diritto Ecclesiastico”, Tomo 95, I.

1989 *Sobre la libertad de conciencia.* En AAVV. *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa.* Madrid: Edersa.

2004 *La libertad de conciencia.* En “constitución y derechos fundamentales”.

2007 *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madrid: Editorial Trotta.

2010 *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Editorial Trotta.

PECES-BARBA, Gregorio.

2004 *Lecciones de Derechos Fundamentales. Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Dykinson.

PÉREZ, Fernando.

2008 *Sobre determinismo y libre albedrío*. En *Eikasia. Revista de Filosofía*. Universidad de Alicante.

PÉREZ LUÑO, Antonio.

1997 *Teoría del Derecho: una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos.

2002 *Los derechos fundamentales y el Estado constitucional*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

2009 *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Lima. Material de enseñanza. Pontificia Universidad Católica de Perú. Maestría en Derecho Constitucional.

PORTELLA, Jorge.

2006 *La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia*. En “Revista facultad de derecho y ciencias políticas”, volumen N° 36, N° 105.

POOLE, Diego.

2007 *Derecho, razón y pasión en la ley natural*. En “IUS CANONICUM”, XLVIII, N° 96.

PRIETO, Fernando.

2001 *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*. En “Pensamiento constitucional”, Año 8, N° 8.

2002 *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra.

PRIETO, Vicente.

2005 *Relaciones Iglesia – Estado. La perspectiva del Derecho Canónico*. Publicaciones Universidad Pontificia Salamanca.

PUY, Francisco y PORTELLA, Jorge (eds).

2004 *La argumentación jurídica, problemas, concepto, métodos y aplicación.* Universidad de Santiago de Compostela.

RAZ, Joseph.

1979 *The Authority of Law. Essay on Law and Morality.* Oxford.

1982 *La autoridad del derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral.* México.

REDONDO, María Cristina.

1992 *Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial.* En “Doxa”: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°11, pp. 247-262.

1997 *Teorías del derecho e indeterminación normativa.* En “Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho”, N° 20, pp. 177-196.

2000 *Lógica y concepciones del derecho.* En “Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho”, N° 13, pp. 35-54.

REYNALDO, Bustamante.

2010 *Entre la moral, la política y el derecho. El pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio Peces Barba. Instituto de DDHH Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid.* Madrid: Editorial Dykinson.

ROCA, Guillermo.

1993 *La objeción de conciencia en la Constitución Española.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

RUBIO, Marcial.

2010 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Lima. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

SOSA, Juan Manuel (coord).

2010 *Los derechos fundamentales: estudio de los derechos constitucionales desde distintas especialidades del Derecho.* Lima: Gaceta Jurídica.

SAENZ, Luis (coord).

2009 *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.

SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando.

2000 *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de los derechos*. Buenos Aires: La Ley.

SPAEMANN, Robert.

1980 *La actualidad del derecho natural*. En *Crítica de las utopías políticas*. Pamplona: Eunsa.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009 *Constitución y proceso. Libro homenaje a Juan Vergara Gotelli*. Lima. Jurista Editores.

2001 Sentencia N° 0895-2001-AA/TC. 19 de Agosto de 2002.

2002 Sentencia N° 2488-2002-HC/TC. 18 de Marzo de 2004.

2003 Sentencia N° 0256-2003-HC/TC. 21 de Abril de 2005.

2003 Sentencia N° 3283-2003-AA/TC. 15 de Junio de 2004.

2006 Sentencia N° 6546-2006-PA/TC. 7 de Noviembre del 2007.

2006 Sentencia N° 2700-2006-PHC/TC. 23 de Marzo de 2007.

2009 Sentencia N° 05680-2009-PA/TC. 28 de Octubre de 2010.

2010 Sentencia N° 03045-2010-PHC/TC. 26 de Agosto del 2011.

2011 Sentencia N° 00928-2011-PA/TC. 12 de Setiembre del 2011.

TRIEPEL, Heinrich.

1986 *Derecho público y política*. Madrid: Civitas.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

1998 *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. La objeción de conciencia*. Consulta: 27 de Setiembre de 2012.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3083/6.pdf>

VELÁSQUEZ-CÓRDOVA, Luis Fernando y CÓRDOBA, Ramón.

2010 *Objeción de conciencia y la antropología filosófica*. En “Persona y bioética”, volumen N°14, N° 2, p. 167-175.

VIGO, Rodolfo.

2008 *Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo*. Citando a KALINOWSKI, Georges. *Sur la muabilite du concept de nature et l' inmuabilite de la loi naturelle*. En HERRERA, Daniel. *II Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Ley natural y multiculturalismo*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Católica Argentina.

ZAGREBELSKY, Gustavo

2008 *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

