



UNIVERSIDAD EAFIT
DEPARTAMENTO DE HUMANIDADES
MAESTRÍA EN ESTUDIOS HUMANÍSTICOS

Tesis para optar al título de
Magíster en Estudios Humanísticos

EL ESTADO CONSTITUCIONAL
Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Autora:

Mónica Lucía Ortiz Arango

Tutora:

Mg. Bernardita Pérez Restrepo

Medellín-Colombia

2016

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. EL ESTADO DE DERECHO	6
1.1 El concepto de Estado de Derecho	6
1.2 Constitución y democracia	9
1.3 Supremacía constitucional y democracia	12
1.4 Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución	14
CAPITULO II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SEGÚN LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA	19
2.1 Requisitos de los derechos fundamentales.....	21
2.2 Parámetros de distinción de los derechos fundamentales.....	23
2.2.1 Analíticos	23
2.2.2 Fácticos	24
CAPITULO III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR.....	26
3.1 Concepto de Constitución	26
3.2 Orígenes de la justicia constitucional	28
3.3 El Tribunal Constitucional como legislador negativo	30
3.4 El Tribunal Constitucional como legislador positivo	37
CAPITULO IV. MODOS DE INSUMISIÓN. LA DESOBEDIENCIA, LA RESISTENCIA CIUDADANA Y SUS FORMAS.....	43
4.1 Concepto de libertad para desobedecer en la filosofía política.....	44
4.2 La Libertad como fundamento del derecho a la objeción de conciencia	48
4.3 La objeción de conciencia.....	54
4.4 La objeción de conciencia y su protección judicial.....	56
4.5 Objeción de conciencia al servicio militar	58
CAPÍTULO V. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL HACIA LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL	60
5.1 La Revolución de los derechos en la obra de Epp	61
5.2 La objeción de conciencia en la Corte Constitucional	70
5.2.1 Primera Etapa (1992-2009). Negación de la existencia y protección del derecho fundamental a la objeción de conciencia.	74
5.2.2 Segunda Etapa (2009-2014). Reconocimiento de la existencia del derecho a la objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio y prohibición del reclutamiento forzado.....	80
5.3 Derecho a la objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio vs objeción de conciencia frente a otros derechos en la doctrina de la Corte Constitucional.....	87

CONSIDERACIONES FINALES.....	96
1. Estado de Derecho: la apuesta inicial.....	96
2. Los derechos fundamentales: el medio a través del cual se construye la teoría para poder objetar.....	97
3. El Tribunal Constitucional: creador de derechos	99
REFERENCIAS	101
REFERENCIAS SENTENCIAS Y LEYES	104
BIBLIOGRAFIA GENERAL	106
ANEXOS.....	110
Anexo 1. Cuadro de rastreo jurisprudencial: objeción de conciencia.....	110
Anexo 2. “Un dilema moral”. Capítulo V del libro <i>Tras la Justicia</i> , de Manuel Atienza, 1997, Barcelona: Ariel.	146
Anexo 3. Comentario a “Un dilema moral”	184

INTRODUCCIÓN

Puede comprenderse mejor el lugar de las siguientes reflexiones si se entiende que en la redacción del texto constitucional de 1991 no se incluyó ni se contempló la *objeción de conciencia* como un derecho subjetivo fundamental que debiera ser protegido por la Constitución y la Ley; aunque sí se consagró el artículo 18, referido a la libertad de conciencia y a la garantía de que ningún ciudadano colombiano podría ser molestado en “razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”.

Ahora bien, el punto de partida de este trabajo es la consideración de que en el artículo 18 ya mentado no se garantiza, necesariamente, la objeción de conciencia; su materialización y garantía se han logrado en nuestro país a partir de muchas condiciones requeridas para ese fin, como son: el cambio jurisprudencial de la Corte Constitucional, que para ciertas situaciones ha reconocido y garantizado el derecho a objetar por motivos de conciencia; los movimientos sociales de defensores de derechos humanos y el compromiso de entidades que han perseguido el mismo fin, entre otras condiciones.

En el caso puntual de Colombia, no ha sido posible construir una doctrina sólida alrededor del derecho a la objeción de conciencia desde diversos sectores políticos y sociales, todo ello porque un tribunal en soledad no puede asegurar tal derecho. Allende de una decisión judicial se requieren adicionalmente movimientos sociales y, de manera muy relevante, el actuar de la labor legislativa. Y hasta ahora no existe una legitimidad suficiente y pacífica para el derecho a la desobediencia en ciertos actos del sistema jurídico respaldados por la objeción de la conciencia.

El presente trabajo se inscribe en dos ámbitos. El de la filosofía política, que se ocupa de la fundamentación de los derechos individuales, y el de la argumentación a través de la jurisprudencia, que se ocupa de reconstruir las razones de la Corte Constitucional sobre el estatus de la objeción de conciencia como derecho fundamental. La filosofía política liberal suministra los referentes analíticos indispensables para abordar las nociones de objeción de conciencia, desobediencia civil y su relación con la libertad. Para el uso de las dos primeras nociones (objeción de conciencia y

desobediencia civil) se acude a las tesis de John Rawls y al análisis que de ellas ofrece el profesor Oscar Mejía Quintana. Para el concepto de *Libertad de conciencia* se apela a las tesis de Benjamin Constant, Isaiah Berlin y Norberto Bobbio sobre las nociones contrapuestas de libertad negativa y libertad positiva y a su posible aplicación a las nociones de objeción de conciencia y desobediencia civil, respectivamente.

El referente teórico del trabajo se fundamenta en los conceptos de Estado de derecho, Constitución y Democracia, derechos fundamentales, Tribunal Constitucional en ejercicio de la función legislativa, en sentido negativo y positivo, desobediencia civil y todas sus manifestaciones, entre ellas la objeción de conciencia como derecho fundamental y la evolución que ha tenido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Este texto presenta una aproximación preliminar, y por lo tanto no exhaustiva, de algunas de esas categorías.

La categoría *Estado de Derecho* es importante dentro de esta propuesta, ya que se erige como el marco sobre el cual habrá de desarrollarse la misma, ya que para hablar del ejercicio de un derecho como es la *objeción de conciencia*, hay una remisión obligada a un contexto que viabilice y reivindique el disfrute de los derechos civiles y políticos que tienen como sustrato el valor de la libertad. La objeción de conciencia como el ejercicio de la libertad individual en sentido negativo o la posibilidad de “no hacer” o incumplir un mandato legal solo es factible en términos de este modelo de Estado que persigue la preservación de los derechos inalienables del individuo, que a su vez se toman como límite al accionar del Estado.

Buena parte del presente trabajo está dedicado a ahondar en el desarrollo teórico de los derechos fundamentales de acuerdo a la doctrina de la Corte Constitucional colombiana, habida cuenta de que la Constitución de 1991 no se obligó con ninguna definición al respecto y ha sido por la vía del desarrollo jurisprudencial que dicho concepto se ha ido decantando. Sin embargo, a pesar de no haberse ocupado de la definición, si creó un amparo especial para proteger esas garantías constitucionales, denominado *Acción de Tutela*, y con ello hizo marginal la intervención del legislador en el caso de los derechos constitucionales, pues no se requiere que pasen antes por esta instancia, como tampoco que hagan parte del derecho positivo; en palabras de la misma

Corporación, que hagan simplemente referencia: “al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre”.¹

Para ser considerados como tales esos derechos, solo se les exige que sean inherentes al individuo racional y, por tanto, atravesados por el concepto de dignidad humana entendiéndola en términos de autonomía y libertad.

El capítulo tercero se dedicará a precisar la función que cumple el Tribunal Constitucional colombiano cuando funge como legislador, bien en sentido positivo o negativo, y a evidenciar cómo en el proceso de esa función “irregular” de creación del derecho ha gestado ciertas garantías no contempladas en la Carta Fundamental, como lo es *el derecho a objetar por motivos de conciencia*, el más importante para la presente reflexión.

En este apartado se da cuenta de los principales argumentos esgrimidos por autores como Hans Kelsen, quien en su teoría plantea que la jurisdicción constitucional opera a modo de legislador negativo cuando se ocupa de retirar una ley del ámbito normativo, habida cuenta de que esta no resiste un análisis de constitucionalidad. Lo anterior se traduce en la creación de una norma general y, en ese sentido, en cuanto el acto de creación del derecho es la labor primigenia del poder legislativo y no de esta jurisdicción, ella se convierte, entonces, en un legislador pero en sentido diferente.

En lo concerniente al Tribunal Constitucional como legislador positivo, puede decirse que esta jurisdicción no opera en el sentido propuesto por Kelsen, sino que trasciende mas allá, cuando se trata de definir si una norma es ajustada o no a la Carta Fundamental con la que debe cotejarla. Es en la medida en que se abroga la posibilidad de emitir diversos tipos de sentencias (interpretativas, aditivas, integradoras, entre otras) o cuando modula sus efectos, que está desarrollando una labor eminentemente legislativa o de creación del derecho.

De la desobediencia civil y sus formas es de lo que se ocupará el siguiente apartado en el presente trabajo, donde se ha intentado defender la idea de que existe un

¹ Corte Constitucional de Colombia (19 de junio de 1992). Sentencia T-418/92, Magistrado Ponente Simón Rodríguez Rodríguez, apartado sobre determinación de los derechos fundamentales.

vacío normativo en la legislación colombiana respecto a la posibilidad que concurre de apartarse del cumplimiento de un mandato legal, cuando esta obligación riñe con la convicción y el fuero interno del individuo. Es así como se presentan las distintas clases de insumisión al cumplimiento de una norma, de manera individual o colectiva, de acuerdo con una acertada clasificación de Passerin d'Entrèves. De todas ellas hay dos tipos de incumplimiento que son relevantes para esta disertación: la desobediencia civil como un concepto que se ha instaurado al interior de muchas sociedades que desde ópticas democráticas han posibilitado su disfrute, y la objeción de conciencia como el eje central del que se ocupa este análisis. Desde luego, la discusión que se plantea tiene como fundamento el principio de la *libertad*, concepto insoslayable de la voluntad del sujeto, y que le demanda conciencia para proceder de conformidad.

A manera de acotación se hace referencia a la objeción de conciencia respecto al servicio militar, para posteriormente mostrar cómo pese a las conquistas que frente al derecho a objetar se han logrado, este derecho goza de mayor reconocimiento y protección en unos ámbitos mientras sufre cierta discriminación cuando de prácticas como la del enlistamiento militar obligatorio se trata.

El punto de partida del último capítulo es el de mostrar la forma como se ha ido confeccionando por parte de la Corte Constitucional de Colombia toda una doctrina para rodear de garantías el derecho a objetar por motivos de conciencia. Parece claro que el texto de la Constitución de 1991 no incorporó dentro de su articulado el derecho a objetar por motivos de conciencia, como se afirmó desde el principio, a pesar del contenido del artículo 18, que consagra la libertad de conciencia y que pareciera que debía comprenderlo.

Durante los primeros lustros de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional reconoció muy tímidamente y en pocas oportunidades la posibilidad de sobreponer las convicciones de la conciencia al cumplimiento de la ley, sobre todo a través de los salvamentos de voto. Recientemente, esto es, a partir del año 2009, se hizo un reconocimiento más amplio, y el Alto Tribunal se comprometió a través de las sentencias emitidas desde ese año a reforzar las garantías para la práctica de este derecho, aunque con diferencias sustanciales dependiendo de la materia frente a la cual se objeta.

El núcleo central de la argumentación que se va a defender en estas páginas apunta a comparar las distintas clases de objeción y el tratamiento que se da a cada una de ellas en nuestro entorno. Haciendo énfasis en que la objeción frente a la prestación del servicio militar obligatorio tiene cargas excesivas que anulan el derecho a reclamarla si se compara con las demás, en las que el Tribunal Constitucional es más laxo.

Por último, conviene advertir de la mano del teórico Charles Epp —y su texto *La Revolución de los Derechos*— que el surgimiento y posterior garantía de derechos como el de la objeción de conciencia, que no se encuentran positivizados en una Carta Fundamental, es posible no solo por el decisionismo de la justicia constitucional, sino también por la participación activa de grupos de trabajo de profesionales que se empeñan en el reconocimiento de los mismos y por la presión de los ciudadanos que propugnan por esta clase de reconocimiento o salvaguarda, para garantías que originalmente no resultan plasmadas en las Constituciones.

En síntesis, este trabajo trata del derecho a la conciencia, su ejercicio, exigibilidad, protección y, principalmente, de los ámbitos especiales de protección en Colombia, los distingos que se hacen en cada caso y cómo ello puede significar una desprotección o limitación al derecho mismo de la conciencia libre.

CAPÍTULO I. EL ESTADO DE DERECHO

1.1 El concepto de Estado de Derecho

El concepto de Estado de Derecho se torna relevante para el presente trabajo en la medida en que fue el escenario propicio para el desarrollo ulterior del contenido de la teoría de los derechos fundamentales. Es por ello que se tendrán como punto de referencia algunas de las propuestas que al respecto ha desarrollado el teórico del derecho Antonio Enrique Pérez Luño (1991) quien a su vez tiene en cuenta las premisas de pensadores como Immanuel Kant, John Locke y Hans Kelsen. El autor en mención ha hecho importantes aportes a la filosofía política y jurídica, con la teoría que sobre derechos fundamentales ha decantado, haciendo especial énfasis en la necesidad de que esos derechos fundamentales se conviertan en normas jurídicas de especial protección por parte del Estado y para los ciudadanos.

Así, se abordarán conceptos como los de libertad, derechos humanos, derechos fundamentales y Estado Social de Derecho, entre otros, considerados pilares primordiales en la construcción de su teoría, con la promesa de desarrollar desde y con ellos la concepción de Estado de Derecho, como punto de partida en el presente trabajo.

La noción de Estado de Derecho que se construyó a mediados del siglo XIX hoy tiene un inmenso desarrollo en el Estado constitucional. Precisamente, de la mano del autor mencionado, el Estado de Derecho indica la existencia de una relación indisoluble entre este y los derechos fundamentales, lo cual obliga a articular dos asuntos bastante relevantes: por un lado, los derechos de los ciudadanos y, por el otro, la soberanía del Estado.

La fundamentación teórica de lo que hoy se denomina derechos fundamentales es anterior a la construcción de la noción de Estado de Derecho, la cual suprime la arbitrariedad, el totalitarismo y el abuso y acoge los valores de libertad y democracia. En otros términos puede afirmarse que hay una “dependencia histórica del Estado de Derecho de las declaraciones de derechos humanos” (Pérez Luño, 1991, p. 213).

La consolidación del Estado de Derecho significó un límite al poder del Estado desde el derecho y desde los derechos, de un lado, y la inclusión de mecanismos de participación y representación con el objetivo de preservar los derechos de los ciudadanos, del otro. Por tanto, la categoría Estado de Derecho es correlativa a las declaraciones de Derechos Humanos pero, a su vez, los derechos contenidos en estas declaraciones solo pueden ser positivizados dentro del marco jurídico que ofrece o permite el Estado. Es así como los derechos fundamentales se erigen en el punto sobre el cual se construyen y el lugar hasta el cual pueden y deben llegar los mandatos que ponen en funcionamiento las ramas del poder público del Estado.

El concepto de Estado de Derecho representaba en el imaginario la búsqueda de “un ideal institucional” que pretendía la preservación del individuo en cuanto a sus derechos inalienables y como poseedor de valores tales como la libertad, la igualdad, la dignidad, que se constituían como barrera frente a los atropellos de que pudiera ser objeto por parte del Estado mismo a través de sus representantes.

Es así como Pérez Luño define el origen del Estado de Derecho en los siguientes términos:

El Estado de Derecho nació, por tanto, como una fórmula de compromiso que implicaba aunar diversas *garantías formales*, proclamadas por una Constitución que consagrara la división de poderes y el principio de legalidad, con una serie de *garantías materiales*, ya que el primado de la ley reposaba en su carácter de expresión de la voluntad general y en su inmediata orientación a la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos. (Pérez Luño, 1991, p. 220)

Históricamente múltiples autores coinciden en aseverar que el origen moderno del concepto de Estado de Derecho puede y debe ubicarse en la filosofía política de Immanuel Kant, quien afirma que: “El Estado es un medio y una condición para asegurar las respectivas esferas de libertad de los ciudadanos, por medio del derecho” (citado en Pérez Luño, 1991, p. 215), señalando que debe abolirse cualquier postura paternalista por parte del Estado. Kant propone que la libertad política ha de ser entendida como la búsqueda personal de la libertad a través de los propios medios y a partir de las valoraciones particulares de cada individuo; esa búsqueda tendrá como

único límite la libertad de los demás, para lograr de ese modo una concomitancia con el concepto y la búsqueda de la libertad de nuestros pares.

Esta postura robustece el planteamiento del derecho al servicio del ciudadano, quien habrá de entenderse como un valor en sí mismo y, a su vez, el Estado como instrumento garante de libertades particulares. Kant entiende y defiende el Estado de Derecho como un Estado de razón que es lo que viabiliza la convivencia libre mediante el derecho. Esta línea de argumentación podría complementarse con el planteamiento que frente a la libertad ha referido Locke, al proponer que:

La libertad de los hombres consiste en tener una norma firme según la que vivir, común a todos los miembros de la sociedad y emanada del poder legislativo en ella constituido; una libertad de seguir mi libertad en todos los casos en que la ley no lo prohíba, y de no hallarme sometido a la eventual, incierta, ignorada y arbitraria voluntad de otra persona. (Locke, citado en Pérez Luño, 1991, p. 215)

La concretización de la idea del *Estado de Derecho* se debe al aporte del “positivismo jurídico formalista en la teoría germana del derecho público” (Pérez Luño, 1991, p. 221), que surgió como categoría conceptual a principios del siglo XIX en Alemania, ya que este concepto se aparta un poco de la visión kantiana, que lo considera como un Estado cuyo límite es el racionalismo, dándole paso a un Estado cuyo límite es la norma o, también, a un Estado que se auto limita en el derecho.

La tesis de Kelsen, referida al Estado de Derecho, se hace relevante ya que promueve una filiación entre dicha forma de Estado y el principio de legalidad, que significa que el gobierno de un Estado estará subordinado al imperio de la ley y será responsable por sus acciones ante un aparato de control, la justicia. Sin lugar a dudas, la construcción de un modelo de Estado en el que este se sujeta al derecho es un progreso significativo de la cultura política. Sin embargo, los postulados propios de la ideología liberal, caracterizados por la neutralidad y el exacerbado individualismo, se tornaron insuficientes frente a las demandas de satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos. La libertad tuvo un significativo desarrollo en el Estado liberal de Derecho, pero ello no marchó aparejado con la satisfacción de necesidades básicas concretas que pretenden la materialización del valor de la igualdad a través del acceso a los medios

requeridos para la subsistencia de los estratos social y económicamente más desprotegidos, que procuran un mayor ámbito de justicia social. Para ejemplificar, no basta la libertad de educación, es necesario un mínimo de condiciones para el acceso a la educación, tanto en procura de una libertad efectiva como del acceso a ella por parte de quienes no tienen los medios necesarios para educarse. De esta forma se abrió paso una fórmula mejorada de Estado, esto es, el Estado Social de Derecho, que “[r]epresentó una conquista política del socialismo democrático [...] fruto también del pensamiento liberal más progresista que lo concibe como un instrumento de adaptación del aparato político a las nuevas exigencias del capitalismo maduro” (Pérez Luño, 1991, p. 221).

El paso del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho, relevante en un contexto de derechos y garantías, se caracteriza, entre otras cosas, por la exigencia que plantea a los poderes públicos de otorgar al conglomerado social el ejercicio de una ciudadanía plena, eficaz y efectiva, que dé paso, que viabilice las condiciones materiales para el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales. Se trata de una nueva modalidad de Estado, el que se obliga. En este contexto es que recobran mucha importancia los conceptos de Constitución, supremacía y garantías.

A modo de colofón, puede plantearse que para hablar de Estado de Derecho tendrá que existir y mantenerse una relación dialéctica entre este y los Derechos Humanos, pues el primero se erige como el fundamento mínimo en el cual tienen cabida las garantías para los individuos de una sociedad determinada, que a su vez se convierten en límites al poder abultado que tiene *per se* el Estado. Esta noción de Estado de Derecho, que comporta soberanía del Estado, libertades, límites en el derecho al accionar estatal, también comporta conceptos como el de democracia, en la medida en que es posible afirmar que es solo desde allí que pueden tener un desarrollo coherente y edificante los derechos inalienables.

1.2 Constitución y democracia

Modernamente se presentan tres modelos de democracia: la representativa, la participativa y la deliberativa. La primera alude a la forma en que elegimos nuestros representantes, esto es, el modelo político se legitima en cuanto las decisiones fundamentales estatales las toman los directamente elegidos por el pueblo. La

participativa significa el compromiso de los ciudadanos en la toma de decisiones políticas fundamentales y, por ello, puede decirse que los ciudadanos asumen directamente la toma de decisiones fundamentales. Finalmente, un modelo casi inexistente, celebrado por la doctrina de la democracia deliberativa, indica que se construyen razones públicas pertenecientes a la vida política a través de las adjudicaciones judiciales, en especial las de los Tribunales Constitucionales.

Es pertinente para este ejercicio académico establecer una relación entre los conceptos de Constitución y Democracia en el marco de un Estado de Derecho, como ha sido definido el Estado colombiano, e interrogarse sobre a quién o a qué órganos se adjudica la obligación de protección de los derechos: ¿es en el ámbito de las mayorías políticas o en el de un Tribunal Constitucional, a través de sus sentencias, donde se realizan los derechos?

Por lo anterior es pertinente plantear la tesis que sobre la relación entre Constitución y Democracia sugiere Stephen Holmes, quien cuestiona el principio democrático que establece que los ciudadanos en una sociedad democrática están legitimados para deliberar frente a todo, incluso frente a derechos de rango fundamental.

Enfrentado al postulado que defiende ese principio democrático, se ubica la teoría constitucional clásica que proclama que el hecho de haber declarado y consagrado ciertos derechos con especial y reforzada protección en un texto constitucional obedece a la necesidad de blindarlos de posturas políticas y gubernamentales adversas a los mismos, además de evitar que sobre estas garantías pueda decidirse en las urnas, en donde las mayorías terminen resolviendo sobre los derechos de las minorías. Por consiguiente, afirma Holmes: “[e]l constitucionalismo es esencialmente antidemocrático. La función básica de una Constitución es separar ciertas decisiones del proceso democrático, es decir, atar las manos de la comunidad” (Elster & Slagstad, 2001, p. 218)

Podría intentar resumirse esta pugna entre demócratas y constitucionalistas en el sentido de que para los primeros la Constitución es un obstáculo o freno frente a decisiones y posturas políticas, mientras que para los segundos la democracia plena es

un peligro frente a principios y derechos previamente conquistados y que, por tanto, se salen de la esfera de discusión; en este caso, se trata de unos presupuestos que no pueden ser redefinidos por los órganos políticos o deliberantes ni por los gobiernos de turno y entienden el texto constitucional como el punto de partida y su existencia es indiscutible. Por ende, y en palabras de los autores, los conceptos de Democracia y Constitución se tornan como “un matrimonio de opuestos” (Elster & Slagstad, 2001, p. 219).

La contradicción entre ambos conceptos ocupa un lugar relevante en el pensamiento político contemporáneo y es objeto de una importante polarización de parte de seguidores y detractores de una y otra postura. John Hart Ely, importante constitucionalista norteamericano, sugiere un entendimiento intermedio entre esas figuras que se vislumbran como irreconciliables. Entiende que las limitaciones impuestas por las Constituciones, en lugar de restringir la actitud democrática, la robustecen, en la medida en que, simplemente, ceden al Tribunal Constitucional facultades para salvaguardar la democracia misma, a través de razones públicas que se erigen en demarcaciones en pos de la estabilidad del mismo sistema. Su propuesta legitima la revisión judicial cuando esta lo que pretenda sea “desbloquear las construcciones del proceso democrático” (Elster & Slagstad, 2001, p. 219), puesto que reivindica que el constituyente primario aumente su poder cuando restrinja las atribuciones de sus representantes.

La tesis de Hart Ely en medio del debate planteado entre constitucionalistas y demócratas parece no satisfacer a muchos y mantiene intacta la contradicción; no obstante, en la práctica puede corroborarse que las democracias más prósperas poseen límites que les reportan cierta estabilidad (propuesta de Hart Ely), y en ese sentido también se ratifica la función reforzadora de la Carta Constitucional sobre una democracia. De lo anterior puede desprenderse cierta preponderancia de esta propuesta sobre la tesis que ubica ambos conceptos como incompatibles. De suerte que parece de muy buen recibo la doctrina de los límites al debate democrático desde los derechos regulados y protegidos en las constituciones.

1.3 Supremacía constitucional y democracia

A partir de la propuesta teórica de Luis Prieto Sanchís (2013) abordaremos los conceptos de supremacía constitucional, rigidez y garantía de la Constitución, los cuales están estrechamente vinculados con la discusión expresada en el anterior apartado sobre Constitución y Democracia y la manera de entenderlos en el sentido de si son asuntos que pueden coexistir o definitivamente son contrapuestos. De igual forma se abordará el concepto de *objeción contramayoritaria*, que evidencia la anulación del poder absoluto que debería detentar el constituyente primario.

Algunos de los fundamentos teóricos sobre los cuales cimienta su discurso este autor son la fuerza normativa del texto constitucional, la teoría de los derechos fundamentales y la garantía judicial de la Constitución. Prieto Sanchís plantea una serie de reflexiones pertinentes cuando de establecer relaciones entre la operancia de derechos de grupos minoritarios en regímenes democráticos se trata; y desde ese punto llama la atención sobre “la dificultad contramayoritaria u objeción democrática frente al modelo constitucional” (Prieto Sanchís, 2013, p. 138).²

La propuesta de Prieto Sanchís parte del reclamo acerca de la legitimidad que tienen determinadas generaciones para establecer patrones de conducta a través de normas constitucionales y de paso coartar a las presentes y futuras descendencias, anulándoles la libertad de construir nuevos acuerdos, afines a la realidad del presente. La objeción contramayoritaria se erige a partir de la ausencia de justificación del poder absoluto del que gozan unas generaciones respecto de otras. Como es sabido, al surtir el traslado de la soberanía absoluta que detentaba el monarca a la soberanía popular que ahora ostenta el poder constituyente representado por el pueblo, este puede nombrarse como “un poder absoluto, perpetuo y de ejercicio permanente que, por definición no puede imponerse límites a sí mismo” (Prieto Sanchís, 2013, p. 143).

Es así como debe reconocerse que considerar una Constitución como “la expresión del pueblo soberano” es una quimera que obedece a la necesidad de otorgarle

² Habrá de entenderse por dificultad contramayoritaria las decisiones —antidemocráticas— que se imponen a una sociedad y que actúan como límite al poder constituyente en la medida que no pueden ser objeto de consulta, revisión o pronunciamiento. Se trataría de una vulneración al principio democrático que sugiere que en una sociedad todo es susceptible de ser deliberado.

mayor exigibilidad a los postulados en ella contemplados, pues una Constitución no es más que una construcción hecha por el Estado mismo, a través de algunos de sus miembros; hecho que ratifica y convalida *la objeción democrática o contramayoritaria*. De este modo, al generarse dudas acerca de si las sociedades anteriores crearon su propia Constitución, se torna contradictorio obligar a las sociedades actuales y futuras a que se sometan a dicha Carta.

Habría que decir también que, a su vez, la *objeción contramayoritaria* tampoco se escapa a su condición de falacia, puesto que entender la Constitución como la expresión sentida y mayoritaria de un pueblo no es más que una situación ideal que solapa la realidad evidenciada en una democracia representativa, distante generalmente de las expectativas de la sociedad. De tal modo que los miembros de un conglomerado social han de acatar las normas que evidencian la voluntad del legislador, no la del pueblo que lo eligió.

En contraste con lo anterior, sugiere Sanchís la posibilidad de apartarse de las dos “ficciones”, esto es, considerar que la Carta Constitucional de una sociedad evidencia realmente “el poder constituyente del pueblo [y además que la rama legislativa sea semejante] a la soberanía de ese pueblo a quien se quiere reconocer como inagotable fuente del derecho” (Prieto Sanchís, 2013, p. 146), aceptando de paso que no necesariamente la ley evidencia la voluntad de toda una sociedad, ni le es inherente, por tanto, una legitimidad irrestricta.

La idea es, entonces, entender que existe una correspondencia entre la Carta Constitucional de una sociedad específica, asumida como una norma superior, y un sistema democrático operante, cuyo común denominador puede nombrarse como “una regla de las mayorías”, que en uno y otro escenario se vinculan y se requieren.

La supremacía de la Constitución da cuenta de la inmunidad de la cual goza esta frente a los poderes públicos; no hace referencia al mayor o menor grado de rigidez o flexibilidad que pueda predicarse de la misma. Es precisamente frente al criterio de inflexibilidad respecto al cual se genera la impugnación u objeción, mas no respecto a la condición de superioridad que detenta. Es prudente advertir, entonces, que la rigidez y la supremacía de una Constitución son características distintas de la misma, entre otras

cosas porque la supremacía tiene un vínculo estrecho con el modelo de Estado de Derecho, que significa la observancia de parte de los órganos del Estado de las leyes operantes, normas que se mantendrán o cambiarán de acuerdo con la decisión del parlamento; o, en otras palabras, aunque la Constitución de un Estado debe obedecerse, no obstante podrá ser reformada a partir del mandato que emana del poder constituyente (o la soberanía popular), que traslada dicha competencia al órgano legislador para que la materialice.

1.4 Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución

La discusión acerca de la ubicación jerárquica de los conceptos de ley y Constitución ha estado históricamente en permanente tensión. La tradición francesa ha dado relevancia especial a las leyes por su legitimidad; la postura norteamericana favorece el texto constitucional en la medida en que este es el que contiene los derechos y las garantías, los cuales protege judicialmente incluso del órgano legislativo, que goza del mandato otorgado por el pueblo, como ya se ha mencionado. Esta visión se enfrenta, pues, con la tradición europea que otorga a la ley la misión de la disposición de los derechos y adicionalmente la blinda de la interferencia de los jueces, que por vía de sus sentencias discrecionalmente llenan de contenido los derechos.

Es así como la discusión de esta compleja relación entre Constitución y Democracia va a articularse alrededor de tres nociones: Supremacía, Reforma y Garantía; conceptos que a pesar de ser autónomos, en ocasiones su significado se torna poroso, y por tanto tienden a confundirse no solo en el contexto político sino también en el jurídico.

Gracias a la **Supremacía**, concepto que se consolida a principios del siglo XX con la fundación del Estado Social de Derecho y a partir del cual se genera un cambio en la postura del Estado respecto al ciudadano, el andamiaje estatal va a dispensar derechos a los gobernados. Por consiguiente, la supremacía puede entenderse como la condición que tiene la Constitución para ubicarse por encima de las demás normas y demandar de estas su sometimiento u observancia; además de superponerse en caso de colisión, no necesariamente por criterios cronológicos o que respondan a la especialidad, sino precisamente por su posición de superioridad.

Después de revisar varias posturas que definen la jerarquía o supremacía de la Constitución, el criterio que emplea el jurista español que venimos mencionando, respecto a dicha condición, es que se trata de un asunto relacional, en el sentido de proponer que una norma solo podrá ostentar la calidad de inferior o superior, siempre y cuando se mire en correspondencia o relación con otra norma. Además predica que la supremacía no solo se decreta o impone por una disposición que así lo estatuya, sino que demanda el reconocimiento de instituciones e individuos que sean consecuentes con ese postulado desde las prácticas sociales; es así como las normas que contradigan los postulados constitucionales se tornan inválidas.

Por **Reforma** habrá de entenderse el conjunto de requisitos para alterar o suprimir normas constitucionales o, como lo plantea el autor: “la institución de la reforma estaría compuesta por las normas sobre la producción jurídica que regulan la emisión de otras normas aptas para alterar una constitución ya vigente” (Prieto Sanchís, 2013, p. 157). De tal forma que es común relacionar el texto constitucional con la rigidez como uno de sus fundamentos, como lo afirma Ferrajoli (citado en Prieto Sanchís, 2013); en caso de que una Constitución pudiese ser modificada o alterada por leyes ordinarias, dejaría entonces de ser la ley suprema y pasaría a convertirse en una norma con las características de las que la reforman, esto es, ordinaria.

En sentido contrario, argumenta Prieto que la flexibilidad de una Constitución no le resta categoría y de igual forma debe ser acatada puesto que existe una marcada diferencia entre desobedecer el texto constitucional y reformar el mismo. De modo que el problema no es el mayor o menor grado de flexibilidad de la Carta Constitucional, pues mientras quede estipulada en esta de forma expresa la manera como habrá de reformarse, no hay lugar a que se altere la condición de supremacía por la posibilidad de la enmienda. Es así como de paso queda también desarticulada la relación de interdependencia entre la supremacía y la rigidez.

Hay que advertir que deben entenderse tanto la rigidez como la flexibilidad no como conceptos totalitarios sino graduales. Ha sido aceptado mayoritariamente dicho escalonamiento en lo que respecta a la rigidez, pero frente a la flexibilidad no ha ocurrido lo mismo. En concreto, una Constitución rígida puede definirse como “toda

Constitución que establece al menos una condición para su reforma distinta de las condiciones ordinarias previstas para la producción de las leyes” (Prieto Sanchís, 2013, p. 163). Una Constitución flexible podrá, entonces, reputarse como aquella que ostenta la liberalidad de ser cambiada de la misma forma que se reforma una ley. Pero esta descripción será incompleta si no se aclara cuál es el criterio diferenciador para establecer el límite entre una condición y otra; esto es, hasta dónde puede apreciarse rigidez y a partir de qué consideración, flexible; por tanto, podrá predicarse severidad o rigidez cuando pueda reformarse por una mayoría cualificada o mediante una instancia distinta al legislador ordinario; y maleable o flexible cuando se requiere para su cambio idénticas mayorías a las exigidas para la aprobación de las leyes comunes, sin importar que lo que varíe sea el procedimiento. Sin embargo, es oportuno anotar que otro de los objetivos que persigue la condición de rigidez de un texto constitucional es impedir que las mayorías decidan sobre los derechos de las minorías protegidos en las constituciones.

Respecto a la **Garantía**, puede reputarse que consiste en la ejecución de mandatos regulados previamente en el mismo texto constitucional, que persiguen la preservación por la vía judicial de sus disposiciones, bien porque estén siendo vulneradas por otras normas o bien por comportamientos que las afecten. A juicio del profesor Prieto Sanchís (2013), la garantía judicial hace parte de la supremacía de la Carta, contrario a lo propuesto por Ferrajoli (citado en Prieto Sanchís, 2013), que separa tajantemente esta ya que la considera una consecuencia de la puesta en funcionamiento de los mandatos constitucionales y no un postulado de la norma superior. Hay que advertir que sin importar la lectura que se haga del vínculo entre garantía y supremacía constitucional, mayoritariamente se considera legítimo el control ejercido por el poder judicial frente a la puesta en marcha de los designios constitucionales o, como lo propone el texto: “el criterio de la fiscalización judicial es el único que parece que funciona como indicio seguro de la existencia de una relación de superioridad jerárquica” (Ruiz, citando en Prieto Sanchís, 2013, p. 169)

Llegados a este punto y con referencia a la justicia constitucional, se evidencian básicamente dos vertientes frente a cuál es el modelo más recomendable y consecuente con la independencia del legislador, como aquel que encarna la voluntad soberana. De un lado, el modelo de **jurisdicción constitucional difusa**, que consiste en la aplicación

directa de las normas constitucionales por parte de los jueces, con miras a resolver los litigios de los que conozcan y donde se les posibilita desaplicar la ley en el caso puntual objeto de la controversia, en el entendido de que esta haya entrado en conflicto con el mandato superior; esto es, se hace uso tanto de la Constitución como de las demás normas cuando se requiere para resolver un asunto puntual. De otro lado, el modelo llamado de **jurisdicción constitucional concentrada**, dispone de un órgano —Tribunal Constitucional— encargado de revisar y emitir conceptos acerca de la constitucionalidad de las leyes de manera indefinida o abstracta, no como en el modelo anterior, en el que los jueces se pronuncian específicamente frente a un caso concreto, sino emitiendo fallos de obligatorio acatamiento y convirtiéndose de paso en “legisladores negativos”, puesto que sus sentencias gozan del carácter de generalidad y obligatoriedad similar al de las leyes.

Los distintos sistemas jurídicos difícilmente adoptan alguno de estos dos modelos en el sentido puro; sobre todo porque dicha adopción responde a realidades políticas e ideológicas puntuales de cada sociedad, por lo que se opta por condensar e incorporar elementos de uno y otro modelo, además de que la institucionalidad jurídica es una construcción histórica, y no se dan modelos puros en la realidad, los modelos son realmente referentes teóricos o conceptuales.

La jurisdicción concentrada, bastante común en los países de Europa, es considerada altamente eficaz por destacados académicos y teóricos del derecho; sin embargo, sus detractores le recriminan a dicho modelo, entre otros asuntos, su alto contenido político, como se argumentará en otros apartados de este texto. La coexistencia de ambas jurisdicciones —ordinaria y constitucional— generan en ocasiones dificultades por asuntos como la competencia, y es así como se termina erigiendo al órgano constitucional como un super tribunal que se ubica por encima de la justicia ordinaria. Situación contraria a la del modelo difuso, por el cual cuando un juez considera que una ley es inconstitucional frente al caso que juzga, la inaplica solo para ese asunto específico, dejándola vigente para posteriores casos en que sea pertinente; sin embargo, en este modelo es común también un tribunal de cierre que fija la doctrina obligatoria o *stare decisis*, como se le reconoce en los Estados Unidos.

En fin, y así las cosas, hemos presentado el marco general que da fundamento a un Estado constitucional de Derecho en el que tiene asiento el derecho a la objeción de conciencia, el cual, a pesar de no estar expresamente positivizado en el texto constitucional colombiano, ha ido ganando reconocimiento entre otros asuntos por vía del decisionismo del Tribunal Constitucional, tal como se expondrá adelante. Quiere esto decir que era esencial dar cuenta de los conceptos de Estado de Derecho, Estado Social de Derecho, Constitución, rigidez constitucional, supremacía y los límites al principio democrático.

CAPITULO II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SEGÚN LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

En este apartado se desarrollará la teoría de los derechos fundamentales y su caracterización, de tal modo que conceptos como la eficacia, lo esencial de su contenido y el vínculo estrecho con los principios constitucionales soporten lo que de los mismos se ha predicado en la jurisprudencia, la doctrina y también por parte de la academia. Entender una doctrina sobre los derechos fundamentales es clave y decisivo para el estudio y definición de los contenidos y alcances de la libertad de conciencia y las posibilidades de la objeción.

Para comprender la manera como la Corte Constitucional colombiana ha entendido los derechos fundamentales, en este capítulo abordaremos criterios de distinción tales como eficacia directa, contenido esencial y conexión directa con los principios constitucionales, con la finalidad de mostrar la teoría confeccionada por este Tribunal para cimentar el derecho a la objeción de conciencia como una especie del género de los derechos fundamentales, que es como puede reputarse esta forma de insumisión al derecho positivo.

Habrà de iniciarse diciendo que se hizo imperativo construir un concepto de “derechos fundamentales”, ya que la Constitución de 1991 no se comprometió con ninguna definición; ella elaboró un listado de derechos fundamentales, no de modo taxativo y, por ello no es posible saber, desde el texto constitucional, cuáles y qué son estos derechos. Por tanto, ha sido la Corte Constitucional a través de la doctrina quien ha edificado el concepto.

Los derechos fundamentales son la institución esencial del Estado contemporáneo, tienen protección de carácter constitucional mediante una acción de naturaleza constitucional que los pone en acción: la acción de tutela en el caso colombiano. La Corte Constitucional colombiana desde el inicio de sus actividades como juez garante de la Constitución ha ido construyendo el concepto de derecho fundamental en varios de sus fallos, todo ello por las razones ya dichas, esto es, no se sabe cuáles son ni qué son y qué contienen. De manera puntual, en la sentencia T-406/92, la Corte plantea dicho concepto a partir de dos dimensiones:

En primer lugar su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. En segundo lugar, y en correspondencia con lo primero, la existencia de la acción de tutela, la cual fue establecida como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a todas las autoridades públicas y con posibilidad de intervención de la Corte Constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación.³

Hay que insistir en que nuestra Constitución no precisa el significado de aquello que debe entenderse por “derecho fundamental”. Sin embargo, le confiere esta denominación a ciertos derechos que pueden no hacer parte del derecho positivo, pues solo basta con que sean inherentes a la persona humana para que sean reconocidos como tales. De la misma manera, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha construido este concepto teniendo como eje fundamental la noción de dignidad humana, por considerarla un “valor central del sistema y principio de principios”.⁴

Es así como desde el inicio de su vigencia esta Corporación ha producido fallos conducentes a llenar de contenido este concepto y ha manifestado que un derecho fundamental no es tal por estar inserto en la Carta Constitucional con esta categorización, sino por hacer referencia “al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre”.⁵

De la misma manera, en sus fallos la Corte reivindica la condición humana, su unicidad y racionalidad por excelencia, que lo distinguen frente a la toma de decisiones. Plantea además el concepto de dignidad humana como elemento determinante que ubica al individuo en una esfera privilegiada y trae aparejado un conjunto de derechos y

³ Corte Constitucional de Colombia (5 de junio de 1992). Sentencia T-406/92, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón, apartado II. Los derechos fundamentales, num. 13.

⁴ Corte Constitucional de Colombia (17 de marzo de 2003). Sentencia T-227/03, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett, apartado sobre derechos fundamentales – Concepto y posturas teóricas de la Corte.

⁵ Corte Constitucional de Colombia (19 de junio de 1992). Sentencia T-418/92, Magistrado Ponente Simón Rodríguez Rodríguez, apartado sobre determinación de los derechos fundamentales.

garantías con la posibilidad de ejercerlos. Bajo el rótulo de “derechos fundamentales” salvaguarda la vida, la honra, la intimidad, la igualdad, las libertades en todas sus manifestaciones y todas aquellas expresiones que reivindican la condición de ser racional.

Habría que decir también que la Corte reconfirma que no ha definido de manera irrefutable el concepto de derechos fundamentales; más bien ha ido construyendo una teoría sobre los mismos a lo largo de sus pronunciamientos, en varios de los cuales ha planteado categorías puntuales, como aquellas que los definen como derechos subjetivos de aplicación inmediata que son esenciales e inalienables a la condición humana.⁶

2.1 Requisitos de los derechos fundamentales

El concepto de derecho fundamental habrá de estar acompañado, en criterio del Alto Tribunal, de los siguientes requisitos:

1. Conexión directa con los principios constitucionales. Ya que estos operan como fundamento del universo normativo y por tanto ha de existir absoluta coherencia, para que los derechos fundamentales sean una emanación de los principios en mención. Si bien cualquier norma debe obedecer los postulados de los principios constitucionales, cuando se trata de derechos fundamentales se predica una relación vertical y sin sombra de duda respecto a un principio. En síntesis, un derecho fundamental siempre emana de los principios fundamentales que constituyen la razón de ser del Estado.

2. Eficacia directa. El carácter fundamental de un derecho se lo otorga la “aplicación directa” de la Constitución, sin que medie una norma que lo reglamente o sin que el legislador deba intervenir para llenar de contenido el derecho en cuestión. Por tanto, no puede predicarse del requisito de eficacia directa que se circunscriban exclusivamente aquellos derechos de aplicación inmediata o los llamados “de primera generación”,⁷ ya que a través del mecanismo

⁶ Corte Constitucional de Colombia (17 de marzo de 2003). Sentencia T-227/03, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

⁷ Sobre la definición de los derechos “de primera generación” ver: Corte Constitucional de Colombia (10 de marzo de 2011). Sentencia T-160/11, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto. “En el

de la acción de tutela también pueden reclamarse derechos económicos, sociales y culturales. La eficacia de los mandatos constitucionales debe contextualizarse frente al presupuesto fáctico que se pretende resolver y no simplemente precisarse en abstracto, de tal manera que el operador jurídico, a partir del binomio situación-norma, encuentre la solución. Así pues, la eficacia directa significa que los derechos fundamentales son de aplicación inmediata desde la Constitución y, por ende, no requieren intermediación normativa del legislador.

3. Contenido esencial. Hace referencia a los derechos que anteceden el derecho positivo y frente a los cuales ya se agotaron las discusiones en cuanto a su definición, destinatarios y las obligaciones y prebendas que comportan. Es así como quedan por fuera del ámbito de los derechos fundamentales todos aquellos que se llenan de contenido a través de las posturas que asume el legislador en ejercicio de su función política; por lo anterior, los derechos económicos, sociales y culturales escapan de este ámbito, excepto aquellos que a través del criterio de conexidad con un principio rector puedan predicarse como fundamentales.

Con posterioridad a 1992, la Corte Constitucional añadió a estos requisitos dos más que entendió decisivos a la hora de evaluar qué es un derecho fundamental:⁸

4. Ser un derecho subjetivo. La justiciabilidad de los derechos fundamentales como eje central en el ejercicio eficaz del derecho. No bastan meras declaratorias sobre los derechos, estos pueden ser reclamables ante un juez que actúe de manera expedita y oportuna en procura de su protección.

ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional —incluida la jurisprudencia de esta Corte—, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros reconocidos en su calidad de derechos fundamentales susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, vistos como derechos de orden prestacional requeridos, por tanto, de una acción legislativa o administrativa para lograr su efectivo cumplimiento. Desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió, sin embargo, que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y el derecho fundamental a la vida u otro derecho fundamental, postura que se denominó "la tesis de la conexidad." Apartado sobre diferenciación entre derechos de primera y de segunda generación.

⁸ Corte Constitucional de Colombia (17 de marzo de 2003). Sentencia T-227/03, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

5. Desarrollo de la dignidad humana. La Corte había entendido que la dignidad humana es un derecho constitucional fundamental autónomo. Posteriormente, evolucionó el concepto y se indicó que la dignidad es la fuente de la que beben necesariamente todos los derechos constitucionales fundamentales.

2.2 Parámetros de distinción de los derechos fundamentales

Fuera de la definición de los requisitos para diferenciar los derechos que son fundamentales de los que no lo son, el Tribunal Constitucional colombiano, en la sentencia T-406/92, planteó unos parámetros para diferenciar y distinguir los derechos fundamentales. Estos criterios son de tipo analítico y fáctico:

2.2.1 Analíticos

a. Consagración expresa: respecto a algunos derechos quedó estipulado en forma puntual por parte de los constituyentes su carácter fundamental, razón por la cual los ubicaron en la primera parte del texto. Es importante resaltar que nada tiene que ver la condición de fundamental con el criterio de aplicación inmediata, ya que existen derechos fundamentales que no gozan de dicha inmediatez al momento de su aplicación. Es así como ha dicho la Corte Constitucional que tendrá que encargarse ella misma de “la definición de la naturaleza y el alcance de los derechos fundamentales que no son de aplicación inmediata”.⁹ Sin duda, hay que reconocer que este criterio es ampliamente insuficiente.

b. Remisión expresa: los convenios y tratados internacionales contentivos de los derechos humanos son un punto de referencia obligado para el constituyente en el sentido de incorporar en la legislación interna los mismos y utilizarlos como criterio interpretativo frente a los derechos y a las obligaciones que consagró la Carta de 1991. Esta remisión establece además la prevalencia de la normatividad internacional referida a la protección de los derechos humanos cuando aquella se torne más garantista que el derecho doméstico.

⁹ Corte Constitucional de Colombia (5 de junio de 1992). Sentencia T-406/92, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón., apartado sobre interpretación de los derechos fundamentales y sobre derechos de aplicación inmediata.

c. Conexión directa con los derechos expresamente consagrados: algunos derechos no aparecen expresamente codificados como derechos fundamentales pero poseen un especial vínculo con derechos de primera generación; en este caso podrá utilizarse el criterio de conexidad para, de esta forma, lograr la protección demandada. Esta tarea podrá adelantarse a través del compendio de principios, normas y valores que llenan de contenido una decisión, cuando de lo que se trata es de resolver un presupuesto fáctico concreto y plenamente determinado.

d. El carácter de derecho inherente a la persona: determinar el carácter fundamental de un derecho excede su codificación puntual en el texto; obedece de manera más acertada a la labor interpretativa, bien sea de toda la Carta Constitucional o de algunas de sus normas. Aunque un derecho no aparezca explícitamente enunciado, puede perfectamente tener el carácter de fundamental, criterio que se compadece con una lectura amplia de este razonamiento en un Estado Social de Derecho.

2.2.2 Fácticos

a. La interpretación de las normas que haga el operador jurídico no podrá apartarse del acontecer social; es por esto que los derechos habrán de contribuir con la puesta en marcha de una sociedad más incluyente, ecuánime y pacífica como uno de los propósitos del texto constitucional. De esta manera, el juez establece una relación dinámica entre el mandato legal y la demanda del individuo frente a un asunto puntual.

b. Por último, la condición de “derecho fundamental” va también acompañada de un criterio de corte histórico, lo que quiere decir que dicha condición puede mutar o bien ser adquirida de forma temporal o irse incorporando a unos derechos que anteriormente no la tenían. Esta dinámica dependerá de cada una de las sociedades en las cuales se plantee la discusión en clave de derechos.

En síntesis, un derecho fundamental emerge de la dignidad humana; emana de los principios fundamentales; es eficaz de manera directa, esto es, sus deberes positivos y negativos derivan de la Constitución misma sin tener que acudir a los referentes normativos del legislador; tiene contenido esencial, esto es, un contenido mínimo

irreductible y protegible aun contra las mayorías políticas; finalmente, es de carácter subjetivo, esto es, reclamable ante un juez especial con eficacia de decisión y protección.

Ahora bien, para darle contenido a un derecho se requiere la lectura integral y armónica de la Constitución respecto al caso planteado y, por ello, no es posible definir *a priori* qué contiene un derecho fundamental. Se ha dicho y aceptado, pacíficamente, que los derechos fundamentales tienen formulación de normas de principios, lo que permite al operador del derecho darle significado y contenido a partir del caso que se plantea.

En consecuencia de todo ello, ha sido la Corte Constitucional quien ha definido el contenido de los derechos fundamentales, caso a caso, derecho a derecho, labor que no termina y siempre está en total construcción. Es por esto que resulta relevante entender qué ha definido este Tribunal sobre lo que son los derechos fundamentales, asunto relevante a la hora de entender los contenidos del derecho a la conciencia y su posibilidad fáctica y jurídica de hacer objeción cuando se presenten las circunstancias concretas definidas precisamente por dicho Tribunal.

Puede afirmarse que el poder configurador de los Tribunales Constitucionales en esta materia —como en el caso de Colombia— ha permitido sentar doctrina obligatoria para los demás jueces e instituciones jurídicas. Por esta vía hay quienes afirman la condición de *legislador* que asume esta corporación dadas las consecuencias de sus sentencias. A continuación se hará referencia a la Corte Constitucional cuando asume el rol de legislador, tanto en sentido positivo como negativo, y a las consecuencias que de allí se derivan.

CAPITULO III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR

3.1 Concepto de Constitución

Es preciso advertir que al señalar la jurisdicción constitucional desde su rol de “legislador” se abordarán en el presente capítulo conceptos como Constitución, Justicia constitucional y Tribunal Constitucional como legislador, tanto positivo como negativo, con el objetivo de despejar el camino para mostrar cómo en desarrollo de esa función atípica de creación del derecho por parte del Tribunal, puede avizorarse la génesis de algunos derechos no contemplados en la ley fundamental, pero creados por aquél. Es el caso del derecho a objetar por motivos de conciencia, cuya reflexión es la que nos convoca. En consecuencia, se considerará la tesis de Hans Kelsen y postulados de otros autores sobre el tema, como García de Enterría (1994), Zagrebelsky y Habermas.

Se ha manifestado al inicio de este texto que la actividad del Tribunal Constitucional en los Estados donde opera depende de ciertas variables; una de ellas es el tipo de control que ejerce, que puede ser un control concentrado o un control difuso.

La Constitución es considerada como la norma suprema de una sociedad; surge finalizando el siglo XVIII en Occidente con esa caracterización, pero le preceden o sirven de telón de fondo declaraciones, instrumentos o verdaderas Cartas de Derechos, como son la *Bill of Rights*, de 1688, proclamada en Inglaterra, y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, redactada en Francia. Adicionalmente se pueden nombrar otros referentes en donde se ubican los albores de las Cartas Constitucionales, como son la Constitución norteamericana de 1787 y aquellas Constituciones que se gestaron posteriormente a la Revolución Francesa, que constituyen paradigmas del constitucionalismo.

El núcleo esencial de cualquier texto constitucional debe responder al querer de la comunidad o el pueblo al cual sirve dicha Constitución, para que por esta vía se legitime el poder que comportan los mandatos allí plasmados. Como bien lo define Eduardo García de Enterría, en general los constitucionalistas de muchos y diversos sistemas, han aceptado conceptualmente la Constitución como una vía en la que

El pueblo decide por sí mismo [para que de ese modo pueda] Establecer un orden político determinado, definido en su estructura básica y en su función, pero a la vez, en esa estructura ha de participar de manera predominante, si no exclusiva, el propio pueblo, de modo que los ejercientes del poder serán agentes y servidores del pueblo y no sus propietarios, y, por su parte, esas funciones han de definirse como limitadas, especialmente por la concreción de zonas exentas al poder, reservadas a la autonomía privada (libertades y derechos fundamentales). (García de Enterría, 1994, pp. 44-45)

Entendiendo el poder como una creación voluntaria de la misma comunidad que será su destinataria, pero puntualizando en el hecho de que dicho poder habrá de coexistir con mecanismos de participación y de vigilancia, y ante todo con espacios de libertad, para que no vaya a instrumentalizar a la sociedad a la cual sirve, sino que cumpla la función de una mera herramienta.

De otro lado, Ferdinand Lassalle (1994), en *¿Qué es una Constitución?*, cuyo texto proviene de dos conferencias que pronunció en 1862, propone un significado para la Constitución de un Estado y hace énfasis en el hecho de que es un error entender las Constituciones como normas, pues defiende la idea de que una Constitución “es la suma de los factores reales de poder que rigen en [un] país”(Lassalle, 1862/1994, p. 14), con prescindencia de que estén contenidos en textos constitucionales, por ser indiferente para su existencia si una Constitución se expresa en una hoja de papel o no.

La referencia a “factores reales de poder” que nombra Lassalle alude a “aquella fuerza activa y eficaz que informa la totalidad de las leyes e instituciones jurídicas de [una] sociedad, causando el que no puedan ser, en esencia sino tal y como son” (Lassalle, 1862/1994, p. 7), esto para nombrar todas aquellas instancias que conforman una sociedad como son el gobierno, el sector productivo, la clase dirigente, la clase trabajadora, los medios de comunicación, entre otros. Y por tanto de allí se desprende ese concepto de “Constitución real y efectiva” que es distinto al concepto de constitución escrita y deóntica. La tendencia, según el autor, a plasmar en textos escritos la Ley Fundamental o Carta Constitucional obedece a los cambios suscitados en los “factores reales de poder” por las dinámicas que adquieren las distintas fuerzas que convergen en una sociedad y las transformaciones que históricamente se promueven en

estas. Por consiguiente, en cualquier Estado debe existir una estrecha comunión entre el texto constitucional escrito y los factores reales de poder que operan en el mismo, para de este modo evidenciar una emanación eficaz de los postulados en ella plasmados y que reflejan la realidad social del Estado al cual sirven (Lassalle, 1862/1994).

Hay que advertir, sin embargo, que frente al texto constitucional, autores como Luis Prieto Sanchís (2013) cuestionan la atemporalidad que caracteriza ciertas normas allí plasmadas, al considerar que una ley sancionada en tiempo pasado —en una sociedad determinada— tiene una marcada incidencia en las decisiones futuras de esa sociedad, cuestionando de paso las facultades que se han endilgado a la *soberanía* como “poder absoluto, ilimitado e inagotable” (Prieto Sanchís, 2013, p. 138). Este autor no pone en duda la relevancia del concepto de supremacía constitucional ya que el mismo garantiza los derechos fundamentales, pero es un detractor de la rigidez de las Cartas Constitucionales, que adolecen de una reforma perentoria tendiente a lograr mayor elasticidad.

Respecto al cuestionamiento sobre quién, cuáles y a través de qué mecanismos se determina la competencia de los individuos idóneos para asegurar la preservación de la Constitución, se encuentra con que en última instancia son los jueces a través de sus sentencias quienes pueden viabilizar los derechos mediante el ejercicio del control difuso que despliegan sobre la ley; por lo tanto, es sobre estos sobre quienes debe versar el examen de capacidad que se traduzca posteriormente en la materialización de los postulados constitucionales.

3.2 Orígenes de la justicia constitucional

Para hablar acerca del origen y legitimación de los Tribunales Constitucionales en el mundo, habremos de referirnos a dos tipos o modelos: el norteamericano y el europeo. La justicia constitucional persigue principalmente ejercer control judicial sobre la ley, aunque en Europa surgió para solventar conflictos de competencias. El jurista austríaco Hans Kelsen (1928/2011) construyó la teoría sobre este Tribunal, nombrándolo como “legislador negativo”.

Con varias décadas de diferencia y bajo distintas condiciones empezó a aplicarse este tipo de control, primero en los EE.UU. y posteriormente se fue abriendo paso en

Europa; resaltando que existe respecto a esta institución una trascendental diferencia, en el sentido de que en los EE.UU. ese control de las leyes es disperso o difuso, lo que significa que es tarea de todos los jueces a través de las sentencias ordinarias inaplicar el mandato legal que esté en contravía de la Constitución, mientras que los Estados europeos gozan de un control concentrado, lo que significa que solo el Tribunal creado para tal fin puede darse a la tarea de anular una disposición legal, mediante un procedimiento especial y con efectos generales.

Hay que advertir que puede hablarse de justicia constitucional a partir de 1803 en EE.UU., cuando se permitió a los jueces la posibilidad de inaplicar una ley creada por el Congreso siempre que dicha ley contraviniese el texto constitucional. A pesar de que toda ley puede considerarse como la emanación de la soberanía popular, la posibilidad de rechazarla por parte del juez reivindica la supremacía de la Constitución, pues de lo contrario sus contenidos quedarían sujetos a la legislación ordinaria.

Uno de los motivos generadores de la creación de la justicia constitucional en Europa fue la organización federal de muchos de sus países, donde se admitió la posibilidad de que una ley de los estados autonómicos que contradijese una federal, por asuntos de competencia, debería ser anulada; conjuntamente la lucha por el poder de varios sectores, una vez en vigencia el sistema democrático, generó la necesidad de crear Constituciones rígidas que impidieran que el partido político que ostentara las mayorías y llegara al poder modificase a través de leyes ordinarias la Constitución, ya que la vocación de esta es que opere como un acuerdo político que posibilite la convivencia pacífica y la preservación de derechos y garantías en una sociedad.

Con el incremento de los gobiernos democráticos en Europa en la segunda posguerra, se incluyó dentro de las Cartas Constitucionales, bien por creación o bien por reforma, unos mandatos más generosos en derechos y garantías; se sentaron las bases del Estado social de derecho, se evidenció la división de poderes y se incluyó la creación de Tribunales Constitucionales como un medio para controlar la legislación adversa a los postulados de la Carta, teniendo en cuenta como punto de referencia las experiencias del pasado reciente de la Alemania nazi y la Italia fascista, que evidenciaron que a partir de la ley también se hace posible suplantar las condiciones garantistas y de respeto a los derechos de los ciudadanos.

3.3 El Tribunal Constitucional como legislador negativo

La tesis propuesta por Hans Kelsen, que plantea la teoría del *legislador negativo* respecto del Tribunal Constitucional, es decisiva en el constitucionalismo moderno. En su texto “La Garantía jurisdiccional de la Constitución”, publicado por primera vez en 1928, sugiere esta tesis que puede resumirse como la potestad que avoca la jurisdicción constitucional cuando de anular una ley se trata, y considera que el acto de anulación tiene una doble vocación: retirar una norma del ordenamiento y crear otra norma, con lo cual el Tribunal Constitucional se hace partícipe de la labor legislativa pero en sentido negativo, toda vez que el órgano natural, facultado para tal efecto, es el Parlamento. En palabras del autor:

(...) anular una ley es dictar una norma general, la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por tanto una función legislativa. La anulación de las leyes por un tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como un reparto de poder legislativo. (Kelsen, citado en Aja, 1998, p. xxi)

Ahora bien, cuando en el ordenamiento de un Estado se considera que una ley debe ser anulada por las irregularidades que comporta, debe ser un órgano distinto, marginado del poder legislativo y del ejecutivo, o en palabras del profesor austríaco, de “cualquier otra autoridad estatal” (Kelsen, 1928/2011, p. 52), quien lo haga, principalmente por la característica de la independencia; he aquí entonces la génesis de la creación del Tribunal Constitucional.

La existencia de la jurisdicción constitucional tiene opositores que para desestimarla esgrimen varios argumentos, como son: primero, la afectación a la soberanía del órgano legislativo, argumento que queda impugnado en la medida en que el proceso de confección de las leyes está subordinado a la Constitución, así como la labor administrativa y la ejercida por los tribunales está supeditada en su procedimiento a los mandatos legales. Lo anterior permite inferir una similitud desde el punto de vista técnico y teórico entre la constitucionalidad de las leyes y la legalidad de los pronunciamientos de los jueces y de las actuaciones de la administración. La resistencia a aceptar este argumento, referido a la afectación de la soberanía del Parlamento, se

interpreta, según Kelsen (1928/2011) como la negación del poder legislativo de ser condicionado por la Carta Constitucional a través del Tribunal.

Otra objeción está relacionada con el principio de la separación de poderes, que se afectaría con la puesta en marcha del Tribunal Constitucional; una de las quejas relacionadas con esta objeción es considerar que la invalidación, por parte de un órgano, de una norma que previamente fue creada por otro —el Parlamento— es una clara injerencia en la labor legislativa o de creación de la norma; no obstante, esta interpretación se genera al entender que el Tribunal Constitucional cumple una función estrictamente jurisdiccional. El retiro de una ley del sistema de normas que conforman el ordenamiento se traduce en la creación de una nueva ley con la característica de generalidad que a esta se le atribuye, solo que por llevarse a cabo por parte de un órgano distinto al legislativo, se habla de una elaboración en sentido negativo. Lo anterior permite concluir que el acto de anulación de una ley por la jurisdicción constitucional es simultáneamente la creación de otra ley, y en ese sentido la función que ejerce dicho tribunal es legislativa, hecho que puede leerse como la distribución de la facultad de legislar entre los dos órganos —legislativo y constitucional— o como la usurpación de dicha función por parte de este último.

Volviendo al asunto inicial, habrá de retomarse la crítica que se hace respecto a la afectación del principio de separación de poderes; la tesis kelseniana propone que se entienda más adecuadamente como división de poderes en varios órganos, para que se controlen entre ellos y de paso se evite la concentración en uno solo.

Con todo y lo anterior, hay que establecer la diferencia que subyace entre la creación de una ley como emanación de la labor del Parlamento y la anulación de la norma como expresión de la función del órgano constitucional: aunque, como bien lo sostiene el autor, ambas funciones obedecen a la función legislativa, se establece una profunda diferencia que se define así:

La anulación de una ley se produce esencialmente en aplicación de las normas de la Constitución. La libre creación que caracteriza a la legislación, prácticamente no se presenta en la anulación. En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución sino en relación con el procedimiento y solamente de manera

excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar y ello, únicamente por principios o direcciones generales la actividad del legislador negativo, esto es, la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, constituye principalmente aplicación del derecho y solamente en una débil medida, creación del derecho; su función es, por tanto, verdaderamente jurisdiccional. Son los mismos principios esenciales los que se toman en consideración tanto para su constitución como para su organización de los tribunales o los órganos ejecutivos. (Kelsen, 1928/2011, p. 50)

Habría que decir también, en la reflexión frente a la actuación de “legislador negativo” que llevan a cabo los Tribunales Constitucionales, que existen discusiones planteadas hace bastante tiempo, sustentadas en dos hipótesis: una, el alto contenido político que subyace en los pronunciamientos de este órgano, a través de sus sentencias, y la otra es la que se interroga por la génesis de los argumentos con los cuales fundamenta sus decisiones este tribunal, ante el vacío o la imprecisión de la ley suprema que demandan su actuación. Es por esto que se sostiene que la corrección o rectificación del texto que hacen los Tribunales Constitucionales corresponde a un poder adicional que se abrogan ellos mismos, al margen del constituyente primario, frente a asuntos que dejó sin precisar; poder que se impone en ocasiones aun por encima de la decisión del órgano parlamentario, que es quien tiene la vocación primigenia de plasmar la voluntad popular, como ya se anotó en párrafos anteriores.

Tanto posturas conservadoras como tendencias de izquierda han coincidido en señalar que existe una *usurpación de poderes* de parte de este órgano, pues paradójicamente un grupo reducidísimo —quienes lo conforman— no legitima su actuar desde la elección democrática, como ocurre con el Parlamento, sino a través de una postulación y elección política, y hace preponderar sus criterios en muchas ocasiones al margen o en contravía de la voluntad mayoritaria o del consenso del pueblo, en la medida en que este grupo se nombra a sí mismo como intérprete de la Constitución.

El considerar la Constitución como una norma de altísima jerarquía exige un sistema de prebendas y garantías que puedan blindarla, puesto que es un texto contentivo de derechos y de deberes y, por tanto, habrá de estar ligado a procedimientos eficaces para preservarla, pues de lo contrario se vería abocada a perder su “fuerza normativa” y se convertiría en un documento de contenido netamente político, según la postura de Prieto Sanchís (2013); por tanto, el texto constitucional habrá de trascender la esfera política.

Hay quienes plantean que puede una Constitución operar al margen de la “justicia constitucional”, y una de las tesis que llena de contenido una aseveración como esta es que fácilmente el poder judicial —que no es ni mucho menos dependiente del poder legislativo— puede facultativamente imponer su propia interpretación de una norma, incluso al margen o en contra de la postura del legislador, quien es el creador de la misma y está legitimado por mandato del constituyente o, lo que es lo mismo, quien ejerce la función que democráticamente le delegó el ciudadano.

Todo esto parece confirmar que planteamientos respecto a que “la restricción al legislador no viene dada por la Constitución, sino por el Tribunal Constitucional” (Prieto Sanchís, 2013, p. 157) no generan mayores discusiones, ya que este último es quien le imprime un alto grado de discrecionalidad cuando se ocupa del ejercicio interpretativo de los mandatos de la Carta o, como lo ha mencionado Gargarella, cuando se refiere a la “brecha interpretativa” para denotar que “los jueces usurpan la posición que debería corresponder a la voluntad popular” (Prieto Sanchís, 2013, p. 157).

Es de advertir que no son pocas las objeciones sugeridas a la justicia constitucional, como se ha venido mostrando; una de ellas plantea que la existencia de un mandato constitucional restringe el actuar democrático que equivale a la decisión de las mayorías, así sea en el ámbito de los derechos de rango fundamental, pues en última instancia son los jueces constitucionales quienes determinan el contenido que han de tener estos derechos superiores. Suele así afirmarse que el Tribunal es el “órgano” que traduce el texto de la Carta Constitucional; erigiéndose dicho Tribunal para sus detractores en una amenaza, por la relación enfrentada que se plantea entre los derechos y la democracia, debido a la discrecionalidad con la que los jueces ejercen el control.

Teóricos como Jürgen Habermas también se oponen a la existencia de un Tribunal Constitucional debido al control judicial que este ejerce, pero su postura es menos extrema frente a los términos en los que podría viabilizarse dicho Tribunal. Partiendo de la fricción que se presenta entre “derechos y democracia”, la postura habermasiana favorece la democracia respecto a los derechos, y por tanto asevera que “[l]os derechos del hombre no compiten con la soberanía popular; son idénticos a las condiciones constitutivas de una práctica de formación discursivo-pública de la opinión y la voluntad que se restringe a sí misma” (Habermas, citado en Prieto Sanchís, 2013, p. 158).

Habría que decir también que frente a las acciones de inconstitucionalidad y decisión de recursos de amparo, según Prieto Sanchís (2013), el Tribunal tiene mayores posibilidades de desempeñarse y ejercer sus funciones; pero no considera lo mismo en lo que respecta al “Control abstracto” de las normas, porque lo califica como una inadmisibles injerencia de un órgano no elegido por la voluntad democrática en el actuar del legislador, que por naturaleza es democrático y se conforma como órgano por mandato popular, como la emanación de la voluntad libre de los ciudadanos que lo eligen.

De la misma manera, existen muchas voces que favorecen y aprueban la existencia de la justicia constitucional. Una de mayúscula importancia es la que defiende el académico Eduardo García de Enterría cuando respalda las virtudes de dicha justicia a partir de un principio que consiste

(...) en reconocer a la Constitución el carácter de norma jurídica [para que de este modo opere como el] estatuto básico de la vida común, lo cual implica, por fuerza como hemos notado en otro lugar, una necesidad nueva, no presente en las Constituciones puramente mecanicistas, la necesidad de definir límites al poder por relación a los ciudadanos, o, en otros términos, derechos de éstos, tanto a una vida privada exenta del poder como a la dominación e instrumentación de éste, como, en fin, a las actuaciones positivas del Estado para promover la realidad efectiva y la igualdad (García de Enterría, 1994, pp. 175-176)

El juez constitucional está obligado a perseguir el *Derecho justo*, así las implicaciones de sus pronunciamientos tengan en ocasiones efectos políticos adversos; no obstante, el límite de su decisión siempre será el derecho alcanzado a través del método jurídico inflexible, aunque depende en gran medida de la actividad del legislador la tarea que tenga que emprender ese juez constitucional.

No está por demás aseverar, tal y como lo propone García de Enterría (1994), que el argumento de la politización de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional queda superado en la medida en que una sociedad, cualquiera que fuese, no toleraría ni legitimaría la vigencia de un órgano colegiado de tales características, cuyos pronunciamientos estuviesen atravesados por posturas netamente personales, sin asidero jurídico y al margen de la vocación propia y los lineamientos contenidos en su ley fundamental. No se trata entonces de pretender defender la tesis según la cual hay una total ausencia de una postura política en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional; evidentemente en las decisiones de un cuerpo colegiado de esta categoría se permea la posición política de quienes lo conforman, pero él debe responder a una interpretación amplia, armónica e incluyente para garantizar la legitimación tanto de las demás ramas del poder público como de la sociedad civil a la cual sirve. No es imponiendo sus posiciones como logra su aprobación, sino más bien desempeñando su función a través de la armonización de los escenarios políticos y jurídicos que le permitan erigirse como máximo veedor, intérprete y guardián de la Constitución.

Cabe señalar que frente a los efectos políticos de las decisiones del juez constitucional, según García de Enterría:

Se observa que ciertas sentencias del juez constitucional tienen efectos vinculantes generales o fuerza de ley. Estas sentencias pueden ocasionar catástrofes no sólo para el caso concreto, sino para un invisible número de casos; cuando esas sentencias son *políticamente inexactas o falsas* (en el sentido que desbaratan las tareas políticas legítimas de la dirección del Estado) la lesión puede alcanzar a la comunidad política entera. Así, más que el juez de otros ámbitos de la justicia, puede y debe el juez constitucional, no perder de vista las consecuencias —y las frecuentes consecuencias políticas— de sus sentencias. (Morelli, 1997, p. 50)

La ampliación del concepto de democracia ha hecho más generosa la Carta de derechos y, por ende, la demanda de actuación de los Tribunales Constitucionales. La puesta en práctica del concepto de Estado social de derecho también genera y hace permeable la justicia constitucional en todas las esferas de la sociedad, en búsqueda de una mayor protección y garantía de los derechos. De ahí se desprende la tipología de las sentencias de los Tribunales, que van surgiendo en la medida en que el control de las leyes realizado por ellos incorpora novedosos elementos. Así lo señala Eliseo Ajá en el prólogo del texto *Las tensiones entre el Tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual*, cuando manifiesta que:

La protección de los derechos y libertades de los ciudadanos como principal tarea de los Tribunales Constitucionales supera los procedimientos previstos para ellos, impregna todas las funciones de los Tribunales y lleva al control de las leyes criterios nuevos. Ésta es la principal causa de la aparición de nuevas categorías jurídicas y del surgimiento de nuevos tipos de sentencias. Categorías de origen y naturaleza tan distintas entre sí como el contenido esencial de los derechos, los intereses difusos y el efecto expansivo de los derechos se están generalizando en todos los países por la tendencia común en los Tribunales de superar la legislación para garantizar los derechos reconocidos en la Constitución. (Aja, 1998, p. xxviii)

Es así como la tarea de protección de derechos y garantías por parte de la justicia constitucional se fue haciendo cada vez más requerida, lo que generó que estos Tribunales se vieran abocados a dictar diversas clases de fallos para garantizar la eficacia de los mismos.

En relación con la variedad o tipología de los fallos que emiten los Tribunales Constitucionales, hay quienes sostienen que en las sentencias interpretativas, la justicia constitucional opera a manera de legislador positivo; es decir que:

Las sentencias aditivas han permitido la extensión de los derechos sociales, porque mediante la interpretación constitucional añaden (aditivas) nuevos sectores, o nuevos derechos, al contenido de las leyes. Este nuevo tipo de sentencias reinterpretan las leyes, anulan parcialmente una norma para dar sentido a otra ley,

limitan algunos efectos de las propias sentencias, incluyen nuevos sectores sociales en leyes que no les afectaban, dirigen mandatos al legislador... A menudo, los Tribunales dejan de ser legisladores negativos para convertirse en legisladores positivos, en auténticos legisladores. (Morelli, 1997, p. 50)

3.4 El Tribunal Constitucional como legislador positivo

A pesar del nombre “legislador negativo” acuñado por Kelsen (1928/2011) respecto al Tribunal Constitucional, cuyo fundamento obedece a un órgano concentrado y abstracto que se ocupa de la constante ponderación del postulado que subyace en una ley respecto a los planteamientos de la Constitución, el autor no contempló jamás que el mismo se convirtiera en “legislador positivo” o en una especie de “tribunal supremo”. Kelsen (1928/2011) defiende en su teoría con absoluta claridad que la elaboración de las mismas las leyes corresponde al Parlamento u órgano legislativo, quien goza de la innegable libertad de configuración política; pero que su anulación corresponde al Tribunal Constitucional, cuando el contenido de las mismas riñe con lo preceptuado por el Texto Superior.

En contraste con la teoría kelseniana —la cual ha perdido cierta vigencia—, podría aseverarse que las Cortes o Tribunales Constitucionales contemporáneos no se circunscriben a emitir un concepto acerca de si un precepto legal es ajustado o no a la Constitución con la cual lo confrontan, también definen en qué términos se ajusta a la Constitución. Otros teóricos aseguran que la labor que el Tribunal Constitucional desempeña es una función *cuasi legislativa* por las diversas técnicas de interpretación utilizadas, que se evidencian cuando este órgano emite sentencias interpretativas o condicionales, aditivas o integradoras y manipulativas, entre otras, o también cuando modula los efectos de las mismas.

En ese sentido, habría que decir, entonces, que la labor que emana del Tribunal Constitucional no es otra que seleccionar una de las posibles interpretaciones que se erigen frente a un mismo presupuesto legal, ya que es precisamente en la opacidad del precepto donde se hace imperativo el actuar del Tribunal en mención; es allí donde obligatoriamente debe ejercer su función. Sin embargo, para autores como Gustavo Zagrebelsky, esta labor interpretativa del juez se origina en lo que él ha dado en llamar “defectos de la legislación”, y es así como plantea que

(...) la imperfección de la ley alimenta en ellos el resentimiento contra el legislador que ejerce mal su tarea, y favorece que se pidan leyes claras de las que el intérprete, sea únicamente un fiel reflejo. De este modo, a partir de la degeneración de la ley confirmada en la práctica, se llega a reforzar, aunque no sea más que *a contrario* y en el plano de los deseos, la idea de la interpretación como simple conocimiento. Sería pues el “mal legislador” quien impediría al intérprete (el juez, por ejemplo) ser un “buen intérprete”, un fiel conocedor y aplicador de la ley. Para serlo, debería manejar “buenas leyes”, en cambio, a falta de ellas, *se ve obligado por la necesidad de hacer algo que no debería ser tarea suya, buscando criterios de interpretación de la ley integradores, correctores e incluso sustitutivos.* (Zagrebelsky, 2008, p. 142 [Las cursivas son mías])

En todo caso, Zagrebelsky considera que cuando de interpretar la Constitución se trata, se cuenta con una mayor plasticidad, o con un abanico más amplio de posibilidades, lo que sustenta el argumento según el cual los textos constitucionales generan cambios “transformando sin reformas explícitas nuevas condiciones históricas” (Zagrebelsky, 2008, p. 227).

De igual modo, los Tribunales están condicionados por diferentes límites, como ya se ha mencionado, de tipo político, jurídico y también lingüístico. Frente a estos últimos podría decirse que al momento de interpretar, lo que hace el órgano constitucional es reasignar el sentido en el cual habrá de entenderse un enunciado legal o constitucional; pero no le es dado “crear” dicho precepto, esto no corresponde a su naturaleza. Por tanto, una alternativa para evitar que se despliegue una amplia actividad interpretativa es la creación de disposiciones y normas sin ningún tipo de ambigüedades y, por ende, blindadas desde su redacción a interpretaciones adversas respecto a la vocación mediante la cual fueron creadas.

En desarrollo de la función principal que tiene la jurisdicción constitucional de proteger la supremacía constitucional por encima de los poderes previamente constituidos se evidencia una especie de contrasentido respecto a la teoría del jurista vienés Kelsen, puesto que el órgano constitucional se desenvuelve en la práctica como legislador positivo. En consonancia con la dogmática constitucional puede afirmarse

que a través de las sentencias interpretativas es posible advertir el ejercicio de la función legislativa, condición que alcanza el Tribunal Constitucional mediante este tipo de fallos y demás pronunciamientos derivados de dichas sentencias; porque con o sin intención, la jurisdicción constitucional usurpa el quehacer legislativo al decidir cómo debe ser entendida y aplicada una disposición legislativa.

Al mismo tiempo, puede sostenerse que las sentencias interpretativas emanadas del Tribunal Constitucional menguan la capacidad interpretativa de los órganos legislativo y judicial, ya que estos deberán atender y acatar la interpretación señalada por el Tribunal. Así lo propone Francisco Rubio Llorente, como es citado en Morelli, cuando plantea que: “[l]a fuerza vinculante de las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional no tiene otra razón de ser que la fuerza vinculante de la ley, porque solo es ley la norma conforme a la Constitución” (1997, p. 38).

Adviértase, sin embargo, que a pesar de la “liberalidad interpretativa” de la que goza la jurisdicción constitucional, Javier Pérez Royo propone una tesis respecto a los límites de la misma, tanto en el órgano constitucional como en el órgano legislativo, y señala que:

La interpretación constitucional es, por tanto, una interpretación de límites. En primer lugar por parte del legislador, que, al dictar la norma, determina cuáles son los límites que le marca la Constitución. En segundo lugar, por el Tribunal Constitucional, que tendrá eventualmente que revisar si los límites constitucionales del legislador son los que él considera como tales o no. Para los dos intérpretes “auténticos” de la Constitución, ésta es simplemente un límite. Ahora bien, es un límite que opera de manera distinta para uno y para otro. La Constitución es un límite para el legislador, pero el legislador no tiene por qué quedarse en el límite o llegar hasta el límite al dictar la ley. Y es que el legislador interpreta la Constitución para dictar una norma, para dar solución a un problema creando derecho. Para el Tribunal Constitucional, por el contrario, la Constitución es exclusivamente límite, ya que su función no es la de crear derecho, sino la de impedir que se cree derecho anticonstitucional. (Pérez Royo, citado en Morelli, 1997, p. 34).

Sin embargo, con su postura, Pérez Royo ubica nuevamente a la justicia constitucional como un legislador negativo en el sentido kelseniano, porque niega la creación del derecho que arroja su labor interpretativa y la ubica en un rol netamente jurídico, marginándola de una postura política, que indiscutiblemente posee.

Habría que decir también que el Tribunal Constitucional como órgano de cierre del sistema carece de un mecanismo de control respecto a su actuación, pero su labor está circunscrita al texto constitucional mismo; situación distinta a la que se presenta con el Parlamento, que ve condicionado su actuar político. No obstante, en palabras de Sandra Morelli Rico “las alternativas políticas y jurídicas de la Corte Constitucional son finitas; por el contrario, las que tiene el legislador son todas, salvo aquellas que excluye el texto constitucional” (Morelli, 1997, p. 49).

También es cierto que el ejercicio del control constitucional que detentan en la actualidad los Tribunales Constitucionales ha trascendido la mera declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma, es decir, si esta se ajusta o no a la normativa superior. En consonancia con el *principio de conservación de la norma*, que simultáneamente se torna en una garantía para el Parlamento, la fórmula más adecuada que hallaron para mantener vigente una disposición y evitar al máximo su retiro del ámbito legal fue definir cómo ha de ser entendida la misma para que permanezca en la esfera normativa, pero a tono con los lineamientos constitucionales. La vía más acertada y aceptada mayoritariamente por la cual optaron los Tribunales Constitucionales del mundo fue la emisión de sentencias interpretativas, que desarrollan la tesis de cómo habrá de entenderse y aplicarse la norma en cuestión.

Pero hay más aún acerca de las sentencias interpretativas. Las omisiones legislativas en las que en ocasiones incurre el Parlamento, y que se advierten una vez iniciado un juicio de constitucionalidad sobre determinada norma, pueden llevar a concluir que la misma está ajustada a la Constitución pero en un radio de acción restringido, por lo cual el Tribunal Constitucional subsana dicha limitación ajustando o adicionando a la norma lo que considera pertinente, y configura unos destinatarios adicionales de la norma, distintos a los comprendidos inicialmente.

De la misma manera existen ocasiones en que el Tribunal Constitucional a través de sus sentencias afecta el significado de una ley por medio de la manipulación del texto o, mejor dicho, del significado de su texto, lo que sin lugar a dudas origina una nueva norma; esta situación afecta al órgano competente —el Congreso— porque sin lugar a dudas se lo está despojando de su labor primigenia: la creación de la ley.

Las anteriores situaciones llevan a confirmar la función co-legislativa ejercida por los Tribunales Constitucionales, soportada en la función del control de constitucionalidad que les es inherente, la cual puede ser entendida sin mucho esfuerzo ni argumentos adicionales muy elaborados como una interferencia de la jurisdicción constitucional en la función parlamentaria.

Muchos estudios se han ocupado de clasificar los tipos de sentencias emanadas de los diferentes Tribunales Constitucionales en distintas partes del mundo; el trabajo de Hernán Alejandro Olano García propone una tipología de fallos que de manera genérica introduce las principales características de cada uno de estos. Él advierte en su trabajo titulado *Tipologías de nuestras sentencias constitucionales* que las sentencias manipulativas son un género que a su vez contiene varias especies o clases de sentencias (interpretativas, integradoras y sustitutivas), todas ellas tendientes a reforzar el argumento doctrinario de la seguridad jurídica, desde el cual se justifica la liberalidad que se abrogan los Tribunales Constitucionales de modular sus fallos para no generar mayores traumatismos con sus pronunciamientos.

La justificación cimentada sobre el principio de la seguridad jurídica es la que abre la puerta al rol de legislador positivo de los Tribunales Constitucionales del mundo, máxime en aquellos sistemas en donde opera una justicia constitucional concentrada y a través de las sentencias se toman decisiones y se dan órdenes a los diferentes poderes, eventos que se traducen en el ejercicio de la tarea legislativa que por naturaleza corresponde al Parlamento.

Por lo expuesto en el presente capítulo podría afirmarse que el Tribunal Constitucional tanto en aquellos sistemas en los cuales funciona de manera concentrada como en los que actúa de modo difuso ejerce una labor “legislativa”, en la medida en que en ocasiones crea derecho a través de sus sentencias o también cuando en algunos

de sus fallos define cómo habrán de interpretarse las normas creadas por el Parlamento. Dicha tarea, asumida por el órgano constitucional, tiene seguidores y fuertes críticas de sus detractores, siendo la más recurrente aquella que señala que la conformación de dicho Tribunal no se desprende de la voluntad del constituyente primario y, por tanto, no es la representación del mismo. Entender este rol de un Tribunal Constitucional es definitivo en el trabajo que aquí se propone porque es dentro de tal rol que se va a desarrollar la doctrina sobre la protección jurídica a los objetores.

CAPITULO IV. MODOS DE INSUMISIÓN. LA DESOBEDIENCIA, LA RESISTENCIA CIUDADANA Y SUS FORMAS

Una minoría es impotente solo cuando se aviene a los dictados de la mayoría.

Henry David Thoreau

Hasta ahora construimos los conceptos básicos y necesarios para entender el rol de un Tribunal Constitucional en un Estado constitucional de Derecho, todo ello porque ha sido en el escenario del juez de la constitucionalidad donde se ha definido el contenido y alcance de la objeción de conciencia, tal como se expondrá más adelante. Este apartado desarrollará las diversas tipologías que las distintas sociedades han usado para resistirse al cumplimiento de un mandato legal por reñir con postulados íntimos de cada individuo, bien sea de manera individual o colectiva; es así como, sin importar cuál sea el escenario, se superpone el mandato de la conciencia a la orden legal. De este modo, se abordarán los conceptos de objeción de conciencia y sus modalidades, la desobediencia civil y la resistencia, entre otros, como también la noción de libertad, que es el principio a partir del cual se otorga protección al objetor por parte del Estado.

Se trata de describir el desarrollo que ha tenido el derecho a desobedecer por motivos de conciencia en la sociedad colombiana, que como se ha expresado en otros apartes lo ha delimitado, visibilizado y garantizado en algunos casos, gracias a la postura de la Corte Constitucional, todo ello por la presión de los colectivos defensores de derechos y de la conciencia, de algunos sectores sociales que han exigido y logrado ciertas garantías.

Así, se examinarán brevemente las posturas de Henry David Thoreau, John Rawls, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Benjamin Constant, Isaiah Berlin, Norberto Bobbio y otros filósofos que se han ocupado del significado de la libertad y de los conceptos que en esta subyacen. Con ello se intentará encontrar un punto en común sobre el cual edificar el derecho a objetar por motivos de conciencia, porque adicionalmente han sido las tesis de algunos de estos pensadores las que han fundamentado la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre ese tema.

4.1 Concepto de libertad para desobedecer en la filosofía política

Como punto de partida y referencia obligada deberá señalarse la postura del filósofo estadounidense Henry David Thoreau, como uno de los primeros escritores que cuestionaron la ley cuando encubre la injusticia. En una de sus obras más destacadas, *Del deber de la Desobediencia Civil* (Thoreau, 1848/2008), no se ocupó de la relación moral del individuo y la ley sino que se preocupó por la conciencia individual y la obligación moral que de esta se desprende, para proponer que:

El hombre no está necesariamente obligado a dedicarse a la erradicación de la injusticia por monstruosa que sea. Puede dedicarse con decencia a otros asuntos, pero como mínimo es su deber, no comprometerse con la injusticia y si eso no le preocupa, al menos no apoyarla en la práctica. (Thoreau, citado en Arendt, 2002, p. 119)

La obligatoriedad del cumplimiento de los mandatos legales y constitucionales al interior de una sociedad plantea de manera simultánea en ciertos conglomerados sociales la voluntariedad de hacer uso de manera excepcional de ciertas “formas de resistencia” que se han ido construyendo y ejerciendo de manera individual y/o colectiva por parte de quienes se oponen —con fundamento en posturas políticas, religiosas, éticas, filosóficas u otras— a dicha exigencia.

Marina Gascón Abellán, en su texto *Obediencia al Derecho y Objeción de Conciencia* (1990), retoma la propuesta de Alessandro Passerin d’Entrèves, quien consideró que en las sociedades occidentales existen una serie de posibilidades de responder o comportarse frente a la imposición del cumplimiento de un precepto constitucional, y por tanto clasificó las mismas y propuso las siguientes categorías:

a) *Obediencia Consciente*: hay una sumisión irrestricta al derecho a partir de la convicción moral de que existe una correspondencia entre la norma y el compromiso ciudadano de acatarla. b) *Obediencia Formal*: se genera el cumplimiento de la ley siguiendo una tradición de obedecerla. c) *Evasión Oculta*: el mandamiento del precepto se da exclusivamente frente a la inminencia de la sanción; se desdibuja la relación entre la postura política y la moral en el individuo. d) *Obediencia Pasiva*: consiste en

desobedecer la norma con base en el convencimiento moral de por qué se hace. No obstante se acepta la sanción. Aunque se rechaza la obligatoriedad del mandato, se acata el castigo derivado de su inobservancia. e) *Objeción de Conciencia*: de acuerdo con d'Entrèves no establece diferencias significativas con la obediencia pasiva, ya que la divergencia radica en la forma como se manifiesta. De igual forma se rechaza la norma, se asume la consecuencia del incumplimiento, para no solo actuar acorde con los principios sino también para evidenciar esa convicción. f) *Desobediencia Civil*: se propone como una especie de objeción más idónea, en la medida en que se ejerce colectivamente y es el producto de un proceso de elaboración. g) *Resistencia Pasiva*: persigue la transformación del orden establecido y se caracteriza —como otras formas— por el actuar no-violento, pero pretende transformaciones sustanciales al interior de la sociedad en que se desarrolla, y h) *Resistencia Activa*: la violencia es el medio a través del cual se persigue la consecución de los objetivos. Puede asimilarse o nombrarse como “desobediencia revolucionaria”.

De las distintas categorías o tipos de insumisión propuestos por Passerin d'Entrèves hay dos relevantes para este trabajo: la objeción de conciencia, como eje substancial alrededor del cual se construye esta disertación; y, adicionalmente, como marco de referencia, el concepto de desobediencia civil en cuanto figura relevante que desde su fundamentación aporta a la discusión y legitimación de la renuencia frente al cumplimiento de una orden legal, en la que los grupos minoritarios han encontrado una alternativa para enfrentar la ambigüedad de tener que obedecer un mandato que se aparta de sus posturas más íntimas y las contradice.

Según el filósofo John Rawls, la desobediencia civil puede definirse

(...) como un acto razonado, público y no violento, por medio del cual una parte de los integrantes de la sociedad presentan una serie de razones y argumentos para desobedecer una ley que perjudica sus intereses grupales y que tiene como objetivo último generar unas dinámicas de cambio en el interior del orden institucional para que se corrijan una serie de fallas presentes en el mismo. (Rawls, 1971/1997)

Rawls llena de contenido el concepto de desobediencia civil, aparejado a otro que denomina *equilibrio reflexivo*, y desde esa óptica construye su teoría, entendiéndola como un mecanismo excepcional que persigue el restablecimiento de los parámetros de justicia y equidad de los grupos minoritarios que se enfrentan a las mayorías, en la medida en que se resisten a cumplir las leyes dictadas por aquéllas al considerarlas lesivas y adversas a sus intereses.

Dworkin (1994) asume la desobediencia civil desde la objeción de conciencia y plantea que es generalizado el sentir de muchos al considerar la objeción como el desacato a la ley, lo que consecuentemente acarrea el castigo. Dworkin (1994) afirma en su teoría que, en ciertas ocasiones, se acepta la justificación moral a la objeción pero no la justificación jurídica; por tanto, se pone en juego el asunto de la validez de la ley, entre objetores y opositores a la objeción.

Entiéndase bien que este autor es partidario del incumplimiento de una norma siempre y cuando la validez de la misma genere dudas en el destinatario, motivado por la convicción absoluta de que, de acatarla, de actuar conforme al precepto legal estaría contrariando su más íntimo convencimiento. De lo anterior se desprende una gran responsabilidad para los operadores jurídicos¹⁰ frente a quienes se resisten y desobedecen las leyes por motivos de conciencia; de aquéllos habría de esperarse que se inhiban de castigar o enjuiciar y, contrariamente, posibiliten o coadyuven un cambio legislativo o un proceso de adaptación de los procedimientos judiciales para incluir a los desobedientes dentro del sistema social.

Por su parte, para Habermas (1997) la desobediencia civil es una infracción figurada a la ley, pública, no violenta, que se justifica en la medida en que esas normas “incumplidas” se consideran adversas a los mandatos constitucionales. Los desobedientes persiguen fines utópicos con base en los derechos fundamentales, bajo el entendido de estar regidos, más que por una Carta Constitucional, por un proyecto constitucional inacabado que tiende a completarse con las demandas ciudadanas frente a derechos que pueden y deben ser satisfechos en el marco de un Estado de Derecho y

¹⁰ Los operadores jurídicos son aquellos de los que depende el derecho aplicable, por ejemplo, los jueces y los legisladores.

que, de paso, certifican el grado de madurez de un sistema de organización como es la democracia.

De acuerdo con Habermas (1997), esa decisión de los ciudadanos de materializar sus derechos pone en evidencia la tensión entre facticidad y validez: lo que busca el desobediente es la participación en el juego político, pero accede a este por otra vía. En concreto, Habermas propone interpretar la disidencia como un buen síntoma de una democracia sólida, que no solo debe tolerarse sino animarse a partir de situaciones puntuales sensatas. De una interpretación de la desobediencia en este sentido podría deducirse que es una figura que aporta a procesos democráticos serios en pro de la creación y el mantenimiento de procesos participativos cada vez más robustos e incluyentes.

Reiteradamente los argumentos que favorecen la desobediencia civil dejan entrever un vacío en relación con la existencia de una justificación legal de esta figura. Respecto a los argumentos de Rawls, Dworkin y Habermas, el profesor Oscar Mejía Quintana, en su artículo “La justificación constitucional de la desobediencia civil” (2003), considera que los planteamientos de todos ellos apuntan a justificar la figura, pero subyace el interrogante de si esas tesis tienen el carácter de jurídicas o pueden mutar hasta alcanzar esa consideración legal. Mejía Quintana reconoce que la desobediencia civil se encuentra o bien en el límite de la legalidad o al margen de la misma, en donde opera como un mecanismo de excepción que puede simultáneamente funcionar con justificaciones de orden legal.

En todo caso hay quienes plantean que la inexistencia de la justificación jurídica de este tipo de resistencia denominado desobediencia civil se debe a que es el Estado, a través de sus instituciones, quien mantiene el monopolio de la interpretación de las Cartas Constitucionales.

4.2 La Libertad como fundamento del derecho a la objeción de conciencia

La libertad como valor ha de ser entendida en consonancia con la voluntad del sujeto, como derecho individual, y por tanto se requiere que este disponga de la suficiente conciencia para actuar en consecuencia.

También es cierto que dicho concepto ha variado con los tiempos, y el concepto moderno de libertad dista considerablemente del que tenían los antiguos; es así como a principios del XIX, Benjamin Constant, abierto contradictor de las tesis roussonianas, en su *Discurso sobre la libertad de los antiguos, comparada con la de los modernos*, originalmente aparecido en 1819, establece unas claras y marcadas diferencias sobre ese concepto de libertad, que ha ido mutando a través de los siglos, de tal forma que la voluntad individual para los antiguos se desvanecía frente a la potestad ejercida por el colectivo o cuerpo social, ya que la participación era la condición que llenaba de contenido la misma; por tanto, Constant asegura en su texto: “Así, entre los antiguos, el individuo habitualmente casi soberano en los asuntos públicos, era esclavo en todas sus relaciones privadas” (Constant, 1819/1995, p. 4).

Dentro de este marco ha de considerarse la manera como se entendía y además se defendía ese concepto de libertad, referido a la influencia que se lograba en el contexto de la soberanía de toda la nación, lo cual se traducía en la exacerbación y disfrute pleno y absoluto de los derechos políticos, hecho que se compensaba con las restricciones que en la esfera privada soportaba el individuo. Para los modernos, la felicidad que otrora reportaba a los ciudadanos la incidencia en la vida pública y política ha sido sustituida por otros medios, otras formas mucho más cercanas al goce individual y privado, marginado de la vida social y del destino de la sociedad como conjunto y mucho más próximo a la no intervención del Estado en la esfera íntima. El concepto moderno de libertad se ha transformado, ya no es posible aniquilar la independencia frente a los derechos políticos, pues el resultado de dicha operación no ofrece las garantías que consideraban superiores los antiguos. “La finalidad de los antiguos era compartir el poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria. Estaba ahí lo que ellos llamaban libertad. La finalidad de los modernos es la seguridad de los goces privados” (Constant, 1819/1995, p. 9). Podría aseverarse, sin lugar a dudas, que para esa época la libertad estaba connotada en las instituciones.

En suma, propone Constant que tanto la libertad política de los antiguos como la libertad individual de los modernos están llamadas a vivir en comunión, pues si, a manera de ejemplo, en la actualidad se pretendiera subyugar la libertad individual respecto a la libertad política como en la antigüedad, rápidamente el ciudadano quedaría sin ninguna de las dos libertades. Considera este autor que no se trata entonces de desaparecer las garantías inherentes al concepto de libertad actual, sino más bien de incorporar al concepto contemporáneo de libertad el goce generado por la participación en la vida política.

Quizá se deba señalar que la libertad como derecho individual, con las particularidades inherentes a cada época, ha estado presente desde hace varios siglos, sin embargo existe en la actualidad una mayor obligatoriedad por parte de los gobiernos de salvaguardar sus fundamentos, puesto que tienen sobre sí un mayor compromiso y más elevadas demandas. La diferencia entre ambos tipos de libertades habrá de ser aprovechada en favor del ciudadano; es así como los antiguos eran destinatarios de gobiernos despóticos, que por fortuna han perdido cierta vigencia en la actualidad, y contaban con menos recursos para defenderse de ese proceder arbitrario; en la modernidad, si bien el ciudadano es más apático a las prebendas que la libertad política ofrece, se cuenta con más y mejores medios de los que disponían los antiguos para preservar y proteger esa libertad individual que enarbolamos.

Hay que advertir que ambas libertades, la de los antiguos y la de los modernos, implican cierto grado de exclusión; la de los primeros porque al enfocarse en la participación y el disfrute social, marginaba a los individuos de sus propios derechos y garantías personales; mientras que los segundos, en su postura más egoísta y hedónica, dispuestos solo a reivindicar su propia independencia, se marginan de la participación política en la sociedad.

Habría que decir también que autores como Isaiah Berlin proponen entender el concepto de libertad en dos sentidos, esto es, como libertad positiva concebida como la emanación de la autonomía del ser, y como libertad negativa, asumiéndola como la independencia del mismo, para de este modo establecer un balance entre las dos, ya que ambos conceptos están plenamente autorizados. En este sentido, Berlin retoma la tesis

de Constant a ese respecto, quien sugiere que “[e]l mérito de una sociedad libre es que acepta gran variedad de opiniones en pugna sin necesidad de suprimirlas” (Berlin, 1993, p. 66).

Existe una fuerte confrontación entre dos sistemas de ideas que ofrecen respuestas antagónicas al asunto de la “obediencia y la coacción”, considerado por este autor desde hace mucho tiempo como “el problema central de la política”. Las diversas corrientes han de ser comprendidos desde las ideas que sobre la vida les subyacen y que, por tanto, aportan a la construcción de la historia humana y no se quedan en acontecimientos propios del medio.

Alrededor de este asunto permanecen los interrogantes del porqué ha de obedecerse a otro, renunciando a vivir como se quiera; cuáles son las consecuencias de la negativa a obedecer y el límite de esa obligatoriedad, entre muchas otras preguntas.

Del término *libertad* se han ocupado innumerables historiadores proponiendo de paso múltiples acepciones. No obstante, en el texto “Dos conceptos sobre la libertad” (1996), Isaiah Berlin propone el examen de dos sentidos de los muchos que tiene esta palabra, por considerarlos substanciales ya que sobre ellos se construye una parte importante de la historia de la humanidad.

En sentido negativo, la palabra libertad responde a la pregunta sobre: “cuál es el ámbito en que al sujeto —una persona o un grupo de personas— se le deja o se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser sin que en ello interfieran otras personas” (Berlin, 1996, p. 191). En sentido positivo, la libertad se entiende como aquello que responde a “qué o quién es la causa de control o interferencia que puede determinar que alguien haga o sea una cosa u otra” (Berlin, 1996, p. 191).

La idea de libertad, y más precisamente de libertad política es para este autor la posibilidad que tiene un individuo de actuar sin ser limitado por otro u otros. Es así como no puede hablarse de un ámbito de libertad cuando media la exigencia de otros que refrenan las acciones que el individuo llevaría a cabo si no mediase dicha coerción. La esfera de la libertad será más o menos extensa cuanto mayor o menor sea el grado de intervención en la acción que el individuo pretende llevar a cabo.

No obstante lo anterior, existía un consenso entre los filósofos políticos ingleses en cuanto a que la libertad no podía ser ilimitada, puesto que se llegaría a una especie de “libertad natural” que concluiría en hacer primar la ley del más fuerte; por tanto, al lado del valor *libertad* emergían otros como los de la igualdad, la cultura, la seguridad, que a su vez propendían por generar una dinámica de convivencia social y que indefectiblemente coartaban esa libertad desmedida. De este modo, pensadores de corte liberal como Stuart Mill y Benjamin Constant consideraban, sin embargo, adecuado que el accionar libre de los individuos tuviese como límite la ley, siempre y cuando se reservara “cierto ámbito mínimo de libertad personal que no podía ser violado bajo ningún concepto, pues si tal ámbito se traspasaba, el individuo mismo se encontraría en una situación demasiado restringida” (Berlin, 1996, p. 193).

Es así como Berlin sugiere, entonces, delinear una frontera entre la esfera íntima o privada y el mundo de la autoridad pública, aunque de paso considera una falacia el otorgar derechos políticos y limitar la injerencia del Estado respecto a individuos que tienen sus necesidades básicas insatisfechas; esto es, se cuestiona el hecho de que los ciudadanos tengan derechos, pero no siempre la posibilidad de viabilizarlos. En este sentido la libertad individual no se erige como una necesidad primigenia para todos los hombres, lo que conllevaría resignificarla para aquellos ciudadanos que no detentan garantías mínimas (Berlin, 1996).

Filósofos como Stuart Mill, Locke o Smith señalaron que un mayor ámbito de privacidad del individuo era compatible con una sociedad mucho más armónica y avanzada y que, por tanto, debía proscribirse ampliamente la intrusión de cualquier tipo de autoridad pública. En tanto que la tesis hobbesiana y de otros pensadores de corte conservador recomendaba una mayor intervención del poder central, en desmedro del ejercicio del poder individual, para evitar la destrucción de la especie y poder ejercer control de manera más eficaz. Aunque al mismo tiempo, ambas corrientes coincidían en que un segmento de la vida humana debería quedar al margen del control social para evitar de esta forma el despotismo (Berlin, 1996).

Como es sabido, defensores de las libertades individuales entre los que se cuentan Burke, Pain, Jefferson y otros, propusieron, para marginar la autoridad de la esfera privada del individuo, planteamientos que sugieren propuestas tales como las siguientes:

Tenemos que preservar un ámbito mínimo de libertad personal, si no hemos de degradar o negar nuestra naturaleza. No podemos ser absolutamente libres y debemos ceder algo de nuestra libertad para preservar el resto de ella. Pero cederla toda es destruirnos a nosotros mismos. (Berlin, 1996, p. 196)

Dentro de este marco ha de considerarse el interrogante acerca de *cuál debe ser ese mínimo de libertad personal*. Y puede responderse con múltiples teorías y postulados, pero en palabras de Isaiah Berlin es la imposibilidad de que otros interfieran en mi actuar por fuera del límite que se impone, un límite que puede variar pero que siempre se hace evidente.

El sentido positivo de libertad da cuenta del deseo del hombre de pertenecerse a sí mismo, de no ser instrumentalizado ni por otros hombres ni por fuerzas externas; de ser el protagonista de su destino y arquitecto de los medios a través de los cuales va a alcanzarlo.

Cuando se nombra la libertad como la posibilidad de erigirse como sujeto (no objeto) y a la vez dueño de sí mismo y también como aquella que permite que los demás no coarten las decisiones propias, se evidencian dos posturas (positiva y negativa) que no demuestran grandes diferencias acerca de un mismo asunto. Sin embargo, el sentido negativo y positivo del concepto de libertad surgieron históricamente desde distintas orientaciones y finalmente se instituyeron como antagónicos.

Para los fines de nuestro argumento, es oportuno ahora presentar la idea que sobre el concepto de libertad propone el teórico italiano Norberto Bobbio (1993), quien llevó la discusión sobre la libertad al plano de la democracia, aunque estableciendo una clara diferencia entre ambas nociones. Bobbio sugiere un significado trascendente inicialmente en el ámbito político, y que define también a partir de los ya nombrados tipos de libertad, que han dado en llamarse: *libertad positiva* (a partir de la definición

clásica propuesta por Rousseau) y *libertad negativa* (desde la expresión tradicional sugerida por Montesquieu en *El Espíritu de las Leyes*, de 1748).

La libertad negativa “se entiende en el lenguaje político, [como] la situación en la cual un sujeto, tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos” (Bobbio, 1993, p. 97); esta clase de libertad también se ha denominado “libertad como ausencia de impedimento”. Es así como disfruta de la condición de libertad tanto quien piensa y actúa sin ser reprochado como aquel que se exime de cumplir un mandato legal, lo cual es el caso de la objeción de conciencia. En el primer escenario no existe una prohibición que impida que se despliegue tal o cual acción, y en el otro supuesto no concurre una regla que coaccione a realizar la acción que no se considera pertinente; esto en la medida en que en sociedad la frontera de las acciones del individuo está demarcada por las leyes.

Tradicionalmente se ha definido la *libertad negativa* como “hacer (o no hacer) todo lo que las leyes, entendidas en sentido lato, y no solo en sentido técnico-jurídico, permiten, o bien no prohíben (y que en cuanto tales, permiten no hacer)” (Bobbio, 1993, p. 99).

Por su parte la libertad positiva, también en el contexto político, se reconoce como “la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros. Esta forma de libertad se llama también *autodeterminación* o, de manera más apropiada, *autonomía*” (Bobbio, 1993, p. 100). Este significado de libertad apunta a evidenciar la posibilidad del individuo de perseguir un propósito sin ser disuadido o apartado del mismo. Se entiende que el hombre se otorga a sí mismo las leyes que habrá de cumplir y en esa medida solo acata aquellas normas que él creó; por tanto, la libertad se traduce en la observancia de la ley que a sí mismo se decretó el hombre.

Según Bobbio, ambos tipos de libertades hacen referencia a campos distintos; la libertad en sentido negativo plantea una relación con la acción, esto es, la posibilidad de realizar aquellos actos que a bien se tengan, sin ningún tipo de interferencia; mientras que la libertad en sentido positivo establece dicha alianza con la voluntad de autodeterminación y el propio querer, sin que medie el querer de los demás. En

conclusión, Bobbio propone hablar de “libertad de obrar y libertad de querer, entendiendo por la primera acción no impedida [...] y por la segunda voluntad no heterodeterminada” (Bobbio, 1993, p. 103).

Esta descripción será incompleta si no se nombran otras categorías que subyacen en los dos tipos de libertades inicialmente planteadas, y de esta forma relacionan la libertad negativa con las llamadas libertades civiles, de las cuales sugiere Bobbio (1993) que operan como fundamento de la libertad positiva, entendida esta en términos de libertad política.

4.3 La objeción de conciencia

Si bien ya se ha planteado cómo debe ser entendida la objeción de conciencia, que, en palabras de Manuel Atienza, se propone como “una contradicción entre las obligaciones establecidas por el Derecho y por la moral” (Atienza, 1997, p. 151) o como la insumisión frente al cumplimiento de un mandato legal por asuntos de conciencia, en principio se presenta como una figura similar a la desobediencia civil, pero se distancia de esta en asuntos como que no persigue la desaparición de la norma que se rehúsa a cumplir; en la individualidad que se desprende al ser un acto personal que atañe solo al fuero interno y, adicionalmente, en que tiene reconocimiento jurídico en algunas sociedades donde se erige como derecho fundamental y, por tanto, goza de protección legal y constitucional.

La objeción de conciencia justifica la desobediencia al derecho, que se legitima cuando la prescripción del mandato legal contraría la conciencia individual del destinatario, y aunque, como se anotó, no persigue consecuencias políticas, públicas y colectivas, puede alcanzarlas en la medida en que frente a esa norma rehusada a cumplir existan otros individuos dispuestos a demandar, también, la inaplicación de la misma.

Puede afirmarse que no es posible desvincular el concepto de la objeción de conciencia del concepto de libertad de conciencia, ya que podrían entenderse en una relación de género a especie. Esto es, asumiendo la libertad de conciencia como el ámbito en el cual el individuo establece una serie de valoraciones que operan a modo de rasero frente a lo que considera éticamente correcto y, como consecuencia, determina su forma de actuar.

El derecho, como sistema que regula la conducta externa de los individuos, se relaciona con la libertad de conciencia cuando esta se exterioriza a través de actos que en ocasiones pertenecen a la conducta jurídicamente esperada y en otras se oponen a lo prescrito por la norma, y por tanto deriva en la objeción de conciencia que tiene como fundamento la libertad negativa en términos de autonomía, ya que el derecho opera como límite a ciertas libertades.

El derecho legítimo a la objeción de conciencia en cuanto derecho subjetivo tiene como fundamento la decisión del individuo de optar por incumplir un mandato legal al cual está obligado como miembro de una sociedad determinada. Sin embargo, según Gascón Abellán,

(...) sólo 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. (Gascón Abellán, 1990, p. 245)

Puede sugerirse, entonces, que la teoría general de los derechos fundamentales es la que soporta el derecho a la objeción de conciencia y lo ubica como un derecho de rango superior, el cual tiene como fundamento teórico y punto de partida para su elaboración la libertad de conciencia; aunque en efecto solo puede operar en aquellos sistemas donde ostentan un lugar protagónico este tipo de garantías y libertades públicas.

La teoría de los derechos fundamentales, como ya se esbozó, llena de contenido algunas garantías que pueden no estar reconocidas como tales en el listado de derechos positivizados en la Constitución; pero en la medida en que se evidencian como emanación del concepto de dignidad humana, piedra angular del resto del contenido normativo, gozan de amplísima protección.

4.4 La objeción de conciencia y su protección judicial

Aquí vale la pena hacer una pequeña digresión sobre el concepto vigente al día de hoy del derecho a la objeción de conciencia; concepto que ha ido construyendo el Tribunal Constitucional colombiano a partir de su jurisprudencia y contextualizándolo de acuerdo con la realidad de una sociedad como la nuestra. Los criterios que han fundamentado el sentido actual de ese derecho se han ido depurando y, por tanto, resignificando hasta el punto de llegar a reconocerse (por vía de sus sentencias) e integrarse en los postulados constitucionales.

Con el objetivo de reconfigurar las libertades clásicas de la filosofía y conciliarlas con la vivencia efectiva de las garantías, los Tribunales Constitucionales en el mundo contemporáneo, entre los cuales por fortuna no es la excepción la Corte Constitucional colombiana, han venido otorgando sentido y construyendo un discurso respecto a aquellos derechos que a pesar de no estar explícitamente plasmados en las Constituciones detentan una jerarquía superior. Como se ve, según la teoría de los derechos fundamentales, esas valoraciones no inmersas estrictamente en el lenguaje jurídico que comporta un ordenamiento, por otra vía, por la de la teoría de los derechos, han emergido como conquistas políticamente exigibles que trascienden un ejercicio de mera retórica y evidencian en la práctica su efectividad.

Puede decirse que a pesar de corresponderse con una postura menos rigurosa, no por ello carece de argumentos serios, que a través de las sentencias en distintas instancias han consolidado líneas jurisprudenciales robustas que soportan el contenido de esas garantías.

Es válido entonces insistir en afirmar que la Carta de 1991 no contempló el derecho a la objeción de conciencia dentro de su articulado, sino que se refirió a la libertad de conciencia y de cultos (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 18), pretendiendo quizás que el derecho a la objeción fuese subsumido en esta norma como una acción positiva de protección a la libertad de conciencia. Sin embargo, el resultado ha sido la ausencia de protección del mismo por diversas motivaciones, como se verá después.

Como se desprende del análisis de las sentencias, ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana la que ha llenado de contenido el derecho a la objeción de conciencia a través de sus fallos, que si bien durante los primeros años ratificaron la vocación inicial de no reconocimiento de este derecho, durante los últimos tiempos ha ido variando de posición, protegiendo ciertas garantías hasta llegar a declarar que efectivamente puede desprenderse de una lectura holista de la Constitución que en Colombia es posible entender y salvaguardar el derecho a la objeción de conciencia por variadas motivaciones, entre ellas las de índole religiosa, ética, política y filosófica.

A modo de colofón es entonces oportuno plantear uno de los conceptos más aceptados en el medio académico sobre el derecho a la objeción de conciencia, que es el propuesto por Marina Gascón Abellán, quien la define como

(...) el incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de conciencia, que impide observar el comportamiento prescrito y cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual, renunciando a cualquier estrategia de cambio político o de búsqueda de adhesiones [...] una exteriorización individual y sin publicidad o que la obligación objetada sea de naturaleza personal. (1990, p. 85)

Dicha definición deberá ser complementada con el significado que ha otorgado el Tribunal Constitucional colombiano a esta garantía, la cual ha definido como:

(...) la resistencia a obedecer un imperativo jurídico invocando la existencia de un dictamen de conciencia que impide sujetarse al comportamiento prescrito, por lo que la objeción de conciencia supone la presencia de una discrepancia entre la norma jurídica y alguna norma moral, siendo reconocido por la Corte que es posible objetar por razones de conciencia deberes laborales, educativos y profesionales.¹¹

Conviene, sin embargo, reiterar que la Corte Constitucional se tardó varios lustros en virar el rumbo de su jurisprudencia y aceptar la objeción como un derecho

¹¹ Corte Constitucional de Colombia (14 de octubre de 2009). Sentencia C-728/09, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, apartado sobre definición de objeción de conciencia.

fundamental y, en consecuencia, desarrollar una postura que llenara de contenido dicho reconocimiento. Ciertamente es que lo hizo a partir de los derechos consagrados en los artículos 18 (sobre libertad de conciencia) y 19 (que se refiere a la libertad de cultos) de la Constitución Nacional, armonizándolos además con el bloque de constitucionalidad.

4.5 Objeción de conciencia al servicio militar

Es necesario señalar que los orígenes de esta figura se inscriben en el pacifismo radical de algunas comunidades religiosas del siglo XVIII, casi todas herederas de la reforma protestante, quienes se oponían a ser reclutados para hacer parte de los ejércitos con base en su fe y sus creencias; pero fue a partir de la Primera Guerra Mundial que esta figura tuvo mayor difusión.

La creación del Estado moderno en Occidente y, como consecuencia, la consolidación de regimientos permanentes para su mantenimiento y defensa, gestaron un efecto contrario en esas comunidades clericales, permeadas por las posturas luteranas, quienes rechazaron de manera enfática y absoluta la obligatoriedad de enlistarse, tomar las armas y estar dispuesto al ejercicio de la violencia física contra sus pares.

Apelando a razones históricas, se establece una relación entre la objeción de conciencia y las tesis de Martín Lutero, porque la práctica de rehusarse a ser incorporado a la institución castrense “por razones de conciencia, adquirió la categoría jurídica de derecho individual” (Gordillo, 1993, p. 44) en los países que inicialmente fueron más influenciados por la reforma protestante, como son Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda y otros países de Europa. Ahora bien, las ideas antimilitaristas contemporáneas tienen también su génesis en posturas éticas y morales laicas (no necesariamente religiosas) que desde otra cosmovisión persiguen similares objetivos.

Justamente, la obra de Thoreau se inscribe en esa tradición. En 1846, Thoreau se negó a pagar impuestos debido a su oposición a la guerra contra México y a la esclavitud en Estados Unidos, por lo que fue encarcelado. De este hecho nace su obra *Del deber de la Desobediencia Civil* (1848/2008), en que deja entrever sus ideas políticas. En este texto declara uno de los conceptos principales de su ideología: la idea

de que el gobierno no debe tener más poder que el que los ciudadanos estén dispuestos a concederle, llegando a tal punto que propone la abolición de todo gobierno.

El desarrollo de varias de las ideas contenidas en el capítulo anterior fundamenta la idea principal de este trabajo, en el sentido en que muestra que el derecho a objetar por motivos de conciencia se inscribe dentro de una de las formas que existen —aceptadas como institución legal en algunas sociedades y en otras no— y “autorizan” superponer la convicción personal cuando esta riñe con una norma legalmente establecida.

Consecuente con ello, y a partir de la premisa de que la conciencia es una libertad, pero el derecho a desobedecer o la resistencia es un derecho, el apartado siguiente presentará un breve resumen de la doctrina de la Corte Constitucional colombiana, para de esa manera avizorar los cambios de postura que dicho Tribunal ha tomado respecto a la concepción de la defensa y garantía del derecho a la objeción de conciencia en Colombia, a pesar de que la Carta Constitucional de 1991 no ha cambiado ni se ha modificado respecto a esa materia.

CAPÍTULO V. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL HACIA LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Seguidamente se mostrará la manera en que la Corte Constitucional colombiana ha entendido desde su entrada en funcionamiento la objeción de conciencia; esta entidad, a pesar de haber reconocido *per se* el carácter principalísimo de la libertad de cultos y las otras que de ella se derivan, solo desde el año 2009 le ha otorgado el carácter de derecho fundamental en nuestro entorno. Es valioso señalar que este cambio de jurisprudencia se ha dado sin que se haya reformado el contenido de la Carta de 1991 en ese sentido, sin embargo, y a pesar del cambio de postura del Tribunal, dicha garantía no se encuentra plenamente legitimada en la sociedad actual.

La finalidad de este apartado no es otra que mostrar cómo desde los primeros años de entrada en vigencia de la Carta Fundamental del 91, las posturas disidentes y minoritarias que al principio presentaron algunos magistrados a través de los salvamentos de voto fueron ganando espacios y terminaron por imponerse. No obstante, también existen diferencias sustanciales en cuanto a las materias que se objetan y la protección que deprecia el Estado y la misma Corte. Hay situaciones, como la prestación del servicio militar obligatorio, que tienen cargas adicionales excesivas que tornan nugatoria dicha objeción, mientras que otros asuntos se facilitan en el sentido en el cual está concebido efectivamente ese derecho. Para mayor precisión, ver el Anexo 1, en donde se hace un recorrido por la jurisprudencia de la objeción de conciencia en la Corte Constitucional de Colombia.

Es oportuno ahora, como antesala al desarrollo jurisprudencial que ha construido el Tribunal Constitucional colombiano en torno al derecho a la objeción de conciencia, presentar la propuesta del profesor Charles Epp (2013), quien con una teoría moderna defiende la tesis de que la concesión de los derechos no proviene exclusivamente del Tribunal Constitucional, sino que se requiere el acopio de varias condiciones para generar cambios trascendentales que ofrezcan como resultado el reconocimiento de derechos individuales fundamentales, que Epp ha preferido denominar *La Revolución de los Derechos*.

En algunas sociedades, incluida la colombiana, el Tribunal Constitucional ha optado por salvaguardar los “modernos derechos” de los individuos, constituyéndose en un actor más en la ardua tarea de convertirse en un elemento dinamizador y protector de las garantías fundamentales. Es importante dicha claridad, puesto que mal se haría si se le abrogara a la justicia constitucional la titularidad y el exclusivo protagonismo de los logros alcanzados por las diferentes colectividades en cada uno de los Estados, teniendo en cuenta que muchos países no cuentan con una jurisdicción constitucional separada, como en nuestro caso. En ese mismo sentido, sería también equivocado endilgar a la Corte Suprema de Justicia de países como Estados Unidos de Norteamérica o Canadá, entre otros —que es quien define en última instancia, a través de sus sentencias, lo atinente a la preservación de derechos y libertades de carácter fundamental— el privilegio exclusivo y excluyente de ser la entidad que por sí sola ha legitimado los derechos de los ciudadanos.

5.1 La Revolución de los derechos en la obra de Epp

Consideramos que es muy razonable acoger la propuesta del teórico Charles R. Epp, quien en su reciente texto *La Revolución de los derechos* (2013) llama la atención sobre el cambio que aportó la transformación por acción social de los derechos al constitucionalismo, el cual en sus inicios surgió principalmente como límite a las políticas gubernamentales para posteriormente abanderar la protección de garantías de los ciudadanos.

La investigación del profesor Epp indaga sobre la manera en que se han impactado cuatro sociedades distintas (Estados Unidos, India, Gran Bretaña y Canadá) alrededor de la *revolución de los derechos*, y utiliza ciertos parámetros de comparación entre ellas para confirmar su moderna teoría respecto a las condiciones requeridas para que exista en la práctica una real y verdadera revolución.

Inicialmente propone que la suma de una serie de condiciones especiales fue la que en los Estados Unidos de Norteamérica generó un cambio importante que arrojó como resultado, por un lado, una sociedad más justa y equilibrada, en la cual la garantía de los derechos fundamentales e inalienables se ubicó en primer plano, y por el otro, un aparato judicial consciente e independiente dispuesto a instrumentalizar el texto

constitucional como la herramienta idónea para poner en funcionamiento las instituciones estatales, de tal modo que el individuo como epicentro del actuar estatal esté por encima de los intereses del Estado. Sumado a lo anterior, se encuentra “el aumento de la conciencia sobre los derechos en la cultura popular”. No obstante las condiciones anteriormente descritas, en consideración del autor continúan siendo exiguas para dar cuenta del porqué se generó “una revolución de los derechos” (Epp, 2013).

Apreciando la sociedad norteamericana como aquella en la cual el discurso de los derechos civiles está enraizado en todos sus ciudadanos y se transita del discurso al disfrute real de los mismos, hay que advertir que dicho reconocimiento es relativamente reciente, generado gracias a la sucesión simultánea de varios factores, como la conformación de una Corte Suprema con mayoría de jueces liberales, aunada a una serie de condiciones que son las que componen la teoría de Epp, las que, por último, permitieron que se abriera paso a las discusiones que frente a las garantías y derechos individuales debían ser asumidas y resueltas por la máxima instancia de la justicia ordinaria norteamericana.

Es significativa la importancia que tiene para el caso colombiano la tesis planteada por Epp en el sentido de que reconoce que son varias las fuentes concomitantes frente al robustecimiento de los derechos individuales, sin embargo, sostiene que el activismo judicial en procura de la defensa de las garantías de los ciudadanos está apalancado en la presión ejercida desde las bases mismas de la sociedad civil.

Esta teoría reconoce que lo que se ha dado en llamar *la revolución de los derechos* se entiende como un proceso escalonado que arrojó novedosos “derechos y libertades civiles” y que establece una relación dialéctica entre la democracia y los derechos, pues en la modernidad y a través de la interpretación judicial se han ido creando “nuevos derechos individuales” por parte de los juzgadores, aplaudidos por muchos pero también desestimados por posturas bastante conservadoras que han leído la garantía ofrecida por los jueces a través de la creación de esos “nuevos derechos” como la usurpación del proceso democrático, al punto de plantear que si bien la vocación de un texto constitucional significa, entre otros asuntos, la posibilidad de limitar la

arbitrariedad del accionar del gobierno de turno, dicha iniquidad ha pasado a manos del poder judicial, al permitírsele desplegar su actividad *creadora*.

La Revolución de los Derechos desde una elucidación tradicional da cuenta de tres asuntos puntuales en la construcción de la teoría que la respalda: el primero es el que se soporta desde la Constitución, el otro se sostiene desde la judicatura y el último se sustenta desde la cultura. Sin embargo, Epp (2013) le apuesta a lo que ha denominado “estructura de sostén” para complementar la interpretación convencional de esa revolución y llenar de contenido su apuesta.

Cuando se defender el concepto de *la revolución de los derechos* se trata, desde la óptica de la Constitución, plantea el autor que “[e]l destino de una Carta de derechos depende de fuerzas exteriores a ella” (Epp, 2013, p. 36), pues un compendio de derechos y garantías que conforman un texto no es por sí solo suficiente para su efectividad, ya que el articulado de una Constitución es un compendio de ofrecimientos que distan mucho de realizarse por sí solos si no cuentan con los medios idóneos para hacerse realidad.

La marginalidad del poder judicial con respecto a las presiones políticas derivadas de otros órganos de poder lo erige en un órgano verdaderamente independiente, y en el imaginario colectivo persiste la idea de que las decisiones adoptadas por los jueces que favorecen los intereses y derechos fundamentales derivan del hecho de encontrarse estos plasmados en las codificaciones constitucionales, y que es de allí de donde se deriva la legitimidad que adquiere el juzgador para protegerlos.

Por tanto, la liberalidad que se abrogan los jueces en aras de otorgar garantías se puede fundamentar en la independencia de los juzgadores, que va de la mano con algunos derechos plasmados en los textos constitucionales de cada sociedad. Hay también quienes son partidarios de considerar que una Carta Constitucional abundante en garantías coadyuva la gestación y promoción en los ciudadanos del conocimiento acerca de sus derechos, lo cual se convierte en una dinámica que mientras persigue la salvaguarda de esos derechos individuales, opera a modo de control frente al actuar de los gobiernos. De tal forma que esta presencia de las garantías inherentes a los

ciudadanos en los textos constitucionales permite “el desarrollo de la conciencia de los derechos” (Epp, 2013, p. 36).

De lo anterior puede colegirse que la fuerza que comporta un texto constitucional, en términos de derechos, no depende exclusivamente de él sino de factores externos, como el activismo judicial y el control frente al poder legislativo y ejecutivo, entre otros.

En lo que toca a esta revolución desde los jueces, se evidencia en una actitud protectora frente a los derechos y libertades civiles, ya que sus decisiones en última instancia son las que otorgan o niegan la razón de la situación en disputa. De esto se desprende que es un activismo judicial fuertemente liberal y respaldado en garantías, protección y defensa de derechos lo que ha gestado esa rebelión (Epp, 2013).

El liderazgo de los jueces depende también no solo de su actitud sino de la posibilidad que tienen (al menos el Tribunal Constitucional) de controlar la agenda de los casos sobre los cuales habrán de pronunciarse, ya que de esa forma pueden dejar de lado asuntos que no comprometan de manera relevante los derechos civiles y políticos de los gobernados, para ocuparse de situaciones realmente apreciables sobre este asunto (Epp, 2013).

Adviértase que a pesar de todo, o sea, de unos jueces abiertamente liberales y dispuestos a salvaguardar derechos y garantías y una Constitución generosa en el mismo sentido, es insuficiente esa dupla, pues se requiere una legislación favorable y acorde con una política orientada a la preservación de esas libertades. En ese sentido continua siendo exigua la decisión libertaria de los juzgadores, soportada en una Carta garantista.

La otra explicación “convencional”, por decirlo de alguna manera, sobre la fuerza y operancia de la revolución de los derechos se plantea desde la cultura y la conciencia de poseer ciertos derechos y de que son los movimientos populares los que han impulsado el quehacer de los jueces y han influenciado las decisiones que preservan los derechos. Adicionalmente la Corte, en sus pronunciamientos, materializa “las creencias” de los ciudadanos, pues son las condiciones particulares de los casos que

debe conocer el Tribunal Constitucional las que dan cuenta de cómo la sociedad enfrenta lo relativo a sus derechos y libertades civiles y políticas (Epp, 2013).

La importancia del individualismo tomado de las tesis de John Locke, que caracteriza a la sociedad norteamericana, es según algunos estudiosos la génesis de la tendencia preservadora de los derechos, que además están plasmados en el texto constitucional y direccionan el obrar de los jueces que en última medida deprecian la protección. Sin embargo, fenómenos como la globalización han contribuido a permear esa “cultura de los derechos” en general en casi todos los Estados, lo cual ha ido articulando desde el discurso de los ciudadanos unas demandas en clave de derechos y un mayor control frente a las instituciones burocráticas, para de esta manera, con un fuerte protagonismo de los derechos y una irrestricta protección judicial, propiciar posturas más igualitarias de parte del Estado o, en palabras del autor: “la difusión de la conciencia de los derechos civiles en casi todo el mundo sin duda ha contribuido a que los sistemas judiciales presten cada vez más atención a la defensa de esos derechos” (Epp, 2013, p. 41).

Esta línea de argumentación, o sea la confluencia de factores como la toma de conciencia alrededor de los derechos aunada a una Carta generosa y garantista, más la voluntad del poder judicial de materializar las demandas de protección, se convierten en la materia prima para la revolución de los derechos; sin embargo, en la propuesta de Charles Epp queda faltando la puesta en práctica o materialización del proceso que moviliza el aparato estatal y que concluye, en el mejor de los casos, con una sentencia favorable en términos de derechos, y esto se logra, de acuerdo con su proposición, a través de lo que ha denominado “estructura de sostén”.

Dicha estructura es la que viabiliza la “movilización legal” conformada por personas naturales y jurídicas que ejercen el litigio y que adicionalmente cuentan con el tiempo, el conocimiento y los recursos materiales y demás, para adelantar los procesos que han dado como resultado el reconocimiento de los derechos civiles. Conviene, sin embargo, advertir que de manera muy particular es el derecho constitucional el que por excelencia requiere de un precedente muy fuerte, esto es, de una cantidad de casos fallados en el mismo sentido que vayan fortaleciendo una postura en una dirección determinada y sentando jurisprudencia para que el resultado final sea un

pronunciamiento que refleje la posición del Tribunal en determinado ámbito (Epp, 2013).

En el ejercicio de derecho comparado que ofrece el autor en su texto, sugiere que “la estructura de sostén se desarrolló antes y más sustancialmente en Estados Unidos y, sobre sus cimientos, la Corte Suprema edificó la Revolución de los derechos” (Epp, 2013, p. 118). Si bien los fallos judiciales aportaron para que esa estructura se fortaleciera, el resultado final surge por la coadyuvancia de varios factores y no por el exclusivo activismo de la magistratura.

El caso de la India hace parte del estudio al que nos hemos referido y se torna relevante nombrarlo por haber tenido en la década de los setenta una de las Cortes Supremas más libertarias, garantista, independiente y poderosa; este Tribunal emitió sentencias que fueron verdaderos hitos del constitucionalismo indio y representaron el inicio de una época “gloriosa” para los derechos de los ciudadanos (Epp, 2013).

Hay que reconocer el contenido de los artículos 13 y 32 de la Constitución india, que establecen, el primero, la anulación de toda ley que contraríe cualquiera de los derechos fundamentales, y el otro, que habilita a los ciudadanos para elevar ante la Corte Suprema cualquier petición que tenga que ver con el cumplimiento de los *derechos fundamentales o principios directivos*, como son llamados en algunos casos. En el sentir de algunos estudiosos, este último artículo es el “alma misma de la Constitución y su verdadero corazón” (Epp, 2013, p. 133).

No obstante, a pesar de que esa sociedad contaba con varios de los requisitos para llevar a cabo una verdadera revolución de los derechos, adolecía de una insuficiente “estructura de sostén de la movilización legal” (Epp, 2013, p. 120) o, lo que es lo mismo, de una impropia convergencia de recursos de diversa índole, aunado a organizaciones sociales y demás, comprometidas con adelantar las demandas y llevarlas hasta la última instancia; condiciones estas que han menguado la defensa y garantía de los derechos individuales por parte de la Corte Suprema; de esa forma, se tornaron insuficientes tanto el texto constitucional como las garantías allí contenidas, y el sistema judicial y la actividad de los operadores jurídicos, decididos a poner a los ciudadanos en

condiciones de un disfrute real de derechos fundamentales, aunque esos derechos no estuviesen explícitamente enumerados en la Carta.

Aquí ha de hacerse referencia también a Gran Bretaña, que hace parte del análisis comparado del profesor Epp. Deben recordarse algunas características que no favorecerían allí la revolución de los derechos, como son: la ausencia de una Carta de derechos, el conservadurismo evidente de sus jueces y la irrestricta confianza en la preponderancia y supremacía del órgano parlamentario; lo que en la práctica pareciera inviabilizar una actividad más liberal y proactiva por parte de los operadores jurídicos. Sorprende comprobar, no obstante, durante los últimos años, cómo el Comité de Apelaciones de la Cámara de los Lores —es decir, la Corte Suprema Británica— y jueces de otras jerarquías se han pronunciado en el sentido de desplegar protección frente a garantías individuales de los ciudadanos. Aunque conviene precisar que esa sociedad tiene como antecedente una solvente conciencia sobre sus derechos, lo cual se conjuga, además, con una importante atención ejercida sobre el gobierno sajón en lo que respecta a derechos humanos y demás, desplegada por parte de la comunidad europea (Epp, 2013).

Puede afirmarse que en esta región ha operado una “modesta revolución de los derechos”, en la medida en que la Corte desvió su atención, que antes solo se dirigía a controversias de tipo económico, hacia aquellas que demandaban la protección de garantías individuales. Adicionalmente a ello, habrá de nombrarse la estructura de sostén de la cual ha podido disponer el Reino Unido, que si bien es incomparable a aquella con la que cuenta una sociedad como la norteamericana, ha sido el elemento dinamizador y proactivo, dado el compromiso de abogados y colectivos ligados con la causa de los derechos civiles, que más ha jalonado ese cambio. Como es sabido, la carencia de una Constitución y el conservadurismo de sus jueces, representan para Gran Bretaña una aguda dificultad, hechos que reiteran y permiten concluir que el cambio que se ha gestado en cuanto a los derechos no tiene su origen en el texto constitucional —inexistente— ni en sus operadores, sino en la decidida postura de los defensores de la causa y en la disponibilidad de los recursos para concretarla (Epp, 2013).

Canadá es el último país que hace parte del estudio en el cual se compara el proceso y la puesta en marcha de la *revolución de derechos*, teniendo en cuenta tópicos

similares para confrontar (como se hizo) con las legislaciones de los otros países que hacen parte de la investigación del profesor Charles Epp, por ejemplo: los derechos de las mujeres, la legislación penal para la comunidad carcelaria, el derecho probatorio, entre otros tópicos.

La sociedad canadiense es un claro y vívido ejemplo de convivencia de la casi totalidad de las condiciones necesarias para que pueda operar una verdadera *revolución de derechos*, esto es: conciencia popular de los derechos, libertad de la Corte Suprema para seleccionar los casos objeto de su estudio o revisión, una Constitución garantista con derechos individuales incorporados y una conformación mayoritariamente liberal de los togados que conforman la Corte Suprema de Justicia. De esta manera, confluyen todos los componentes para la conformación de una verdadera “estructura de sostén para la movilización legal” (Epp, 2013, p. 239).

A pesar de las similitudes entre las sociedades norteamericana y canadiense en cuanto a diversidad cultural, acceso a la educación y alto poder adquisitivo, para el presente análisis es más valioso hablar de las diferencias entre ellas, que pueden resumirse, en palabras de Charles Epp (2013), como que la primera es *liberal e individualista*, mientras la segunda es *comunitaria y conservadora*; condiciones estas que han influido en la forma como los ciudadanos han accedido al disfrute de sus derechos. Así, la sociedad canadiense se identificaba con una postura política e ideológica arraigada en programas comunitarios, con alta credibilidad en las instituciones, lo cual generaba mucha resistencia de los jueces para otorgar garantías individuales al margen de las ya reconocidas. Sin embargo, es de anotar que la implementación de la Carta de derechos de 1982 generó un notorio impacto en la Corte Suprema, lo que se tradujo en un irrestricto compromiso a favor de los derechos individuales y sedujo a defensores y litigantes a continuar la tarea de perseguir su preservación, y adicional a ellos, los jueces optaron por una labor más creativa y garante en beneficio de los ciudadanos (Epp, 2013).

Sin embargo, el logro de la experiencia canadiense no puede atribuirse exclusivamente al contenido de la Constitución de la década del ochenta, pues a ella la antecedió “el desarrollo de una activa estructura de sostén para la movilización legal” (Epp, 2013, p. 258), que también es responsable de esa Carta de Derechos generosa y

libertaria, o, como dice Morton: “La Carta en sí no ha sido tanto la causa de la revolución como el medio a través del cual se la impulsó” (citado en Epp, 2013, p. 258).

En la teoría moderna de Charles Epp se evidencia la aparición de los Tribunales Constitucionales y la posición asumida por estos de enarbolar la incorporación y defensa de derechos civiles y garantías individuales, al margen de las posturas mayoritarias e institucionales. Esta labor ha sido también asumida por las distintas Cortes Supremas en aquellas sociedades donde no está separada la jurisdicción constitucional de la jurisdicción ordinaria, como es el caso colombiano.

No obstante, la labor de las altas Cortes no ha sido exclusiva y excluyente para el logro de las metas alcanzadas; como bien ha demostrado el texto de referencia, ha sido la confluencia de diversos factores la que consecuentemente ha provocado experiencias exitosas, como es el caso de Canadá. Como se dijo al principio, las condiciones convencionales han de estar acompañadas por esa estructura de sostén conformada por la posición decidida de abogados y defensores de derechos civiles con capacidad de llegar hasta las altas esferas del aparato judicial y hacerse escuchar, conjuntamente con recursos económicos, materiales y profesionales para desempeñar la labor y la puesta en escena de la defensa de los derechos que se pretende.

Para simplificar podría decirse que las revoluciones de derechos se gestan de abajo hacia arriba (y no viceversa), lideradas por una sociedad civil comprometida con la causa de los derechos y que posterior o simultáneamente logran tener eco en el tribunal encargado de pronunciarse frente a esos asuntos. La incorporación en las agendas de las Altas Cortes de los asuntos atinentes a los derechos civiles —que desplazaron las pasadas súplicas de asuntos referidos casi exclusivamente a la economía, la industria y demás— es producto de una doble tributación, esto es, una judicatura comprometida con la causa de los derechos y las libertades y una estructura de sostén que acompaña y crea la sinergia necesaria para tal fin.

El argumento que descalifica el accionar de los jueces que se han atrevido a crear y aplicar medidas garantistas aún al margen de su positivización por no haber sido funcionarios nominados en el ejercicio democrático queda descartado si se entiende

también como una intervención democrática la defensa a ultranza que hacen de los derechos, en ocasiones frente a las mismas mayorías. Cabe por último señalar que

El respeto de los derechos es el resultado de esfuerzos colectivos y de una estructura de sostén asentada en la sociedad civil. [...] Ni una Constitución escrita ni una cultura defensora de los derechos ni la actitud liberal de los jueces son suficientes para lograr que el sistema judicial preste una atención sostenida a los derechos y los respalde. (Epp, 2013, p. 302)

5.2 La objeción de conciencia en la Corte Constitucional

La entrada en vigencia de la Corte Constitucional como órgano novedoso dentro la Constitución Política de 1991 presentó una postura programática de la Constitución y un desarrollo de los derechos fundamentales. Sin embargo, en el tema de la objeción de conciencia hubo inicialmente una postura bastante conservadora y mayoritariamente reacia al reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia como una garantía de rango fundamental, por lo cual esa tendencia marcó el primer momento de la jurisprudencia de esta Corporación.

Es así como puede nombrarse una predisposición ortodoxa al reconocimiento de este derecho, no tanto en lo que hace referencia a su fundamentación sino en cuanto a la aplicación y la forma de garantizarlo para tener un goce efectivo del mismo; todo ello bajo el argumento de que las libertades reguladas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, esto es, la libertad de conciencia y la libertad de cultos respectivamente, no comportan el derecho a la objeción de conciencia. Se acudió al argumento originalista de que la intención de los constituyentes no fue la de incorporar la objeción de conciencia al articulado de la Carta de 1991 y, por tanto, debía continuarse con idéntica tendencia por parte del Tribunal Constitucional.

Hacer una enumeración de los argumentos más significativos que se encuentran en las sentencias emitidas por la Corte en torno al derecho a la objeción de conciencia y sugerir escuetamente el desarrollo que ha tenido el mismo es la tarea propuesta en este apartado; labor que va a desplegarse siguiendo la recomendación del profesor Diego López Medina quien, respecto al análisis jurisprudencial, propone que: “la interpretación de sentencias aisladas no da una buena idea del desarrollo sistemático de

la jurisprudencia y esto resulta crucial para entender el aporte del derecho de origen judicial a todas las ramas del derecho” (López Medina, 2012, p. 139).

El concepto del derecho a la objeción de conciencia que actualmente asume la Corte Constitucional ha ido mutando desde los inicios de su funcionamiento. Nuestra Carta Constitucional habla de libertad de conciencia y la propone así:

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. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 18)

Esta libertad de conciencia habrá de entenderse como una consecuencia de la libertad de pensamiento y la libertad de profesar cualquier religión, y está incluida dentro de prácticamente todos los tratados, acuerdos y pactos internacionales sobre derechos humanos, sociales y políticos, definida de una manera muy similar,¹² pero la mayor parte del desarrollo de esos derechos, a partir de pronunciamientos de diferentes Cortes Internacionales e informes, hace relación principalmente al derecho al ejercicio de la libertad religiosa y la libertad de credos. En pocos apartes se menciona la posibilidad de la objeción de conciencia en los casos, por ejemplo, del servicio militar obligatorio.

Ahora bien, entendiendo la objeción de conciencia como la insumisión a la norma positiva o el incumplimiento de un mandato legal porque riñe con el convencimiento íntimo del objetor, podría nombrarse dicha resistencia como una especie del género libertad de conciencia.

¹² Artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión...”.

Artículo 3 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado”.

Artículo 18-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión...”.

Artículo 12-1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión...”.

Los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional, al referirse a la libertad de conciencia, la cual se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento, plantearon que:

(...) la Constitución Política, en su artículo 18, garantiza la libertad de conciencia, de lo cual se desprende que, a partir del inalienable fuero interno de cada individuo, este goza de facultad para actuar o abstenerse de hacerlo en virtud de su razón práctica, de su pensamiento y de su íntima convicción, claro está, sobre la base, implícita en todo derecho y en toda libertad, de que sus expresiones están limitadas por los derechos de los demás y por las necesidades propias del orden público, la tranquilidad, la salubridad y la seguridad colectivas.¹³

Sin embargo, no sucedió lo mismo cuando se empezó a demandar el reconocimiento del derecho fundamental a la objeción de conciencia frente a la prestación del servicio militar obligatorio, soportándose en el mismo artículo, ya que frente a este asunto, en la misma providencia, declaró la Corte:

*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.¹⁴*

Es así como el Tribunal Constitucional durante los primeros lustros de su existencia no reconoció el derecho a objetar por asuntos de conciencia en lo que respecta al deber constitucional de prestar servicio militar obligatorio, bajo diversos argumentos: uno de ellos, de carácter originalista acudiendo a la voluntad del constituyente, como ya se había mencionado, consistía en que la propuesta de plasmar

¹³ Corte Constitucional de Colombia (8 de junio de 1992). Sentencia T-409/92, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández, num. III. Consideraciones de la Corte Constitucional, literal D. La Libertad de Conciencia.

¹⁴ *Ibíd.*

este derecho en la Carta Constitucional de los colombianos fue derrotada en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, encargada de la elaboración de este instrumento; por lo tanto, esta posición, que debía tomarse como una simple referencia, fue utilizada durante algún tiempo para no permitir que este derecho tuviese el rango que finalmente ostenta.

Otra tesis mediante la cual se soportaba el no reconocimiento de este derecho como una causal eximente de la prestación del servicio militar era que dichas causales contempladas en la ley son taxativas, de lo que se desprende que el legislador no las consideró, motivo por el cual no le era dable al juez constitucional hacerlo. De otro lado, se planteaba que de la Constitución también emanan deberes (como la prestación del servicio militar) que propugnan por el bien común, por tanto su cumplimiento se torna obligatorio en aras del mantenimiento del orden, la convivencia pacífica y el cumplimiento del principio de solidaridad, pues de lo contrario, si fuera al arbitrio de los ciudadanos cumplir o no los preceptos legales soportados en los mandatos de su conciencia, se haría inviable una sociedad organizada; sin embargo, la anterior descripción sería incompleta si se pasara por alto el planteamiento de la misma Corte que propone que así como no existen derechos absolutos, tampoco deberes absolutos, por tanto, en determinadas circunstancias podría obviarse el cumplimiento del deber mencionado.

Para un mejor entendimiento, veremos de forma abreviada la evolución que ha tenido el derecho fundamental a la objeción de conciencia, no solo frente al servicio militar obligatorio, sino respecto a otras realidades, por parte del Tribunal Constitucional colombiano, el cual en sus inicios evidenció un marcado acento conservador y discreto cuando de garantizar el derecho a la objeción de conciencia se trataba; pero, en efecto, a través del tiempo y de desarrollos doctrinales y jurisprudenciales posteriores, terminó por reconocer, proteger y garantizar en alguna medida este derecho, desde la perspectiva de la supremacía constitucional, el bloque de constitucionalidad, los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano, entre otros.

5.2.1 Primera Etapa (1992-2009). Negación de la existencia y protección del derecho fundamental a la objeción de conciencia.

Las sentencias proferidas por la Corte Constitucional durante gran parte de su existencia fueron adversas al reconocimiento y protección del derecho fundamental a la objeción de conciencia frente a la prestación del servicio militar obligatorio, pues a excepción de unos cuantos salvamentos de voto, la posición mayoritaria apuntó siempre a defender la imperativa obligatoriedad de cumplir con el mandato constitucional de incorporarse a las filas. Es así como durante ese período se sostenía que

(...) por fuera del ámbito de las exenciones previstas en la ley, existe un deber ineludible de prestar el servicio militar. Como se puede apreciar a partir del recuento legislativo realizado, al regular las exenciones al servicio militar obligatorio el legislador no se ocupó de la objeción de conciencia, razón por la cual cabría decir que el ordenamiento jurídico, ni consagra, ni excluye, la objeción de conciencia al servicio militar.¹⁵ (El subrayado es mío)

Es el caso, por ejemplo, de las sentencias T-409/92 y T-363/95 (M.P. José Gregorio Hernández), en las cuales la solicitud radicaba en proteger el derecho a la libertad de conciencia (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 18) de tres bachilleres menores de edad quienes alegaron la pugna que se generaba entre sus íntimas convicciones, por el credo que profesaban, y el cumplimiento del deber constitucional de incorporarse al ejército. En estos eventos el Tribunal resolvió que la libertad de conciencia como derecho subjetivo no se impactaba de manera negativa con el cumplimiento de un deber, como lo es la prestación del servicio militar. De manera específica, la sentencia T-409/92 reconoce la superioridad de los postulados que reivindicaban la libertad de conciencia como la emanación de las libertades de las que disfrutaban los individuos en sociedades que se desenvuelven como verdaderos Estados de derecho, y señala:

En principio, la conciencia misma del individuo, dada su propia naturaleza, no está expuesta a violaciones por actos de la autoridad. Son las manifestaciones exteriores, derivadas del proceso interno, las que pueden

¹⁵ Corte Constitucional de Colombia (14 de octubre de 2009). Sentencia C-728/09, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza, apartado V. Concepto de la Procuraduría General de la Nación, num. 5.2.3.

verse coartadas, impedidas, dificultadas o condicionadas mediante acción del Estado o sus agentes, o de particulares.

(...) la doctrina jurídica ha clasificado a la libertad de conciencia como individual, por cuanto antes de ser un ciudadano libre frente a la sociedad, el hombre tiene derecho a ser un individuo libre, esto es, exento de coacciones y atentados arbitrarios que afecten, impidan o sancionen la exteriorización de sus convicciones íntimas, mientras ellas en sí mismas no causen daño a la colectividad.

Las constituciones políticas de la mayoría de los estados democráticos garantizan la libertad de conciencia, lo cual implica dos efectos: que cada individuo tiene derecho a regular su vida de acuerdo con sus creencias y que el Estado no tiene facultad para imponérselas; él debe tener en cuenta tales creencias para permitirle ejercer su libertad.¹⁶

Sin embargo, el Tribunal concluye en ambos casos que la incorporación de estos ciudadanos a las filas no debe contravenir sus convicciones íntimas, ya que pueden desempeñar actividades de tipo administrativo dentro de la institución; reiterando, además, que el reconocimiento de la objeción de conciencia en esos eventos requería la previa incorporación de esa figura al ordenamiento jurídico, por lo que protegerla sería actuar por fuera de las competencias de esa Corporación.

Aquí hemos de referirnos también a otras providencias que por la misma época dictó la Corte, con la particularidad de que en ellas se evidenciaba una colisión de derechos, esto es, la libertad de conciencia enfrentada a otro u otros derechos. Es así como se demandaba protección de ciertas garantías, con fundamento en el derecho a la objeción de conciencia, referido a circunstancias como la que plantea la sentencia T-539A/93, en la cual la demandante solicitaba protección a su derecho de guardar el *sabbath*, ya que su pertenencia a la iglesia adventista le impedía cursar una materia del pensum de su pregrado, que solo era ofrecida los días sábados por la institución universitaria en la cual estaba matriculada. En esta sentencia, la Corte negó el amparo deprecado, confirmando los pronunciamientos de ambas instancias y enfatizando en la

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia (8 de junio de 1992). Sentencia T-409/92, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández., apartado III. Consideraciones de la Corte Constitucional, literal D. La Libertad de Conciencia.

flexibilidad que debería desprenderse de las prácticas religiosas, toda vez que en el caso puntual se atentaba contra la autonomía universitaria y, de paso, se hacía inviable el funcionamiento de cualquier institución al tener que atender las necesidades particulares de cada estudiante.

Aun así, con salvamento de voto de esta sentencia, el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz se apartó de la decisión mayoritaria y consideró que frente a la colisión de derechos evidenciada debió protegerse la libertad de conciencia por la fuerza normativa que este derecho comporta, toda vez que hace parte de la Declaración de derechos del hombre de 1789, lo que le otorga un rango superior indiscutible. Es así como la Corte propone, entonces, que

La objetividad del derecho hace más seguro al sistema pero afecta la comunicación entre el derecho y la realidad. La justicia del caso satisface las necesidades sociales de justicia pero hace inseguro y aleatorio el sistema. Por eso es necesario encontrar un punto intermedio en el cual beneficios y desventajas encuentren su mejor combinación.¹⁷

La tesis que sustenta el salvamento de voto puede considerarse como un esbozo o un primer ejercicio de construcción de la doctrina, que años más adelante se terminaría por imponer al interior del Tribunal.

En un sentido similar se pronunció la Corte a través de la sentencia T-877/99, M.P. Antonio Barrera Carbonell, cuando un grupo de estudiantes de secundaria de un plantel privado, pertenecientes a la comunidad de los Testigos de Jehová, solicitaron se les protegieran sus derechos conculcados, pues perdieron la posibilidad de continuar su formación en dicho plantel al negarse a participar en actos cívicos ajenos a la religión que profesaban.

En el análisis asumido por la Corporación, se determinó que la libertad religiosa es un derecho de rango superior susceptible de ser protegido, no obstante los actos a los que se oponían los tutelantes (izar la bandera, participar en actos cívicos, etc.), y que

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia (22 de noviembre de 1993). Sentencia T-539A/93, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, num. IV. 1 del Salvamento de voto.

aducen como “actos de idolatría”, son desestimados por la Corte, que los califica como un deber cívico previsto en el reglamento y manual de convivencia de la institución educativa y que bajo ninguna circunstancia pueden entenderse como generadores de contradicción entre la postura subjetiva a partir de las creencias religiosas y el cumplimiento de un deber ciudadano.

De igual modo, en esta providencia el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz salva nuevamente su voto por considerar que la oposición que plantean los accionantes de participar en actividades cívicas no tiene consecuencias relevantes ni frente a sus pares ni respecto a derechos fundamentales y que bajo ese entendido y en el marco de un Estado Social y Democrático de derecho sería mucho más pertinente garantizar la protección demandada.

Como se afirmó anteriormente, los salvamentos de voto de algunas de las primeras sentencias alrededor de la objeción de conciencia se convirtieron en la génesis de la doctrina que con posterioridad se impondría al interior del Tribunal, por lo cual es pertinente visibilizar el contraste que respecto a la postura imperante en esta época se evidenció en algunos fallos, en lo atinente al otorgamiento de las garantías que se desprenden del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia. Particularmente la sentencia C-511/94¹⁸ propone que debe existir una correspondencia entre la demanda que hace el Estado respecto a la obediencia de los deberes y el respeto de los derechos humanos, cuya teoría se ha incorporado ampliamente al derecho positivo.

Por lo anterior, es oportuno reiterar que uno de los temas que mayor polémica ha causado al interior de la Corte Constitucional cuando se trata de discutir alrededor del derecho a la objeción de conciencia es el que hace referencia al servicio militar obligatorio, ya que frente a esa situación puntual han emergido varias voces disidentes de la corriente mayoritaria (en ese período), por considerar que la libertad de conciencia sí debe incluir la objeción de conciencia, sobre todo cuando de cumplir ese deber constitucional se trata, como puntualmente lo ha dicho la Corte:

En esta sentencia la Corte asume que este artículo 18 de la Carta no incluye la

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia (16 de noviembre de 1994). Sentencia C-511/94, Magistrado Ponente Gabriel Fabio Morón Díaz. Salvamento de voto: Magistrados Eduardo Cifuentes, Carlos Gaviria y Alejandro Martínez Caballero.

objeción de conciencia. Esta tesis es, por decir lo menos, discutible. En efecto, si una persona considera que su conciencia le impide incorporarse a una organización armada y actuar militarmente, es cuando menos poco lógico sostener que la Constitución le protege el derecho a actuar conforme a su conciencia, pero al mismo tiempo autoriza al Estado a sancionarlo jurídicamente si la persona, debido a sus convicciones internas, se niega a prestar el servicio militar. Consideramos entonces que la interpretación no podía partir del supuesto de que la libertad de conciencia está limitada por el deber de prestar el servicio militar —como lo hace la sentencia.¹⁹

Esta revisión, tan somera como inevitable, conduce también a advertir que si bien durante la primera década de entrada en vigencia de la Corte Constitucional colombiana no se reconoció en ningún evento la existencia del derecho fundamental a la objeción de conciencia frente a la prestación del servicio militar obligatorio, esporádicamente sí se reconoció respecto a otras solicitudes en las cuales se demandó dicho amparo, por la pugna suscitada entre los mandatos íntimos de la conciencia y la actuación que se esperaba desplegara el accionante; evidenciándose, de paso, que las exigencias y cargas fueron menos gravosas para quien objetaba por asuntos de conciencia, siempre que su insumisión no hiciera referencia a la prestación del servicio militar.

Comencemos por mencionar la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia T-547/93, M.P. Alejandro Martínez Caballero, donde se salvaguardó el derecho a la objeción de conciencia de un ciudadano que se opuso a prestar juramento (tal como lo exige el Código de Procedimiento Penal) previo a la presentación de una denuncia penal por la desaparición de su hija, a partir de sus creencias religiosas, que proscriben el juramento. Señaló en esta oportunidad la providencia que el derecho a la libertad de conciencia tiene un doble destinatario: de un lado la persona que pretende actuar conforme a su fuero interno y el deber de los demás de respetarle”,²⁰ de esta manera, avaló que el juramento exigido por la ley procesal perfectamente puede ser reemplazado por el compromiso del ciudadano que entra en conflicto con su postura religiosa de decir la verdad y asumir la responsabilidad en caso de una falsedad.

¹⁹ *Ibíd.*, apartado objeción de conciencia/libertad de conciencia/servicio militar (Salvamento de voto).

²⁰ Corte Constitucional de Colombia (26 de noviembre de 1993). Sentencia T-547/93, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, apartado sobre Libertad de Conciencia, *Ratio Iuris*.

De igual modo, ante la colisión de dos derechos fundamentales (libertad de cátedra y libertad religiosa), la Corte resolvió a través de la sentencia T-588/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz²¹, proteger el derecho a la libertad de conciencia, en la medida en que los estudiantes de un colegio se negaron a adelantar una actividad académica dispuesta por el docente a partir de que dicha actividad contrariaba el fuero interno de los educandos y convertía dicha obligación académica en una experiencia negativa y humillante, por ir en contra de los designios de la religión profesada. En suma, ante la imposibilidad de armonizar los derechos en pugna, El Tribunal prefirió garantizar el derecho a objetar, en este evento, una actividad académica obligatoria, frente a las disposiciones curriculares que daban cuenta de la libertad de cátedra.

Así mismo, la Corte ha entendido que no pueden imponerse cargas desproporcionadas a un ciudadano, en virtud de una norma legal que así lo prescriba; de este modo garantizó a una tutelante su derecho al trabajo y, conjuntamente, a la libertad de conciencia, al revocar las dos sentencias antecedentes en las cuales se le negó a la accionante su pretensión, que consistía en no laborar los días sábados, toda vez que su postura religiosa la obligaba a guardar el *sabbath*, y en este caso el Tribunal prescribió que: “no es justificable constitucionalmente el imponer a la accionante una afectación tan grave a su derecho a la libertad religiosa, en virtud del ejercicio de una facultad legal”.²²

Por último, es preciso mencionar la sentencia T-659/02, M.P. Clara Inés Vargas,²³ la cual se erige como un fallo de suma importancia en la construcción de la jurisprudencia constitucional en lo que concierne a la preservación y protección del derecho a libertad de conciencia y de cultos, dados los presupuestos de la misma. En este caso, una ciudadana en grave estado de salud requería una trasfusión de sangre, la cual se negaba a recibir por su condición de miembro de la comunidad de los Testigos de Jehová; su cónyuge solicitó al juez de tutela obligarla a someterse al procedimiento

²¹ Corte Constitucional de Colombia (20 de octubre de 1998). Sentencia T-588/98, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

²² Corte Constitucional de Colombia (13 de febrero de 2001). Sentencia T-982/2001, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda, num. 5.4.

²³ Corte Constitucional de Colombia (15 de agosto de 2002). Sentencia T-659/2002, Magistrado Ponente Clara Inés Vargas.

prescrito, aún en contra de sus íntimas convicciones y afectando su derecho inalienable a la libertad en sus diferentes facetas. Pero en sede de revisión la Corte consideró que por encima de la decisión razonada de una ciudadana mayor de edad y en pleno uso de sus facultades mentales no podría imponerse la orden de un juez de tutela, así estuviera de por medio la vida, derecho sin el cual los demás son impensables, aunque tampoco goza de la condición de absoluto, máxime en un Estado social y democrático de derecho como lo es Colombia. Esto, porque su disposición pertenece en exclusiva a su titular como ser libre, autónomo y razonable, en este caso la cónyuge del solicitante, quien se niega a recibir el tratamiento.

Cabe señalar que durante este período, de manera tímida en unos casos, y más abierta y decidida en otros, la Corte fue insinuando la construcción del camino hacia la protección y salvaguarda del derecho fundamental a la objeción de conciencia, cuya jurisprudencia y desarrollos doctrinales sirvieron como referente para la construcción de la teoría acerca de la existencia en nuestra sociedad del derecho a objetar por motivos de conciencia la obligación constitucional y legal de prestar servicio militar obligatorio, a partir de los postulados de nuestra Carta Superior.

Al lado de ello, algunos salvamentos y aclaraciones de voto de las sentencias dictadas durante el período arriba analizado plantearon un derrotero que concluyó con la sentencia que en sala plena avaló y construyó una serie de garantías para convertir en realidad una protección tantas veces pretendida.

5.2.2 Segunda Etapa (2009-2014). Reconocimiento de la existencia del derecho a la objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio y prohibición del reclutamiento forzado.

Cabe señalar que en la actualidad la Corte Constitucional ha mostrado posiciones más atrevidas y arriesgadas no solo en lo que respecta a asuntos como el servicio militar obligatorio sino también a la educación, la obligatoriedad de prestar juramento, el trabajo, la práctica médica, entre otros. Adviértase sin embargo que, en la mayoría de las ocasiones, ha vinculado este derecho con creencias de índole religiosa para viabilizar que de esta forma el individuo encuentre coherencia entre sus posturas y el sistema moral en el cual está inserto.

Es importante señalar como otro de los fundamentos que reivindica la inicial línea discrepante de la Corte Constitucional aquel que se construyó a partir de la teoría de “los poderes negativos” inherentes a la condición humana, que tienen asidero en los sistemas constitucionales como el colombiano y pueden definirse como la posibilidad de inaplicar una ley que lesione derechos de rango constitucional.

Es así como inicialmente la Corte Constitucional se rindió ante la liberalidad que tenía el legislador para reglamentar todo lo relacionado con el deber constitucional de prestar el servicio militar y consideró facultativo del mismo órgano incorporar o no el derecho a la objeción de conciencia en cuanto a esta práctica, como evidentemente no lo hizo, hecho que se desprende del contenido de la ley 48 de 1993,²⁴ que reglamenta toda la materia del reclutamiento en el país.

Sobran razones para afirmar que de manera bastante pausada ha ido abriéndose un espacio al reconocimiento a la objeción de conciencia por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que, con sano criterio, determinó en el año 2009, a través de la sentencia T-388/09,²⁵ que las personas jurídicas no son titulares de este derecho y seguidamente instó a un operador jurídico a fallar en derecho, como es su obligación, y no en conciencia, como pretendió cuando se apartó del deber de pronunciarse sobre la solicitud que le hiciera una mujer de amparar sus derechos y ordenar a su EPS practicarle un aborto.

Como se indicó, y justamente en la línea de avanzada, la Corte Constitucional en el año 2009 hizo un cambio jurisprudencial muy importante, lo que significó una redefinición del derecho a la objeción de conciencia como derecho fundamental, que se evidenció cuando la misma Corporación expresó:

(...) la resistencia a obedecer un imperativo jurídico invocando la existencia de un dictamen de conciencia que impide sujetarse al comportamiento prescrito, por lo que la objeción de conciencia supone la presencia de una

²⁴ Congreso de la República de Colombia (3 de marzo de 1993). *Ley 48 de 1993*. Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización. *Diario oficial 40777*, Bogotá.

²⁵ Corte Constitucional de Colombia (28 de mayo de 2009). Sentencia T-388/09, Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto.

discrepancia entre la norma jurídica y alguna norma moral, siendo reconocido por la Corte que es posible objetar por razones de conciencia deberes laborales, educativos y profesionales, y con referentes normativos del bloque de constitucionalidad²⁶ como el que se desprende de la Resolución 1989/59 adoptada por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, sobre objeción de conciencia al servicio militar, la cual se da, entre otras, “reconociendo el derecho de toda persona a tener objeciones de conciencia al servicio militar como ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión enunciado en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.²⁷

De todos modos, la sentencia en mención produce un giro en la posición que hasta ese momento había sostenido la Corte en todos sus fallos respecto al derecho a la objeción de conciencia en lo referente a la prestación del servicio militar obligatorio en Colombia, y fundamenta dicho cambio en los postulados de los artículos 18 y 19 de la Constitución Política, que se refieren a la libertad de conciencia y a la libertad de religión y cultos respectivamente. Con este argumento, el Tribunal acredita para que este derecho pueda ser reclamado por vía de la acción de tutela y no se argumente por parte de los obligados a salvaguardarlo la ausencia de un desarrollo legislativo específico del mismo.²⁸

La sentencia C-728/09 surge como una respuesta de la Corte Constitucional ante una acción de inconstitucionalidad, por la omisión legislativa relativa, que los accionantes consideraron existía respecto del artículo 27 de la ley 48 de 1993, al no incluir dentro de las causales de exención para la prestación del servicio militar la

²⁶ La Corte Constitucional describió así el concepto de bloque de constitucionalidad en la sentencia C-225/95, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero: “El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*”. (Nota no incluida en la sentencia original).

²⁷ Corte Constitucional de Colombia (14 de octubre de 2009). Sentencia C-728/09, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, apartado sobre la definición de la objeción de conciencia.

²⁸ *Ibíd.*

objeción de conciencia. O, en otras palabras, por el silencio que decidió guardar el legislador cuando reglamentó el servicio militar obligatorio (a través de la mencionada ley) respecto de aquellos ciudadanos que no están obligados a enlistarse, porque sus convicciones íntimas y personales les impiden cumplir con dicho deber constitucional. Podría decirse que es este el pronunciamiento del juez constitucional colombiano que le da vía libre o hace un efectivo reconocimiento al derecho a la objeción de conciencia, al considerar que es un derecho de rango fundamental.

Con todo lo anterior, para que puedan ser preservadas a través del amparo que despliega la acción de tutela, las opiniones e ideologías del individuo que obedecen a situaciones de diversa índole y consecuentemente imposibilitan la prestación obligatoria del servicio militar, deben, según el Tribunal Constitucional, cumplir con unos requerimientos que legitiman la invocación del derecho a la objeción de conciencia: i) tienen que definir y condicionar la conducta del objetor mediante manifestaciones externas y comprobables de su comportamiento; igualmente, deben ser ii) profundas; iii) fijas; y iv) sinceras.²⁹

Como breve conclusión, las anteriores son las condiciones que configuran en Colombia a un objetor de conciencia, y consecuentemente gozan de protección constitucional, y según la providencia objeto de análisis pueden definirse así: las convicciones del objetor, esto es, las manifestaciones de su condición, deben evidenciarse en su comportamiento externo. Adicionalmente, esas manifestaciones externas susceptibles de probarse deben ser: i) profundas, en la medida en que atraviesan la existencia y se tornan en parte estructural de su proyecto de vida; ii) fijas, esto es, que tienen un fuerte arraigo dentro de su postura personal y poseen además vocación de permanencia; iii) sinceras, lo que significa que evidentemente den cuenta de una actitud personal y no de una maniobra acomodada para exonerarse de un deber legal.

Habría que decir, no obstante lo anterior, que sin lugar a dudas al momento de dictarse la sentencia C-728/09, la totalidad de los magistrados de la Corte Constitucional estuvieron de acuerdo en afirmar que

²⁹ *Ibíd.*

(...) toda persona bajo el orden constitucional vigente tiene derecho a objetar por razones de conciencia o de creencia su obligación constitucional a prestar servicio militar obligatorio. De igual forma, si tal derecho no es reconocido por las autoridades respectivas, puede ser reclamado mediante acción de tutela, independientemente de si existe un procedimiento legal específico desarrollado para el efecto.³⁰

Es pertinente anotar que el cambio de jurisprudencia evidencia dos situaciones: una, el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia frente a la obligatoriedad del servicio militar, aunque dicho reconocimiento se ha enfocado claramente en salvaguardar el derecho a la objeción de conciencia cuando tiene como sustento el derecho a la libertad religiosa; en la práctica puede evidenciarse cómo la protección constitucional a través de la acción contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política ha sido otorgada a quienes, habiendo invocado su derecho como objetores, han podido demostrar su relación entre la objeción de conciencia y su creencia y práctica de determinado culto.

La otra situación tiene que ver con que se amplió el espectro de los individuos exonerados del servicio obligatorio, toda vez que el Tribunal Constitucional a través de este fallo incluyó a los objetores cuya renuencia se desprende de la libertad de conciencia y religión, que si bien no se encuentran de manera taxativa protegidas por la ley, sí lo están por el mandato constitucional que, a través del fallo, reconoció la Corte.

Así las cosas, si bien en un inicio la Corte Constitucional no entendió la objeción de conciencia como derecho constitucional fundamental, lo cierto es que la evolución doctrinal de este Tribunal llevó a las importantes conclusiones que se han mencionado y que protegen al objetor como titular de un derecho fundamental y, además, protegen su derecho a través de la tutela.

Posterior a la sentencia de constitucionalidad C-728/09, el Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones, debido a que la institución castrense continúa desconociendo en la práctica los lineamientos jurisprudenciales señalados para el

³⁰ *Ibíd.*

reconocimiento del derecho a objetar por asuntos de conciencia la obligación constitucional de prestar servicio militar. Es así como en la sentencia T-018/12,³¹ en la cual el ejército nuevamente vulneró el derecho a objetar por asuntos de conciencia a un joven reclutado para que cumpliera con su obligación constitucional, pasó por alto los argumentos señalados en la C-728/09, arguyendo la inexistencia de un desarrollo legislativo puntual.

El Tribunal Constitucional además de reiterar en la sentencia T-018 de 2012 las tesis esbozadas en la sentencia C-728/09, ordena al Ministerio de Defensa que inicie de manera perentoria una campaña dirigida a los ciudadanos para dar a conocer los alcances de esta última sentencia, prestando especial atención a informar la existencia del **derecho a la objeción de conciencia frente a la prestación del servicio militar obligatorio** y las demás garantías que de este derecho se desprenden a partir de lo dicho en la sentencia del 2009.

La Corte ha entendido que tanto el Ejército Nacional como los operadores judiciales están obligados a salvaguardar el derecho de los objetores cuando se cumplen los lineamientos expresados por la misma Corporación. Así, por ejemplo, hizo un llamado a los jueces de ambas instancias cuando negaron el amparo solicitado por un ciudadano, quien iba a ser reclutado pese a su condición de clérigo del rito al cual está adscrito, otorgándole en esta ocasión la razón a la división de reclutamiento del ejército, por considerar la inexistencia de las pruebas que daban cuenta de su condición y absteniéndose de decretarlas pese a tener la posibilidad de hacerlo.

Uno de los últimos fallos emitidos por la Corte Constitucional colombiana en referencia al derecho a la objeción de conciencia frente a la prestación del servicio militar obligatorio es el que se plantea en la sentencia T-455 de 2014, que se encarga de recoger nuevamente todos los argumentos que han dado fundamento a la constitucionalización de este derecho, para evidenciar que el ejército nacional continúa violando el precedente en esta materia, pues sigue esgrimiendo como tesis de su postura la carencia de desarrollo legislativo del derecho en mención. La alta Corporación ordena al Ministerio de defensa aceptar y asumir este derecho (objeción de conciencia) como

³¹ Corte Constitucional de Colombia (20 de enero de 2012). Sentencia T-018/12, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, num. 3 del Salvamento de voto.

una nueva exención a la obligación constitucional de prestar el servicio militar y, en consecuencia, establece que este derecho se caracteriza por ser subjetivo y permanente, y en esa medida puede ser reclamado en cualquier tiempo mientras el individuo tenga pendiente definir su situación militar, lo cual puede lograr por vía de la acción de tutela.

Al mismo tiempo y en pos de blindar cada vez más el derecho a la objeción y rodearlo de una serie de garantías que lo protejan, en esta sentencia la Corte advierte al Ejército Nacional que debe abstenerse de ejecutar redadas para identificar a aquellos ciudadanos que no han resuelto su situación militar, porque tal retención para ese fin se torna en una vulneración al derecho fundamental a la libertad personal, derecho de raigambre constitucional. Así las cosas, sentenció la Corte que solo puede retenerse a los ciudadanos temporalmente a fin de que realicen la inscripción en caso de no haberlo hecho, pero los exámenes previos, la incorporación y demás asuntos deben surtirse atendiendo el derecho al debido proceso, y por tanto prescribe:

(...) **ORDENAR** al Jefe de Reclutamiento del Ejército Nacional que en lo sucesivo se abstenga de adelantar, autorizar, ordenar o permitir redadas o batidas indiscriminadas, dirigidas a identificar a los ciudadanos que no han resuelto su situación militar y con el objeto de conducirlos a unidad militares u otros sitios de concentración, a fin que sean acuartelados para la prestación del servicio militar.³²

Por otra parte, una mera lectura del texto de la sentencia permite interpretar la intención del juez constitucional de darle efectos *erga omnes* a las decisiones contra el reclutamiento que hace el Ejército Nacional, hacer visible ante la sociedad esta garantía y preservarla de las tradicionales y persistentes vulneraciones; es por esto que en la parte resolutive (que por su importancia transcribimos) de la providencia decide, entre otros asuntos:

(...) **ORDENAR** al Jefe de Reclutamiento del Ejército Nacional que al momento que cualquier ciudadano colombiano inicie el proceso de inscripción para resolver su situación militar, sea notificado por escrito de las causales de exención al

³² Corte Constitucional de Colombia (7 de julio de 2014). Sentencia T-455/14, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, num. 6 de la decisión de la Corte.

servicio militar obligatorio que prevé la Constitución y la Ley, entre ellas la derivada del derecho fundamental a la objeción de conciencia. Para cumplir esta orden, el Jefe de Reclutamiento del Ejército Nacional adelantará dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta sentencia las acciones tendientes a que sea publicada una cartilla impresa, en la que se explique, al menos (i) las causales de exención al servicio militar obligatorio que prevé la Constitución y la ley, entre ellas la objeción de conciencia; y (ii) los mecanismos legales que tienen a su disposición los inscritos para solicitar la exención al servicio militar obligatorio, cuando cumplan con los requisitos para ello. Esta cartilla deberá entregarse, de forma impresa, a todos y cada uno de los ciudadanos que inicien el trámite de inscripción para resolver su situación militar. Así mismo, en el portal de internet de la Jefatura de Reclutamiento del Ejército Nacional deberá incluirse un vínculo con la versión electrónica y actualizada de esa cartilla. Este vínculo debe tener carácter visible a los usuarios y se mantendrá en el portal de internet de forma permanente. **ORDENAR** al Jefe y al Director de Reclutamiento del Ejército Nacional que en el término de seis (6) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, remitan a la Corte un informe pormenorizado sobre el cumplimiento de las órdenes descritas en los numerales anteriores. Al respecto, la Corte mantendrá la competencia para determinar el cumplimiento de esta sentencia, en los términos del artículo 27 del Decreto Ley 2591 de 1991.³³

5.3 Derecho a la objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio vs objeción de conciencia frente a otros derechos en la doctrina de la Corte Constitucional

Nuevamente acudimos a la sentencia T-455 de 2014 para explicar el tema. En esta decisión la Corte estudia el servicio militar respecto a otros derechos como la salud, la educación, el trabajo etc. Es básicamente a partir de este pronunciamiento que se hizo un cambio jurisprudencial con base en una “lectura armónica de los artículos, 18 (libertad de conciencia) y 19 (libertad de religión y cultos) de la Constitución, a la luz del bloque de constitucionalidad”.³⁴

³³ *Ibíd.*, num. 7 de la decisión de la Corte.

³⁴ *Ibíd.*, num. 6.3.

Aquí conviene detenerse un momento a fin de observar por separado los elementos que configuran la objeción de conciencia en el texto de la sentencia C-728/09, anteriormente analizada, para afirmar que la misma da un trato arbitrario a quienes se resisten a prestar el servicio militar por motivos de conciencia:

En primer lugar, cabe resaltar que las convicciones o las creencias que son objeto de protección constitucional, tienen que definir y condicionar la actuación de las personas. Esto es, su obrar, su comportamiento *externo*. No puede tratarse de convicciones o de creencias que tan sólo estén en el fuero *interno* y vivan allí, que no trasciendan a la acción. En tal sentido, si una convicción o una creencia han permanecido en el fuero interno durante algún tiempo, al llegar el momento de prestar el servicio militar obligatorio, tal convicción o creencia puede seguir limitada a ese ámbito interno. No existe en tal caso, en principio, un deber constitucional de garantizar el derecho a no ser obligado a actuar en contra de su conciencia.³⁵

No obstante, este reconocimiento ha generado en sí mismo un trato discriminatorio, pues esta Corporación impone unas obligaciones para los objetores de conciencia al servicio militar obligatorio que lo hace nugatorio a quienes no sustenten su incumplimiento en una postura religiosa determinada. Al respecto conviene decir que deja por fuera del ámbito de protección constitucional a aquellos ciudadanos que son agnósticos, incrédulos, ateos o no tienen vínculo religioso alguno y pretenden ser considerados como objetores frente al servicio militar. En este caso, se trata de una discriminación que hace la Corte Constitucional y que aún hoy no ha superado, a pesar de que la Corte aclara en su providencia que el único motivo a invocar en el caso de la objeción de conciencia no es el argumento de carácter religioso y, por tanto, señala que:

Las convicciones o creencias susceptibles de ser alegadas pueden ser de carácter religioso, ético, moral o filosófico. Las normas constitucionales e internacionales, como fue expuesto, no se circunscriben a las creencias

³⁵ Corte Constitucional de Colombia (14 de octubre de 2009). Sentencia C-728/09, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, numeral 5.2.6.1.

religiosas, contemplan convicciones humanas de otro orden, que estructuran la autonomía y la personalidad de toda persona.³⁶

La exigencia de la externalidad del comportamiento favorece exclusivamente el disfrute de este derecho para quienes profesan una religión, ya que se tornan de difícil demostración las posturas éticas, morales o filosóficas, que aparecen como otras de las opciones excepcionantes que pueden alegar los objetores de conciencia para exonerarse del enlistamiento.

Nótese cuán difícil se hace para el ciudadano lograr el ámbito de protección constitucional cuando el fundamento de su objeción es de carácter ético, moral o filosófico, puesto que no existen instituciones (como es el caso de las iglesias) que coadyuven a probar la postura individual alegada ante las autoridades pertinentes, corroborando que la prestación del servicio militar obligatorio afectaría profundamente el propio convencimiento. Esta situación configura abiertamente una mengua en el derecho a la libertad de conciencia, el cual también incluye la posibilidad de no estar vinculado con creencia alguna.

Como se indicó, el reconocimiento de la sentencia T-455/14 es discriminatorio porque se excede en las cargas que ha de soportar quien quiera invocarlo y termina dando la garantía a quien la exhorte desde una justificación religiosa; no obstante, puede afirmarse que es a partir de esta sentencia que se acepta de manera clara e inequívoca el derecho a la objeción de conciencia como un derecho autónomo, que se ha reclamado desde la puesta en marcha de la Carta Constitucional de 1991. Puntualmente, este pronunciamiento establece un cambio jurisprudencial en relación, como ya se dijo, con la objeción de conciencia, pero sobre todo cuando lo que se objeta es la incorporación a la institución castrense.

Como se señaló anteriormente respecto a la obligación de exteriorizar el comportamiento, deberá precisarse que adicional a esta demostración la Corte Constitucional determinó que el objetor, para ser considerado tal, debe poseer unas creencias “profundas, fijas y sinceras”,³⁷ condiciones que deberán también ser

³⁶ *Ibíd.*, numeral 5.2.6.4.

³⁷ *Ibíd.*, numeral 5.2.6

corroboradas por la autoridad competente. De tal modo que la sentencia objeto de análisis por un lado reivindica las “creencias bien sea de carácter religioso, ético, moral o filosófico” para posibilitar exonerarse del deber jurídico de prestar el servicio militar, pero por el otro impone una carga adicional y excesiva como la que significa tener que evidenciar dichas convicciones a través de manifestaciones “externas y comprobables” del comportamiento.

La Corte no se ocupa de determinar de qué forma podría asumirse la carga probatoria para presentar evidencias notorias y comprobables de posturas que dan cuenta del fuero interno del ser humano o, lo que es lo mismo, de una convicción íntima y personal. Los requisitos que plantea el fallo de la Corte para ostentar la calidad de objetor de conciencia, a partir del reconocimiento de esta condición como un derecho fundamental, conllevan en la práctica una limitación de las reclamaciones ciudadanas que se oponen a la prestación del servicio militar obligatorio. El fallo circunscribe —como se anotó anteriormente— este reconocimiento a quienes sustenten su oponibilidad en una postura religiosa fácilmente verificable.

Paradójicamente, esta postura de la Corte crea una especie de discriminación frente a los ciudadanos que a pesar de pretender ejercer su derecho fundamental a la objeción de conciencia no pueden hacerlo por carecer de vínculos religiosos, que al parecer son los únicos que cumplen con los parámetros exigidos en la sentencia. Este argumento se torna contradictorio con el planteamiento del mismo Tribunal Constitucional alrededor de ciertos grupos históricamente discriminados y frente a los cuales ha establecido unos “criterios sospechosos de discriminación”,³⁸ evidenciando que hacen parte del listado de esas ponderaciones dudosas “la opinión política o filosófica”,³⁹ que abarca otro de los argumentos que puede predicar un objetor cuando sustenta su renuencia al cumplimiento de la norma que lo obliga a incorporarse a una institución militar y tomar las armas.

Es interesante, por decir lo menos, preguntarse por qué es tan oneroso para el ciudadano desprenderse del deber legal de prestar el servicio militar acudiendo al

³⁸ Corte Constitucional de Colombia (4 de mayo de 2011). Sentencia T-314/11, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio, numeral 7.

³⁹ *Ibíd.*, numeral 7.

derecho a la objeción de conciencia, cuando se compara, por ejemplo, con quien ejerce la práctica médica y por los mismos motivos (de conciencia) se niega a la interrupción de un embarazo (en los casos permitidos por el ordenamiento); al profesional de la salud le basta con manifestar su negativa por su condición de objetor, quedando eximido de inmediato de la práctica que considera adversa a su conciencia, a sus principios, a su filosofía de vida, sin ninguna carga adicional ni la exigencia de una evidencia verificable de tal condición.

Es necesario recalcar que ante la conciencia de que los actos discriminatorios son muchas veces bastante sutiles y difíciles de probar, la Corte Constitucional ha considerado que:

8.1 Para la Sala no es ajeno que en muchas ocasiones los actos discriminatorios son de difícil o compleja prueba. En virtud de ello la jurisprudencia ha señalado que en casos de discriminación la carga de la prueba se traslada a la persona que pretende tratar de forma diferenciada a otra y no en quien alega la vulneración del derecho a la igualdad. Lo anterior encuentra sustento en la naturaleza misma del acto sospechoso y en la necesidad de proteger a las personas o colectividades señaladas anteriormente.

[...] es claro que ante la complicada pero no imposible prueba de los actos discriminatorios, es la persona de quien se alega la ejecución del acto discriminatorio la que debe desvirtuar la presunción de discriminación. Aunque lo anterior no riñe con que la persona afectada aporte las pruebas en el evento que pueda hacerlo. Así, el sujeto pasivo de la discriminación deberá demostrar (i) que la persona se asocia o hace parte de un grupo históricamente discriminado; (ii) que en una situación similar, otras personas que no son del grupo sospechoso no han recibido el mismo trato frente a la misma situación; y (iii) que el trato diferenciador haya ocasionado daño o permanezca en el tiempo.

8.2 Finalmente, es muy importante subrayar que el juez constitucional tiene la obligación de valorar con especial detenimiento el acervo probatorio que obra en el expediente para establecer si la tutela de los derechos es procedente como mecanismo para que la igualdad sea real y efectiva

respecto de personas o grupos discriminados. En cumplimiento de tal propósito, al operador judicial le asiste la responsabilidad de dilucidar la existencia o no de la discriminación desplegando las herramientas posibles para ello, por supuesto dentro de supuestos razonablemente posibles y en armonía con el ordenamiento jurídico.⁴⁰

Del anterior extracto se desprende una doble segregación para quien pretende le sea reconocido su derecho a objetar por motivos de conciencia: la primera es que cuando se trata de resistirse al cumplimiento del mandato legal que obliga a la prestación del servicio militar existen una serie de condiciones con las cuales hay que cumplir y que terminan privilegiando exclusivamente a quien tenga y demuestre una tendencia religiosa arraigada. La segunda es la que se evidencia entre los objetores de conciencia frente al servicio militar obligatorio y los objetores frente a la práctica médica, en el caso puntual de la interrupción del embarazo, donde estos últimos no tienen que soportar ninguna carga adicional y mucho menos evidenciarla y probarla, pues basta con la mera manifestación para que el Estado les brinde toda la protección constitucional demandada.

Es preciso subrayar que ni a objetores al servicio militar, ni a profesionales de la salud, ni a ningún ciudadano se le deben imponer sobrecargas anexas a su manifestación de estar en desacuerdo con el cumplimiento de una norma por motivos de conciencia, que es lo que significa esta expresión, y que en palabras de Manuel Atienza se define como “una conducta que persigue una licencia para incumplir un mandato legal, sin pretender la alteración de ésta; la cual se ejerce de manera personal, bien sea que tenga o no, reconocimiento legal” (Atienza, 1997, p. 151).

Por otra parte, de la sentencia C-728/09 se apartaron algunos magistrados, quienes a través del salvamento de voto precisaron unos puntos en los cuales discrepaban de la posición mayoritaria de la Sala Plena, y que vale la pena nombrar por el aporte que significan para la discusión que se plantea al interior de la sociedad colombiana frente a este tema, un tanto novedoso dada la tradición conservadora de nuestras instituciones:

⁴⁰ *Ibíd.*, numerales 8.1 y 8.2.

Los Magistrados que salvamos el voto, concluimos la exposición de las razones que justifican nuestra disidencia a la posición mayoritaria, reiterando que celebramos y compartimos plenamente la decisión de la Corte Constitucional de considerar que, bajo el orden constitucional vigente, (i) toda persona tiene el derecho a objetar por razones de conciencia, o con base en sus creencias, su obligación a prestar servicio militar obligatorio y (ii) el goce efectivo de ese derecho puede ser garantizado judicialmente, incluso si el legislador ha omitido contemplarlo y desarrollarlo.

No obstante, al estar bajo debate judicial si el legislador había incurrido o no en una omisión legislativa relativa por haber ajustado la ley de reclutamiento a la Constitución de 1991 y no haber incluido a los objetores de conciencia, teniendo en cuenta el mandato constitucional expreso de regular mediante ley los casos de exención en todo tiempo al servicio militar obligatorio, no queda otra alternativa a los Magistrados abajo firmantes que nos apartamos por completo de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena, pues a nuestro juicio, la respuesta a esta cuestión es afirmativa. Los objetores de conciencia son el gran ausente que evidencia la omisión en que incurrió la *ley de reclutamiento* de 1993.⁴¹

Cierto es que el fallo sostiene que solo podrán ser objeto de protección constitucional aquellas conductas que se exterioricen y puedan verificarse, de ahí la oposición de algunos magistrados, por considerar esta posición abiertamente inconstitucional e improcedente, puesto que nada obedece más al fuero interno de un individuo que sus creencias de tipo “religioso, ético, moral o filosófico”, convirtiendo la obligatoriedad de ser exteriorizadas como requisito para su protección en una imposición anexa al individuo, que carece de todo sentido y vulnera la condición de fundamental del derecho en cuestión.

Como si fuera poco, quienes asumieron la posición disidente en el fallo que se analiza consideraron que la imposición de la prestación del servicio militar a quienes son contrarios a ello por motivos de conciencia es adversa desde todo punto de vista, ya que no son suficientes los argumentos que sustentan dicha obligatoriedad de la

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia (14 de octubre de 2009). Sentencia C-728/09, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Salvamento de voto, num. 7.

prestación en asuntos como la defensa nacional, la “cohesión social” o la compensación al Estado por cuanto se ha recibido en condición de ciudadano, toda vez que existen otros medios para alcanzar similares objetivos.

Si bien la Corte Constitucional reconoce la “sutileza” que se desprende de los actos discriminatorios hacia determinados grupos, la misma Corporación ha incurrido en tal postura cuando desarrolla una jurisprudencia encaminada al reconocimiento de un derecho como es el de objetar por motivos de conciencia la obligatoriedad de prestar el servicio militar con los condicionamientos que en la sentencia C-728/09 plantea; desconociendo que además del carácter fundamental del citado derecho, el Estado colombiano ha suscrito acuerdos de carácter internacional en este sentido, de los cuales se desprenden compromisos tendientes a preservar este derecho. De tal modo, se ha planteado que:

11. Muchas personas han reivindicado el derecho a negarse a cumplir el servicio militar (objeción de conciencia) sobre la base de que ese derecho se deriva de sus libertades en virtud del artículo 18. En respuesta a estas reivindicaciones un creciente número de Estados, en sus leyes internas, han eximido del servicio militar obligatorio a los ciudadanos que auténticamente profesan creencias religiosas y otras creencias que les prohíben realizar el servicio militar y lo han sustituido por un servicio nacional alternativo. En el Pacto no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia pero el Comité cree que ese derecho puede derivarse del artículo 18, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras creencias. Cuando este derecho se reconozca en la ley o en la práctica no habrá diferenciación entre los objetores de conciencia sobre la base del carácter de sus creencias particulares; del mismo modo, no habrá discriminación contra los objetores de conciencia porque no hayan realizado el servicio militar. El Comité invita a los Estados Partes a que informen sobre las condiciones en que se puede eximir a las personas de la realización del servicio militar sobre la

base de sus derechos en virtud del artículo 18 y sobre la naturaleza y la duración del servicio nacional sustitutorio.⁴²

Es indiscutible la afirmación de que el derecho a la objeción de conciencia es una consecuencia irrefutable de los derechos a la libertad de pensamiento y a la libertad religiosa, entre otras, por lo que la intromisión institucional respecto a esos derechos requiere una vastísima defensa para que pueda legitimarse, toda vez que se encuentra en el ámbito interno del individuo, como núcleo de la sociedad y como exclusivo determinante de su conciencia, convicciones y creencias.

Habrà de concluirse, entonces, planteando que en criterio de la Corte Constitucional, el derecho a la objeción de conciencia respecto al servicio militar, pese a no haber sido tramitado en las instancias legislativas pertinentes, debe gozar de protección constitucional y ser amparado por los jueces de tutela siempre y cuando cumpla con ciertas restricciones, puesto que en su opinión “las creencias que son objeto de protección constitucional, tienen que definir y condicionar la actuación de las personas. Esto es, su obrar, su comportamiento *externo*”,⁴³ lo que significa que el objetor tiene para sí la carga de la prueba, en el sentido de externalizar sus ideologías, obligación que resulta improcedente —por decir lo menos— o, de manera más adecuada, contradictoria, en la medida en que la objeción de conciencia tiene una inescindible relación con el fuero interno del ser humano, y el hecho de tener que demostrar una convicción la saca de su primigenia condición.

A modo de acotación, puede plantearse que el cambio jurisprudencial frente al reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia referente a la prestación del servicio militar obligatorio es un avance en términos de garantías, pero continúa soportando una imposición bastante onerosa para su disfrute real y efectivo; prueba de ello es que en escenarios distintos al servicio militar se ha protegido el derecho a la objeción sin mayores exigencias, como es el caso de la práctica médica.

⁴² ACNUR, Observación General N° 22, hecha en el 48° periodo de sesiones (1993) por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el tema de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18).

⁴³ *Ibíd.*

CONSIDERACIONES FINALES

*Quien deja que el mundo —o el país donde vive—
escoja por él su plan de vida, no necesita otra facultad
que la imitación simia. En cambio, quien elige su propio plan,
pone en juego todas sus facultades.*

John Stuart Mill

1. Estado de Derecho: la apuesta inicial

Solo en el escenario de un Estado de Derecho podría tener asidero la garantía de *objetar por asuntos de conciencia*, teniendo en cuenta la condición de que este derecho no surgió como parte del articulado del texto de 1991. Como bien se ha afirmado, no existe una lista taxativa de derechos fundamentales constitucionales, situación esta que ha impulsado a la Corte Constitucional colombiana a ir construyendo algunos conceptos, tal como se dijo en las páginas 19 y siguientes del texto, que han derivado en la consolidación de derechos y garantías, como parte de la jurisprudencia y la doctrina de este Tribunal.

Consecuente con un Estado de Derecho, la Constitución propugna porque prioritariamente o en un primer orden se despliegue el actuar del legislador, y solo de manera residual o excepcional lo haga el Tribunal Constitucional. Sin embargo, en el caso colombiano, en la vigencia de la Constitución de 1991, se evidencia la actitud de un legislador ajeno a los intereses y necesidades de los ciudadanos, a quien además no le inquietan las preocupaciones de los electores y, en esa medida, solo se ocupa de tramitar los proyectos presentados por el Ejecutivo. En la tradición legislativa nacional se puede advertir, de un lado, la transferencia de potestades legislativas al Ejecutivo por parte del mismo legislador, evitando así la deliberación democrática de la ley y, de otro lado, la facilidad con que se tramitan en el Congreso los proyectos del Ejecutivo y se abandonan los intereses legítimos de la ciudadanía que eligió a sus representantes.

Es por lo anterior, y teniendo como telón de fondo los presupuestos que subyacen en un Estado de derecho, que el poder judicial ha generado cambios a partir de la premisa de la obligatoriedad del Estado de amoldarse a las permanentes

transformaciones y circunstancias de la sociedad, se ha marginado de una postura estática coonestada por el legislador democrático y ha hecho de la actividad judicial el desarrollo del programa constitucional.

2. Los derechos fundamentales: el medio a través del cual se construye la teoría para poder objetar

La concepción del ser humano como dueño de unas características propias a su condición de individuo emerge posteriormente a la época medieval, en la que la postura teológica era la que marcaba el pensamiento de la época y, de paso, establecía una relación antagónica entre el autoritarismo propio y derivado de la concepción divina de la ley y el individualismo característico de la postura liberal, acorde a las palabras de Victoria Camps cuando asegura que: “el ser humano es concebido como persona, un microcosmos y no un elemento más en la jerarquía del cosmos” (Camps, 2011, p. 21).

Más tarde, en efecto, la deificación del individuo y su pensamiento centrado en él mismo, fundamentado en la libertad, no tardó en entrar en conflicto con el absolutismo que era el rasgo característico del poder político de la época, toda vez que la religión no se conformaba con darle paso al poder de la razón, surgido como resultado de la secularización del pensamiento.

Puede afirmarse que tanto la Gloriosa Revolución como la Revolución Francesa y la Revolución Americana gestaron y dieron a luz un abanico de derechos de los que se han ido apropiando los ciudadanos a través de los tiempos, pero que se han desarrollado y hecho parte de las dinámicas de las distintas sociedades en grados, formas y tiempos distintos. Derechos que hoy se constituyen, sin lugar a dudas, en el límite connatural del poder estatal.

Tal como se afirmó en el primer apartado de estas consideraciones, es desde el escenario del Estado de Derecho, que incorpora derechos no disponibles en el ámbito de las mayorías, desde el cual se posibilita y viabiliza la puesta en marcha de un derecho como lo es el de objetar por asuntos de conciencia. Ahora bien, circunscritos a este marco, habrá de tomarse como material para la construcción de la dogmática de esta garantía la teoría de los derechos fundamentales y, más específicamente, lo que tiene que ver con el derecho a la libertad y la autonomía personal.

En este punto, siguiendo a Carlos Santiago Nino (1997), los derechos constitucionales pueden entenderse como derechos morales, toda vez que comportan una serie de características que así los significan, entre las que puede nombrarse la generalidad, la autonomía y la universalidad; es por esto que al hablar del principio de autonomía personal se hace referencia, por parte de ciertos teóricos, a una postura un tanto utópica de la excelencia humana, perseguida desde una concepción intimista, marginada de las imposiciones institucionales.

Por lo anterior podemos distinguir la autonomía personal como un principio contenido del núcleo esencial de los derechos individuales, que se ocupa de proteger los bienes resguardados en esos derechos. De este modo, puede disponerse de esos bienes cuando de manera libre e independiente el individuo hace elecciones que le permiten acercarse a la materialización de sus proyectos de vida, en cuanto accede a la construcción de sus aspiraciones cuando dispone de recursos materiales e inmateriales que lo posibilitan. Entre estos últimos recursos podemos nombrar la libertad en todas las expresiones que de ella existen: de conciencia, de movimiento, de pensamiento, de cultos, de expresión, de asociación y, por supuesto, de objetar por motivos de conciencia, aunadas a todas las demás que puedan inferirse. Y justamente la libertad de objetar por razones de conciencia proviene de la gran libertad, reconocida en la teoría política y jurídica como la primera, esto es, la libertad de la conciencia.

A modo de colofón, puede afirmarse que la forma como se ha incorporado el derecho a objetar por motivos de conciencia en nuestra sociedad es instrumentalizando para tal efecto la teoría de derechos fundamentales creada y mantenida por la Corte Constitucional, que es quien ha tenido que definir cuáles son, qué son y qué comprenden los derechos fundamentales, supliendo, de paso, la inactividad del legislador.

El estatus actual de los derechos fundamentales indica que ellos no están disponibles en el ámbito de las mayorías políticas, que tienen aplicación directa desde su reconocimiento en el texto constitucional, que son subjetivos y que provienen todos de la dignidad humana. Así se encuentra un total desarrollo político y jurídico de la

protección de los derechos y, en el desarrollo actual de los Estados, se ha otorgado esta protección de manera especial a los tribunales constitucionales.

3. El Tribunal Constitucional: creador de derechos

Una de las implicaciones más importantes de este texto es la de evidenciar que ha sido el Tribunal Constitucional colombiano el que ha protegido el derecho a objetar por motivos de conciencia, por vía de sus pronunciamientos, a través de sentencias de tutela, de unificación y de control constitucional en algunos casos.

Tal y como se expresó en el capítulo pertinente, este órgano asumió una actitud especial y, de manera concreta, en lo que respecta al derecho a objetar, cuando la motivación se desprende del convencimiento íntimo de que el cumplimiento de la norma riñe con el fuero interno. De esta manera puede decirse, sin lugar a dudas, que ha sido la Corte el órgano abanderado de tal protección, dado que el señalado por el mismo ordenamiento para deprecar y garantizar derechos es el órgano deliberante, pero su inacción ha degenerado en una “supra-actividad” de un órgano que primigeniamente no tiene tal vocación, pero que se legitima en esa labor, en la búsqueda de la realización efectiva de los principios que emanan de un Estado de Derecho; toda vez que las cartas de derechos en sociedades como la nuestra también han contribuido a materializar garantías que no están taxativamente expresadas en las mismas.

No cabe duda de que la objeción de conciencia es una forma de desobediencia que en nuestro medio emerge del desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la Corte Constitucional, aunque con cierto grado de discriminación, dependiendo de los intereses institucionales. Es así como de manera precisa han de señalarse las dificultades que se derivan de la objeción de conciencia cuando de exonerarse de la prestación del servicio militar se trata. No es de inferior interés recordar el actual conflicto armado colombiano y su nivel de escalamiento, que adicionalmente pueden haber obstaculizado la posibilidad de que el Estado considere la positivización de la objeción de conciencia frente al deber de tomar las armas, que tiene regulación constitucional, ya que se necesitan hombres disponibles para enfrentar y ganar la confrontación bélica planteada desde hace más de 50 años. La idea de que esté cerca el final del conflicto podría traer cierto grado de esperanza en que se concrete a través de la actividad legislativa el

derecho de objetar, y en que esta legislación otorgue un trato igualitario en los requerimientos de la objeción, como en el caso de los médicos en la práctica del aborto.

Por último, y después del rastreo jurisprudencial de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana referidas al derecho a objetar por motivos de conciencia, es evidente cómo se da un giro importante en aras de la protección del mismo, aunque, como se afirmó, no hay una protección integral e igualitaria frente a todas las manifestaciones de la objeción. En este sentido se diría, pues, que de la lectura de las sentencias de la segunda etapa (2009-2014) se desprende que la Corte no entiende la objeción de conciencia como un derecho constitucional fundamental autónomo sino como una acción positiva de la libertad de conciencia.

El que hoy estemos en la discusión acerca de la conciencia libre y las garantías necesarias para su protección, indica que hemos dado una especie de giro copernicano en la concepción de Estado, al abandonar una idea paternalista y autoritaria del mismo. Sin embargo, no resulta suficiente que dicho reconocimiento se dé en el poder judicial, es necesario que se activen los demás poderes públicos, las organizaciones no gubernamentales y todos los actores necesarios para que este derecho sea una realidad en el Estado. Tal como se dijo en el texto, no es suficiente el reconocimiento de estos derechos en el seno del Tribunal Constitucional. Este no es suficiente para la ejecución necesaria de los derechos, y con sus decisiones no se logra tampoco permear a toda la sociedad. Es un trabajo necesario, y ahora en tiempos de proceso de paz, el reconocimiento y protección a la libertad de conciencia resultan consustanciales a la existencia misma del Estado de derecho y a la construcción de un proyecto pacífico en el ámbito del pluralismo.

REFERENCIAS

- Aja, E. (. (1998). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador de la Europa actual (prólogo)*. Barcelona: Ariel.
- Arendt, H. (2002). *Tiempos presentes*. Barcelona: Gedisa.
- Atienza, M. (1997). *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel.
- Berlin, I. (1993). *Isaiah Berlin en diálogo con Ramin Jahanbegloo*. Madrid: Anaya, Mario Muchnik.
- Berlin, I. (1996). Dos conceptos sobre la libertad. In I. Berlin, *Cuatro ensayos sobre la libertad* (pp. 187-243). Madrid: Alianza.
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y Libertad*. Barcelona: Paidós.
- Camps, V. (2011). *Filosofía y política. Conceptos y textos*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Constant, B. (1819/1995, Invierno). Discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. *Revista de Estudios Políticos*(59), 1-20.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Bogotá: Legis.
- Dworkin, R. (1994). *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona: Ariel.
- Elster, J., & Slagstad, R. (2001). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Epp, C. (2013). *La Revolución de los Derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- García de Enterría, E. (1994). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.

- Gascón Abellán, M. (1990). *Obediencia al Derecho y Objeción de Conciencia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Gordillo, J. L. (1993). *La Objeción de Conciencia. Ejército, individuo y responsabilidad moral*. Barcelona: Paidós.
- Habermas, J. (1997). La sociedad civil y sus actores, la opinión pública y el poder comunicativo. In J. Habermas, *Facticidad y Validez* (pp. 460-466). Madrid: Trotta.
- Kelsen, H. (1928/2011). *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- Lassalle, F. (1862/1994). *¿Qué es una Constitución?* Bogotá: Panamericana.
- López Medina, D. (2012). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Mejía Quintana, O. (2003, febrero). La justificación constitucional de la desobediencia civil. *Revista de Estudios Sociales*, 76-87.
- Morelli, S. (1997). *La Corte Constitucional: ¿un legislador complementario?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta.
- Nino, C. S. (1997). *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Pérez Luño, E. (1991). *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.
- Rawls, J. (1971/1997). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Thoreau, H. D. (1848/2008). *Del deber de la Desobediencia Civil*. Medellín: Editorial II.

Zagrebelsky, G. (2008). *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*. Madrid: Trotta.

REFERENCIAS SENTENCIAS Y LEYES

ACNUR (1993) Observación General N° 22 hecha en el 48° periodo de sesiones por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el tema de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18).

Congreso de la República de Colombia (3 de marzo de 1993). *Ley 48 de 1993*. Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización. *Diario oficial 40777*, Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia (5 de junio de 1992). Sentencia T-406/92, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional de Colombia (8 de junio de 1992). Sentencia T-409/92, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional de Colombia (19 de junio de 1992). Sentencia T-418/92, Magistrado Ponente Simón Rodríguez Rodríguez.

Corte Constitucional de Colombia (22 de noviembre de 1993). Sentencia T-539A/93, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia (26 de noviembre de 1993). Sentencia T-547/93, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia (16 de noviembre de 1994). Sentencia C-511/94, Magistrado Ponente Gabriel Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia (18 de mayo de 1995). Sentencia C-225/95, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia (20 de octubre de 1998). Sentencia T-588/98, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia (13 de febrero de 2001). Sentencia T-982/2001,
Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

Corte Constitucional de Colombia (15 de agosto de 2002). Sentencia T-659/2002,
Magistrado Ponente Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional de Colombia (17 de marzo de 2003). Sentencia T-227/03,
Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia (28 de mayo de 2009). Sentencia T-388/09,
Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia (14 de octubre de 2009). Sentencia C-728/09,
Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional de Colombia (10 de marzo de 2011). Sentencia T-160/11,
Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia (4 de mayo de 2011). Sentencia T-314/11,
Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio, numeral 7

Corte Constitucional de Colombia (20 de enero de 2012). Sentencia T-018/12,
Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia (7 de julio de 2014). Sentencia T-455/2014,
Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (Trad. Ernesto Garzón Valdés). Madrid: Centro de Estudios constitucionales.
- Atienza R., M. (2006). *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.
- Ballesteros J. (ed.). (1992). *Derechos Humanos. Concepto, fundamentos, sujeto*. Madrid: Tecnos.
- Bazán, V. (1997). *Inconstitucionalidad por Omisión*. Bogotá: Temis.
- Bernal P., C. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (2003). *Teoría General de la Política*. España: Trotta.
- Bocanegra S., R. (1982). *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: IEAL.
- Caballero, G. y Anzola, G. (1995). *Teoría Constitucional*. Santafé de Bogotá: Temis.
- Cappelletti, M. (1961). *La jurisdicción constitucional de la libertad, con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco* (Trad. Héctor Fix-Zamudio). México: Instituto de Derecho Comparado (UNAM).
- Cappelletti, M. (1986). ¿Renegar de Montesquieu? “La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6(17), 9-46.
- Cassinelli M., H. (1997). *Derecho Público*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires (1991). *Cuadernos y Debates. Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Cifuentes M., E. (1997). La Jurisdicción constitucional en Colombia. En García Belaúnde, D., da Silva, J. A. y Fernández Segado, F. (ed.). *La Jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson.

- Colectivo por la objeción de conciencia Medellín e Instituto Juventud XXI (Ed.). (1999). *La libertad como ética social. Objeción de Conciencia, No violencia, desobediencia civil y Antimilitarismo*. Medellín.
- Consejo Parlamentario de la República Federal de Alemania (23 de mayo de 1949). *Ley Fundamental de Bonn para la República Federal de Alemania*. Obtenido de <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América (24 de Febrero de 1803). *Sentencia Madison vs Marbury, Juez Marshall* (1, Cranch, 137, 1803). Trad. Ignacio Fernández Sarasola.
- Chinchilla, T. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis.
- Dueñas, O. (1998). *Acción y Procedimiento en la Tutela*. Santafé de Bogotá: Librería del Profesional.
- Favoreu, L. (1994). *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel.
- Ferreres C., V. (2007). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales.
- Fioravanti, M. (2001). *Constitución*. Madrid: Trotta.
- García P., M. (1986). Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho. En Javier de Belaúnde (ed.). *El Tribunal de Garantías constitucionales en Debate*. Lima: Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo. Fundación Friedrich Naumann.
- Holmes, S. (1999). Precompromiso y la Paradoja de la Democracia. En Jon Elster y Rune Slagstad (ed.), *Constitucionalismo y democracia* (pp. 217-262). México: Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (1929/1993). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.
- Lambert, E. (1921/2009). *El Gobierno de los Jueces*. Madrid: Tecnos.
- Loewenstein, K. (1983). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.

- Lopera Mesa, G. y Vargas Restrepo, A. (1999). La objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. Aproximación a su tratamiento jurídico penal en Colombia. En Instituto Juventud de la Corporación de Promoción Popular. Colectivo por la Objeción de Conciencia Medellín (Ed.). *La libertad como ética social. Objeción de conciencia, No violencia, desobediencia civil y antimilitarismo: “si quieres la libertad, prepárate para ser libre”* (pp. 33-66). Medellín.
- López, D., Massó Garrote, M. y Pegoraro, L. (dir.). (2000). *Nuevo derecho constitucional comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- López, L. (2007). *Las ataduras de la libertad, autoridad, igualdad y derechos*. Medellín: Fondo Editorial Universidad Eafit.
- Marín, J. (1998). *Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Ariel.
- Martín-Retortillo, S. (coord.) (1991). *Estudios Sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo I. Madrid: Civitas.
- Mejía, O. y Jiménez C. (2006). *Democracia radical, desobediencia civil y nuevas subjetividades políticas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Monroy C., M. (2002). *La interpretación Constitucional*. Bogotá: Librería del Profesional.
- Montesquieu (1748/1999). *El Espíritu de las Leyes*. Buenos Aires: Orbis.
- Olano, H. (2004). Tipología de Nuestras Sentencias Constitucionales. *Revista Universitas* (108), 571-602.
- Pérez, A. (1991). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Pérez, A. (1995). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Pérez, J. (1997). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Temis.
- Pérez J. (2007). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Requejo, P. (2000). *Democracia Parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*. Barcelona: Ariel.
- Restrepo, A. (2007). *Jóvenes y Antimilitarismo en Medellín*. Medellín: La Carreta.

- Restrepo P., C. (1979). *Tres Ideas Constitucionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rubio, F. (Enero-Abril de 1988). La jurisdicción Constitucional como forma de creación del derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8(22), 9-51.
- Sáchica, L. (1992). *Nuevo constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Temis.
- Sanín R., R. (2006). *Justicia Constitucional. El Rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo*. Colombia: Legis.
- Schlaich, K. (1984). El Tribunal Constitucional Federal Alemán. En *Tribunales Constitucionales y Derechos Fundamentales*. Madrid: CEC.
- Schmitt, C. (1998). *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Singer, P. (1985). *Democracia y desobediencia*. Barcelona: Ariel.
- Tomás y Valiente, F. (1993). *Escritos sobre y Desde el Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Torres, L. (2003). *Legitimidad de la Justicia constitucional*. Quito: Librería Jurídica Ceballos.
- Valencia, H. (1997). *Cartas de Batalla: Una Crítica al Constitucionalismo Colombiano*. Bogotá: Fondo Editorial CEREC.
- Younes, D. (2014). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Legis.

ANEXOS

Anexo 1. Cuadro de rastreo jurisprudencial: objeción de conciencia

No.	1
RADICADO	T 409/1992
MP	José Gregorio Hernández
TEMA	Libertad y Objeción de Conciencia /Servicio militar obligatorio/ Deber Constitucional.
CASO	Dos bachilleres menores de edad, pertenecientes a la iglesia menonita, solicitan se les garantice el derecho a la libertad de conciencia, pues se niegan a incorporarse a las filas porque su postura religiosa les prohíbe, entre otras cosas, el uso de armas. Los padres de los peticionarios que coadyuvan la acción solicitan que se les respete su derecho a escoger la educación que quieren dar a sus hijos.
TESIS	<p>Se evidencia la colisión de dos situaciones, por un lado, el derecho a la libertad individual, el cual se ve enfrentado, por otro lado, al poder público, representado por las fuerzas militares.</p> <p>La protección de la libertad de conciencia, entendida como un derecho individual, no significa que se haya institucionalizado la objeción de conciencia, la cual requiere incorporarse de manera positiva a los ordenamientos para que pueda oponerse en la práctica como una situación que exonera a quien la invoca de la prestación del servicio militar obligatorio. Acoger lo pedido en las circunstancias actuales significaría actuar al margen de las competencias de las autoridades, generando de paso inseguridad jurídica y vulnerando el principio de igualdad.</p> <p>Considera la Corte que la prestación del servicio militar no afecta la conciencia individual, en la medida en que puede cumplirse con esta obligación constitucional en diversas labores dentro de la institución castrense.</p> <p>En el caso colombiano, durante el desarrollo de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, se propuso esta figura, pero fue negada de plano, de lo que se desprende que en esta discusión no se contempló ni someramente la inclusión de esta institución; adicionalmente se</p>

	propuso también, tal como existe en otras legislaciones, que se accediera a exonerar del uso de las armas a quienes a pesar de hacer parte del ejército se nieguen a la manipulación de las mismas por asuntos de conciencia; propuesta que también fue derrotada al interior de la Asamblea.
DECISIÓN	Se confirman los fallos de ambas instancias y no se accede a las pretensiones.
No.	2
RADICADO	539 A/1993
MP	Carlos Gaviria Díaz
TEMA	Libertad de cultos. Iglesia adventista/Autonomía universitaria
CASO	Una estudiante universitaria solicita no tener que asistir a clases los días sábados y compensar la inasistencia con otra actividad o que, en su defecto, pueda cursar la materia otro día de la semana, ya que su pertenencia a la iglesia adventista, que exige el cumplimiento del <i>sabbath</i> , le imposibilita cumplir dicha exigencia académica.
TESIS	Toda libertad tiene su límite en el derecho y en la libertad del otro. En aras de una sana convivencia, las prácticas religiosas han de ser más flexibles, pues las instituciones no pueden acomodarse a las particularidades de cada individuo, porque se imposibilitaría su quehacer cotidiano, atendiendo las demandas de cada uno de los ciudadanos.
DECISIÓN	No concede el amparo solicitado y confirma las sentencias de primera y segunda instancia que así lo manifiestan. SALVAMENTO DE VOTO: M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Reivindica el derecho a la libertad de conciencia, y frente a la colisión de derechos entre este tipo de libertad y la autonomía universitaria considera que es más relevante la primera, por la fuerza normativa que comporta; el ejercicio de la libertad religiosa es uno de los pilares de la declaración de los derechos del hombre, de 1789: “Ninguno debe ser inquietado por su opiniones, aún religiosas, con tal que la manifestación de las mismas no perturbe el orden público establecido

	<p>por la ley (Art. 10)”, mientras que la autonomía universitaria significa la liberalidad para que una institución de ese nivel se dicte sus propios reglamentos y estatutos.</p> <p>Es evidente en este caso concreto que la afectación del derecho fundamental de la accionante es mucho más gravosa que la situación excepcional que debería asumir la institución universitaria, a la cual no le causaría un grave daño en su funcionamiento y cumplimiento de sus objetivos.</p> <p>El derecho a la igualdad ha de ser esguinzado en este caso, por cuanto la aplicación del mismo afecta otro derecho fundamental —la libertad religiosa—, lo que da como resultado un trato discriminatorio.</p> <p>“La objetividad del derecho hace más seguro al sistema pero afecta la comunicación entre el derecho y la realidad. La justicia del caso satisface las necesidades sociales de justicia pero hace inseguro y aleatorio el sistema. Por eso es necesario encontrar un punto intermedio en el cual beneficios y desventajas encuentren su mejor combinación”.</p>
No.	3
RADICADO	T 547/1993
MP	Alejandro Martínez Caballero
TEMA	Libertad de conciencia/negación de la autoridad a recibir denuncia penal por oponerse a hacerla bajo la gravedad de juramento.
CASO	Un ciudadano perteneciente a una iglesia cristiana pretendió presentar una denuncia penal en una estación de policía de la Guajira, por la desaparición de su hija. El policía encargado de recepcionarla se negó a hacerlo cuando el denunciante le manifestó que la doctrina que profesaba le impedía prestar juramento.
TESIS	<p>“El derecho a la libertad de conciencia tiene un doble destinatario: de un lado la persona que pretende actuar conforme a su fuero interno y el deber de los demás de respetarle”.</p> <p>En este caso se da una confrontación entre el derecho a la libertad de conciencia y el poder público, entendiéndolo como el acceso a la administración de justicia. La Constitución de 1991 hace prevalecer el</p>

	derecho sustancial sobre el derecho procedimental, y en ese sentido establece una diferencia entre el juramento como fórmula sacramental que puede reemplazarse por un compromiso y el deber de los particulares de decir la verdad. Es por esto que el juramento no ha de entenderse como un rito sino como la convicción íntima de decir la verdad y por tanto opera el principio de la buena fe, pero frente al engaño, quien falte a la verdad habrá de responder penalmente.
DECISIÓN	Revoca las sentencias de primera y segunda instancia que fueron negadas al accionante y le protege el derecho a la libertad de conciencia, con base en los postulados de la buena fe, que se traducen, según la alta corporación, en la posibilidad de recepcionar una denuncia sin la necesidad del juramento del declarante.
No.	4
RADICADO	T 411/1994
MP	Vladimiro Naranjo Mesa
TEMA	Libertad religiosa/ derecho a la salud de los niños.
CASO	Los padres de una menor de 10 meses de edad se niegan a suministrarle el tratamiento médico hospitalario que esta requiere, dado su mal estado de salud; dicha reticencia se fundamenta en sus creencias religiosas.
TESIS	En el caso que se examina por parte de la Corte hay una colisión de derechos: la expresión de la libertad religiosa de los padres frente a derechos inalienables como son el derecho a la vida y a la salud de la menor de edad, y es por eso que sentencia esta Corporación que “[n]o existe pues principio de razón suficiente que pueda colocar a un determinado credo religioso en oposición a derechos tan fundamentales para un individuo como son la vida y la salud”. Los derechos de los niños son prevalentes por la condición de indefensión de estos. La moral religiosa no es una imposición sino una vocación; por tanto, debe entenderse en el ámbito de la libertad, pues si bien los padres respecto a los hijos menores deben velar por su cuidado y protección, no detentan el dominio absoluto sobre estos. Dice por último el Tribunal que: <i>“la fe religiosa está protegida bajo el</i>

	<i>entendido de que no implica actos de extrema irracionalidad, porque la fe está al servicio de la vida. Jurídicamente hablando no puede legitimarse el sacrificar a otro, pues el mal, por acción u omisión, nunca puede ser objeto jurídico protegido”.</i>
DECISIÓN	Se confirma el fallo de única instancia del juzgado de Cauca. Se protege la vida y la salud de la menor de edad.
No.	5
RADICADO	C-511/1994
MP	Fabio Morón Díaz
TEMA	Solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad de varios artículos de la ley 48 de 1993, que regula el servicio militar obligatorio.
CASO	Los demandantes plantean que los artículos demandados violan la Carta Política en cuanto a la obligatoriedad del servicio militar, la discriminación entre hombres y mujeres para prestar dicho servicio, el deber constitucional de la prestación del mismo y la discriminación generada entre soldados bachilleres y soldados profesionales, e igualmente entre quienes están ubicados en el área rural y urbana.
TESIS	<p>La Corte desestima las pretensiones de los demandantes con varios argumentos, entre ellos la equivocada interpretación que hace uno de ellos acerca de que el servicio militar obligatorio opera solo en estados de excepción y no es obligatorio, pues dicha interpretación desconoce otras normas constitucionales que lo fundamentan como obligación, y además permanente. Considera además el Alto Tribunal que el hecho de que los bachilleres deban cumplir con el deber de la prestación del servicio, así sean menores de edad, no va en contravía de los derechos de los niños y de los tratados internacionales que Colombia ha suscrito para garantizarlos.</p> <p>Considerar que la obligatoriedad del servicio militar sea para los varones no vulnera el artículo 13 (derecho a la igualdad) respecto a las mujeres, ya que es errada la lectura “igualitarista” que pretende el demandante, ante la existencia de factores reales de desigualdad entre los sexos, y es válido desde el punto de vista constitucional establecer diferencias siempre que se justifiquen en aras de un fin legítimo.</p>

Ratifica también la Corte, como en varias de las sentencias hasta la fecha proferidas, la inexistencia de la figura de objeción de Conciencia respecto al servicio militar obligatorio cuando dice: “La garantía de la **libertad de conciencia** no necesariamente incluye la consagración positiva de la **objeción de conciencia** para prestar el servicio militar”. La ley incorpora ciertas variantes para la prestación de la obligación constitucional, estableciendo diferencia entre el soldado profesional, el bachiller y el campesino. No obstante, dicha diferenciación no puede entenderse como una postura que pretenda discriminar, sino que busca armonizar las condiciones de cada cual a partir de particularidades geográficas, sociales, económicas, culturales, históricas e intelectuales, que no pueden desconocerse dentro del universo de los ciudadanos llamados a enlistarse. No podría dejar de reconocerse que la mayor preparación académica que han tenido los bachilleres amerita que su estadía en las filas sea menor. De igual forma, el soldado campesino debe estar en el medio en el cual ha sido criado, para evitar mayores traumatismos y procesos de desarraigo, situación distinta de la de los soldados regulares que pertenecen a la ciudad.

SALVAMENTO DE VOTO: M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

Los disidentes se apartan de la postura mayoritaria en tres aspectos: por desconocer el derecho a la objeción de conciencia respecto a la prestación del servicio militar obligatorio en la medida en que el derecho contemplado en el artículo 16 de la C.P. sí cobija el derecho a la objeción, y por tanto lo que se plantea es una colisión entre el derecho a no incorporarse al servicio militar como emanación de la libertad de conciencia, que debe ser entendido como derecho fundamental “sin limitaciones expresas”, y la obligatoriedad “relativa” de cumplir con lo estipulado por el artículo 216 de la Carta; al ponderarse este choque de derechos, debió resolverse dando preponderancia al primero, pues de hecho la prestación del servicio militar tiene excepciones y puede reemplazarse a fin de cumplir con la

	<p>exigencia de la solidaridad nacional; la vocación de la Carta Política es privilegiar la libertad de conciencia, vinculada íntimamente con la dignidad humana. Los regímenes que respetan la supremacía constitucional incorporan lo que se ha dado en llamar los “poderes negativos de las personas”, lo cual alude a una especie de suspensión de lo prescrito por el texto constitucional, con el objetivo de salvaguardar los derechos humanos de los ciudadanos.</p> <p>Desde estos primeros pronunciamientos de la Corte, algunos magistrados entienden la objeción de conciencia como un derecho constitucional que hace parte del derecho a la libertad de conciencia; además, consideran que no era discrecional del legislador incorporar el derecho a la objeción de conciencia, sino que era un deber hacerlo.</p> <p>El otro aspecto por el cual se apartan de la posición mayoritaria es que nuestra Constitución ordena sin lugar a dudas la protección del menor de edad, sin establecer diferencia alguna entre niño o adolescente; por tanto cabe dentro de esta consideración toda persona que no haya cumplido 18 años. La vinculación de los bachilleres a la prestación del servicio militar indiscriminadamente, sean mayores o menores de edad puede ser legítima; pero cuando se lleva a cabo respecto a los menores de edad en contra de la voluntad del adolescente o sus padres se convierte en una carga dañina y exagerada para los derechos fundamentales de ese menor, que puede aligerarse tranquilamente si se espera a que este llegue a la mayoría de edad.</p> <p>Por último, la postura disidente argumenta que la sentencia viola el derecho a la igualdad en el sentido de que establece una diferencia entre quienes se incorporan a las filas, dependiendo básicamente de dos variables: la formación académica y la procedencia bien, sea urbana o rural; según estas condiciones establece cuatro variables y termina privilegiando injustificadamente el grupo de bachilleres sobre los demás.</p>
DECISIÓN	Declaro exequibles todos los artículos y apartados de las normas demandadas.
No.	6

RADICADO	C-561/1995
MP	José Gregorio Hernández
TEMA	Solicitud de declaración de inconstitucionalidad del artículo 3 de la ley 48 de 1993, que hace referencia específica a la obligatoriedad del servicio militar.
CASO	El demandante alega que el artículo 3 de la ley en mención viola varios artículos de la Constitución, entre ellos el 3, 4, 13, 16, 17 y 18. Adicionalmente manifiesta que hay una diferencia entre la norma constitucional que prescribe el servicio militar obligatorio en dos escenarios y lo plasmado en el artículo 3 de la ley 48 de 1993, que lo hace para tres contextos, según él, por la existencia de un signo de puntuación (,) en la redacción de la norma acusada.
TESIS	<p>La prestación del servicio militar obligatorio es un deber ineludible de los ciudadanos a partir del principio de la prevalencia del interés general; y solo puede sustraerse de él quien se encuentre dentro de las exenciones legales estipuladas.</p> <p>El Estado moderno posee una doble condición en el sentido de ofrecer al ciudadano una serie de garantías para desarrollar su existencia, pero vinculado también a un conjunto de deberes, que desde el principio de solidaridad apuntan al desarrollo de la sociedad en los distintos ámbitos; de ahí que la prestación del servicio militar se torne obligatoria en nuestro orden jurídico.</p> <p>Se desestima el argumento según el cual un signo de puntuación (,) cambia el sentido de la norma constitucional, que fue la misma que se plasmó en la ley, pues en ambos casos la pretensión apunta a plantear la obligatoriedad de la prestación del servicio militar en dos eventos: la defensa de la independencia nacional y la defensa de las instituciones públicas.</p>
DECISIÓN	Declara exequible el artículo demandado.
No.	7
RADICADO	T -363/1995
MP	José Gregorio Hernández
TEMA	Objeción de Conciencia frente al servicio militar obligatorio

<p>CASO</p>	<p>Un padre de familia de la comunidad religiosa de los Testigos de Jehová interpone una acción de tutela por la incorporación a las filas de su hijo menor de edad, quien profesa la misma religión y oficia como ministro (sacerdote) dentro de su congregación. Alega la objeción de conciencia y la violación al derecho al libre desarrollo de la personalidad. El joven enlistado se ha negado a prestar juramento a la bandera, cantar el himno nacional, recibir adiestramiento militar, portar armas, entre otros.</p>
<p>TESIS</p>	<p>Según la Corte, en una sociedad todos sus integrantes deben aportar a los intereses comunes de la colectividad, por tanto no existen únicamente derechos políticos, sino sus correlativas obligaciones; tal es el caso del servicio militar obligatorio.</p> <p>Plantea además esta sentencia, que las excepciones a la prestación del servicio militar están contempladas taxativamente en la ley y no emanan directamente de la Constitución, la cual no advierte ninguna.</p> <p>Dentro de las causales de exención del servicio militar no quedó consagrada la objeción de conciencia; tesis que ha reiterado la jurisprudencia de la Corte en varias ocasiones. La libertad de conciencia no es absoluta, como no lo es ningún otro derecho, y encuentra su límite en el interés general; por tanto, la prestación del servicio militar en ningún momento afecta “la conciencia individual”, pues quien cumple dicha obligación puede desempeñarse en diferentes actividades que contribuyan al mantenimiento de la institución, como por ejemplo labores administrativas. Considera la alta Corporación que las actividades que el joven se niega a cumplir en ningún momento significan una carga que contraría sus convicciones más íntimas. Se desestiman las pretensiones solicitadas, pues de lo contrario se aceptaría una postura individual respecto a un deber constitucional.</p> <p>Por último, la situación del joven incorporado al ejército no encaja dentro de las excepciones para la incorporación, pues a pesar de pertenecer a la comunidad de los Testigos de Jehová, la actividad que despliega no es comparable con la de los clérigos y sacerdotes</p>

	pertencientes a la iglesia católica y sus homólogos de otras religiones.
DECISIÓN	Se confirma el fallo de segunda instancia, que revocó el de primera (en el cual se accedió a las pretensiones del tutelante). Se ordenó la reincorporación del bachiller, en caso de haber salido de la guarnición militar.
No.	8
RADICADO	T-075/1995
MP	Carlos Gaviria Díaz
TEMA	Solicitud de Protección a la libertad de cultos.
CASO	La accionante es una estudiante de secundaria perteneciente a la comunidad de los Testigos de Jehová, quien fue sancionada por su colegio al negarse a asistir a un desfile en conmemoración del 20 de julio. Su negativa se basó en motivos de tipo religioso. No fue exonerada de ese deber. Sin embargo, otros estudiantes que no asistieron sin excusa alguna, no fueron sancionados.
TESIS	La Corte, en esta oportunidad, comparó el precedente que existía a partir de la sentencia T 539A/93; pues ambas sentencias cimentaban su solicitud en la preservación del derecho a la libertad de cultos. No obstante, los supuestos de ambos casos fueron distintos, así como las decisiones; pues frente a la solicitud hecha por la accionante en la sentencia T593A/93 se observó el derecho al debido proceso, se dio respuesta a la accionante dentro del tiempo pertinente, y la disposición de las clases los días sábados era previamente conocida por la accionante. En cambio, en el caso actual, a la estudiante le fue notificada la sanción mucho después de realizarse el desfile y, por tanto, ella no pudo ponderar la consecuencia de su inasistencia, y la sanción se basó en una decisión no contemplada en el reglamento estudiantil, el cual adolecía de varias situaciones anticonstitucionales, que derivaron en la obligatoriedad de anular la sanción. De esta manera, la Corte le protege a la tutelante el derecho al debido proceso y a la igualdad, mas no el derecho a la libertad de cultos, pues no comparte la Corporación el argumento de que el cumplimiento de los deberes cívicos se traduzcan en <i>actos de adoración</i> que van en

	contravía de los postulados religiosos de la demandante.
DECISIÓN	<p>Se protegieron los derechos a la igualdad y al debido proceso (no el derecho a la libertad religiosa u objeción de conciencia) y, por tanto, se revocó el fallo de primera instancia y se ordenó al colegio revocar también la sanción.</p> <p>ACLARACIÓN DE VOTO: El M.P. Carlos Gaviria Díaz aclara su voto en el sentido de que él considera que debió tutelarse además de los derechos antes anotados el derecho a la libertad de conciencia y a la libertad religiosa y de cultos, ya que considera que la actora no tiene porqué sobreponer a su creencia religiosa el cumplimiento de un deber patriótico.</p>
No	9
RADICADO	C-616/1997
MP	Vladimiro Naranjo Mesa
TEMA	Libertad de conciencia/ solicitud de inexecutable de normas que exigen prestar juramento.
CASO	Un ciudadano demanda la inconstitucionalidad de las siguientes normas: artículos 166, 167 y 172 (todos parcialmente) del Decreto 100 de 1980; 27, 46, 266, 279, 282, 285, 287, 288, 292, 295, 316, 393, 432 (todos parcialmente) del Decreto 2700 de 1991; 94 (parcial) de la Ley 136 de 1994; 524, 528 y 529 (todos parcialmente) del Decreto 2550 de 1988; 71 y 129 (todos parcialmente) de la Ley 200 de 1995; 37 (parcial) del Decreto 2591 de 1991, y 47, 55, 75, 78, 80, 92, 101, 133, 161, 192, 202, 208, 211, 212 (total), 222, 223, 227, 228, 236, 243, 273, 274, 298, 299, 315, 318, 320, 338, 417, 418, 446, 476, 495, 513, 514, 570, 592, 600, 620, 659 y 681 (todos parcialmente) del Código de Procedimiento Civil, por exigir estas que se preste juramento.
TESIS	La Corte Constitucional considera que todas las normas demandadas, excepto la que hace referencia al juramento de alcaldes y del presidente de la república para posesionarse, imponen un juramento desacralizado: “Ahora bien, no obstante que la Constitución de 1991, en la determinación de los principios sobre los cuales se organiza el

	<p>Estado colombiano, opta por un modelo no confesional, por lo cual, al tenor del artículo 19 de la Carta, “Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley”, no por ello puede decirse que el constituyente colombiano hubiera hecho profesión de ateísmo. La invocación a la protección de Dios que se hace en el Preámbulo de la Carta tiene un significado pietista imposible de soslayar, que viene a ser complementado por la obligación de jurar por Dios, que el constituyente impuso al presidente, como “símbolo de la unidad nacional”, y por analogía se exige también a los alcaldes, quienes representan a su comunidad y fueron elegidos directamente. El constituyente de 1991 no asumió una postura marginal respecto a un ser supremo, o sea, permeó la Constitución con el juramento como una institución más del sistema jurídico; de allí se desprende la obligatoriedad del juramento a Dios por parte de alcaldes y del presidente de la república.</p> <p>Las demás normas acusadas se refieren a una solemnidad procesal, a un formalismo ajeno a un contenido religioso, que en un principio sí existía pero ha ido mutando, atenuándose o eliminándose, de modo que para el momento de la sentencia se considera que dicho juramento tiene un carácter civil y político. Esta sentencia plantea que las normas que se examinan no comportan creencias o ideologías morales del juramentado. Por tanto, concluye que introducir excepciones a la obligación de jurar sería darle paso al derecho a la objeción de conciencia y adicionalmente vulneraría el artículo 13 superior.</p>
DECISIÓN	<p>Declara exequibles todas las normas demandadas y solo se declara inhibida frente al literal D del artículo 570 de la Constitución Política de Colombia, que fue derogado a través de la ley 222 de 1995.</p>
No.	<p>10</p>
RADICADO	<p>T-588/1998</p>
MP	<p>Eduardo Cifuentes Muñoz</p>
TEMA	<p>Libertad de cátedra/ libertad religiosa y de conciencia. Objeción de conciencia en el campo educativo.</p>
CASO	<p>Un grupo de estudiantes de secundaria de una institución no podían</p>

	<p>matricularse en el siguiente grado por tener logros incumplidos del curso de educación física. Las actividades pendientes consistían en realizar unas coreografías de unas danzas asignadas por el profesor, a lo cual se resisten los actores por considerarlas contrarias a sus creencias y prohibidas por la iglesia pentecostal unida a la cual pertenecen.</p>
TESIS	<p>La colisión de dos derechos fundamentales debe armonizarse para dar cabida a ambos, pero en caso de imposibilidad habrá de sacrificarse uno en virtud del otro. En este caso entran en conflicto la libertad de cátedra, por un lado, y la libertad religiosa y de conciencia, por el otro. No obstante, el derecho a la libertad de cátedra encuentra como límite otros derechos fundamentales, tanto de los estudiantes como de sus padres, que se imponen frente a la autonomía que reclama el accionado. Si bien el objetivo del ejercicio académico perseguido por el docente tiene asiento en el programa curricular, este no podrá llevarse a cabo si dicha actividad se convierte en una experiencia negativa y contraria a los convencimientos íntimos de los objetores (alumnos y padres pertenecientes a una iglesia cristiana), que riñe con su convencimiento religioso.</p>
DECISIÓN	<p>Prospera la objeción de conciencia propuesta por padres en representación de sus hijos (estudiantes) y prevalece el derecho a la libertad religiosa y de conciencia por encima del derecho de la libertad de cátedra, alegado por el accionado. Se confirman los dos fallos que anteceden el pronunciamiento de la Corte.</p>
No.	11
RADICADO	T-877/1999
MP	Antonio Barrera Carbonell
TEMA	Libertad religiosa. Trato discriminatorio a los testigos de Jehová y derecho a la educación.
CASO	Un grupo de estudiantes de un colegio privado pierden su cupo en la institución por negarse a participar en actividades y actos cívicos, con fundamento en su condición de pertenecer a la comunidad de Testigos de Jehová.

<p>TESIS</p>	<p>Frente a la colisión de los derechos a la libertad religiosa y la libertad de enseñanza, prevalece el primero, sin embargo, ni este derecho ni ningún otro es absoluto. Es por esto que la Corte considera que: “Izar la bandera y participar en actos cívicos para conmemorar fechas patrias, no puede asumirse jamás como un acto religioso, de manera que resulta inadmisibles sostener que tales actividades puedan constituir un acto de idolatría, contrario a las ideas y principios que profesan los demandantes, de acuerdo a los cuales, sólo es dable adorar a la divinidad”.</p> <p>Los argumentos de los accionantes, para exonerarse del deber de cumplir con obligaciones cívicas, contempladas previamente en el reglamento de la institución y el manual de convivencia, no tienen un sustento veraz, puesto que rendir un homenaje a los símbolos patrios no puede considerarse un acto de adoración e idolatría, que según el rito que profesan los demandantes está prohibido por su religión. Estos símbolos patrios evocan los conceptos de unidad e identidad nacional, y son marginales a posturas de tipo religioso.</p>
<p>DECISIÓN</p>	<p>Confirma las decisiones de ambas instancias y, por tanto, se niega la protección demandada.</p> <p>SALVAMENTO DE VOTO: M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Plantea el magistrado que tanto el precedente (T-075/95) como la sentencia en comento tienen problemas metodológicos y de fondo. Frente a los primeros, toda vez que los demandantes no solo alegaron vulneración a su derecho a la libertad religiosa sino también al derecho a la igualdad, al haber recibido un trato discriminatorio respecto a otros pares que no asistieron a las actividades cívicas y no fueron sancionados; sin embargo, la Corte guardó silencio frente a esta situación. Adicionalmente, porque la Corporación limitó su capacidad de interpretación a la definición ofrecida por la Real Academia de la Lengua, la cual en opinión del disidente es bastante restrictiva.</p> <p>En el otro sentido, o sea los problemas de fondo que alega, se sostienen en que la renuencia de los accionantes, cimentados sobre la</p>

	consideración de que la asistencia a las actividades cívicas pone en contradicción su fuero interno y la externalidad de la conducta que se espera, no genera afectación de derechos de raigambre constitucional para otros miembros de la sociedad y mucho menos trae consigo problemas de salud, seguridad o moralidad pública. Por lo tanto, considera innecesario y lejano a la vocación constitucional no proteger los derechos deprecados, bajo los fundamentos de la providencia acogida por la mayoría.
No.	12
RADICADO	T-982/2001
MP	Manuel José Cepeda
TEMA	Libertad religiosa/ derecho al trabajo
CASO	Una trabajadora perteneciente a la Iglesia Adventista del Séptimo Día solicita se ampare su derecho a la libertad de cultos, porque su empleador reformó el horario de trabajo y, por tanto, debe laborar los días sábados en la mañana.
TESIS	En relación con la vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa de la accionante, no puede escudarse el empleador en la indemnización que pagó por despido sin justa causa, pues es evidente que la terminación unilateral de la relación laboral tuvo como fundamento la pertenencia de la empleada al culto religioso que le impide laborar el día sábado. “[N]o es justificable constitucionalmente el imponer a la accionante una afectación tan grave a su derecho a la libertad religiosa, en virtud del ejercicio de una facultad legal que propende por un fin, que si bien es relevante, puede obtenerse mediante otro medio que no sea desproporcionado”.
DECISIÓN	Revoca las dos sentencias de instancia, protege el derecho de la actora y le ordena a la empresa reintegrarla y permitirle que disfrute del sábado como día de descanso.
No.	13
RADICADO	C-740/2001
TEMA	Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 117, 255 a

	258 y el inciso final del art. 579 del Código Penal Militar.
CASO	<p>El actor cuestiona la condición de militares que readquieren los reservistas que son llamados a reincorporarse nuevamente al servicio militar en caso de necesidad, por lo que eventualmente podrían ser investigados por la justicia penal militar.</p> <p>Alega además que se viola el derecho a la igualdad por la distinción que se hace entre los jueces que adelantan los procesos contra miembros de las fuerzas armadas y quienes los adelantan en contra de oficiales de la policía. Por último, cuestiona por qué el procedimiento castrense especial no tiene en cuenta la constitución en parte civil y la participación del fiscal, ambos como sujetos procesales, dentro del procedimiento.</p>
TESIS	<p>Existe la obligación ineludible de prestar servicio militar y, adicionalmente, nuestro ordenamiento no ha incorporado el derecho a la objeción de conciencia, aunque garantice la libertad de conciencia. El servicio militar persigue el logro y el mantenimiento de la paz. Sin embargo, los únicos reservistas llamados a reincorporarse en caso de necesidad son aquellos de 1ª clase, o sea quienes efectivamente prestaron servicio militar y que gozan de beneficios por tal circunstancia. No obstante, una vez reincorporados a las filas, adquieren la misma calidad que otrora, cuando prestaron el servicio militar por primera vez. Esta condición legitima a la justicia penal militar para judicializarlos en determinado momento, mientras estén en servicio activo.</p> <p>Frente al señalamiento de violar el principio de igualdad, por establecer una diferencia entre juzgados de los Departamentos de Policía y Policías Metropolitanas, y los jueces de Brigadas y Divisiones del Ejército Nacional, la Fuerza Aérea y la Armada Nacional, manifiesta la Corporación que si bien todas las instituciones nombradas por el demandante conforman “la fuerza pública”, todas están llamadas a cumplir funciones constitucionales diferentes, por lo cual resulta impropio compararlas. En tal sentido, considera que fue potestativo del legislador, de acuerdo con las condiciones particulares</p>

de cada una, determinar cómo se conformarían los tribunales encargados del juzgamiento.

Por último, y frente al cargo de la vulneración del derecho al debido proceso, al excluir como sujetos procesales a la parte civil y al fiscal penal militar, dice la Corte que sí se mengua la actuación de la parte civil, motivo por el cual condicionará la constitucionalidad de dicho inciso; sin embargo, frente a la intervención del fiscal, considera que la función acusatoria sí existe dentro del proceso penal militar, pero el legislador lo introdujo a partir de su potestad de configuración.

Salvamento Especial de Voto: M.P. Manuel José Cepeda. Para decidir la exequibilidad de las normas, debió reconocerse en la sentencia el derecho a la objeción de conciencia. La falta de enunciación de algunos derechos dentro del texto constitucional no significa que no subyacen en este todos aquellos derechos inherentes a la condición humana. Reivindica el derecho a la objeción de conciencia, desvirtuando la tesis según la cual la Asamblea Nacional Constituyente se opuso a incluir este derecho, pues según él dicha Asamblea no lo contempló expresamente por considerar que el artículo que protege la libertad de conciencia (art. 18) es lo suficientemente amplio para garantizar la objeción. Por último plantea que mientras el legislador no reconozca y reglamente esta garantía, le tocará a los jueces hacerlo.

ACLARACION DE VOTO: M.P. Rodrigo Escobar Gil. Aclara su voto, respecto al art. 117 del Código Penal Militar, pues aunque está de acuerdo con que se haya declarado exequible esa norma, debió ser, según él, por una motivación diferente; esto es, distinguiendo dos momentos frente a los reservistas: uno es el acto administrativo a través del cual se convoca a los reservistas a reincorporarse, en el que conservan su condición de civiles y, por tanto, son juzgados por la justicia ordinaria, y el otro se da cuando efectivamente se enlistan, readquiriendo la calidad de militares y, en consecuencia, deben ser juzgados por la justicia penal militar.

Salvamento Parcial de Voto: M.P. Jaime Araujo Rentería. Respecto al numeral primero de la parte resolutive, que declara la exequibilidad del art. 117 del Código Penal Militar. La generalidad es que todas las personas tienen la condición de civiles y excepcionalmente cambian su estatus al de militar; por tanto, un mero acto administrativo a través del cual se llama a los reservistas a reincorporarse a la milicia no puede mutar el estatus jurídico de algunos ciudadanos, por las profundas consecuencias que esto acarrea. En consecuencia, la sanción por la desatención al cumplimiento de este deber tendrá que ser de conocimiento de la justicia ordinaria.

Adicionalmente, el art. 117 viola el derecho a la igualdad, en la medida en que solo obliga a reincorporarse a los reservistas que otrora prestaron el servicio militar, mas no a aquellos que no lo hicieron y, por tanto, no puede endilgárseles a estos últimos el delito de desobediencia.

Por último, plantea el salvamento, la sentencia en mención guarda silencio frente a las causales de exoneración que podría alegar el reservista llamado a enlistarse, pues además de los motivos legales, le asisten los constitucionales, como son los que se deducen del art. 18 de la Carta, que contempla la libertad de conciencia y, por tanto, cobija la objeción de conciencia. Reitera que los derechos prescritos en la Constitución son enunciativos y no taxativos.

Salvamento de Voto: M.P. Eduardo Montealegre. Considera que debió declararse inexecutable el art. 117 del Código Penal Militar.

Fundamenta su inconformidad en el hecho de que la convocatoria presidencial (hecha a través de un acto administrativo) a los reservistas de primera clase, para reincorporarse a las fuerzas militares, convierte *ipso facto* al convocado de ciudadano en servidor público, y por tanto lo hace sujeto de juzgamiento de la justicia penal militar, a sabiendas de que lo priva de su juez natural.

Así las cosas, una decisión burocrática no puede derogar derechos de raigambre constitucional, como sucede al cambiar el estatus del

	ciudadano de civil a militar, sin su consentimiento y alterando de paso su autonomía personal.
DECISIÓN	Declara exequibles todos los artículos demandados, aunque condiciona la exequibilidad del inciso final del art. 579 de la ley 522/79 a que se dé traslado para alegar a la parte civil, en caso de que se haya constituido.
No.	14
RADICADO	T-659/2002
MP	Clara Inés Vargas
TEMA	Libertad de conciencia/Negación a aceptar transfusión de sangre.
CASO	El cónyuge de una Testigo de Jehová enferma que requería una transfusión de sangre interpuso una tutela para que esta fuese obligada a recibir dicha transfusión (puesto que la religión que profesa lo prohíbe), ya que su vida corría peligro.
TESIS	Un Estado social de derecho entiende al individuo como un fin del Estado, por tanto, los derechos a la libertad de conciencia y de cultos de quien se rehusaba a recibir un tratamiento médico determinado porque reñía con sus propias convicciones no pueden ser contrariados por el juez, toda vez que la lucidez y la capacidad de la enferma estaban intactos. Habrán de ser suficientes las razones que esgrima el ciudadano, en uso de todas sus facultades, para negarse a recibir el tratamiento médico idóneo y eficaz, siempre que su decisión no tenga consecuencias adversas frente a terceros.
DECISIÓN	La Corte ordena revocar el fallo del juzgado de primera instancia, el cual rechazó la acción, ya que el procedimiento adecuado era tramitarla y negarla si fuera procedente pero no rechazarla. Adicionalmente, se dio la desaparición del objeto de la acción (la persona enferma había ya fallecido).
No.	15
RADICADO	T-823/2002
MP	Rodrigo Escobar Gil
TEMA	Derecho a la libertad religiosa. Objeción de conciencia.
CASO	Una ciudadana perteneciente a la comunidad de los Testigos de Jehová

	<p>considera que una institución hospitalaria viola varios de sus derechos fundamentales, ya que se niega a practicarle una intervención quirúrgica puesto que la paciente, por sus creencias religiosas, se resiste a aceptar la posibilidad de una transfusión de sangre. La ciudadana solicita subsidiariamente que sin que ella deba asumir costos económicos, se ordene a una de las dos instituciones que aceptan hacer la intervención sin necesidad de llevar a cabo la transfusión de sangre que la realicen.</p>
<p>TESIS</p>	<p>Plantea la Corte que cuando se presenta una colisión entre el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la vida, debe favorecerse el último, dada su condición de inviolable, pues de este se desprenden todos los demás.</p> <p>En el caso que se revisa, existe una contradicción entre el derecho a la libertad de cultos y el derecho a la conciencia médica que se materializa como la objeción de conciencia en la modalidad de objeción médica u objeción sanitaria.</p> <p>En el entendido de que no existe una situación de urgencia que amerite actuar por fuera del consentimiento de la paciente, no puede entonces ni vulnerarse la decisión del enfermo que se niega a recibir el tratamiento médico sugerido, ni tampoco quebrantar la conciencia del médico tratante que recomienda el mismo, pues no está obligado a desplegar su ejercicio profesional en contravía de su íntimo convencimiento científico. A manera de colofón, plantea este Tribunal que es la accionante quien decide cuál derecho prevalece y, por tanto, deberá asumir las consecuencias de su decisión.</p> <p>Aclaración de Voto. MP Eduardo Montealegre. Ni el derecho a la vida, ni ningún otro derecho tienen supremacía sobre los demás. Está en desacuerdo en que frente a la colisión entre los derechos a la libertad de cultos y el derecho a la vida, deba prevalecer este último. El Estado a través de sus normas no puede regular la conciencia humana ni impedir que un ciudadano ejerza sus derechos, aún en contra de sí mismo. Considera que la mayoría de la Sala está de</p>

	acuerdo en enfrentar lo científico y lo religioso, validando la ciencia y anulando lo demás. Considera que la sentencia entiende el derecho a la vida solo en su dimensión biológica.
DECISIÓN	La Corte confirma las sentencias de las dos instancias precedentes. Sin embargo, manifiesta en la parte motiva, que la actora tiene la posibilidad de acudir a alguna de las entidades de salud que se ofrecieron a darle el tratamiento atendiendo a sus condiciones o también puede solicitar una junta médica en la institución tutelada, para que esta evalúe la pertinencia del tratamiento sugerido por el médico tratante.
No.	16
RADICADO	T332/2004
MP	Jaime Córdoba Triviño
TEMA	Libertad religiosa/Ministerio de defensa
CASO	El actor es un civil que pertenece al Ministerio de defensa y argumenta que se viola su libertad de conciencia por la obligatoriedad que para los civiles vinculados a esa institución comporta el hacer formaciones junto con los militares, entonar himnos castrenses y participar en ceremonias religiosas.
TESIS	<p><i>“A la luz de la actual Constitución, la libertad religiosa es simultáneamente una “permisión y una prerrogativa. Como permisión significa que el hombre no puede ser obligado a actuar contra su creer y su sentir. Como prerrogativa, que nadie puede impedirle obrar de acuerdo con sus creencias y sentimientos”, siempre y cuando el ejercicio del derecho se ajuste a los límites constitucionales y legales correspondientes. Por lo tanto, las entidades oficiales no podrán imponer a sus funcionarios la asistencia obligatoria a ceremonias religiosas, por nobles que sean sus ideales. De hacerlo, el Estado estará vulnerando los derechos a la libertad religiosa y de cultos que contempla la Carta Política”.</i></p> <p>La formación semanal y mensual que hacen militares y civiles para enterarse de las novedades dentro de la entidad no vulnera ningún derecho fundamental del actor. En el expediente no existe constancia</p>

	<p>alguna sobre llamados de atención o amonestaciones que se hayan hecho al actor por negarse a entonar himnos o a asistir a ceremonias religiosas, y frente a la ausencia de pruebas y la negación del comandante de la Novena Brigada de los hechos narrados, no puede pronunciarse la Corte.</p>
DECISIÓN	<p>Confirma los fallos adversos a la solicitud de primera y segunda instancia.</p>
No.	<p>17</p>
RADICADO	<p>T-026/2005</p>
MP	<p>Humberto Sierra Porto</p>
TEMA	<p>Libertad de cultos y derecho a la educación en una entidad pública: SENA</p>
CASO	<p>Una estudiante del SENA perteneciente a la Iglesia Adventista del Séptimo Día es expulsada de la institución y es cancelada su matrícula por bajo rendimiento académico, debido a la inasistencia a las clases programadas para los días viernes y sábados.</p>
TESIS	<p>La protección de un derecho como el de la libertad de cultos requiere ser garantizado no solo en el fuero interno del individuo, sino también cuando se hace público.</p> <p>A todos los miembros de la Iglesia Adventista del Séptimo Día habrá de respetárseles el <i>sabbath</i>, tal como consta en el decreto 354 de 1998; emitido por el gobierno nacional. En esta oportunidad, la Corte enumera las sentencias más relevantes que conforman el precedente en esta materia.</p> <p>Considera así el Tribunal Constitucional que el derecho a la libertad de cultos fue vulnerado por dos asuntos: uno, por eludir llegar a un acuerdo sobre la forma como la actora repondría el tiempo de clases a las cuales no asistió por motivos de su culto, y el otro por haber cancelado la matrícula en dicha institución.</p> <p><i>Comentario:</i></p> <p><i>Es evidente una incoherencia entre esta sentencia y la 539ª de 1993. Se nota un inicio del cambio jurisprudencial, ya que en la sentencia 539ª nada se dijo del acuerdo entre las partes para reponer el tiempo</i></p>

	<i>de inasistencia, en cambio en esta sentencia se habla de dicho acuerdo.</i>
DECISIÓN	<p>Revoca las sentencias de primera y segunda instancia y concede el amparo solicitado.</p> <p>ACLARACION DE VOTO: M.P. Alvaro Tafur: El magistrado aclara su voto manifestando que el SENA como entidad pública tiene una obligación más reforzada de respetar los derechos fundamentales de sus estudiantes.</p>
No.	18
RADICADO	T-471/2005
MP	Clara Inés Vargas
TEMA	Objeción de conciencia frente a tratamiento médico.
CASO	Un ciudadano, en representación de su cuñado, interpone acción de tutela contra la EPS de este, por negarse la entidad a suministrar medicamentos por fuera del POS en reemplazo de una transfusión de sangre que se niega a recibir el cuñado, por su condición de Testigo de Jehová. La EPS se defiende diciendo que el paciente recuperaría su salud rápidamente si permitiera que se le hiciese una transfusión de sangre o agotara otras instancias contempladas en la norma (Convocatoria del Comité Técnico Científico).
TESIS	Garantiza la Corte en esta sentencia la opción del ciudadano a objetar la alternativa de que se le practique una transfusión de sangre para recuperar su salud, por motivos de conciencia. Evidencia la conexidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida y luego de hacer el análisis frente a las opciones existentes para aliviar las dolencias del ciudadano, determina que en vista de que la transfusión es el medio más eficaz para atacar el mal que lo aqueja, pero sus creencias religiosas le impiden aceptarla, son los medicamentos que le están siendo suministrados por cuenta de la familia (ya que no se encuentran en el POS) la única posibilidad que le ofrece dicha garantía. Adicionalmente, ordena que estos medicamentos deben ser suministrados por la EPS, dadas las precarias condiciones económicas

	<p>del tutelante.</p> <p>Reprocha el Tribunal los argumentos del juez de segunda instancia, quien desprecia el derecho del ciudadano a negarse a recibir la transfusión por asuntos de conciencia, y dice que es abrogable solo al afectado su condición de salud, puesto que su negativa a recibir el tratamiento más expedito, pero contrario a sus creencias, incrementa los costos del servicio de salud, lo cual atenta contra el sistema y redundante en dificultades para el resto de la sociedad. Por último, aclara que según la jurisprudencia actual no es requisito imprescindible el concepto del comité técnico para suministrar el medicamento requerido.</p>
DECISIÓN	Revoca el fallo de segunda instancia, ya que la primera había tutelado los derechos del solicitante, y concede la acción de tutela.
No.	19
RADICADO	C-859/2006
MP	Jaime Córdoba Triviño
TEMA	“Asuntos de conciencia” en lo que respecta al régimen de bancadas.
CASO	El acto legislativo 01 de 2003 estipuló el voto por bancadas con la única excepción de la objeción de conciencia. El demandante considera que el inciso 2 del artículo 5 de la ley 974 de 2005 o <u>“aquellos en los que, por razones de conveniencia política, de trámite legislativo o controversia regional en el caso de la Cámara de Representantes, los miembros de las bancadas decidan no adoptar una decisión única”</u> violan el régimen de bancadas porque anexan a la excepción de objeción de conciencia que se permite en dicho régimen el apartado demandado, ampliando el espectro de las excepciones y violando la ley de bancadas.
TESIS	Considera la Corte, por un lado, que cada partido debe predefinir cuáles serán <i>“los asuntos de conciencia”</i> que deben quedar al margen de la obligatoriedad de los miembros de cada movimiento de votar según el criterio de la bancada a la cual pertenecen, pues avalar la constitucionalidad del apartado demandado, el cual posibilita que los miembros de los partidos puedan también separarse de la votación en

	<p>bancadas, “en virtud de razones de <i>conveniencia política, de trámite legislativo o de controversia regional</i>”, sería prácticamente, según la sentencia, permitir que la gran mayoría de situaciones queden dentro del postulado excepcional y no del general, ya que las Corporaciones públicas, al decidir sobre los temas de su competencia, se encontrarán mayoritariamente con asuntos relacionados con lo planteado en el texto demandado.</p>
<p>DECISIÓN</p>	<p>Declaró inexecutable el apartado demandado.</p> <p>SALVAMENTO DE VOTO (Parcial): M.P. Humberto Sierra Porto. Este magistrado se separa de la decisión mayoritaria parcialmente, a partir de la no equivalencia, según él, entre los conceptos de “objeción de conciencia” y “asuntos de conciencia”. La objeción la entiende como “<i>la resistencia a obedecer un imperativo jurídico invocando la existencia de un dictamen de conciencia que impide sujetarse al comportamiento prescrito</i>”, mientras que los asuntos de conciencia los definió como aquellas cuestiones que de acuerdo con el movimiento político al que pertenece el parlamentario, y con la previa discusión que ameritan, así se definan.</p> <p>Adicionalmente, considera que es también de competencia del legislativo, “regular la actuación de las bancadas”, que incluye la definición de los “asuntos de conciencia”, pues esta labor no es exclusiva de los partidos políticos, como se desprende de la postura mayoritaria en la presente sentencia.</p> <p>Otro asunto frente al cual se separa el magistrado de la tesis mayoritaria es el de la expresión “O de controversia regional”, puesto que considera que los Representantes a la Cámara sí pueden apartarse del direccionamiento de su partido en este caso específico, en la medida en que representan entes territoriales distintos y, por tanto, pueden llegar a tener frente a un asunto determinado intereses políticos diferentes a los de la bancada, atendiendo a las particularidades de su región.</p>
<p>No.</p>	<p>20</p>

RADICADO	T-209/2008
MP	Clara Inés Vargas
TEMA	Aborto: prohibición total es inconstitucional.
CASO	Profesionales de la salud se negaron a realizar interrupción del embarazo a una menor de 14 años que fue violada, aduciendo frente a su negativa, objeción de conciencia; sin embargo, no observaron los requisitos para que la objeción fuese procedente. Adicionalmente, no remitieron a la paciente de inmediato para que otro profesional realizara el procedimiento de interrupción de la gestación, como está previsto.
TESIS	<p>La objeción de conciencia no es un derecho absoluto y adicionalmente es un derecho del que no son titulares las personas jurídicas, solo pueden demandarlo las personas naturales.</p> <p>Para hacer efectivo este derecho, deberá solicitarse su preservación de manera individual, por escrito, y argumentarse con fundamentos de orden religioso. Esta figura si bien representa un derecho de los profesionales de la salud, no puede vulnerar los derechos fundamentales de las mujeres. Cuando un médico se abstenga de practicar un aborto con base en la objeción de conciencia, debe remitir inmediatamente la paciente a otro profesional que lo haga. Además, las IPS deben tener médicos inscritos en sus instituciones habilitados para practicar las interrupciones de los embarazos en los casos previstos en la jurisprudencia.</p>
DECISIÓN	<p>Revocar los dos fallos y condenar en abstracto a la EPS Coomeva y su red de IPS y a los médicos objetores relacionados con el caso revisado. Se ordenó, además, que se gestione por parte de un juzgado administrativo, como trámite incidental, la tasación de los perjuicios generados a la tutelante. Adicionalmente, se dio traslado de la decisión al Ministerio de la protección social, la procuraduría, la defensoría y el comité de ética médica de Santander.</p>
No.	21
RADICADO	T-388/2009
MP	Humberto Sierra Porto

TEMA	Invocación de objeción de conciencia por parte de un juez.
CASO	Un Juez en primera instancia se declara objetor de conciencia para no pronunciarse sobre una tutela contra Saludcoop, en la cual una mujer solicitaba la interrupción de un embarazo por malformaciones del feto; Consecuencialmente, en la sentencia, el operador jurídico no accede a la pretensión.
TESIS	<p>Los jueces u operadores jurídicos no pueden alegar razones morales para evitar tramitar y decidir asuntos que deban conocer al ser asignados a sus despachos, toda vez que sus fallos deben ser en derecho y no en conciencia. Las causales de impedimento de los jueces son taxativas y de interpretación restrictiva, y no hacen parte de estas la objeción de conciencia.</p> <p>En el caso sujeto a revisión, llama la atención la Corte Constitucional, en lo concerniente a la interrupción del embarazo, los falladores judiciales han de tener en cuenta los lineamientos jurisprudenciales que frente al tema ha señalado la misma Corporación en la sentencia C-355/2006, por lo tanto su observancia es obligada, máxime para un juez, so pena de incurrir en el delito de prevaricato y en una falta disciplinaria.</p> <p>El ejercicio del derecho a la objeción de conciencia puede generar en ocasiones consecuencias frente a terceros, es por esto por lo que no puede entenderse como un acto exclusivo del fuero interno de quien lo ejerce; es por esto que sentenció la Corte en esta providencia:</p> <p><i>“La objeción de conciencia es un derecho que se garantiza de modo extenso en el campo privado – cuando no está de por medio el desconocimiento de derechos de terceras personas”.</i></p>
DECISIÓN	Teniendo en cuenta que ya se había practicado la interrupción del embarazo a la tutelante, la Corte ordenó al Ministerio de la protección social, al Ministerio de salud, a la procuraduría y a la defensoría que iniciaran campañas de información sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Ordenó, además, a la superintendencia de salud, exigir a las EPS e IPS públicas y privadas contar con una planta de médicos no objetores de conciencia para realizar las

	interrupciones de los embarazos, en los casos previstos en la ley.
No.	22
RADICADO	C-728/2009
MP	Gabriel Eduardo Mendoza
TEMA	EXHORTACIÓN AL CONGRESO por omisión legislativa absoluta, para que legisle sobre objeción de conciencia.
CASO	OBJECION DE CONCIENCIA FRENTE AL SERVICIO MILITAR. Los demandantes solicitan a la Corte Constitucional que se pronuncie sobre la totalidad del contenido del artículo 27 de la ley 48 de 1993, pues este no incluyó a los objetores de conciencia dentro de las personas exentas de prestar dicho servicio.
TESIS	A través de la acción pública de inconstitucionalidad, se puede ejercer control sobre las omisiones legislativas relativas, pero no sobre las omisiones legislativas absolutas.
DECISIÓN	<p>Declara exequible el art. 27 de la ley 48 del 93. Considera que la omisión legislativa no es relativa sino absoluta y exhorta al Congreso a que regule la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio.</p> <p>SALVAMENTO DE VOTO. A pesar de que para la totalidad de los magistrados de la Corte es claro que cualquier ciudadano puede objetar por asuntos de creencia o conciencia la obligatoriedad de prestar el servicio militar obligatorio, así no esté contemplado en ninguna norma, dicha exención puede perfectamente derivarse de los derechos constitucionales protegidos y nombrados a lo largo de toda la providencia y reclamarse por vía de tutela. No obstante, solo quienes se apartan de la posición mayoritaria consideran que la exigencia de la externalidad de la postura que los convierte en objetores es ilógica e inconstitucional, pues cuando esta se desarrolla exclusivamente en el fuero interno del individuo, carece de la protección deprecada.</p> <p>Quienes salvaron su voto consideran que es excesivo el constreñimiento que se hace a los objetores, en el sentido de obligarlos a enlistarse en la institución castrense pese a su negativa por motivos de conciencia, puesto que los fines perseguidos con la prestación del</p>

	<p>servicio militar obligatorio pueden alcanzarse por medios menos onerosos en términos personales para esos ciudadanos. Siendo así, reiteran estar de acuerdo con los demandantes en el sentido de que el art. 27 de la ley 48 de 1993 debió contener a los objetores de conciencia como sujetos exentos de la obligación constitucional de prestar servicio militar, y, por tanto, es evidente que el legislador frente al artículo en mención incurrió en una omisión legislativa relativa, y no absoluta, como lo consideró la postura mayoritaria.</p> <p>Es relevante indicar que esta sentencia generó un notorio cambio jurisprudencial, al avalar que no solo en la ley de reclutamiento se encuentran claramente definidos los individuos o grupos de individuos exentos del servicio militar. Son, además de los estipulados en la normativa en mención, aquellos que fundamentan su objeción a enlistarse en el derecho a la libertad de conciencia, y que consecuentemente imponen al Estado la prohibición de obligar al ciudadano a actuar al margen o en contra de su conciencia y se convierten, <i>ipso facto</i>, en una exención incontrovertible, no con fundamento legal pero sí a partir de los derechos sobre los cuales el Tribunal construyó la presente sentencia.</p>
No.	23
RADICADO	T 018/2012
MP	Luis Ernesto Vargas Silva
TEMA	Objeción de Conciencia/ servicio militar obligatorio.
CASO	Un joven perteneciente a la Iglesia Pentecostal de Colombia fue reclutado por el ejército para la prestación del servicio militar obligatorio, y pese a sus múltiples solicitudes para ser exonerado del mismo, aduciendo su condición de objetor de conciencia, no fueron atendidas sus demandas, con diversos argumentos esgrimidos por las fuerzas armadas.
TESIS	La sala plena de la Corte Constitucional reconoció la existencia del derecho a la objeción de conciencia en el ámbito del servicio militar. En este caso tuvo en cuenta el cambio jurisprudencial que se dio a partir de la sentencia C-728/2009, la cual, con base en los artículos 18

	<p>y 19 de la Constitución Política, protege el derecho a objetar por asuntos de conciencia. Adicionalmente, asegura esta providencia que para garantizarla, no es necesario un desarrollo legislativo determinado, pues ante la ausencia de este, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para preservar ese derecho. Considera el alto Tribunal en esta sentencia, que el ejército nacional desconoció la sentencia en mención, esto es, la C-728/2009.</p> <p>Evidenció así la Corte, que los argumentos esgrimidos por el accionante cumplen con las directrices exigidas por la jurisprudencia actual, que consisten en que la postura que sirve de soporte al objetor sea profunda, fija, sincera y se manifieste externamente.</p>
DECISIÓN	<p>Revoca el fallo del Tribunal Superior de Medellín y concede la acción de tutela. Además, ordenó al Ministerio de defensa que en un término no superior a cuatro meses se realice <i>una campaña para dar a conocer la sentencia C-728 de 2009</i>. Ese proceso de divulgación deberá dirigirse especialmente a las dependencias encargadas del reclutamiento para engrosar las filas del Ejército a través del servicio militar obligatorio, “<i>haciendo énfasis en: i) la existencia del derecho a la objeción de conciencia frente a la prestación del servicio militar obligatorio; ii) el respeto por las libertades de conciencia, cultos y religión; iii) el reconocimiento constitucional de los derechos del objetor de conciencia frente al servicio militar obligatorio, aunque no exista una legislación que reglamente la objeción de conciencia en estos casos; y iv) el derecho que le asiste a los objetores de conciencia para que su petición sea tramitada de forma imparcial y neutral, de acuerdo con las reglas del debido proceso</i>”.</p>
No.	24
RADICADO	T-357/2012
MP	Luis Ernesto Vargas Silva
TEMA	Objeción de conciencia frente a la prestación del servicio militar obligatorio. Vulneración de los derechos de libertad de conciencia y libertad de religión y de cultos.
CASO	Un bachiller se presenta a una guarnición militar para resolver su

	<p>situación militar alegando de antemano su condición de objetor de conciencia, pues es ministro de la comunidad de los Testigos de Jehová. Pese a ello, se le practican exámenes médicos y otras pruebas, se le corta el cabello, pero por los trámites adelantados por la comunidad a la cual pertenece, queda aplazado para ser incorporado en un plazo de tres meses.</p>
TESIS	<p>A pesar de que al momento del fallo, la Corte declara la carencia de objeto por representación de hecho superado, el Tribunal aprovecha la oportunidad para aclarar asuntos relativos al derecho constitucional a objetar por asuntos de conciencia, tanto al Ejército Nacional como a los jueces que en ambas instancias negaron el amparo deprecado.</p> <p>Reitera así la Corte que el Ejército no puede ampararse en la ausencia de desarrollo legislativo del derecho de la objeción para negar el mismo a quienes se postulen, ya que la sentencia C-728/09 reguló las condiciones para ser considerado objetor frente al servicio militar y obliga a quienes ejercen labores de reclutamiento dentro de la institución a garantizar el mismo. Faculta tanto a las autoridades castrenses como a las judiciales para que otorguen el amparo; y en este caso específico, señala que el Ejército Nacional desconoció el precedente constitucional al no garantizar el derecho a la objeción de conciencia del actor.</p> <p>Advirtió también la Corte que la ausencia de pruebas cuando se trata de determinar si hay vulneración de derechos fundamentales, faculta al juez constitucional para actuar oficiosamente; por tanto, no es de recibo la fundamentación de los togados de ambas instancias respecto a la omisión del tutelante de demostrar su condición de ministro del rito que profesa. Basta con acreditar las creencias a través de demostraciones externas y susceptibles de comprobarse y que cumplan con la regla de ser “<i>profundas, fijas y sinceras</i>”.</p>
DECISIÓN	<p>A pesar de la declaratoria de carencia de objeto, se revocan las sentencias de primera y segunda instancia.</p>
No.	25
RADICADO	T- 603/2012

MP	Adriana María Guillén Arango
TEMA	Objeción de Conciencia al servicio militar obligatorio. Formas de Desobediencia civil y objeción de conciencia en la doctrina y la jurisprudencia.
CASO	Un ciudadano quien se encuentra prestando servicio militar solicita se le proteja su derecho fundamental a la objeción de conciencia, pues dicho deber riñe con sus convicciones.
TESIS	Esta providencia hace un recorrido por los argumentos que ha esgrimido la Corte, especialmente desde la sentencia C-728/2009. Hace adicionalmente una amplia disertación sobre algunas formas de resistencia, entre ellas la desobediencia civil y la objeción de conciencia.
DECISIÓN	<p>Confirma las decisiones de ambas instancias por considerar que no se cumple con los presupuestos de la objeción de conciencia. Recomienda que el actor sea valorado medicamente.</p> <p>ACLARACION DE VOTO: M.P. Gabriel Eduardo Mendoza: Aclara su voto en el sentido de que le parece innecesaria la extensa sustentación que se hizo en cuanto a las formas de resistencia, pues se desvió la atención del tema puntual sobre el cual debía pronunciarse la Corporación.</p>
No.	26
RADICADO	T-430/2013
MP	María Victoria Calle Correa
TEMA	Objeción de Conciencia al servicio militar obligatorio; violación a la libertad de conciencia y a la libertad religiosa; principio de inmediatez; vulneración al mínimo vital y móvil por incorporación al Ejército.
CASO	Acumulación de sentencias, las cuales hacen referencia a cuatro expedientes en los que todos los accionantes solicitan se les exonere de la prestación del servicio militar por su condición de objetores de conciencia. Uno de ellos solicita dicho reconocimiento después de haber sido incorporado. En otro caso, se suma a la solicitud de preservación del derecho a la objeción de conciencia, la afectación al

	<p>mínimo vital y móvil, por ser el obligado a prestar servicio militar quien aporta el sustento económico para la familia.</p>
<p>TESIS</p>	<p>La Corte en esta oportunidad se pronuncia sobre los elementos comunes y los elementos particulares de cada una de las sentencias acumuladas.</p> <p>Frente a la violación del principio de inmediatez que es el argumento con el cual se niega a uno de los tutelantes su derecho, considera el Tribunal que deben analizarse las particularidades de cada caso concreto, pues contabilizar de manera rígida la cantidad de tiempo transcurrido entre la violación del derecho y la interposición de la acción lo que hace es reivindicar las normas procedimentales en desmedro del derecho sustancial.</p> <p>El fundamento conceptual de este pronunciamiento está basado en lo dispuesto por la misma Corporación en la sentencia C-728 de 2009.</p> <p>Unánimemente, todos los reclamantes demandan se les reconozca como objetores de conciencia a partir del derecho fundamental a la libertad de conciencia, el cual en consideración de la Corte es un derecho inalienable de la persona humana. Razona además que tal derecho es consecuente con un Estado Social y democrático de derecho, donde la dignidad humana llena de contenido dicho concepto.</p> <p>Por tanto, ordena al Ejército, que es quien de primera mano debe aceptar el derecho a objetar por motivos de conciencia y dar trámite en consecuencia, definir la situación de los objetores al margen de la reglamentación legislativa, bajo el entendido de que dicha garantía deriva de la Constitución, que es norma de normas.</p> <p>De otro lado, en esta sentencia se cuestiona la decisión de todos los jueces de instancia que conocieron los casos que se revisan, pues tenían la obligación y les era exigible el haber garantizado en todas las situaciones la protección deprecada, máxime cuando el Ejército en algunos de los casos reconoció la condición de objetores, pero se excusó en la ausencia del desarrollo legislativo.</p> <p>En definitiva, el Tribunal Constitucional ampara a todos los tutelantes su derecho a objetar la prestación del servicio militar por asuntos de</p>

	<p>conciencia, protegiendo los derechos a la libertad de conciencia, la libertad de religión y adicionalmente a uno de ellos, el derecho a la igualdad, reiterando que “[e]l derecho a la objeción de conciencia no tiene limitaciones temporales para su ejercicio”.</p>
DECISIÓN	<p>Revoca todas las sentencias que negaron los derechos demandados; le dio el carácter de definitivas a las medidas cautelares tomadas mediante el trámite; ordenó la definición de la situación militar de todos los accionantes y el des- acuartelamiento de aquel que permanecía en las filas;ordenó que el pago de la compensación se hiciera acorde al tiempo que estaba faltando para culminar con la obligación y que la cancelación de dicho pago se hiciera sin alteración del mínimo vital y móvil.</p>
No.	27
RADICADO	T-587/2013
MP	María Victoria Calle Correa
TEMA	Servicio militar obligatorio y sus exenciones; afectación mínimo vital y móvil; vulneración al debido proceso y exigibilidad del consentimiento informado.
CASO	<p>Un padre de familia tutela en calidad de agente oficioso de su hijo único, quien fue reclutado para prestar servicio militar, pues a pesar de estar dentro de una de las exenciones legales no había cumplido con el requisito de haberse inscrito dentro del año anterior a la mayoría de edad. El joven fue detenido en una redada del Ejército e inmediatamente incorporado a las filas, vulnerando, entre muchos otros, el derecho al debido proceso administrativo y afectando el mínimo vital y móvil, pues la subsistencia económica de su grupo familiar dependía de él.</p>
TESIS	<p>La Corte considera que el incumplimiento de uno de los requisitos de la ley de reclutamiento, como es el de surtir la inscripción un año antes de alcanzar la mayoría de edad, no habilita al Ejército para que niegue la exención legal que prohíbe incorporar a quienes son hijos únicos. En otras palabras, la omisión de la inscripción no invalida la exención. Plantea, además, que al joven se le retuvo en una situación irregular,</p>

	<p>toda vez que fue en una redada (constitucionalmente prohibidas por violar el derecho a la libertad personal), en la cual fue capturado e inmediatamente incorporado, vulnerándole de paso el derecho al debido proceso administrativo; adicionalmente, se afectó el derecho al mínimo vital y móvil de su grupo familiar, pues de él dependían todos los ingresos para la manutención de su hogar.</p>
DECISIÓN	<p>Revocar el fallo de única instancia, ordenar la desincorporación del joven y adicionalmente hacer un cobro parcial de la cuota de compensación equivalente al tiempo que quedó faltando por cumplir la totalidad del servicio; aclarando que debe mediar un acuerdo de pago, ya que las precarias condiciones económicas de la familia del joven pueden verse afectadas por el desembolso del dinero que habría que cancelar al Ejército Nacional.</p>
No.	28
RADICADO	T-455/2014
MP	Luis Ernesto Vargas Silva
TEMA	Objeción de conciencia como exención al servicio militar obligatorio; prohibición de batidas por vulnerar el derecho a la libertad personal.
CASO	<p>(Acumulación de dos acciones en revisión)</p> <p>En ambas situaciones se demanda la protección del derecho a la libertad de conciencia por el constreñimiento a la prestación del servicio militar obligatorio a pesar de que ambos accionantes pertenecen a una religión que les prohíbe tomar las armas. Se consideran vulnerados, también, el derecho de petición, el derecho al debido proceso y el derecho a la libertad personal, ya que frente a la solicitud de reconocimiento como objetores de conciencia, el Ejército optó por utilizar la figura del aplazamiento o bien por no dar respuesta a las solicitudes, y, adicionalmente, incorporó a uno de los accionantes a través de una redada para garantizar la prestación del servicio.</p>
TESIS	<p>Las autoridades militares y de reclutamiento deberán observar dos deberes constitucionales puntuales:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Asumir la objeción de conciencia frente al servicio militar como un derecho constitucional y, por tanto, aceptarlo como causal de exención

	<p>frente al mismo, sin importar la falta de estipulación legal; por tanto, la objeción puede ser alegada por quien “demuestre convicciones personales, profundas, sinceras, continuas y exteriorizadas que le impiden ejercer la actividad militar”. Debe agregarse que este derecho se entiende como un derecho subjetivo y permanente y puede reclamarse en cualquier momento de todo el proceso que comporta la prestación del servicio militar.</p> <p>2. Ofrecer una respuesta oportuna, fundamentada y a través de medios idóneos, como emulación del debido proceso administrativo, pues la institución militar cumple labores administrativas del Estado.</p> <p>Deberá el Ejército informar a los obligados a la prestación del servicio militar, de forma clara, amplia y específica, cuáles son las causales de exención, especialmente la que da cuenta de la objeción de conciencia.</p> <p>Prohíbe en esta sentencia la Corte, ejecutar redadas para tratar de identificar aleatoriamente a los ciudadanos remisos, ya que es una práctica inconstitucional que afecta el derecho fundamental a la libertad personal. La retención solo es posible mientras se procede a la inscripción del ciudadano, sin que deba trasladarse a ninguna guarnición; por tanto, solo es posible compeler a un ciudadano remiso plenamente identificado e individualizado.</p>
<p>DECISIÓN</p>	<p>Revoca las decisiones tomadas en ambos expedientes y protege los derechos a la objeción de conciencia, a la libertad de conciencia, a la petición, al debido proceso y a la libertad personal. Ordena que se expidan las respectivas libretas militares.</p> <p>Se emiten una serie de directrices a la institución militar acerca del proceso y el procedimiento que habrá de observarse en adelante con respecto a las solicitudes de exención de la prestación del servicio por objeción de conciencia; se ordena elaborar una cartilla que dé cuenta de los contenidos esenciales del presente fallo, para ser entregada a todos los ciudadanos, y le da un plazo de seis meses al director de reclutamiento del Ejército para que rinda informe a la Corte sobre el cumplimiento de las órdenes impartidas en el presente fallo.</p>

Anexo 2. “Un dilema moral”. Capítulo V del libro *Tras la Justicia*, de Manuel Atienza, 1997, Barcelona: Ariel.

CAPÍTULO QUINTO

UN DILEMA MORAL

1. El caso del insumiso

En los últimos tiempos es cada vez más frecuente que ciertas decisiones de los jueces —las que afectan a personas famosas o conciernen a problemas sociales especialmente controvertidos— sean ampliamente discutidas en los medios de comunicación. Pero quizás ninguna lo haya sido tanto como la sentencia n.º 75 del Juzgado n.º 4 de Madrid de 6 de marzo de 1992 que absolvió a un joven objetor del delito de «insumisión» que —como se sabe— lo comete quien se niega a realizar la prestación social sustitutoria del servicio militar.

Yo no abrigo ninguna duda de que ésta —la discusión pública— es una práctica saludable —especialmente, cuando se debe al segundo de los motivos señalados—, pero creo que lo sería aún mucho más si cada cual hiciera lo posible para que la discusión al respecto se aproximara a lo que filósofos como Habermas llaman «discurso racional» y que, no por nada, este último considera como «una forma peculiarmente improbable de comunicación». Pondré un par de ejemplos de lo que me parece no es —o no contribuye a— una discusión de ese tipo.

En un periódico canario (de fecha 25-III-1992), y bajo el título de «Chabacanería judicial o judicializada chabacanería», su autor, refiriéndose a la actitud del

juez que —en la sentencia en cuestión— habría hecho prevalecer la conciencia individual sobre las leyes del Estado, escribía —entre otras cosas— lo siguiente: «Si por un imperativo de conciencia el juez de referencia cree que cualquier hijo de vecino, graciosamente, puede pasarse por la entrepierna las anteriores declaraciones constitucionales [se refiere a los artículos 30.1, 8, 9.1 y 1 CE], cómo condenar a un tarado genético cuando declare en las páginas del diario donostiarra *Egin* que por un imperativo de conciencia se vio obligado a soltar los frenos de un coche-bomba para que por la rampa de entrada se deslizara y fuera a reventar su carga de amonal en el patio de la casa-cuartel de Vich...» Por el otro lado, esto es, por parte de quienes vieron con buenos ojos la sentencia absolutoria del juez, las secciones de «Cartas al director» en los días y semanas siguientes a hacerse pública la sentencia suministraron también algunos ejemplos de actitudes no muy reflexivas. Así, tras conocerse el fallo de la sentencia, el ministro de Justicia había afirmado lo siguiente: «Si fuera aceptado que la conciencia está por encima de la ley [...] la conciencia de los terroristas, sus pretensiones o sus luchas reivindicativas podrían quedar por encima de la ley» (*El País*, de 13-III-1992). Una lectora del mismo diario (en la sección de «Cartas al director» de 22-III-1992) extraía de esas declaraciones esta consecuencia: «[...] desde su cargo de ministro de Justicia [...] se lanza tranquilamente a afirmar [...] que el hecho de que un objetor de conciencia se niegue a ocupar gratuitamente un puesto de trabajo (además, en un país con un 16,9 % de paro) es asimilable a que los terroristas maten niños.»

En el caso del periodista canario, además de recordarle que si los terroristas fuesen —como él supone— «tarados genéticos», entonces obviamente no cabría condenarles ni jurídica ni éticamente pues serían, en sentido estricto, **inimputables**;

Inimputable es todo aquel sujeto incapaz de comprender el significado antijurídico (o inmoral) de su acto o bien de actuar conforme a esa comprensión; en el primer caso estaría, por ejemplo, un niño de corta edad, y en el segundo podría estarlo un esquizofrénico. Los inimputables no pueden cometer delitos por ausencia del requisito de **culpabilidad**.

habría que reprocharle el no haber leído con un mínimo de cuidado (seguramente no muchos de quienes opinaron en privado y en público sobre ella lo hicieron) la sentencia en cuestión; nadie que la hubiese leído podría pensar que el texto de la misma autorizaba a atribuirle al juez semejante creencia y las consecuencias que el comentarista hace derivar de ahí. Y por lo que se refiere a la ardorosa lectora que aprovecha la ocasión para pedir la dimisión del ministro,

En el mismo sentido se pronunciaron muchos otros lectores, «escritores», comentaristas y hombres públicos. Como ejemplo puede servir estas declaraciones del dirigente de IU, Julio Anguita (*El País*, 13-III-1992) : «El ministro de Justicia ha perdido la dimensión del bien y del mal [...] Atila no lo hubiera hecho peor.» O el Movimiento de Objeción de Conciencia que anunció que interpondría una querrela contra el ministro (es de suponer que por haberles llamado «terroristas»).

se le podría sugerir, quizás, que volviera a leer de nuevo las declaraciones del ministro y la suya propia para estar bien segura de no haber cometido un tipo de **falacia** que propongo llamar «la falacia de la analogía». Si después de este ejercicio de reflexión porfiaran —ella y los otros— en seguir pidiendo la dimisión del ministro, quizás no le(s) falten razones... pero sin duda han de tener una base distinta a esas declaraciones. Permítaseme, en todo caso, efectuar ahora —antes de proseguir, o de comenzar, con el análisis del caso del insumiso— un breve excursus para explicar en qué consiste esta falacia (es decir, este mal argumento que a

muchos les parece bueno) en la que, por cierto, no parecen incurrir únicamente lectores precipitados o activistas fogosos.

Quizás algún lector recuerde que meses antes, en octubre de 1991, se produjo un cierto conflicto entre el Ministerio del Interior, entonces entregado en cuerpo y alma —si es que los ministerios pueden tener «alma»— a la defensa del proyecto de nueva ley de seguridad ciudadana, y diversas organizaciones judiciales que entendían que la ley en cuestión podía atentar contra las libertades constitucionales. En el contexto de ese enfrentamiento, el ministro hizo referencia a ciertas decisiones judiciales que, en su opinión, traslucían una aplicación de las leyes penales tan «benevolente», que venían a constituirse en un obstáculo para la eficacia policial (se trataba, pues, de justificar la adopción de medidas que facilitasen la labor de la policía, garantizando así el orden y la seguridad ciudadanas). El conflicto dio lugar a una declaración del **Consejo General del Poder Judicial**

El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del poder judicial. Se compone de 20 vocales elegidos por el Congreso de los Diputados y por el Senado más un presidente que lo es también del Tribunal Supremo. Tiene como funciones la inspección de juzgados y tribunales, el nombramiento de jueces y magistrados, tareas de formación y perfeccionamiento, etc.

en la que, entre otras cosas, se decía: «Aducir unas pocas decisiones judiciales como causa de una menor eficacia en la represión de la delincuencia y como fundamento de esa falta de respeto a los integrantes del poder judicial, sería tan erróneo e injusto como vilipendiar a los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad y culparles del incremento de la delincuencia a partir de unos cuantos casos de presuntos delitos atribuidos a policías.» Pues bien, un par de días después de producidas estas declaraciones, un Editorial del diario *El País* (de 25-X-

1991) afirmaba —tras aprobar en líneas generales la actuación del Consejo a la que calificaba de «didáctica» que el Gobierno debía asimilar— lo siguiente: «[...] existe un punto erróneo en la didáctica del CGPJ que conveniría rectificar cuanto antes y es el que compara determinadas decisiones judiciales, señaladas desde el poder político como obstáculos a la labor policial, con casos de presuntos delitos atribuidos a la policía. Equiparar los dos supuestos implica que tales decisiones judiciales pueden ser también delictivas, en cuyo caso no bastaría con recriminarlas. Habría que querellarse por prevaricación contra sus autores.»

Si bien se mira, el tipo de argumento que utiliza el editorialista es el mismo que llevaba a nuestra lectora a sostener que el ministro (en este caso, el de Justicia) había equiparado el comportamiento de los insumisos con el de los terroristas. Y en ambos casos se comete la misma **falacia** —lo que he llamado la «falacia de la analogía»— consistente en no distinguir entre «una relación de semejanza» y «una semejanza de relaciones». Porque el Consejo no estaba identificando las decisiones judiciales con los presuntos delitos policiales, sino que lo que equiparaba era la relación que se da entre decisiones judiciales y falta de eficacia en la represión del delito, por un lado, y la relación entre presuntos delitos policiales e incremento de la delincuencia, por el otro. Y el ministro de Justicia, obviamente, no estaba comparando —y, menos aún, equiparando— los insumisos a los terroristas, sino la relación que se da entre la conciencia de un insumiso y su absolución, por un lado, y la conciencia de un terrorista y su posible absolución, por el otro. En ambos casos, lo que se equipara no son los términos (decisiones judiciales y delitos policiales; insumisión y terrorismo), sino las relaciones entre esos términos y otros términos (falta de eficacia en la persecución del delito; absolución). Para poner un ejemplo que quizás permita ver las cosas to-

davía con mayor claridad: si alguien afirmara que «*Copito de nieve* es al Zoo de Barcelona lo que *Chu-Lin* al de Madrid», no por ello habría que entender que está pretendiendo identificar el Zoo de Barcelona con el de Madrid o los gorilas con los osos panda.

Pero basta ya de excursos y veamos de una buena vez qué es lo que se sostiene exactamente en la sentencia de marras.

2. Una sentencia controvertida

Como se indicó en el anterior capítulo, un caso jurídico puede ser **difícil** de resolver por diversas razones. Básicamente, por alguna de estas cuatro: no existe (o no está claro que exista) una norma jurídica válida que se aplique al caso; la norma existe, pero su interpretación, en relación con el caso, ofrece problemas; no está claro que se hayan producido los hechos que configurarían el supuesto previsto en la norma; los hechos sí que se han producido, pero su calificación jurídica resulta controvertida.

Curiosamente, el caso que nos ocupa no parecería entrañar en principio ninguna de estas dificultades. El artículo 2, apartado 3 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, modificada por la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre, establece lo siguiente: «Al que habiendo quedado exento del servicio militar, como objetor de conciencia, rehúse cumplir la prestación social sustitutoria, se le impondrán las penas de prisión menor en sus grados medio o máximo y de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.» I.A.G. fue reconocido objetor de conciencia, declarado exento del servicio militar y útil para realizar una prestación social sustitutoria. Sin embargo, cuando se le instó para realizar esa prestación (en un hogar de la tercera edad), manifestó su objeción a la

prestación social sustitutoria (su «insumisión») y omitió, en consecuencia, la prestación. El juez no dice en ninguna parte de su sentencia que la norma transcrita no sea una norma válida del ordenamiento jurídico español y declara expresamente como hechos probados los que se acaba de indicar. Sin embargo, de ahí no deduce que deba condenar a I.A.G. a la pena prevista legalmente, sino que en el fallo de la sentencia le absuelve del delito de incumplimiento de la prestación social sustitutoria. ¿Cómo es esto posible?

La justificación ofrecida por el juez, esto es, las premisas de su razonamiento que le llevan a tomar esa decisión, expuestas de manera muy sintética, parecen ser éstas:

A) La norma penal aplicable al caso —y antes transcrita— configura un delito de los llamados «delitos contra un deber». Con ello el juez quiere decir que aquí no se está protegiendo ningún «bien jurídico» —en el fundamento primero, apartados *a)* y *b)* se descarta que lo sean la defensa nacional en su dimensión civil o la prestación social en sí misma considerada—, sino que sólo se trata de «la infracción de un deber que se quiere imponer “per se”» (fundamento primero, apdo. *c)*).

B) El objetor incumplió su deber legal por imperativo «de una conciencia auténtica, adquirida no en virtud de ciertas conveniencias, sino con base en su formación religiosa y en una constante educación de sus potencias morales» (fundamento segundo, 2 *b)*).

C) Esta actuación es coherente con sus planteamientos éticos, pues «el acusado no objeta el cumplimiento del servicio militar obligatorio [...] sino la existencia misma de dicho servicio [...]: en la medida que el objetor acepte la prestación social sustitutoria, estará aceptando la existencia del servicio militar obligatorio» (fundamento segundo, 2 *c)*).

D) La **acción** que lleva a cabo el insumiso podríamos denominarla «**supererogatoria**», puesto que él hace más de lo estrictamente debido desde el punto de vista moral: «esta postura [...] demuestra la generosidad de su planteamiento, pues el logro que con ella pretende alcanzar el acusado no lo es para sí (él ya está exonerado del deber de cumplir el servicio militar) sino para otros». «Desde cualquier perspectiva que se utilice se concluirá que es más incómodo el sometimiento a juicio y el ingreso en un establecimiento penitenciario para cumplir una pena de dos años, cuatro meses y un día —condena respecto de la que el acusado manifestó su intención de aceptarla sin interponer recurso— que la realización de una concreta actividad social.» «No cabe atribuirle desidia a una persona que, como el acusado, muestra su solidaridad mediante la realización constante, voluntaria y gratuita de actividades sociales destinadas a ayudar a los demás» (fundamento segundo, 2 *d*).

E) La acción del acusado se inscribe dentro de un movimiento de **desobediencia civil**

La **objeción de conciencia** y la **desobediencia civil** son supuestos en que se plantea una contradicción entre las obligaciones establecidas por el Derecho y por la moral. Entre ambos fenómenos suelen establecerse estas diferencias: 1) la objeción de conciencia no persigue la modificación de una ley o de una determinada política (como la desobediencia civil), sino tan sólo el no cumplimiento de una obligación por el objetor (por ejemplo, el servicio militar); 2) la objeción es un acto individual, mientras que la desobediencia civil sólo tiene sentido si es practicada por un número más o menos elevado de personas; 3) como consecuencia de lo anterior, la objeción de conciencia puede estar reconocida jurídicamente, pero no así la desobediencia civil: es posible reconocer a los individuos el derecho a no cumplir con una determinada obligación jurídica (por ejemplo, el servicio militar), pero lo que no podría haber es un derecho de desobediencia civil de carácter general. Se dice

también que la objeción de conciencia tiene carácter moral, mientras que la desobediencia civil es de carácter político, pero no es muy claro que esto sea así, pues las razones de la desobediencia civil pueden perfectamente —de hecho, suelen— ser morales. Lo que hace difícil distinguir ambos fenómenos es que suelen darse conjuntamente, como ocurre en el caso que se analiza, en el que un individuo, por un lado, se niega a cumplir un deber jurídico por razones de conciencia y, al mismo tiempo, participa en un movimiento político dirigido a cambiar una determinada política del Gobierno.

que pretende sus objetivos —la derogación de una ley— por medios no violentos: «el acusado asume, con la excepción dicha, el ordenamiento jurídico, y no se opone al Estado, pues se somete a la autoridad que lo juzga y a la decisión que se adopte, cualquiera que sea» (fundamento segundo, 2 f). Es decir, se trata de una desobediencia limitada tanto en cuanto a sus objetivos, como en cuanto a los medios a utilizar.

F) Todo lo anterior, en opinión del juez, plantea un conflicto entre «conciencia o ley» («individuo o sociedad», «persona o Estado») que debe resolverse en favor de los primeros de estos términos, esto es «a favor de la conciencia, que es hacerlo a favor de la persona y de su dignidad» (fundamento tercero). Esto lo fundamenta el juez: 1) en la propia naturaleza de la conciencia que impone al hombre «el compromiso de actuar conforme a sí mismo» (fundamento tercero, a); 2) en el carácter de derecho fundamental que, de acuerdo al artículo 16 CE, tiene la libertad de conciencia (fundamento tercero, b); 3) en que, de acuerdo con la Constitución, la persona no es «un resultado jurídico, sino presupuesto y fundamento del orden político y jurídico» (fundamento tercero c); 4) en que, de acuerdo con el artículo 10.1 CE, la dignidad de la persona es «fundamento del orden político y de la paz social» (fundamento tercero d); 5) en que el libre desarrollo de la personalidad se protege también a través de

los derechos fundamentales de los artículos 16, 19 y 20 CE (fundamento tercero *e*).

G) En el caso en cuestión se da la **circunstancia eximente del estado de necesidad**

La realización de una **acción típica y antijurídica** significa la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico penalmente protegido. Sin embargo, ese ataque a un bien jurídico puede en ocasiones estar *justificado* cuando existe un conflicto con otros bienes jurídicos a los que el ordenamiento jurídico otorga un valor superior o, al menos, equivalente. Eso es lo que ocurre en los casos de **legítima defensa** (por ejemplo, quien mata a un agresor para salvar su propia vida) y de **estado de necesidad** (por ejemplo, quien causa daños en la propiedad ajena para salvar la vida de un tercero) que son, por ello, circunstancias que eximen de responsabilidad criminal.

(art. 8, n.º 7 del Código penal), pues: 1) al incumplir la prestación social sustitutoria «su propia dignidad se encontraba en la situación de riesgo inminente»; 2) el incumplimiento era el único modo de evitar que su dignidad quedara afectada; 3) la lesión causada —y el juez señala expresamente que sería «una desmesura pensar que la defensa nacional hubiera quedado mínimamente afectada» con su acción (fundamento cuarto, *c*)— es de entidad muy inferior a la evitada; 4) el conflicto de intereses analizado no es imputable al acusado quien, por otra parte, no tenía, por razón de su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

3. ¿Quién se equivoca?

La polémica desatada por la sentencia es, sin duda, fácil de explicar: se trata de una decisión con una enorme trascendencia social [en la actualidad existen, al parecer, unos tres mil insumisos] y que, al mismo

tiempo, parece poner en cuestión determinados valores del **Estado de Derecho**

No todo Estado es un Estado de Derecho, sino únicamente el que cumple determinados requisitos: 1) imperio de la ley, entendida ésta como expresión de la voluntad popular; 2) división de poderes, con primacía del legislativo; 3) legalidad de la Administración; 4) garantías de los derechos y libertades fundamentales (véase Díaz, 1981). Por otro lado, el Estado de Derecho ha evolucionado desde su aparición a comienzos del siglo pasado y se suelen distinguir dos formas del mismo: el Estado liberal de Derecho y el Estado social de Derecho. En el primero, el Estado cumple funciones básicamente de garantía, lo que significa que ha de intervenir lo menos posible en la marcha de la sociedad. El Estado social, por el contrario, tiene un carácter intervencionista y benefactor: trata de guiar la sociedad y no sólo de *laisser faire*.

(fundamentalmente, el de la vinculación de los jueces al ordenamiento jurídico). Quizás esto explique también que mientras los partidarios de la decisión no parecen haber encontrado mejores argumentos en su favor que ponderar la «valentía» del juez, su «sensibilidad social», etc., los comentaristas más «esclarecidos» se situaron, en general, en contra de la decisión. Veamos, sin embargo, hasta qué punto tenían razón o no los críticos, analizando separadamente cada uno de los cuatro argumentos principales que se dirigieron contra la decisión y que podrían llamarse, respectivamente, así: **argumento de la universalidad**, de las **consecuencias**, de la **coherencia** y de la **corrección** de la decisión.

3.1. EL ARGUMENTO DE LA UNIVERSALIDAD

El **argumento de la universalidad** es precisamente el que esgrime el ministro de Justicia —y, con él, muchos otros comentaristas de la sentencia— en las

declaraciones antes recogidas. Su fuerza deriva de que un requisito que parece ha de cumplirse en todo caso para que una decisión judicial pueda considerarse justificada es que la regla general o principio en que se base —su *ratio decidendi*— pueda universalizarse; esto quiere decir que no puede tratarse de un criterio *ad hoc*, válido sólo para esa ocasión, sino de un criterio que estemos dispuestos a aplicar también en todos los casos idénticos o sustancialmente semejantes a éste. En otro caso, es obvio que se atentaría contra el principio de igualdad de trato.

Por eso tiene sentido —pero que «tenga sentido» no quiere decir exactamente que «tenga razón»— la afirmación del ministro, quien subraya, precisamente, el absurdo que en su opinión se produciría si se universalizase el criterio utilizado por el juez (la conciencia prima sobre la ley). Se explica también el malestar que la sentencia provocó en muchas personas que, por lo demás, consideraban injusta la ley que el juez habría dejado de aplicar: «Lo que no me parece tan legítimo es que el Estado, en forma de sentencia judicial, otorgue a alguien lo que en la misma forma negó a otros, condenándoles a ser recluidos en un penal militar, y mientras ese mismo Estado, en forma de autoridades, tanto civiles como militares, en estos mismos momentos está obligando a miles de jóvenes a cumplir un servicio militar con el que no están de acuerdo...» (*El País*, «Cartas al director», 30-III-1992). Y se comprende que no pocos hayan visto en la sentencia un ejemplo de «la degradación de lo jurídico» que caracterizaría a la realidad social española de los últimos años: «No obstante —afirma Juan José López Burniol para fundamentar su discrepancia con la sentencia (“El descrédito de la ley”, *La Vanguardia*, 31-III-1992)—, lo que quisiera es destacar el efecto demoleedor que para el ordenamiento jurídico supone que un juez exima de responsabilidad a quien se niega a cum-

plir una ley válida. Porque, una vez que se comienza, ¿dónde se para? ¿Cabe —por ejemplo—, siguiendo el razonamiento, dejar de pagar aquella parte proporcional de los impuestos correspondiente al porcentaje que del presupuesto nacional está asignado a los gastos de defensa? ¿O, podría un nacionalista distraer de su cuota la parte de la misma que no regresará luego a su comunidad en forma de gasto público? ¿Por qué hay que presumir más auténtica y mejor formada la conciencia de un insumiso que la de un nacionalista?» Sin embargo, la versión más radical del argumento de la universalidad es la que presenta Fernando Savater (en «Leyes y conciencias», *El País*, 29-III-1992): «Desde el punto de vista jurídico, la sentencia de Calvo Cabello comete el pecado antikantiano de que su universalización es contradictoria: vamos, que si Calvo Cabello acierta, no se convierte en un juez más justo, sino que resulta innecesario como juez.»

El lector habrá advertido a buen seguro el talento literario de Savater —y, de nuevo, el talento literario o de otro tipo no es señal inequívoca de tener razón—, quien «se aprovecha» de los apellidos del juez para sugerir divertidamente que lo paradójico en este juez no está sólo en sus sentencias.

Ahora bien, el argumento de la universalidad no está, en mi opinión, bien utilizado en todos los ejemplos anteriores, por lo que sigue. El requisito de la universalidad debe valorarse, como se ha dicho, a partir de la *ratio decidendi* de la sentencia. Los críticos parten de que el juez basó su decisión en el criterio de que «la conciencia prima sobre la ley» y de ahí deducen, con toda razón, el absurdo a que llevaría universalizar ese criterio. Sin embargo —y aun aceptando que la fundamentación de la sentencia no es en este punto todo lo clara que debiera— me parece bastante más natural interpretar que la *ratio decidendi* del caso no lo

constituye el anterior criterio, sino este otro: «Si alguien infringe un deber penal que se quiere imponer “per se” (o sea, sin que la infracción de un deber suponga un ataque a un bien jurídico), lo hace por imperativo de una conciencia auténtica, su conducta es éticamente coherente, supererogatoria, no violenta y no cuestiona el ordenamiento jurídico más que en ese punto concreto, y se dan las circunstancias del estado de necesidad, entonces, en tal caso la conciencia prima sobre la ley, en el sentido de que a esa persona no se le debe imponer una sanción penal.»

Y si tenemos esta pequeña gentileza con el juez, parece claro que las anteriores críticas desaparecen sin demasiados problemas. En el caso de los terroristas, es obvio que éstos no cumplen —cuando menos— ni con el primer requisito, pues sus acciones suponen un ataque a un bien jurídico básico, ni con el requisito de la no violencia, por lo que la crítica del ministro es —como cabía intuir— infundada. El que otros jueces hayan enviado a prisión a insumisos que estaban en la misma situación que el del caso en cuestión no es, naturalmente, un argumento que quepa esgrimir contra la sentencia; por el contrario, universalizar la regla en que el juez basó la decisión significaría, precisamente, la absolución de aquéllos. Y quienes cumplen con el servicio militar —por convicción, por comodidad o por lo que se quiera— son, simplemente, una categoría de personas que caen fuera del ámbito de la regla, como caerían también fuera quienes pretendiesen alegar fraudulentamente razones de conciencia para librarse de esa obligación: la universalización del criterio, en cuanto tal, no plantea aquí ningún problema. La objeción al pago de impuestos es un supuesto algo más difícil, pero seguramente porque reconocer algún tipo de objeción fiscal podría no estar injustificado; y, de todas formas, el criterio que estamos examinando no parece que ponga en cuestión la actual situación en este

punto, dado que el pago de impuestos no parece constituir un ejemplo de deber que se pretenda imponer «per se», y que el impago sólo da lugar a una sanción penal cuando la «cuota defraudada» supere los 5 millones de pesetas. Finalmente, la objeción de Savater no resulta difícil de salvar: la inmensa mayoría de las conductas sancionadas penalmente por nuestro ordenamiento jurídico no caen bajo el ámbito de la anterior regla, por lo que, lamentablemente, vamos a seguir necesitando al juez Calvo y a los otros jueces penales aunque todos ellos decidieran seguir en este punto el criterio del primero.

3.2. EL ARGUMENTO DE LAS CONSECUENCIAS

El **argumento de las consecuencias** tiene bastante que ver con el anterior, pero no coincide del todo con él. El argumento universalista planteaba esta pregunta: ¿puede sostenerse sin contradicción el carácter universal del criterio aplicado por el juez en el caso? El argumento de las consecuencias, sin embargo, se plantea esta otra: ¿qué consecuencias —fácticas o normativas— produce esa decisión concreta y, sobre todo, qué consecuencias produciría la aplicación generalizada de la regla utilizada por el juez? Si se quiere, el primer argumento se centra en el *resultado* de la decisión: la introducción de un nuevo criterio o regla jurídica, mientras que el segundo se dirige a las *consecuencias* de ese resultado. Por ello, es posible sostener que la decisión respeta el principio de universalidad, pero tiene —o podría tener— tan malas consecuencias que no debió tomarse. Tales consecuencias negativas parecen consistir, básicamente, en lo siguiente:

1. Admitir que puede haber algún supuesto en que una ley válida pueda dejar de cumplirse por moti-

vos de conciencia implica una grave amenaza para el orden jurídico y el orden social. En las declaraciones del ministro de Justicia estaba también apuntado este problema: «El incumplimiento de la ley —sostuvo como justificación de sus anteriores declaraciones— tiene que tener algún tipo de sanción. Las leyes hay que cumplirlas y los jueces [deben] aplicarlas. De lo contrario, los ciudadanos se encontrarían en una situación de desigualdad: unos pasarían parte de sus vidas cumpliendo sus obligaciones con la sociedad y el ejército, mientras que a otros no les pasaría nada por hacer caso omiso de esas mismas obligaciones» (*La Vanguardia*, 27-III-1992). Vicente Plural («La insumisión», en *El Correo de Andalucía*, 22-III-1992) se muestra de acuerdo con el ministro en su crítica de la sentencia, precisamente porque «la doctrina de la sentencia [...] puede llevar a justificar las mayores barbaridades»: «si las leyes democráticas y constitucionales de un verdadero Estado de Derecho pueden no acatarse por motivos de conciencia, también, y por los mismos motivos, podrán dejar de acatarse las sentencias de los tribunales [...] ¿Se imaginan a dónde puede llevarnos una espiral de incumplimientos y “desacatos”?». El director del gabinete del ministro parece haber dado respuesta a esta última pregunta. Después de considerar que «lo verdaderamente relevante» en el caso es «la insumisión del magistrado autor de la sentencia», no duda en afirmar que «admitida una inaplicación de la ley, habrá que asumirlas todas», con lo que, al final, lo que desaparece es la propia idea del Derecho, al menos tal y como ahora —en nuestra cultura— la entendemos: «tras la sentencia del juez insumiso, cabe justificadamente preguntarse si en el futuro las leyes se cumplirán o si, por el contrario, habrá más jueces insumisos que decidan no aplicarlas. En fin, porque la desconfianza en el fruto de su labor presidirá las tareas de los legisladores, que no sabrán ya si las normas que elabo-

ran servirán para algo o serán desoídas por jueces insumisos a ellas». «De prosperar esta conducta —añade— las leyes serán innecesarias, porque serán los jueces quienes decidirán lo que se debe y lo que no se debe hacer. Ciertamente entonces lo decidirán ellos, y no nosotros; pero eso es en realidad lo que ahora ha hecho el juez insumiso, porque de su sentencia se deduce que es él y sólo él —y no el legislador que a todos representa— el que decide lo que es digno y lo que no lo es» (Joaquín García Morillo, 1992).

2. Una segunda consecuencia negativa deriva de la politización de la función judicial que, según algunos, se refleja en la sentencia. Así, el mismo Vicente Plural (en el artículo que se acaba de citar), afirmaba: «Premeditadamente o no, se nos está transmitiendo a los ciudadanos la idea de que, según sea el color de la asociación a la que pertenece un juez, así ha de ser el contenido de sus resoluciones. Mal puede ir un Estado de Derecho si el uso alternativo del mismo [esto es, del Derecho]

El uso alternativo del Derecho fue una corriente de izquierdas integrada por teóricos y prácticos del Derecho que se desarrolló en Italia en la década de los setenta y que tuvo alguna repercusión también en España. El objetivo fundamental consistía en proponer frente al uso tradicional del Derecho — eminentemente conservador — un uso progresista que fuera favorable a las clases trabajadoras. La tesis de la indeterminación más o menos radical del Derecho (las normas jurídicas constituyen un material manipulable de acuerdo con postulados políticos; el lenguaje normativo puede interpretarse siempre de muy diversas maneras) constituye también el núcleo de un movimiento norteamericano que ha adquirido gran predicamento desde finales de los setenta y que guarda estrechas afinidades con el anterior: los «**Critical Legal Studies**».

y la ideología del juzgador pueden llevar a resultados totalmente contradictorios aplicando las mismas nor-

mas jurídicas.» Y García Morillo lanzaba este aviso para progresistas incautos que hayan saludado con alborozo la sentencia: «Sólo queda, por último, advertir a quienes creen ver en este mecanismo una fuente de aplicación de ideas progresistas un pequeño detalle: la insumisión judicial puede serlo de un juez supuestamente progresista o de otro reaccionario, porque admitida la una se abre la puerta a la otra, y el gobierno judicial podrá serlo en cualquier sentido [...] Están cambiando [quienes aplauden la sentencia] un valor seguro, el de la ley como expresión de la voluntad mayoritaria, por otro que históricamente se ha demostrado de lo más inseguro: el de la sustitución de la voluntad mayoritaria por la de un solo hombre.»

3. La última consecuencia negativa derivada de la sentencia es la erosión que la misma provoca en una institución esencial del Estado cual es el ejército. Así, refiriéndose a estas y otras sentencias «favorables» a los insumisos producidas en estos últimos meses, el secretario de Estado para la administración militar las calificaba de «preocupantes», asegurando que «no van a ser entendidas por los jóvenes que están cumpliendo la *mili*» (*El País*, 11-III-1992). Opinión esta última compartida por el abogado defensor del insumiso, quien, lógicamente, no valoró esta consecuencia de la decisión en forma precisamente negativa: «A mi entender, el revuelo que la sentencia ha causado en el Gobierno y en sectores conservadores de nuestra sociedad se ha producido porque existe un temor grande a que los sujetos que actúan por responsabilidad y con conciencia sean muchos más, hasta el punto de poner en cuestión el propio servicio militar y de obtener su desaparición» (Rois Alonso, 1992).

En mi opinión, y a pesar de la contundencia con que —como se ha visto— se expresan quienes sostienen el argumento, la sentencia puede hacer frente a todas las anteriores críticas sin demasiados problemas.

La debilidad del argumento radica en que las consecuencias a que se apela o bien están exageradas hasta un punto tal que resultan falsas o, cuando menos, muy discutibles; o bien son asumibles, en el sentido de que no sólo no son negativas, sino que cabe incluso atribuirles un valor positivo.

Por lo que se refiere a la primera de las consecuencias, no cabe duda de que los críticos tendrían razón si efectivamente el criterio que se hace jugar en la sentencia implicara lo que ellos suponen. De hecho, en la teoría del Derecho de las últimas décadas se ha sostenido con frecuencia que la existencia —y pervivencia— de un Derecho sólo requiere de los destinatarios de las normas una actitud, en general, de obediencia pasiva, mientras que por parte de los jueces se exige un mayor compromiso. Es decir, dada la especial posición que los jueces ocupan en el ordenamiento jurídico, deben adoptar también una actitud especial frente a sus normas. Y, en este sentido, resulta enteramente fundado afirmar que la «insumisión» de los jueces es muchísimo más grave para el ordenamiento jurídico que la del resto de los ciudadanos.

Pero lo que ocurre es que, en este caso, si es que se puede hablar de «insumisión» por parte del juez, se trata de una actitud que no tiene un carácter general, sino que se circunscribe a un supuesto muy concreto. El juez —como el verdadero insumiso— no cuestiona el ordenamiento jurídico español en su conjunto, ni tampoco un sector tan sensible del mismo como es el ordenamiento penal, sino, en todo caso, una de sus normas. Pero además —y esto me parece especialmente relevante— no apela para ello a criterios distintos a los del propio ordenamiento jurídico que él debe aplicar: las referencias a la justificación moral y política de la desobediencia del insumiso que se encuentran en la sentencia no juegan ningún papel central en la argumentación del juez. Lo relevante de su funda-

mentación —y que sea acertada o no es otra cuestión— son los argumentos dirigidos a mostrar la justificación jurídica de la desobediencia, esto es —se puede leer en el fundamento segundo, 2 g)— «si quienes, como el acusado, desobedecen civilmente una ley —han violado, por tanto, una ley— pueden quedar eximidos de responsabilidad penal». En definitiva, parece más bien una exageración sostener que la actitud del juez implica una seria amenaza para el ordenamiento jurídico. El argumento de «las consecuencias en cascada» o² de «la pendiente resbaladiza» utilizado por los críticos me parece infundado. Hay bastantes ejemplos de normas jurídicas válidas que son «desobedecidas» —esto es, sistemáticamente inaplicadas por los jueces— y nadie parece pensar que simplemente por ello se arriesgue la **eficacia general del Derecho**. Por lo demás, el propio Gobierno impulsa en ocasiones la no aplicación de normas jurídicas válidas, y ello ni siquiera tiene por qué ser siempre un motivo de crítica. Recuerdo ahora un caso reciente en que el Fiscal General —y es de suponer que no en contra del criterio del Gobierno— ordenó que no prosiguieran las actuaciones de una fiscalía —especialmente celosa del respeto de la legalidad pero que, en realidad, no había hecho más que aplicar el Derecho vigente— dirigidas a investigar si en una determinada clínica ginecológica se habían realizado abortos ilegales (es decir, delictivos).

Con respecto a la segunda de las consecuencias indicadas, las consideraciones a hacer aquí son del todo semejantes a las anteriores. Es decir, la «politización» de la administración de justicia pone efectivamente en riesgo el normal y deseable funcionamiento de la realización del Derecho, pero sólo si se sobrepasan determinados niveles de tolerabilidad. Porque frente a los casos difíciles, la actitud del juez no puede ser siempre moral y políticamente neutral: la decisión del juez en este caso supone, en efecto, la adopción de una actitud

ideológicamente comprometida, pero otro tanto cabría decir, en mi opinión, de los jueces que aplicando «estrictamente» la norma antes transcrita imponen a los insumisos la pena de 2 años, 4 meses y 1 día de prisión menor, o la de los que «se las arreglan» de diversas maneras para restringir drásticamente la anterior pena, pero evitando al mismo tiempo la absolucón. Se podría decir que estos últimos no estarían haciendo más que «aplicar» la ideología asumida por el legislador —o, al menos, no la estarían contradiciendo frontalmente—, pero a ello cabría replicar todavía que el juez que dictó la sentencia de absolucón lo hizo amparándose en la ideología contenida en la Constitución. En definitiva, la sentencia en cuestón no es, desde luego, un ejemplo de *aplicación* pura y simple del Derecho, pero tampoco me parece que constituya un caso radical —y rechazable— de **activismo judicial**. Por lo menos en el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pueden encontrarse ejemplos de decisiones que no traslucen un menor grado de libertad en la interpretacón del Derecho. Y por mucho que la posicón del Tribunal Constitucional sea, lógicamente, distinta a la del resto de los órganos jurisdiccionales, esa diferencia no es aquí relevante: si el Tribunal Constitucional falla, por ejemplo, un recurso de amparo reconociendo a una determinada persona un cierto derecho y lo hace a partir de una determinada interpretacón del ordenamiento jurídico, está claro que lo que está indicando con ello es que ésa es la interpretacón que debieron hacer los órganos que, antes que él, tuvieron que pronunciarse sobre el caso en cuestón.

Como ejemplo de lo que quiero decir, creo que puede servir una sentencia de la Sala segunda del Tribunal Constitucional (204/1988) que —bien es cierto que sólo por mayoría— reconoció el amparo a la viuda de un funcionario civil a la que se había denegado el derecho a percibir la pensión extraordinaria concedida por la ley de 11

de julio de 1941 «a las viudas de funcionarios civiles muertos en determinadas circunstancias como consecuencia de su adhesión al Alzamiento Militar de julio de 1936». La recurrente estimaba discriminatorio «que los mismos beneficios no se extiendan, desde la entrada en vigor de la Constitución, a las viudas de los funcionarios civiles que se encontrasen en las mismas circunstancias cuando la muerte del esposo hubiese sido provocada por su adhesión al Gobierno republicano». Para llegar a su resolución, el Tribunal Constitucional tuvo, en primer lugar, que aplicar una norma (la contenida en la referida ley de 1941) que, obviamente, no podía seguir en vigor después de la cláusula derogatoria de la Constitución; en segundo lugar, tuvo que prescindir de la normativa aplicable al caso: la Ley 5/1979; y, finalmente, tuvo que interpretar la primera norma —la ley de 1941— de manera tal que difícilmente se podría seguir hablando ya de «interpretación», pues el tribunal declaró aplicable al caso uno de los apartados del artículo 3 de la ley en cuestión que se refería a los funcionarios civiles «que combatieron y se alzaron por el Movimiento y fueron detenidos y ejecutados». Un lector ingenuo podría hacerse la pregunta de por qué hizo eso el Tribunal Constitucional. Y la respuesta me parece que es bastante simple: porque así evitaba un resultado manifiestamente injusto, asumiendo por ello un coste no demasiado alto.

Finalmente, es cierto que si el criterio utilizado en la sentencia fuera asumido por la generalidad —o por una parte importante— de los jueces, ello produciría un gran impacto en el ejército. Pero la consecuencia de ello no parece que fuera a ser la de poner en riesgo la defensa nacional, sino la de acabar con un cierto modelo de ejército y, en particular, con el servicio militar obligatorio, lo que no tiene por qué verse como una mala consecuencia. Sólo lo sería si efectivamente, como piensan algunos, «un ejército totalmente profesionalizado» es «inviabile» (Albi, 1992, p. 3). Pero esta última opinión parece, cuando menos, discutible. Personalmente, considero completamente razonable el planteamiento que hace Vicens Fisas (1992, p. 8), quien sostiene que «la forma de organi-

zar una nueva política de defensa europea coherente con los discursos sobre desarme [...] forzosamente pasaría por disponer exclusivamente de tres tipos de fuerzas: pequeños ejércitos profesionales defensivos y no provocativos, fuerzas de paz a disposición de la ONU y fuerzas de solidaridad para actuar rápidamente ante desastres naturales». Y si esta última opinión es acertada —y, desde luego, al menos mucha gente en nuestro país piensa así— la sentencia comentada podría considerarse como una notable contribución en esta dirección.

3.3. EL ARGUMENTO DE LA COHERENCIA

El **argumento de la coherencia** se conecta estrechamente con los dos anteriores —con el argumento de la universalidad y de las consecuencias, entendidas estas últimas como consecuencias normativas— pero tiene, en cierto modo, un alcance mayor: una sentencia puede ser universalizable, producir consecuencias normativas y fácticas aceptables y, sin embargo, resultar incoherente, en el sentido de que no encaja bien en el conjunto del ordenamiento jurídico: rompe la «lógica» establecida en los principios del sistema.

La decisión tomada por el juez en el caso de los insumisos —han dicho prácticamente todos cuantos han criticado la sentencia—, al dejar de aplicar una norma válidamente establecida, se opone a los principios quizás más básicos del **Estado de Derecho**: el **principio de legalidad** y de **división de poderes**. Por otro lado, en la fundamentación de la sentencia —como hemos visto anteriormente en el apartado 2— el juez sostuvo que la disyuntiva «conciencia o ley» debía resolverse en favor de la primera, lo que suena inevitablemente a paradoja: un **sistema jurídico** —como ha escrito, por ejemplo Joseph Raz (1991,

cap. 5), se caracteriza porque es *comprehensive* (pretende autoridad para regular cualquier tipo de conducta), *pretende ser supremo* (pretende autoridad para prohibir, permitir o imponer condiciones sobre el establecimiento y funcionamiento de todas las organizaciones normativas a las que pertenecen los miembros de la comunidad) y es *abierto* (contiene normas cuyo propósito es dar fuerza vinculante dentro del sistema a normas que no pertenecen a él). Sin embargo, la paradoja desaparece si se interpreta la decisión del juez en el sentido antes sugerido: lo que quiso decir el juez no fue exactamente que la conciencia prevalece sobre la ley (es decir, que las razones jurídicas no son en este caso razones últimas y que, por tanto, pueden ser desplazadas por razones de otro tipo), sino que, dadas las circunstancias del caso, existen razones *jurídicas* de suficiente peso (razones básicamente constitucionales) para que quien viola una determinada ley por motivos de conciencia sea eximido de responsabilidad penal. Si se acepta esta premisa del razonamiento del juez, entonces su decisión sería coherente, pues la misma no parece entrar en contradicción con los principios de nuestro ordenamiento jurídico ¿Pero es esto así?

Para poder afrontar este problema con más claridad, creo que conviene partir de dos presupuestos. El primero es que el juicio de **coherencia** tiene un carácter relativo y graduable, en el siguiente sentido: una decisión es coherente —como se ha dicho— en relación con los principios del sistema jurídico de referencia; pero ocurre que a veces, en los casos difíciles, los diversos principios jurídicos pugnan entre sí, lo que significa que una decisión puede ser coherente en relación con algunos principios e incoherente en relación con otros; de lo que se trata entonces es de que la decisión sea lo más coherente posible, esto es, que sea compatible con el mayor número de principios o con

los más básicos de entre ellos. El segundo presupuesto es que la crítica de que una determinada decisión —o su fundamentación— es incoherente tiene que presuponer que existe una decisión —o una fundamentación— alternativa que satisfaga mejor los requisitos de coherencia. Y parece obvio que, en opinión de los críticos, esa decisión tendría que ser la de condenar al insumiso a la pena (mínima) de 2 años, 4 meses y 1 día, sobre la base de que su conducta cae claramente bajo el supuesto de hecho de la norma aplicable al caso que establece, precisamente, esa consecuencia jurídica.

Ahora bien, aunque parece razonable aceptar que esta última decisión es más coherente que la otra en relación con el principio de legalidad y, por consiguiente, con el de primacía del poder legislativo sobre el judicial, las cosas podrían verse de otra manera si se consideraran otros valores o principios del ordenamiento jurídico. Si la decisión del juez que absuelve al insumiso resulta incoherente por no haber aplicado una norma válida, la otra decisión lo sería también en cuanto que se basa en una norma válida, pero incoherente. Es cierto que esa norma fue declarada válida, esto es, conforme a los principios constitucionales, por el Tribunal Constitucional (sentencias 160 y 161 de 1987), pero me parece que hay bastantes razones para pensar que la fundamentación (de la mayoría, no de la totalidad) del tribunal no brilló entonces por su coherencia.

Por un lado, en la argumentación del Tribunal Constitucional jugó un papel importante la tesis —en mi opinión, francamente incoherente [Atienza, 1989]—, de que el derecho de **objeción de conciencia** es un derecho autónomo, pero no fundamental; de esta manera, el tribunal operaba una minusvaloración del derecho sumamente discutible (y discutida por la doctrina). Por otro lado, la existencia de un de-

lito —la negación a cumplir con la prestación social sustitutoria— que sólo puede ser cometido por varones, y además por varones jóvenes —como el de la negación a cumplir el servicio militar—, mueve a la sospecha de que probablemente se esté vulnerando aquí el principio de igualdad de trato: parece por lo menos discutible que la exclusión de las mujeres de la obligatoriedad del servicio militar —y, en consecuencia, de la prestación social sustitutoria— sea conforme al artículo 14 de la Constitución (Landrove, 1992, p. 15). Además, la pena prevista de prisión menor en su grado medio o máximo (de 2 años, 4 meses y 1 día a 6 años) atenta manifiestamente contra el **principio de proporcionalidad**, tal y como lo sostuvo ya el magistrado De la Vega en su voto particular a la sentencia 160 del Tribunal Constitucional antes indicada. Y ello, no sólo porque a los objetores se les impusieran penas considerablemente más duras que a los que simplemente se negaban a cumplir el servicio militar obligatorio (incoherencia que el legislador ha «resuelto» a su manera endureciendo las penas para estos últimos casos),

Ello, en virtud de la Ley Orgánica 13/1991 de 20 de diciembre del servicio militar, que modifica el Código penal.

sino porque esa pena es superior, por ejemplo, a la que el Código penal establece para el delito de lesiones (art. 420), de estupro (art. 434) o de infanticidio (art. 410). Y, en fin, la regulación en su conjunto de la objeción de conciencia constituye un lamentable ejemplo de que, en un Estado de Derecho, las leyes no sólo son expresión de la *voluntad general*, sino también, en algunos casos, de la voluntad arbitraria de quienes nos representan. «La Ley de Objeción de Conciencia —ha escrito, por ejemplo, Claudio Movilla

(“Una sentencia polémica”, en *El Correo Español. El Pueblo Vasco*, 27-III-1992)—

Esta opinión me parece especialmente relevante, por tratarse de un juez que ocupa un lugar importante en la organización jurisdiccional española —es el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria— y que ha mostrado —en el artículo que se cita— su discrepancia con la sentencia.

es una norma que de ningún modo sirve para cumplir las finalidades a que aparentemente responde.» «La actual configuración de la prestación social sustitutoria —opina otro autor (Cámara, 1992, p. 6)— no responde tanto a la obtención de una rentabilidad social con la cobertura de acciones de solidaridad que de otro modo no se cumplirían, cuanto a satisfacer objetivos estatales *perfeccionistas*, esto es, la consecución gratuita de ideales de excelencia consistentes en obtener a toda costa satisfacción y obediencia (y si no es así, el castigo) de quienes cuestionan, aunque sea razonadamente y con atendible fundamento, las obligaciones generales mal concebidas y peor articuladas e instrumentadas.»

En definitiva, me parece que no pocos juristas teóricos y prácticos (y con independencia de que estén de acuerdo o no con la sentencia que absuelve al insumiso) consideran que la norma aplicable al caso es profundamente incoherente con los principios de nuestro sistema jurídico. ¿Y puede ser coherente una decisión que se basa en una norma que claramente no lo es?

3.4. EL ARGUMENTO DE LA CORRECCIÓN

Finalmente, queda por examinar el que he llamado «argumento de la corrección» y que, en rela-

ción con la sentencia, puede hacerse jugar de dos maneras distintas.

Por un lado, cabe sostener que el juez ha aplicado incorrectamente el criterio por él mismo establecido. Así, se ha dicho que la conducta del insumiso —al parecer, de cualquier insumiso— no sólo no es generosa, sino que demuestra una «profunda insolidaridad»: «ni quiere colaborar en la defensa común, ni quiere trabajar gratuitamente en beneficio del resto de la comunidad [...] Es una postura que mal se puede amparar en auténticos escrúpulos de conciencia, ya que para ellos se ha establecido y regulado la figura de la objeción. Parece, pues, que su base es el egoísmo» (Albi, 1992, p. 3). Que la obligación que debía cumplir el insumiso del caso no afectaba en absoluto ni a su dignidad ni a su conciencia, pues no se sabe «en qué puede dañar la conciencia de nadie, por muy antimilitarista que esa conciencia sea, prestar servicios en un asilo de ancianos» (García Morillo, 1992, p. 5). Y que en este caso no cabía aplicar la eximente de **estado de necesidad** pues, por un lado, esta figura tiene un carácter excepcional, de manera que no puede entenderse con la amplitud con que se hace en la sentencia, y, por otro lado, el juez, al sostener que el cumplimiento del deber es un bien de rango inferior al imperativo de conciencia, hace una ponderación indebida, en cuanto que con ello se aparta del criterio establecido por la propia constitución (al establecer la institución de la prestación social sustitutoria), por el legislador ordinario (al dictar la Ley de Objeción de Conciencia) y por el Tribunal Constitucional (al declarar constitucional esta última ley) (Claudio Movilla, *op. cit.*). Ahora bien, las dos primeras objeciones me parecen claramente infundadas, pues presuponen que nadie puede tener razones de conciencia para objetar, no el cumplimiento del servicio militar obligatorio, sino la existencia misma de dicho servicio. La tercera objeción, por el contrario,

enuncia un argumento de mucho más peso y que apunta a una cuestión que me parece esencial en todo este asunto. Pero, precisamente por ello, conviene tratarla dentro de la segunda versión del argumento de la corrección.

Quienes usan de esta segunda forma el argumento de la corrección no entran en la cuestión de si el juez ha aplicado mal el criterio general formulado en la sentencia. Sostienen que ese criterio es incorrecto. Y su incorrección deriva de que por mucho que el mismo sea universalizable, produzca consecuencias aceptables y sea coherente (al menos en el sentido de que los criterios alternativos no provocan un menor grado de oposición con principios básicos del ordenamiento), lo que no puede ocurrir es que un juez fundamente una decisión en un criterio que sea contrario a alguna norma legal cuya constitucionalidad haya sido declarada por el Tribunal Constitucional. Los jueces gozan de libertad para interpretar las normas jurídicas, pero dentro de ciertos límites, que en este caso han sido traspasados. Aunque las propias concepciones morales, políticas o jurídicas del juez (él puede pensar perfectamente que el Tribunal Constitucional se equivocó *iurídicamente* cuando juzgó constitucional la ley) le digan otra cosa, no puede seguir aquí su propio criterio, sino que debe aceptar el de las **autoridades**

La noción de **autoridad** es sin duda necesaria para poder hablar de Derecho o de sistema jurídico. Cuando un juez dice que él debe fundamentar sus resoluciones en las leyes emanadas del parlamento o en la doctrina del Tribunal Constitucional, lo que hace es reconocer *autoridad* a esas instituciones. Eso quiere decir que, para los jueces, lo establecido por las Cortes o por las instancias judiciales superiores suponen razones no sólo para actuar en un cierto sentido (el indicado en esas disposiciones), sino también para excluir como guía de su conducta judicial su propia estimación de las razones aplicables al caso; esto es, el juez no puede entrar en

consideraciones acerca de lo que él estimaría como lo correcto de acuerdo con su idea de la justicia, su interpretación del Derecho, etc., sino que debe seguir lo que le dicta la autoridad para ese caso que funciona, pues, como una razón excluyente. La existencia de autoridades jurídicas —y la especial fuerza que en el Derecho tienen los **argumentos de autoridad**— cumplen un papel de gran importancia ligado al valor de la **seguridad jurídica**; si no fuera por la existencia de autoridades, resultaría imposible —o, al menos, considerablemente más difícil— prever el comportamiento de los órganos jurídicos y de los propios particulares.

No obstante, la **aplicación del Derecho** no se reduce simplemente a seguir los criterios establecidos por las autoridades. Por un lado, porque en ocasiones puede no ser claro qué sea lo establecido por la autoridad (puede haber problemas de interpretación o de relevancia). Por otro lado, porque no todas las normas jurídicas funcionan como **razones excluyentes** (Atienza/Ruiz Manero, 1991). En concreto, funcionan como *razones excluyentes* las normas a las que hemos denominado **reglas**, pero no así los **principios**. Las reglas se caracterizan por ordenar un curso de acción determinado cuando se dan unas condiciones de aplicación también determinadas; por ejemplo, la norma que establece que, por un mismo trabajo, la mujer debe recibir el mismo salario que el hombre. Pero el Derecho no sólo contiene normas de este tipo, sino también *principios* que, a su vez, pueden ser de dos clases. Los **principios en sentido estricto** que establecen que «A es un valor», sin indicar cuáles son las condiciones en las que el valor A prevalece frente a otros valores concurrentes asimismo reconocidos por el Derecho; por ejemplo, el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación por razón de sexo. Y las **directrices** o normas programáticas que establecen que «B es un fin a alcanzar» sin indicar una jerarquía entre el fin B y otros fines asimismo declarados por el Derecho; por ejemplo, la deseabilidad de que todos los españoles tengan una vivienda digna. Las normas de estos últimos tipos no pueden, a diferencia de las *reglas*, operar como *razones excluyentes*: suministran a los órganos de aplicación razones para tomar una determinada decisión, pero que deben ponderarse en relación con otras razones (provenientes de otros principios y fuentes del ordenamiento jurídico).

a las que se encuentra sometido. O, dicho todavía de otra forma: el juez no puede guiarse aquí por **razones sustantivas**, sino por **razones formales**. Lo correcto en este caso hubiese sido aplicar el apartado 3 del artículo 2 de la ley tantas veces citada, y condenar al insumiso a una pena mínima de 2 años, 4 meses y 1 día de prisión menor, porque ése era, para el caso en cuestión, el sentido de la disposición establecida por el poder legislativo y convalidada por el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, llegados a este punto, lo que cabe preguntarse es si las cosas tienen que ser necesariamente así, esto es, si los jueces no pueden, en algún caso, ir más allá de lo que podría llamarse «**racionalidad formal**» en la fundamentación de sus decisiones. Este tipo de racionalidad podría definirse como sigue (Atienza, 1989a): una decisión jurídica está racionalmente justificada si y sólo si: 1) respeta los principios de consistencia (en el sentido de que no comete errores de tipo lógico), de universalidad y de coherencia; 2) no elude la utilización como premisa de alguna fuente del Derecho de carácter vinculante; 3) no desconoce la existencia de hechos probados en la forma debida, y 4) no utiliza como elementos decisivos de la fundamentación criterios éticos, políticos, etc., no previstos específicamente (aunque pudieran estarlo genéricamente) por el ordenamiento jurídico.

Mi opinión es que hay ocasiones en que los jueces pueden (y deben) adoptar decisiones que van más allá de los límites fijados en esos requisitos. O, para ser más exactos, a diferencia de los límites establecidos en los tres últimos requisitos, los del primero son infranqueables, pero lo que ocurre es que, con frecuencia, surgen casos para los cuales hay más de una posible decisión que respeta esos límites. Ahora bien, una decisión que cae fuera de la racionalidad formal no es por ello una decisión arbitraria. Entre la racionalidad for-

mal y la arbitrariedad —la irracionalidad— hay un terreno intermedio que a veces se llama «**razonabilidad**» y que propongo definir como sigue: una decisión jurídica es razonable si y sólo si: 1) se toma en situaciones en que no se podría, o no sería aceptable, adoptar una decisión que respete los criterios de la racionalidad formal; 2) logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión, y 3) obtiene un máximo de consenso. Veamos si la decisión del juez cumplió o no con estos tres últimos requisitos.

El primero de ellos enuncia el carácter subsidiario o excepcional que ha de tener la utilización de criterios de razonabilidad. En el caso que nos ocupa, el abandono de la racionalidad formal (la vulneración del requisito 2), producido por haber dejado de aplicar una norma válida del sistema sólo estaría justificado si, en efecto, no era posible *hacer justicia de acuerdo con el Derecho*. Obviamente, no es posible entrar aquí a discutir en detalle qué significa afirmar que una norma o una decisión jurídica es injusta. Pero lo que sí cabe es efectuar un breve repaso de lo que otros jueces, en casos semejantes, hicieron... para llegar a la conclusión de que el juez que absolvió al insumiso no tenía ante sí ninguna otra decisión alternativa que le permitiera hacer justicia sin vulnerar los requisitos de la racionalidad formal. Pues, en efecto, las otras decisiones posibles parecen ser éstas: *a)* aplicar estrictamente la ley y, en consecuencia, condenar al insumiso a una pena mínima de 2 años, 4 meses y 1 día; *b)* aplicar la ley —por tanto, condenar en los anteriores términos— y elevar una petición de indulto al Gobierno (cuando se ha hecho, la petición no ha sido atendida); *c)* aplicar la ley, pero rebajar drásticamente la pena —a menos de 1 año— para que el objetor no tenga que ingresar en prisión (pero de esta forma no se aplica correctamente —de acuerdo con la racionalidad formal— la ley y es más que dudoso que se haga

justicia); *d*) absolver al insumiso utilizando una fundamentación diferente a la de la sentencia comentada (el único caso que conozco —en que se absolvía al insumiso por falta de lesión del bien jurídico protegido— utiliza una fundamentación que, en el fondo, no difiere mucho de aquélla y que, desde luego, va más allá de la racionalidad formal).

Me estoy refiriendo a un auto de archivo (de 20-XI-1991) y a otro resolviendo el recurso de reforma interpuesto contra el anterior (de 8-I-1992) en los que el titular del Juzgado n.º 38 de Madrid, Ramón Sáez, justificó la absolución en la «ausencia de **tipicidad**», esto es, en que la acción del insumiso «no lesionó el bien jurídico protegido» que, en su opinión, no puede ser otro que «la defensa de España en su modalidad de defensa civil». Podría decirse que la diferencia entre esta fundamentación y la que exhibe la sentencia del juez José Luis Calvo es que la primera establece un criterio que puede considerarse más simple y menos ideológico que el de la segunda: la acción del insumiso no es delictiva simplemente si con ella no se atenta contra la defensa de España en su modalidad de defensa civil. Pero este criterio —en principio preferible a aquél— me parece que podría llevar a condenar a insumisos que se hubiesen negado a realizar alguna prestación que sí tuviese que ver con la defensa de España en su modalidad de defensa civil (pues ésta probablemente no sea una clase vacía); en este aspecto, puede considerarse menos radical que aquél y de **universalización** problemática: la misma conducta —negarse a realizar la prestación social sustitutoria— sería en unos casos delictiva y en otros no, según el tipo de prestación exigida por la Administración. En todo caso, el auto ha sido revocado por otro de la sección sexta de la Audiencia Provincial de Madrid (de 14-II-1992), básicamente por las siguientes razones que ya he tenido ocasión de criticar: 1) «colisiona con la doctrina establecida en este tema por el Tribunal Constitucional»; 2) «el cumplimiento de la Ley no puede quedar sujeto a las opiniones o creencias, por muy respetables que éstas sean, de los ciudadanos», y 3) «si la negativa a efectuar la prestación social sustitutoria, por razón de objeción de conciencia, no lleva aparejada su incriminación penal, ello afectaría al principio de igualdad respecto a los demás

ciudadanos que se encuentran cumpliendo su servicio militar».

El segundo de los requisitos plantea, en mi opinión, el auténtico nudo gordiano del caso. En la teoría del Derecho se suele distinguir —como hemos visto repetidamente— entre **casos fáciles** y **casos difíciles**. Un caso es fácil cuando, aplicando los criterios de lo que he llamado «racionalidad formal», el resultado es una decisión no controvertida. Un caso, por el contrario, es difícil cuando, al menos en principio, puede recibir más de una respuesta correcta: el caso plantea la necesidad de armonizar entre sí valores o principios que están en conflicto, y se presentan diversas soluciones capaces de lograr un equilibrio, en cuanto que no sacrifican ninguna exigencia que forme parte del contenido esencial de los principios o valores últimos del ordenamiento. Ahora bien, esa clasificación usual debe, en mi opinión, ser enriquecida añadiéndole un nuevo miembro: el de los **casos trágicos**. Un caso es trágico, precisamente, cuando en relación con el mismo no cabe tomar una decisión que no vulnere algún principio o valor fundamental del sistema. Y esto es precisamente lo que ocurre en el caso del insumiso (y por lo que no encajaba en los supuestos de casos difíciles señalados): que los jueces —o, al menos, algunos jueces— no se enfrentan aquí con un simple problema de elección entre diversas soluciones alternativas, sino con un verdadero dilema: o sacrifican el principio de legalidad y de subordinación del poder judicial al legislativo, o sacrifican el principio de libertad de conciencia, de proporcionalidad de las penas, de exclusiva protección penal de bienes jurídicos, etc. Todavía más simple: o hacen justicia, o aplican la ley.

Pero esto es también justamente lo que parecen no ver muchos críticos de la sentencia que reconocen que

la ley que debía aplicar el juez era una ley «impresionable», «injusta», etc., pero no parecen querer ver cuáles son las consecuencias de aplicar «correctamente» una norma injusta ¿O es que estarían dispuestos a sostener que los jueces —también los de un Estado de Derecho— tienen la obligación (¿quizás moral?) de dictar resoluciones que consideran gravemente injustas? ¿O se trata de que, llegado el caso —como éste de los insu- misos— al juez que pretende ser decente no le queda otra alternativa que dimitir? ¿Se imaginan quiénes acabarían siendo los jueces no dimisionarios? ¿O quizás se está pretendiendo decir que el juez debe limitarse a aplicar las leyes sin meterse en honduras éticas o de otro tipo? ¿Es ése el mejor modelo de juez para una sociedad que, después de todo, no puede arreglárselas sin jueces?

En mi opinión —y con esto paso a referirme al tercero de los requisitos de «decisión jurídica razonable»—, el juez no podía, en el caso en cuestión, dictar una resolución que satisficiera todas las exigencias que el Derecho —ampliamente entendido— le planteaba, y optó, de manera muy razonable, por el mal menor: evitó cometer una injusticia grave —castigar con una pena considerable una acción no sólo no reprochable moralmente, sino supererogatoria— y lo hizo afectando en la menor medida posible al ordenamiento jurídico. He dicho que el tercer requisito consistía en que la decisión (en cierto modo para «compensar» su déficit de racionalidad formal) tenía que ser acreedora a un máximo de **consenso**. Se me dirá que la resolución del juez no ha suscitado precisamente un gran acuerdo, en especial dentro de la **comunidad jurídica** (su revocación por parte de la Audiencia provincial era del todo previsible).

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación contra la sentencia. La sección segunda de la Audiencia

Provincial de Madrid (en sentencia n.º 491 de 6 de octubre de 1992) revocó la sentencia del juzgado y condenó a I. A. G. a la pena de cuatro meses de arresto mayor al considerar que en la comisión del delito había concurrido la circunstancia *atenuante* analógica de **estado de necesidad**; esto es, en opinión del tribunal no se daban todos los requisitos del estado de necesidad (lo que implicaría apreciar una circunstancia *eximente* de responsabilidad), pero sí los suficientes elementos (el tribunal entendió que se había producido un conflicto de intereses que ocasionó una mengua en la libertad del sujeto agente) como para considerar de aplicación el apartado 10 del artículo 9 del Código penal que establece que atenúa la responsabilidad criminal «cualquier otra circunstancia de *análoga* significación que las anteriores» (y el estado de necesidad incompleto es una circunstancia atenuante). Es fácil ver que esta solución transmite la sensación de que se ha aplicado el Derecho y, al mismo tiempo, no tiene prácticamente consecuencias negativas para el condenado, pues una pena inferior a un año (si no se da alguna circunstancia específica como la de ser reincidente) no implica el ingreso en prisión.

Unos días antes (en sentencia n.º 485 de 1 de octubre de 1992), la sección 16 de la misma Audiencia Provincial de Madrid había revocado una sentencia de un juez de instrucción que, en un caso semejante, había apreciado también una atenuante analógica muy cualificada (en este caso, la de haber obrado «por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación...») y condenado a un insumiso a la pena de cuatro meses de arresto mayor. La Audiencia Provincial impuso en este caso la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor.

Pero a ello cabe responder que a lo que aquí se apela no es a un **consenso** de tipo **fáctico**, sino de tipo **racional**. Y, en mi opinión, todo lo dicho hasta aquí lleva a considerar que, dadas las circunstancias, la decisión adoptada por el juez sería también la que adoptarían los participantes en un discurso que se guiara por reglas de discusión racional y en el que no se tratara de establecer normas jurídicas, sino de aplicarlas; si se tratara de lo primero, no cabe duda de

que el acuerdo se produciría en el sentido de modificar una normativa que sitúa a los jueces ante un verdadero dilema moral.

Cuestiones

1. Vuelva a leer con cuidado el ejemplo de «falacia de la analogía» señalado al comienzo del capítulo. Trate de precisar lo que se entiende por falacia. ¿Es simplemente un mal argumento? Ponga ejemplos de falacias.

2. ¿Considera que el Derecho penal debería prescindir de la prisión? ¿En qué casos? ¿Cuáles cree que podrían ser las alternativas a la prisión? ¿Qué funciones cumplen las penas? ¿Está justificado el castigo? Véase Roxin, 1989.

3. ¿Qué opina sobre la desobediencia civil? ¿En qué casos le parece que está justificada? ¿Deben sancionarse los actos de desobediencia civil? ¿Y los supuestos de objeción de conciencia? Desde el punto de vista moral, ¿debe prevalecer la conciencia sobre la ley? ¿Debemos obedecer siempre al Derecho? ¿Y si se trata del Derecho de un Estado democrático? Consúltese Calvo, 1992; Fernández, 1987; Malem, 1988; Muguerza, 1989.

4. ¿Qué actitud hacia las normas jurídicas deben adoptar los jueces en un Estado de Derecho? ¿Deben limitarse a aplicar estrictamente las leyes o pueden también ir más allá de la letra de la ley? ¿Hasta dónde llega la libertad del intérprete? ¿O no hay límites para la interpretación? ¿Es mejor el gobierno de los jueces o el gobierno de las leyes? ¿Por qué? ¿Podríamos prescindir de los jueces? ¿Y del Derecho?

5. ¿Qué decisión habría adoptado —de ser juez— en el caso del insumiso? ¿Cómo la habría argumentado? ¿Cree que debería cambiarse la regulación del delito de insumisión? ¿En qué sentido? ¿Qué debe hacer un juez cuando tiene que aplicar normas que él considera injustas? Véase Lucas, 1992.

6. Respecto al problema planteado por los insumisos, las decisiones adoptadas por diversos jueces y Audiencias provinciales difieren considerablemente entre sí. ¿Le parece que eso es un serio inconveniente o, por el contrario,

lo juzga de manera positiva, ya que eso revela el pluralismo existente sobre la problemática en cuestión? Una de las funciones del Tribunal Supremo (pero no todos los casos llegan hasta el Supremo; por ejemplo, en el delito de insubmisión la última instancia son las Audiencias provinciales) es unificar la doctrina jurisprudencial. ¿Le parece que ésa es una función positiva? ¿Por qué?

7. ¿Considera que el consenso puede ser un criterio para juzgar sobre la corrección de una decisión? ¿El consenso de quién: de la gente en general o de los expertos en Derecho? ¿Qué diferencia existe entre el consenso fáctico y el consenso racional? ¿Qué condiciones tendrían que darse para que una discusión fuera realmente racional?

8. Trate de precisar cómo se usa en el texto la expresión *coherencia*. ¿Es lo mismo coherencia que consistencia lógica? ¿Por qué es importante la coherencia en el Derecho? ¿O no lo es?

Anexo 3. Comentario a “Un dilema moral”

La disertación de Manuel Atienza en el capítulo quinto de su texto *Tras la Justicia*, referido a la insumisión, parte del análisis de una sentencia dictada en el año 1992 por un juez español quien absolvió a un objetor del delito de “insumisión”, imputado ya que este individuo se negó a realizar la actividad de tipo social que sustituye la prestación del servicio militar obligatorio en el país ibérico. De manera muy somera, podría afirmarse que el fundamento de la sentencia emitida por el juez de referencia es sobreponer “la conciencia individual sobre las leyes Estatales”. Dicho fundamento es el que ofrece un aporte interesante a la presente disertación; en tal sentido se expondrán los argumentos del fallador y los contraargumentos de quienes se opusieron a la sentencia.

Las tesis del juez respecto a su controvertida sentencia pueden enumerarse de la siguiente manera:

A. La conducta del imputado no vulnera ningún bien jurídico, pues el no cumplimiento del servicio social sustitutivo, como objetor de conciencia, configura un “delito contra un deber”.

B. El incumplimiento del procesado se debe a la emanación de “una conciencia auténtica”, producto de su formación religiosa, y no a una postura amañada o de conveniencia.

C. La postura del acusado puede plantearse en el sentido de que este no se opone “al cumplimiento del servicio militar obligatorio, sino a la existencia misma de dicho servicio”. De tal forma que si acepta cumplir con la actividad que sustituye el servicio militar obligatorio, correlativamente estará aceptando la obligatoriedad de incorporarse por un tiempo a la milicia.

D. La acción desplegada por quien se resiste a cumplir la norma se nombra como “supererogatoria”, ya que sobrepasa su deber moral en la medida en que persigue un objetivo altruista (debido a que él ya está excluido del cumplimiento de la obligación, o sea del servicio militar obligatorio) que beneficie a los demás. Lo anterior se colige por

la disposición que mostró el insumiso de cumplir la pena de prisión que se desprende por el incumplimiento del mandato legal que penaliza los delitos contra un deber. De lo precedente se desprende su postura solidaria respecto a sus pares.

E. La acción desplegada por el insumiso se enmarca dentro de la dinámica de la desobediencia civil, la cual se caracteriza por perseguir la anulación de una norma, pero de manera pacífica.

Como es sabido, tanto la desobediencia civil como la objeción de conciencia son posturas que generan tensión entre el Derecho y la moral, aunque cada una tiene unos rasgos definidos que las caracterizan así: la objeción de conciencia persigue una licencia para incumplir un mandato legal, no la alteración de este; se ejerce de manera personal y puede tener reconocimiento legal; por su parte, la desobediencia civil propende por el cambio de determinada norma; se puede considerar como tal siempre y cuando sea practicada o demandada por un grupo de personas que poseen el mismo interés frente a la desaparición o cambio de la ley en mención, y carece de regulación jurídica en general o, en otras palabras, no ostenta la calidad de derecho. La pretensión de que la objeción de conciencia obedece a la moral mientras que la desobediencia civil hace lo propio respecto a la política es un tanto imprecisa, ya que un movimiento de desobediencia civil puede perfectamente obedecer a razones morales, y en el caso de la sentencia que sirve de referencia a estas reflexiones, ambas figuras tienden a confundirse o a darse de manera simultánea, en la medida en que el insumiso se niega a cumplir el precepto legal (servicio social obligatorio que reemplaza el servicio militar), y a su vez pretende que se cambie la postura institucional (la imposición del servicio militar a los jóvenes).

F. Según el juzgador, la situación contrapuesta se plantea entre el individuo poseedor de una conciencia y el Estado que tiene la ley como medio para el mantenimiento del orden social. En el caso en mención, el *a quo* lo resuelve privilegiando al individuo en su conciencia, y de paso reivindica principios fundamentales que tienen asiento en la Constitución Española, como son: la dignidad, la libertad de conciencia, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

G. En la situación que sirve de referencia, se configuran los elementos del estado de necesidad, ya que el incumplimiento por parte del acusado, a pesar de causar un daño al bien jurídico protegido, se debió a su incapacidad de cumplir con lo prescrito; pues de haberlo hecho así, se hubiese generado un daño mayor para él, en términos de afectación a su dignidad, lo cual no requiere muchísimas justificaciones, puesto que la dignidad es considerada como un bien mayor respecto a “la defensa nacional” —que no estuvo mínimamente amenazada—, que fue el bien jurídico vulnerado con la insumisión frente a la norma. En otras palabras, no le es exigible, según el ente juzgador, un “sacrificio” de esa magnitud.

Los argumentos esbozados en la sentencia referida generaron bastante controversia, entre otros asuntos porque obligan a replantear principios como el imperio de la ley, coherente con un Estado de derecho, modelo en el cual está inscrita España. Los seguidores de la decisión fundamentaron su aplauso en “la sensibilidad social” del juzgador, mientras que los detractores, en cambio, resumieron en cuatro explicaciones las razones por las cuales consideran que el juez incurrió en un error al emitir dicha sentencia:

1. Argumento de la universalidad: este argumento se apoya en el principio de igualdad, pues el operador jurídico está obligado a fundamentar sus fallos en normas que puedan aplicarse a todos (universales) o al menos a quienes coincidan en cuanto a ciertos presupuestos fácticos. Es así como el *ad quo* reivindicó la conciencia por encima de la ley.

2. Argumento de las consecuencias: establece algunas semejanzas con el argumento anterior, pero hay que hacer la claridad respecto a que el concepto de universalidad (como criterio de aplicación) tiene que ver con el resultado que genera la decisión del juez, mientras que el presente argumento hace referencia a las consecuencias de dicho resultado; esto es, qué sucedería si de forma generalizada se aplicara a casos análogos el criterio en que el fallador fundamentó su decisión. Para Atienza, puede no haberse vulnerado el principio de universalidad, sin embargo, advierte las consecuencias que según sus detractores se desprenderían de la sentencia:

- Las leyes se hacen con el propósito de que sean acatadas por sus destinatarios y aplicadas por los operadores jurídicos y, por tanto, deberán ser sancionados absolutamente todos quienes se marginen del deber de cumplimiento, puesto que es una forma de mantener el orden social. De acuerdo con algunos reclamantes frente a la decisión, “el realmente insumiso fue el Juez”, quien con su postura optó por dejar en la penumbra el concepto de Derecho que subyace en una sociedad determinada. Simultáneamente, se cuestiona el sentido de la labor legislativa, la cual desaparece cuando el aplicador desatiende la norma y falla a partir de su criterio personal, en este caso, basado en la *dignidad*. Es pertinente recordar que el legislador ostenta tal calidad por la legitimidad conferida por los ciudadanos, por tanto, marginarse de las disposiciones diseñadas por este órgano es a su vez segregarse del querer de la sociedad; de tal modo que no le son dables al juez estas licencias para que determine según su criterio cuál norma aplicar y cuál no.
- Otra de las consecuencias que menciona el autor es la de “la politización de la función judicial”, la cual pone a depender la decisión de criterios no estrictamente legales, sino ligados a la corriente de pensamiento del juzgador, lo que acarrearía que frente a situaciones bastante similares se profirieran sentencias antagónicas. Además, respecto a la cuestionada sentencia, que abrió la puerta al concepto de “insumisión judicial”, se planteó una acertada reflexión, sobre todo para quienes estuvieron de acuerdo con la decisión por considerarla como una postura liberal: la renuencia de un juez frente a la aplicación de la ley puede darse en ambos sentidos, o sea, con fundamentos progresistas o presupuestos reaccionarios, puesto que si la aplicación de la norma no se torna obligatoria para el juzgador, puede llevarse a cabo por doble vía. De esa forma, se transita de la seguridad jurídica soportada en la ley como emanación de la voluntad general a la fragilidad que significa la postura de uno solo: del aplicador judicial.
- Por último, se sugiere como consecuencia negativa la repercusión que al interior de la institución castrense puede tener esta clase de fallos, ya que es capaz de generar interrogantes en aquellos ciudadanos que cumplen con su obligación de prestar el servicio militar. No obstante, quienes apoyan la decisión manifiestan que la sentencia ha impactado fuertemente en el gobierno y en otros sectores porque en un futuro podría ser ampliamente cuestionado el servicio como tal, al

punto en que podría tender a desaparecer a partir de la toma de conciencia de la innecesariedad del mismo.

El profesor Manuel Atienza considera que las consecuencias a las que se refieren los opositores, y sobre las que alertan a partir de la sentencia en discusión, no son bien ponderadas porque carecen de unos fundamentos sólidos y en determinado momento podrían leerse desde la otra orilla.

Respecto a la llamada “insumisión del juez”, argumenta el autor que es un caso aislado, tendiente a resolver la situación particular del procesado en relación con una norma del ordenamiento, y no con toda la normatividad constitucional; además, justifica el desacato a la norma con tesis o fundamentos contenidos en la misma Constitución, que no son otros que la “justificación jurídica de la desobediencia” (Atienza, 1997, p. 163). El juez en la defensa de su tesis plantea que quien desobedece una ley civil no necesariamente se convierte en objeto del derecho penal.

Cuando se habla de la politización de los jueces como otra implicación no deseable del argumento en mención, replica el autor que la “neutralidad” en términos morales y políticos es deseable frente a los operadores jurídicos, pero no en todos los supuestos se puede lograr. La ideología que profesan todos los juzgadores está obviamente permeada en sus decisiones, y podría leerse que la ideología que llenó de contenido la controvertida sentencia es la misma que inspiró el Texto Constitucional. Hay que reconocer que frente a la situación compleja que tenía en frente el juzgador, no hubo una aplicación exegética de la norma, pero tampoco por ello podría predicarse que se configuró lo que se ha dado en llamar “activismo judicial”. Un ejemplo contundente de “cierta liberalidad” en las interpretaciones es el que ofrece el Tribunal Constitucional, quien cuando concede cualquier tipo de amparo a un ciudadano a partir de la interpretación que hace de la situación, está a su vez enviando un mensaje a los operadores jurídicos que le antecedieron y que debieron hacer ese tipo de elucidación en aras de la protección del derecho demandado.

Por último, en relación con la tesis que considera que si los jueces mayoritariamente fallaran como lo hizo quien decidió respecto al caso en mención se afectaría de manera gravosa la dinámica de las fuerzas militares, Atienza afirma que

esto no tendría consecuencias que alterasen la seguridad nacional, puesto que va dirigido a la abolición del servicio militar obligatorio y, por ende, la conformación de las tropas tendría que obedecer a otros criterios. De esta manera, podría transitarse a otros tipos de contingentes que, según Vincens Fisas, (citado en Atienza, 1997) deberían apuntar a tres objetivos: “Ejércitos defensivos, fuerzas de paz y fuerzas de solidaridad frente a desastres naturales” (p. 166).

3. Argumento de la coherencia: se habla de incoherencia en el sentido de que una sentencia no se ajusta a la dinámica a partir de la cual está construida la totalidad del ordenamiento, esto es, siguiendo los lineamientos y principios que lo llenan de contenido. Mayoritariamente, los opositores de la sentencia del juez frente a los insumisos consideran que dicha decisión vulnera algunos de los principios del Estado de Derecho, como el principio de legalidad y la división de poderes. Pero conviene precisar que cuando el juzgador se halló en la encrucijada planteada entre la conciencia y la ley, optó por la primera bajo el argumento de que “existen razones jurídicas de suficiente peso para que quien viola una determinada ley por motivos de conciencia, sea exonerado de responsabilidad penal” (Atienza, 1997, p. 167), atendiendo a que dichas razones son de carácter constitucional. De este modo se desmoronaría el señalamiento de la falta de coherencia en el pronunciamiento del juez, ya que no está subestimando las razones jurídicas, sino que por el contrario les está dando su lugar, pero a aquellas que detentan la condición de mayor rango o, como ya se dijo, por acreditar su carácter de jerarquía constitucional.

Finalmente, se plantea el autor que la incoherencia endilgada a la sentencia de parte de sus críticos tiene a su vez como antecedente una norma también incoherente, entre muchos otros argumentos, porque hay una vulneración a la igualdad de trato, ya que el servicio militar obligatorio es solo para varones; porque la pena que se aplica a quienes se niegan al servicio social sustitutorio es mucho más gravosa que la que tienen delitos como el infanticidio, las lesiones, entre otros. Adicionalmente, en lo respecta a la regulación de la objeción de conciencia, a pesar de tratarse de un Estado de Derecho, la normatividad no obedece al sentir general sino al particular de los legisladores, además dicha ley no responde a los fines que persigue, ya que se queda en la pretensión de obtener la mera obediencia por parte de sus destinatarios o, en su defecto, el castigo por el incumplimiento. Visto de otro modo, lo que pretende es descargar la omnipotencia

del Estado frente al ciudadano que se resiste con fundamentos sólidos a acatar “obligaciones mal concebidas y peor articuladas e instrumentadas” (Atienza, 1997, p. 170).

4. Argumento de la corrección: frente al argumento de la corrección, Atienza establece distancia en relación con algunas de sus posturas, como son la calificación de la posición del insumiso como profundamente egoísta en cuanto se niega tanto a prestar un servicio social como a contribuir a la defensa de su nación bajo la premisa de que en ambas circunstancias se afectaría su dignidad y conciencia. Así mismo, Atienza rechaza la negativa a la aplicación de la figura del estado de necesidad que utilizó el juez dentro de su fallo. Atienza se distancia de estas críticas porque de ellas se desprende que nadie podría, a partir de las convicciones de su propia conciencia, objetar la existencia del servicio militar obligatorio (no se refiere su cumplimiento).

Por otra parte, se muestra de acuerdo con el argumento que plantea como desacierto priorizar la conciencia frente a la norma, ya que esta fue creada por el legislador y declarada ajustada a la Constitución por parte del Tribunal. La libertad de interpretación del juzgador tiene unos límites, y en este caso el límite es la decisión que frente al contenido de la norma para los insumisos asumió el Tribunal, de modo que si bien el juzgador personalmente la pueda considerar equivocada, está obligado a acatarla. Para un mejor entendimiento, habrá de decirse que el juez solo puede guiarse por “razones formales”; no obstante, el autor considera que las sentencias que en ocasiones se dan por fuera de esos criterios de racionalidad no necesariamente son arbitrarias, y es lo que él llama el terreno de la “**razonabilidad**”, que se presenta como un mecanismo excepcional pero que persigue motivaciones loables aunque muy controvertidas.

Es así como afirma que el juez ponderó, de acuerdo con el contenido de las normas, cuál o cuáles tendría que sacrificar, y optó “por el mal menor: evitó cometer una injusticia grave —castigar con una pena considerable una acción no solo no reprochable moralmente, sino supererogatoria— y lo hizo afectando en la menor medida posible el ordenamiento jurídico” (Atienza, 1997, p. 178).

