

Libertad de conciencia y objeción de conciencia de establecimientos privados de salud: bases conceptuales para su interpretación constitucional*

Freedom of Conscience and Conscientious Objection of Private Health Clinics: Conceptual Grounds for its Constitutional Interpretation

Luciano Damián LAISE**

RESUMEN: Este artículo se dirige a examinar la conexión conceptual que existe entre conciencia, libertad de conciencia y objeción de conciencia. Lo último se realizará mediante una reconstrucción del significado de tales conceptos. A partir de esto, se sentarán las bases para un concepto de objeción de conciencia que no descansará principalmente en el principio de no daño a terceros, sino en un examen de las alternativas disponibles en el caso concreto. Luego, se explicarán las bases para la aplicación del test de razonabilidad para determinar el alcance del derecho a la objeción de conciencia y la deseabilidad de atribuir la titularidad de tal derecho a establecimientos privados de salud.

Palabras clave: conciencia; libertad de conciencia; objeción de conciencia; significado; objeción de conciencia institucional.

ABSTRACT: *This article aims at highlighting the consequences of the conceptual connection between conscience, freedom of conscience and conscientious objection. In order to do that, firstly, it will be necessary to reconstruct the meaning of those three concepts. That reconstruction will offer a concept of conscientious objections not mainly based on the principle of no harm to third parties, but on available choices in the case. Then, I will apply reasonableness test for interpreting the scope of the right of conscientious objection and to determine if it is desirable to admit an institutional conscientious objection for private health clinics.*

Keywords: *Conscience; Freedom of Conscience; Conscientious Objection; Meaning; Institutional Conscientious Objection.*

* Este artículo se enmarca en el proyecto de investigación titulado “Consentimiento informado en materia de servicios de salud en el derecho colombiano” (Código DERM SC-1-2018), acreditado por la Universidad de La Sabana (Colombia). También este trabajo es parte de los resultados de una estancia de investigación en la Universidad Austral y en la Universidad Católica Argentina, que recibió el apoyo del “Subsidio César Milstein”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva de la Nación Argentina. El autor agradece a Juan Cianciardo (Universidad de Navarra, España) y a Pedro Rivas (Universidad Austral, Argentina) por las ideas y sugerencias compartidas, que permitieron enriquecer la calidad final de esta investigación.

** Doctor en Derecho (Universidad Austral, Argentina); profesor en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, Colombia (e-mail: luciano.laise@unisabana.edu.co); ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4249-5948>).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El concepto de conciencia*. III. *El concepto de libertad de conciencia*. IV. *El concepto de objeción de conciencia*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

La objeción de conciencia suele hacer referencia a la pretensión de eximirse de un deber jurídico bajo el argumento de que el cumplimiento de ese deber resulta repugnante a las creencias del objeto.¹ Si se parte de conceptualizaciones como la anterior, es fácil centrarse, a veces excluyente y unilateralmente, en el fenómeno de la identificación de deberes que son prescriptos por la ley positiva, pero cuyos sujetos destinatarios consideran como inmorales, incorrectos o injustos. En una palabra, la objeción de conciencia nos pone frente a una norma que no merece bajo ningún concepto ser cumplida por razones morales.²

De hecho, es frecuente reducir el tratamiento sistemático de la objeción de conciencia a las causales que justifican la eximición del cumplimiento de deberes que son exigidos por normas jurídicas-positivas, en razón de que son considerados como incorrectos a partir de ciertas concepciones morales.³ Dicho de otra manera, es frecuente que el problema de la objeción de conciencia se aborde a partir de una tensión entre exigencias legales y la concepción ética a la que se adhiere el objeto.

Resulta paradigmático lo último cuando, por un lado, se encuentra la concepción moral o religiosa a la que se suscribe un profesional de la sa-

¹ Arlettaz, Fernando, “Libertad religiosa y objeción de conciencia en el derecho constitucional argentino”, *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 1, 2012, p. 356; Wicclair, Mark R., *Conscientious Objection in Health Care: An Ethical Analysis*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, p. 1.

² Wicclair, Mark R., *op. cit.*, p. 28.

³ Véanse entre otros muchos ejemplos, Mora Restrepo, Gabriel, “Objeción de conciencia e imposiciones ideológicas: el Mayflower a la deriva”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm. 2, 2011, pp. 258 y ss.; Prieto Martínez, Vicente, *La objeción de conciencia en instituciones de salud*, Bogotá, Temis-Universidad de La Sabana, 2013; Prieto Martínez, Vicente, “Las objeciones de conciencia en el derecho colombiano”, en Martínez-Torrón, Javier *et al.* (coords.), *Religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Rafael Navarro-Valls*, Madrid, Iustel, 2013, 1045-1074; Navarro Valls, Rafael y Martínez-Torrón, Javier, *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, Madrid, Iustel, 2012, *passim*.

lud y, por el otro, el deber de impartir prácticas sanitarias, tales como el aborto, la eutanasia o la esterilización permanente. En efecto, se ha dicho que se incrementa la práctica de la objeción de conciencia a medida que se expande la despenalización o legalización del aborto.⁴ Esto se refleja, por ejemplo, en la regulación estadual que se hace en los Estados Unidos de América sobre la libertad de conciencia, que generalmente se reduce a unas pocas prácticas médicas. Así, por ejemplo, se suele limitar el derecho a la objeción de conciencia frente a la práctica del aborto con mayor frecuencia que ante prácticas eutanásicas y, menos aún, ante cuestiones relativas a la llamada “salud reproductiva”.⁵

Situados en este contexto, en este artículo se sostendrá que la objeción de conciencia no sólo incluye la posibilidad jurídica de rechazar el cumplimiento de una norma porque uno estima que es incorrecta o injusta, bajo cierta concepción moral o religiosa a la que se adhiere. En efecto, se argumentará que el objetor también puede llegar a plantear una objeción frente algo que éste considera aceptable, pero no para sí mismo. Ahora bien, el alcance de la caracterización de la objeción de conciencia que se propone en este trabajo no pretende extenderse a todos los contextos posibles, sino exclusivamente al ámbito sanitario.

Más en concreto, este artículo se focalizará en el deber jurídico que se impone en el contexto de establecimientos privados de salud, por el cual se ven obligados a prescribir medicamentos o realizar tratamientos que atentan contra sus convicciones morales y/o religiosas. Esta elección metodológica se justifica en virtud de que la caracterización y extensión de la objeción de conciencia depende significativamente del contexto en que esta se presenta y desarrolla. De hecho, el desafío de asegurar la conciencia del objetor y, a la vez, el mantenimiento de la seguridad jurídica no admite respuestas globales sino particulares, que se siguen de una aplicación del test o examen de razonabilidad.

Así, una caracterización de la objeción de conciencia como la que se propondrá en este trabajo conlleva relevantes consecuencias prácticas, porque, en efecto, quien objeta el deber de cumplir con una determinada pres-

⁴ O'Rourke, Anne *et al.*, “Abortion and Conscientious Objection: The New Battleground”, *Monash University Law Review*, vol. 38, 2012, p. 89.

⁵ Wardle, Lynn D., “Protecting the Rights of Conscience of Health Care Providers”, *The Journal of Legal Medicine*, vol. 14, núm. 2, 1993, pp. 178 y 179; Collins, Mary K., “Conscience Clauses and Oral Contraceptives: Conscientious Objection or Calculated Obstruction”, *Annals of Health Law*, vol. 15, núm. 1, 2006, p. 38.

tación médica no tendría que demostrar necesariamente que se adhiere a una concepción moral o religiosa que entiende que tales prácticas sociales son reprobables. En cambio, el objetor sí tendría que argumentar con solidez que su conciencia individual estaría seriamente afectada, en caso de tener que cumplir materialmente con un determinado precepto legal. Esto implica la necesidad de poner el foco sobre el fundamento filosófico de la objeción. Así, ésta se correrá desde la afectación de una concepción moral a la que se adhiere el objetor hacia la defensa de la identidad moral de éste. Con otras palabras, lo que está en juego en la objeción de conciencia no es tanto la defensa de una cierta concepción moral frente a la ley positiva, sino primero y ante todo la propia identidad moral del objetor.

La aproximación de este trabajo exige que el alcance de la objeción de conciencia —en el ámbito de las profesiones sanitarias— se comprenda a partir de la profunda e íntima continuidad entre la objeción de conciencia, la libertad de conciencia y el concepto mismo de conciencia.⁶ Este recorrido ha sido emprendido, por ejemplo, en el sistema interamericano de los derechos humanos, puesto que su jurisprudencia desglosa a la objeción de la libertad de conciencia, tal como advierten Londoño Lázaro y Acosta.⁷

Sin embargo, ese abordaje no sólo se justifica en la innegable falta de mención expresa de la objeción de conciencia en los tratados internacionales de derecho humanos.⁸ Se trata de nociones que están conceptualmente enlazadas.⁹ Así, el sentido mismo de la objeción de conciencia se esclarece a partir de la libertad de conciencia y ésta, a su vez, depende de un concepto de conciencia.¹⁰ No obstante, es preciso aclarar que se trata de una aproximación que presenta múltiples desafíos por el carácter marcadamente histórico del concepto de conciencia y, además, porque éste ha sido escasamente tematizado tanto en la ciencia del derecho como en

⁶ Schinkel, Anders, *Conscience and Conscientious Objections*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2007; Chiassoni, Pierluigi, “Protecting Freedom of Conscience in a Constitutional State”, *Diritto & Questioni Pubbliche: Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*, vol. 16, 2016, pp. 23 y 52.

⁷ Londoño Lázaro, María Carmelina y Acosta, Juana Inés, “La protección internacional de la objeción de conciencia: análisis comparado entre sistemas de derechos humanos y perspectivas en el sistema interamericano”, *ACDI: Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 9, 2016, p. 244.

⁸ *Ibidem*, p. 236.

⁹ Wardle, Lynn D., *op. cit.*, p. 1.

¹⁰ Schinkel, Anders, *op. cit.*, *passim*.

la filosofía. Con todo, es preciso reconocer que en esta última es posible identificar mayores desarrollos teóricos.

Ahora bien, una vez que se haya esclarecido el significado de la objeción de conciencia a partir de su continuidad con las nociones de conciencia y libertad de conciencia, resultará preciso determinar su esfera de funcionamiento razonable, porque el significado del concepto de objeción de conciencia resulta ser una condición necesaria, pero no suficiente, para determinar su alcance o extensión. La aplicación del examen de razonabilidad permitirá determinar las posibilidades y limitaciones operativas de la objeción de conciencia, puesto que en algunos casos el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia podrá ser razonable, mientras que en otros no lo será. En efecto, resulta manifiestamente irrazonable exigir que un hospital privado viole su conciencia y se vea obligado a realizar prácticas contraceptivas en un contexto en que todos los demás establecimientos de salud —públicos y privados— de la zona no plantean ninguna clase de objeción.

Con todo, es preciso remarcar que en este artículo no se pretenderá brindar una reconstrucción exhaustiva de la aplicación de la máxima de razonabilidad a la objeción de conciencia. De hecho, la contribución principal de este trabajo radicará en esclarecer el concepto de conciencia que presupone necesariamente tal juicio o examen de razonabilidad. En efecto, si bien el examen de proporcionalidad resulta imprescindible para determinar el alcance de la objeción de conciencia, tal aplicación variará sustancialmente en virtud del concepto de objeción de conciencia que se adopte. Así, por ejemplo, el resultado de la aplicación del examen de razonabilidad será distinto si se parte de un concepto de conciencia que radica en la defensa de la propia identidad moral y no meramente en la prioridad de una concepción moral —social o religiosa— frente a las obligaciones que imponen normas jurídicas estatales.

De esta manera, el presente artículo recorrerá la siguiente “hoja de ruta”. (i) Se pondrá de relieve las implicancias de la conexión conceptual entre la conciencia, la libertad de conciencia y la objeción de conciencia. Esto exigirá un esfuerzo previo de reconstrucción conceptual que permita trazar la continuidad entre esas tres nociones. (ii) Luego, se procederá a determinar en qué medida tal conexión conceptual permite establecer la extensión de la llamada “objeción de conciencia institucional”.¹¹ (iii) Se procurará determi-

¹¹ Collins, Mary K., *op. cit.*, p. 48. Con todo, es preciso aclarar que esta autora mantiene que la extensión de la objeción de conciencia institucional es más limitada que aquella que corresponde a los individuos.

nar cómo armonizar el derecho a la libertad de conciencia con el principio de no afectación o daño a terceros. Esto responde a que la conceptualización de conciencia y libertad de conciencia que se desarrollará este trabajo puede resultar más amplia que aquella que convencionalmente presupone la objeción de conciencia y, por ende, podría parecer que se pone en riesgo a la seguridad jurídica. Por último, se culminará con un epígrafe en que se recapitularán los principales resultados que arrojó este trabajo.

II. EL CONCEPTO DE CONCIENCIA

Schinkel advierte que la conciencia no desempeña ningún rol de significativa importancia en la ética filosófica o en la psicología del siglo XX.¹² En efecto, se podría afirmar que el siglo XX ha visto una proliferación de conceptos de conciencia. Posiblemente, esto fue lo que conllevó el ocaso de la pretensión de apelar a la conciencia para modelar las conductas humanas. Así fue que se llegó al punto de que la educación moral o formación ética de las personas se terminó separando tajantemente de la noción de conciencia.¹³

Frente a este contexto de fragmentación conceptual, una posible vía para unificar los distintos sentidos de conciencia es asumir a ésta como una expresión que simboliza un cierto tipo de experiencias humanas.¹⁴ En tal sentido, se trata de establecer un punto de partida que permite identificar tres elementos centrales o nucleares de la conciencia como símbolo, a saber: *i*) involucramiento básico o fundamental (*ultimate concern*); *ii*) intimidad, y *iii*) testimonio o testigo. De todos ellos, como señala Schinkel, el más relevante es el involucramiento fundamental, porque a éste se subordinan tanto el elemento testimonial como la intimidad.¹⁵

1. *Primer elemento: el involucramiento fundamental*

El elemento de involucramiento fundamental o básico (*ultimate concern*) presenta dos aspectos: por un lado, sólo es parte de la conciencia aquello que implica en lo más básico o fundamental a una persona y, por el otro,

¹² Schinkel, Anders, *op. cit.*, p. 28.

¹³ *Ibidem*, p. 28.

¹⁴ *Ibidem*, p. 105.

¹⁵ *Ibidem*, p. 33.

aquello que hace a las inquietudes últimas y más profundas de cada quien.¹⁶ Como indica Schinkel, ambos aspectos coinciden cuando se trata de una persona con profundas convicciones religiosas. Respecto de lo primero, la relación con lo último o más fundamental refiere paradigmáticamente, pero no únicamente, a Dios. Sin embargo, es preciso subrayar que esta referencia a una instancia trascendente no siempre ha de ser extramundana. El caso de Sócrates es un buen ejemplo de un sentido de la conciencia que trasciende al individuo, pero sin alcanzar el mundo divino.¹⁷ Lo decisivo resulta ser la apelación a un criterio externo y superior que refleja la insuficiencia del propio sentido de perfección. Dicho de otro modo, la trascendencia puede radicar en un sentido externo de la propia existencia tan inmanente como último o definitivo.

El segundo aspecto de este involucramiento fundamental pone el acento sobre la implicación misma del sujeto involucrado y no sobre el objeto de su atención. Se trata, pues, de que la misma persona se considera profundamente interpelada de actuar en una determinada dirección. Esto llega a un punto tal que la persona podría llegar a estar dispuesta a aceptar las trágicas consecuencias de incumplir con lo prescripto por la autoridad.

El ejemplo típico es Sócrates cuando sostiene lo siguiente en su célebre apología: “Oíd lo que a mí mismo me ha sucedido, para que así conozcáis cuan incapaz soy de someterme a nadie yendo contra lo que es justo por temor a la muerte”.¹⁸ Aquí el reconocido filósofo ateniense manifiesta que está dispuesto a morir con tal de no realizar una injusticia. En síntesis, bien podríamos decir que Sócrates se consideraba a sí mismo profundamente involucrado en dar testimonio de la justicia, siendo capaz de arriesgar su vida con tal de no cometer injusticia alguna.

Este involucramiento fundamental conlleva que quien plantea una objeción tiene la carga de probar la sinceridad de las convicciones que invoca. En efecto, el objetor no debe incurrir en ninguna clase de oportunismo ni tener la pretensión de evitar hacerse cargo de las responsabilidades que implica el cumplimiento de un deber cívico. Se trata, pues, de dejar bien en claro que la norma jurídica que se objeta no afecta meras preferen-

¹⁶ *Ibidem*, pp. 106 y 107. Perry, Michael J., “From Religious Freedom to Moral Freedom”, *San Diego Law Review*, vol. 47, 2010, p. 996; Greenawalt, Kent, “The Significance of Conscience”, *San Diego Law Review*, vol. 47, 2010, p. 904.

¹⁷ Schinkel, Anders, *op. cit.*, p. 107.

¹⁸ Platón, *Apología de Sócrates*, 9a. ed., trad. de Tomás Meabe, Madrid, Espasa-Calpe, 1974.

cias subjetivas o gustos, sino que compromete a la propia identidad moral del objeto. Con otras palabras, el involucramiento fundamental hace al núcleo profundo de la personalidad del objeto y no a caprichos, deseos antojadizos o ventajismos.

2. Segundo elemento: la intimidad

Existe una estrecha conexión entre el elemento de la intimidad y el involucramiento fundamental. En lo que representa a la conciencia misma, se encuentra profundamente involucrado el propio desarrollo moral. Así, la intimidad de la conciencia remite a este aspecto personal o subjetivo de la implicación fundamental, pero va más allá de esto; es decir, este elemento de intimidad pone de relieve que el individuo está relacionado de una determinada manera muy personal a las razones que se adhiere, a las convicciones que expresa y a las ideas que defiende.¹⁹ Tales ideas pueden referir, pero no de modo necesario, a creencias religiosas. Lo que se protege es un ámbito de decisión autónomo que bien puede descansar en razones morales o filosóficas²⁰.

Se podría decir, en efecto, que la intimidad refleja las expresiones de una persona, y no simplemente aquello que es esgrimido por cada quien. Así, la conciencia revela una conexión necesaria entre ciertas experiencias que son mucho más intensas que las que una persona atraviesa ordinariamente.²¹ Se trata, pues, de advertir la implicancia de la calidad moral de la propia contribución al mundo, incluyendo en esto al propio sujeto.

De esta forma, se advierte que *uno* es el que actúa o piensa, de que *uno* es quien percibe la cualidad moral de la propia contribución al mundo.²² En consecuencia, la intimidad pone de relieve que la propia identidad moral de la persona es la que está en juego. No están involucradas creencias o preferencias de poca monta para un sujeto, sino sus convicciones más profundas que hacen parte de quién es, a tal punto que se podría decir que no está bajo amenaza aquello que esa persona cree, sino *quién* es.

¹⁹ *Ibidem*, p. 109.

²⁰ Whitcomb, Erin, "A Most Fundamental Freedom of Choice: An International Review of Conscientious Objection to Elective Abortion", *St. John's Journal of Legal Commentary*, vol. 24, núm. 4, 2010, p. 772.

²¹ Schinkel, Anders, *op. cit.*, p. 110.

²² *Ibidem*, p. 352.

3. Tercer elemento: el testigo

Lo que simboliza a la conciencia depende también de la experiencia de que alguien, ya sea natural o sobrenatural, es capaz de observar las acciones de uno. Además, es preciso subrayar que se trata de acciones que no son banales o irrelevantes, sino que son de una relevancia tal que se deberá rendir cuentas por ello ante alguien.²³ En efecto, que alguien sea un espectador capaz de atestiguar cada una de nuestras acciones —o, más aún, de nuestros pensamientos— es una parte de significativa importancia en la fenomenología de la conciencia.²⁴

Schinkel advierte un punto interesante en lo relativo a este elemento testimonial en el caso de Sócrates: él mismo es el propio testigo de aquello involucrado en sus actos. Sócrates es el testigo de la falta de sabiduría de sus conciudadanos.²⁵ Esto se refleja en las firmes defensas que hace ante sus juzgadores sobre lo que califica como injusto en la acusación que pende sobre él. Así, el célebre ateniense ejercita un hábito por el cual se examina a sí mismo y a sus propias acciones a la luz de lo que entiende como injusto o justo. Más aún, de acuerdo a Schinkel, incluso el *daimonion* no es sino la proyección externa de ese hábito cuando, por la razón que fuere, Sócrates estima que no es capaz de ser su propio testigo de la conexión entre lo que hará y sus convicciones más profundas.²⁶

Asimismo, la conciencia no sólo involucra al sujeto en lo que hace a sus propios aspectos esenciales del sentido último de su existencia misma —primer elemento: involucramiento fundamental—; de una manera tan honda que toca las fibras más íntimas de su propia identidad moral —segundo elemento: intimidad—. El tercer y último aspecto de la conciencia revela una instancia ante la cual se deberá rendir cuentas. De hecho, el mencionado caso de Sócrates remarca que es preciso aclarar que el testigo de la conciencia no necesariamente debe considerarse como un observador externo, sino que bien podría ser el propio agente. Frente a su testigo, al sujeto no le bastará con haber obrado de acuerdo con un mandato jurídico-positivo para eximirse de responsabilidad. Se trata, pues, de que el sujeto habrá de rendir cuentas ante alguien —él mismo u otra instancia humana o

²³ *Ibidem*, p. 113.

²⁴ *Ibidem*, p. 112.

²⁵ *Idem*.

²⁶ *Ibidem*, p. 113.

sobrenatural— por sus actos que cumplen con lo que prescriben las normas jurídicas-positivas, pero que comprometen su identidad moral.

III. EL CONCEPTO DE LIBERTAD DE CONCIENCIA

1. *La dimensión positiva de la libertad de conciencia*

Se suele considerar que las democracias liberales son respetuosas a la conciencia de cada miembro de la sociedad. John Rawls afirma que el tópico sobre la igual libertad de conciencia de cada individuo es una cuestión ya resuelta.²⁷ En este epígrafe argumentaré que el significado de la libertad de conciencia no es una cuestión que resulta tan pacífica como supo mantener, por ejemplo, el citado Rawls en su célebre *Teoría de la justicia*. Esto, al modo de ver de quien escribe estas páginas, obedece a que no siempre se advierten las conexiones conceptuales entre la conciencia y la libertad de conciencia.

De acuerdo con Schinkel, el concepto de conciencia se fue confundiendo progresivamente con la libertad religiosa o de expresión, es decir, una libertad de acción y, por lo mismo, de carácter externalizado.²⁸ Más aún, en el contexto de la reforma protestante fue surgiendo paulatinamente una visión que identificaba y confundía a la libertad de conciencia con tales libertades. Con todo, a medida que esta reducción conceptual se fue extendiendo y se volvió la caracterización dominante de la libertad de conciencia, entonces se fueron diluyendo los aspectos fundamentales que expresa la noción de conciencia que esta libertad protege.

Este contexto de ideas no hace sino reducir a la conciencia a aquellos aspectos que pueden llegar a ser afectados por terceros. En concreto, el involucramiento fundamental y la intimidad serían los únicos elementos que caracterizan a la conciencia. Así, la libertad de conciencia tan sólo consistirá en relevar a una persona de padecer algo que afecte a estos dos últimos elementos que integran el concepto de conciencia. Sin embargo, en tal caracterización de la conciencia necesariamente quedará de lado el elemento testimonial (el testigo). Esta reducción conceptual, de acuerdo con

²⁷ Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge (Massachusetts), Belknap Press of Harvard Univeristi Press, 1999, p. 206.

²⁸ Schinkel, Anders, *op. cit.*, p. 397.

Schinkel, habría sido consecuencia del marcado relieve jurídico y político que tomó la libertad de conciencia. De esta manera, en el campo de tales disciplinas científicas ha sido frecuente elaborar un concepto de libertad de conciencia mediante un camino inverso al que se propone en este trabajo; es decir, se caracteriza la libertad de conciencia y luego se elabora un concepto de conciencia que no es más que la reconstrucción del contenido material que se asocia a tal libertad.²⁹

2. La historicidad del concepto de libertad de conciencia

Lo interesante que hace notar Schinkel es que la separación de la conciencia y la libertad de conciencia surgen en un contexto histórico signado por la Reforma protestante y, en general, a partir de un contexto en que comienza a proliferar una creciente diversidad cultural en la civilización occidental. Así, la libertad de conciencia se empezó a erigir como una suerte de coraza jurídica para proteger ciertas libertades de acción de los individuos basadas en sus creencias religiosas.³⁰ Sin embargo, en la misma medida en que fue creciendo la relevancia de la libertad de conciencia como categoría política y jurídica, fue aumentando la necesidad de una formalización del concepto de conciencia. Dicho de otra manera, cuanto más se comenzó a levantar la bandera de la libertad de conciencia, más relevante se tornó la necesidad de caracterizar a la conciencia.

Tal es así que en el siglo XX comienza a diluirse la identificación conceptual entre libertad religiosa y libertad de conciencia.³¹ Esto se debe a que paulatinamente el Estado comienza a reconocer a las personas la libertad de actuar según su conciencia. Con todo, se empieza a notar cada vez con mayor intensidad que esto conlleva un área de conflicto, a saber: la tensión que se presenta entre la conciencia de los individuos y las prescripciones del derecho positivo que dimanan de la acción estatal.³² Se procuró despuntar estas tensiones mediante la regulación de la objeción de conciencia. Así, la libertad de conciencia empieza a considerarse la excepción, y el Estado se encarga de determinar el alcance y posibilidad de oponer tal excepción

²⁹ *Idem*.

³⁰ *Ibidem*, p. 398. Smith, Steven D., “Taxes, Conscience, and the Constitution”, *Constitutional Commentary*, vol. 23, núm. 3, 2006, p. 367.

³¹ Schinkel, Anders, *op. cit.*, p. 459.

³² *Idem*.

por parte de los individuos.³³ Con otras palabras, el Estado establece un derecho a la objeción de conciencia y es el mismo Estado quien determina la extensión de tal derecho.

Así fue que los conceptos de conciencia y la libertad de conciencia iniciaron un camino de reencuentro en orden a mantener su relieve jurídico.³⁴ En un primer momento, esto no resultó demasiado problemático, porque la conciencia era definida sobre la base exclusiva de religiones que eran reconocidas socialmente como tales. Sin embargo, el proceso de secularización y de creciente pluralismo fue acabando lentamente con esa identificación entre libertad de conciencia y libertad religiosa. De hecho, en el siglo XX, y especialmente en este siglo XXI, la libertad de conciencia ya no depende necesariamente de una concepción religiosa. En efecto, estas cuestiones empezaron a dirimirse en sede judicial no tanto sobre la base de una consideración sobre el valor material de la conciencia de una persona, sino a partir de la compleja labor de determinar tanto la sinceridad como la relevancia o seriedad de las convicciones de un individuo.³⁵ Dicho de otra manera, hoy el desafío pasa por especificar concretamente si una determinada cuestión afecta a la conciencia de una persona, ya que ésta no se encuentra asociada necesariamente a una concepción de carácter religioso.

3. *La continuidad entre el concepto de conciencia y libertad de conciencia*

En el epígrafe anterior se procuró elaborar un concepto de conciencia bajo la premisa de que la libertad de conciencia depende de tal concepto. Esto resulta particularmente relevante para evitar confundir a la libertad de conciencia con otros conceptos relacionados pero distintos, tales como la libertad religiosa, la libertad de pensamiento o de expresión. De hecho, como señala Chiassoni, en la tradición del pensamiento político y jurídico del mundo occidental ha sido frecuente asociar a la libertad de conciencia con la libertad de pensamiento.³⁶ Sin embargo, con el fin de ganar una mayor claridad y precisión conceptual, resulta conveniente distinguir a tales libertades bajo una relación de género-especie. En concreto, el género es la libertad de conciencia, y la libertad religiosa no sería sino una especificación

³³ *Idem*.

³⁴ *Ibidem*, p. 463.

³⁵ *Ibidem*, p. 464.

³⁶ Chiassoni, Pierlugi, *op. cit.*, p. 28.

de la primera en asuntos concernientes a cuestiones religiosas.³⁷ Es preciso remarcar que la continuidad entre conciencia y libertad de conciencia que aquí se defiende no fue siempre puesta de manifiesto, sino que surge en un particular contexto histórico. En efecto, la libertad de conciencia emerge y sólo tiene sentido en situaciones históricas de diversidad cultural.³⁸

Schinkel considera que el antecedente de la libertad de conciencia es el principio y práctica de la tolerancia. Esto podría sintetizarse en cuatro notas que hacen a las circunstancias del surgimiento histórico del concepto de tolerancia:

- 1) *Diferencia*. Sólo es tolerado aquello que difiere de la concepción de lo que el tolerante estima que debería hacerse, creerse y valorarse.
- 2) *Importancia*. Lo que es tolerado no es algo trivial para el tolerante, sino de significativa relevancia.
- 3) *Oposición*. El tolerante desaprueba lo que hace aquella persona que tolera y está dispuesto a actuar de una manera tal que sea capaz de alterar o suprimir aquello a lo que se opone.
- 4) *Poder*. El tolerante considera que se encuentra en una posición de superioridad de fuerzas que resulta idónea para modificar o eliminar aquello que tolera.

En síntesis, el núcleo central del concepto de tolerancia se podría resumir en dos características estructurales de la tolerancia:

- 1) *Falta de rechazo*. El tolerante no ejerce su poder sobre la persona tolerada.
- 2) *Deseabilidad*. La práctica de la tolerancia es considerada como correcta y, por lo mismo, el tolerante es considerado como una persona justa, virtuosa o prudente.³⁹

4. *La tensión entre la dimensión social y la dimensión individual de la libertad de conciencia*

Ahora bien, el hecho de que la libertad de conciencia en el siglo XX, como se dijo con anterioridad, comenzó a verse más como una excepción que

³⁷ *Ibidem*, p. 32. Perry, Michael J., *op. cit.*, p. 996.

³⁸ Schinkel, Anders, *op. cit.*, p. 391.

³⁹ *Idem*.

como una regla ha implicado un desafío relevante para el concepto de conciencia que se ha adoptado en este trabajo. En concreto, en las páginas que siguen se argumentará que la protección de la conciencia conlleva la necesidad de tutelar una libertad individual que contribuye significativamente al orden social.⁴⁰ Éste fue precisamente el gran *insight* de Luhmann sobre el problema de la libertad de conciencia. El citado sociólogo alemán sostiene que la libertad de conciencia opera como un mecanismo por el cual el sistema social descomprime presión sobre sí mismo, al aliviar o, incluso, suprimir presión sobre la persona individualmente considerada.⁴¹

Sin embargo, también es cierto que el orden social se pone en riesgo si la libertad de conciencia refiere a un concepto de conciencia que se apoya en elementos tan personales como el que se ha esbozado en este artículo. Posiblemente a ello se deba que el propio Luhmann haya llegado a afirmar que el individuo que quiebra una norma jurídica debe ser sancionado por el Estado sin vacilación alguna. Y, en todo caso, la persona que se ve ante el deber de cumplir una norma estatal que repugna a su conciencia será ella misma quien deberá procurarse un curso de acción alternativo a lo que prescribe el Estado.⁴²

En cualquier caso, el planteo de Luhmann es iluminador de que el fenómeno de la libertad de conciencia presenta tanto un aspecto comunitario como individual.⁴³ En primer lugar, desde el punto individual, esto implica reconocer que el concepto de conciencia permite advertir la propia contribución moral en la realidad humana, incluyendo en esto a la realidad propia del individuo. La libertad de conciencia, en efecto, podría describirse como la libertad de modelar la propia vida de acuerdo con esta percatación de la propia identidad. Esto supone un interés activo sobre la realidad del mundo y, por ende, la libertad de conciencia no ha de ser reducida a una libertad negativa.⁴⁴ Dicho de otra manera, la libertad de conciencia no re-

⁴⁰ *Ibidem*, p. 469. En un sentido similar, véase Sarteau, Claudio, “¿Qué objeción? ¿Qué conciencia? Reflexiones acerca de la objeción de conciencia y su fundamentación conceptual”, *Cuadernos de Bioética*, vol. 24, núm. 82, 2013, p. 394.

⁴¹ Schinkel, Anders, *op. cit.*, p. 476.

⁴² Luhmann, Niklas, “Die Gewissensfreiheit Und Das Gewissen”, *Archiv Des Öffentlichen Rechts*, vol. 90, núm. 3, 1965, p. 283.

⁴³ En general, se podría decir que el trabajo citado en la nota anterior se dirige a examinar la relación que existe entre la conciencia y la libertad de conciencia en virtud del impacto de la primera sobre el sistema social. *Idem*.

⁴⁴ Schinkel, Anders, *op. cit.*, p. 478.

fiere únicamente a la mera facultad subjetiva por la cual se reclama que el Estado o terceros no interfieran sobre la propia existencia individual.

En segundo término, desde el punto de la comunidad, la libertad de conciencia supone reconocer el carácter no absoluto del derecho positivo.⁴⁵ Con todo, es preciso remarcar que esto último no se alcanza mediante la atribución de un carácter absoluto de la conciencia —excepto en un sentido puramente subjetivo—. En efecto, la libertad de conciencia no tiene una relación necesaria con una verdad superior o última. Lo que implica el concepto de conciencia es una *posibilidad* de verdad en lo que hace a la relación entre conciencia y realidad.⁴⁶ Es importante subrayar la importancia de tal relación porque, si no se admite siquiera la posibilidad de que la conciencia acierte con la verdad, pues entonces no tiene ningún sentido atribuir alguna clase de valor a la conciencia ni a la libertad de conciencia. En efecto, la relevancia de al menos una posibilidad de verdad es lo que permite reconocer que las exigencias del sistema jurídico pueden no siempre ser correctas o dignas de ser obedecidas. En consecuencia, la importancia social que se le asigne a la libertad de conciencia depende de la medida en que asumamos que podemos llegar a estar en lo correcto al afirmar que una exigencia particular del derecho positivo es incorrecta. Dicho de otra manera, y siguiendo en este punto a Schinkel, el rechazo de la objeción de conciencia presupone la infalibilidad del derecho positivo.

IV. EL CONCEPTO DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

1. *El fundamento de la objeción de conciencia: del daño social a la disponibilidad de alternativas*

Si bien numerosos tratados internacionales garantizan la libertad de conciencia —cuyo concepto hemos procurado esclarecer en el epígrafe anterior—, esto no necesariamente lleva consigo un reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia.⁴⁷ Esto último resulta particularmente sensato, porque el reconocimiento del derecho a objetar el cumplimiento de una norma de derecho positivo no depende exclusivamente del nivel de

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ Campbell, Mark, “Conscientious Objection in Medicine: Various Myths”, *Law & Justice. The Christian Law Review*, vol. 166, 2011, p. 32.

daño al sistema social que conlleva la inseguridad jurídica, que implica dar espacio a desobedecer el derecho positivo por razones de conciencia como de las elecciones disponibles. En efecto, el criterio más relevante para examinar el margen que existe concretamente para esgrimir una objeción de conciencia ha de ser la disponibilidad de opciones alternativas.⁴⁸ Con otras palabras, la posibilidad de esgrimir una objeción de conciencia depende primordialmente de los cursos de acción que concreta y particularmente se le presentan al agente, y no sólo del nivel de afectación a la seguridad jurídica.

Situados en este contexto de ideas, la objeción de conciencia es clasificada dentro de un esquema tripartito de límites morales al cumplimiento de las normas que integran el sistema jurídico. Este esquema incluye también a la desobediencia revolucionaria y a la civil. La última supone un quiebre a la legalidad, pero no para sustituirla por otra o por un vacío de poder político, sino que se pretende su conservación, excepto en algún determinado aspecto o cuestión. En efecto, se pretende incumplir una ley, pero sin afectar al conjunto de la legalidad.⁴⁹

La desobediencia revolucionaria, de modo semejante a la disidencia extrema, lo que pretende es sustituir a un Estado por otro; en otras palabras, no se limita a no prestar obediencia a las leyes del Estado, sino que se llevan a cabo una serie de acciones positivas de naturaleza inmediata o directamente violenta para derrocar un determinado sistema político y sustituirlo por otro distinto. De esta manera, la desobediencia aparece en este caso como consecuencia directa de una rebelión en sentido estricto.⁵⁰ Finalmente, la objeción de conciencia no configura ninguna clase de desobediencia, sino que más bien se trata de una excepción a la generalidad de la ley, que está reconocida y protegida por el propio derecho.⁵¹

De hecho, el fenómeno de la objeción de conciencia pone de manifiesto la cuestión sobre qué tan lejos puede ir el Estado al momento de forzar a sus súbditos a cumplir con normas que contradicen la conciencia individual.⁵²

⁴⁸ Schinkel, Anders, *op. cit.*, p. 478.

⁴⁹ Rivas, Pedro, “La triple justificación de la desobediencia civil”, *Persona y Derecho*, vol. 34, 1996, p. 184.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 183.

⁵¹ *Ibidem*, p. 182.

⁵² Heval Çınar, Özgür, *The Right to Conscientious Objection to Military Service and Turkey's Obligations under International Human Rights Law*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2014, p. 2.

Se trata, pues, de una de las maneras en que se presenta la tensión entre derecho y moral. En tal sentido, como ha advertido Schinkel, que el derecho se revele en tensión con la moral implica que ambas puedan colisionar. Más específicamente, la cuestión relativa a la objeción de conciencia depende de la manera en que un determinado problema jurídico se presenta bajo tensión con alguna exigencia moral. Así, por ejemplo, la objeción de conciencia a la conscripción militar implica una tensión entre los deberes cívicos (la defensa de la nación) y, por caso, la conciencia de un individuo que asume una concepción moral que rechaza absolutamente todo uso de la violencia. Así, la negación a prestar un servicio militar conlleva una relación conflictiva entre ese ciudadano y el Estado en el que vive.⁵³

En efecto, al esgrimir una objeción de conciencia, el objetor está planteando que se le ha de otorgar prevalencia a la conciencia de la persona por encima de las obligaciones debidas al Estado.⁵⁴ El alcance de la objeción de conciencia frente al servicio militar dependerá de la historia política y militar del Estado del que se trate. De hecho, no será igual la extensión del concepto de objeción de conciencia al servicio militar en el marco de Estados fuertemente militarizados, con serias amenazas externas, que en el caso de Estados que se caracterizan por un escaso poder militar y escasas amenazas externas.⁵⁵ No es casual, pues, que Turquía —un estado en el cual las fuerzas armadas tienen mucha relevancia como actor político— se niegue a reconocer un derecho a la objeción de conciencia al servicio militar.⁵⁶

Situados en este contexto de ideas, en el próximo subepígrafe se examinará cuál es el alcance de la objeción de conciencia, no en términos generales, sino en el específico contexto sanitario dentro de la práctica constitucional colombiana. Se asume esta perspectiva acotada, puesto que no se podrían extender las mismas consideraciones sobre la objeción de conciencia frente a cuestiones sustancialmente distintas —no sin presentar importantes matices—, tales como el deber de prestar servicio militar, el rechazo a que los niños sean educados en determinados contenidos curriculares que repugnan a la concepción moral a la que se adhieren sus padres, por mencionar unos pocos ejemplos.

⁵³ Moskos, Charles C. y Whiteclay Chambers II, John, “The Secularization of Conscience”, *The New Conscientious Objection: From Sacred to Secular Resistance*, Nueva York, Oxford University Press, 1993, p. 3.

⁵⁴ Heval Çınar, Özgür, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 4.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 67.

2. *La objeción de conciencia: ¿una cuestión meramente individual?*

Juss advierte que el mundo atestigua una progresiva tendencia hacia el reconocimiento de derechos humanos o fundamentales, que se va trasladando desde los individuos hasta los grupos.⁵⁷ En un contexto democrático, esto implica un desafío de suma relevancia, porque se advierten cada vez más comunidades particulares dentro del Estado. Estas comunidades afirman mantener distintos valores que funcionan como un contrapeso al cada vez más expansivo poder estatal.⁵⁸ En consecuencia, la madurez democrática de un ordenamiento jurídico se refleja en el grado de respeto que se le brinde a la objeción de conciencia, tal como afirma Ollero.⁵⁹

Sin embargo, es preciso hacer notar que el centro gravitacional de la objeción de conciencia se ha corrido del rechazo a prestar servicio militar para ubicarse sobre el sistema de servicios de salud. Esto tiene importantes consecuencias en lo que hace a la reflexión teórica y práctica de la objeción de conciencia, ya que se advierten significativas diferencias entre objetar el cumplimiento de alguna clase de servicio militar y la prestación de servicios de salud. Esto último posiblemente se deba, al menos en el mundo occidental, a una conjunción de dos factores interrelacionados: (i) la extensa tradición de la cristiandad de prestar cuidados de salud a las personas enfermas. Según Risse, desde los albores del cristianismo se advierte una preocupación social por los pobres y enfermos, que se tradujo en la institucionalización de la filantropía. Ello se expresó en la creación de establecimientos dedicados a dar refugio y alimento a los pobres, cuidado de los enfermos, asistencia a las viudas y ancianos, y la crianza de los huérfanos.⁶⁰ El otro factor (ii) refiere a que las prácticas sanitarias que suelen rechazar los establecimientos de salud que invocan una objeción de conciencia institucional implican asuntos morales de suma relevancia para los sujetos involucrados, que suelen ser planteados en términos dilemáticos, esto es, bajo una lógica binaria de reglas que se cumplen o incumplen.

⁵⁷ Juss, Satvinder S., "Freedom of Conscience Rights: Lessons for Great Britain", *Journal of Church and State*, vol. 39, 1997, p. 749.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ Ollero, Andrés, "¿Soy en realidad iusnaturalista?", *Liber Amicorum. Homenaje al profesor Luis Martínez Roldán Oviedo*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2016, p. 519.

⁶⁰ Risse, Guenter B., *Mending Bodies, Saving Souls: A History of Hospitals*, Nueva York, Oxford University Press, 1999, p. 73.

Se trata de una cuestión íntimamente relacionada con la historia del cristianismo, porque, en efecto, la institucionalización del cuidado de la salud fue simultánea al origen y consolidación social de la cristiandad en Occidente. Se podría cuestionar lo anteriormente dicho en virtud de que se trataría de una consideración que hace depender a la objeción de conciencia a la formación de una conciencia significativamente influenciada por el cristianismo. Sin embargo, lo que se ha planteado en este trabajo no pretende incurrir en tal reducción. Por el contrario, lo que se quiere poner de relieve es que la génesis histórica de los establecimientos sanitarios no radica en la prestación estatal de un servicio de salud, sino en la asociación de individuos que procuran brindar servicios bajo una serie de principios que los reúne y a partir de los cuales éstos orientan sus acciones. Dicho de otra manera, se podría decir que, junto con el cuidado de las almas, el cristianismo representa el puntapié inicial de la asistencia sanitaria y social bajo ciertos principios morales que informan todo su accionar.

Retomando el objeto central de este trabajo, a medida que comienza a revelarse, como algo cada vez más frecuente, la importancia del financiamiento público en los establecimientos privados de salud, a cambio de brindar prestaciones de salud que contradicen a su ideario, se comienza a tematizar la extensión del derecho a la objeción de conciencia y, por ende, si las personas jurídicas son titulares de tal derecho. Dicho de otra manera, en el contexto de un Estado comprometido no sólo con garantizar libertades negativas, sino que también procura concretar derechos de contenido altamente prestacional, comienza a plantearse la posibilidad de que los establecimientos privados de salud objeten o rechacen proporcionar prestaciones que repugnan a los principios plasmados en sus estatutos.

Ahora bien, la posibilidad de que las personas jurídicas planteen una objeción de conciencia institucional no deja de ser algo que está bajo intenso debate. La jurisprudencia constitucional colombiana mantiene actualmente el siguiente criterio (“subregla”, según la terminología del citado tribunal): “la objeción de conciencia sólo puede ser ejercida de forma individual”.⁶¹ En contraste, abundan ejemplos en el derecho comparado en

⁶¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-754 de 2015, punto 6. disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2016/a181-16.htm> (fecha de consulta: 6 de diciembre de 2017); Zárate Cuello, Amparo de Jesús, “Implicaciones bioéticas y biojurídicas de la objeción de conciencia institucional con relación al aborto en el ordenamiento jurídico colombiano”, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, vol. 14, núm. 27, 2011, p. 53.

los que se advierte una respuesta que defiende la posibilidad de una “objección de conciencia institucional”; esto es, que las personas jurídicas estén facultadas para rechazar el cumplimiento de una obligación impuesta por una norma jurídica positiva en virtud de razones o convicciones plasmadas en su ideario.⁶²

De hecho, el criterio de la Corte Constitucional de Colombia no es compartido ni siquiera en algunos de los estados que han despenalizado varios supuestos del aborto. En tal sentido, se puede advertir que en España o Francia no se les obliga a instituciones prestadoras de salud que violen sus propios estatutos para así cumplir con una determinada norma jurídica. En el caso puntual de Francia, se plantea que los hospitales públicos no podrían objetar en conciencia el cumplimiento de una norma jurídica, mientras que sí podrían hacerlo los establecimientos de salud del sector privado.⁶³ Un criterio semejante al de Francia ha tomado el Tribunal Constitucional de Chile, dejando bien en claro que la objeción de conciencia puede manifestarse por personas jurídicas, pero en la estricta medida en que aquéllas sean capaces de acreditar un determinado ideario.⁶⁴

Situados en este contexto, cabe preguntarse si realmente la objeción de conciencia es una cuestión meramente individual o personal. Frente a esto, en virtud del carácter profundamente histórico del concepto de objeción de conciencia —al igual que las cuestiones que hacen a los tópicos que versan sobre la conciencia o la libertad de conciencia—, se torna deseable buscar una solución específica a este problema. Más en concreto, resulta menester acotar la respuesta que se brinde a la objeción de conciencia a un ámbito o contexto particular; en nuestro caso, el ámbito sanitario. En tal sentido, como advierte Wardle, el ámbito de la salud es una de las sedes principales de los problemas morales más discutidos de nuestra época, tales como aborto, contracepción, suspensión de alimentación, suicidio asistido, transfusiones sanguíneas, trasplantes.⁶⁵ Ahora bien, ¿por qué en tales cuestiones es en donde se suscita paradigmáticamente el tema de la objeción de conciencia institucional?

⁶² Toller, Fernando M., “El derecho a la objeción de conciencia de las instituciones”, *Vida y Ética*, vol. 8, núm. 2, 2007, p. 164.

⁶³ Zárate Cuello, Amparo de Jesús, *op. cit.*, p. 53.

⁶⁴ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol núm. 3729(3751)-17-CPT, párrafo 82.

⁶⁵ Wardle, Lynn D., *op. cit.*, p. 177.

La respuesta a esta última interrogante radica en que tales cuestiones son un típico ejemplo de cuestiones que involucran creencias morales altamente significativas para una persona.⁶⁶ Más aún, las cuestiones frente a las que las personas jurídicas que brindan servicios de salud —paradigmáticamente, establecimientos sanitarios— plantean una objeción de conciencia —por ejemplo, aborto, contracepción, eutanasia, suspensión de alimentación, etcétera— implican acciones que tocan el núcleo de la autodeterminación moral de las personas involucradas.⁶⁷ Se trata, en efecto, de ámbitos en los que se asumen elecciones que no comprometen a la dimensión social de las personas jurídicas, sino a su responsabilidad frente a la comunidad a la que sirven, porque tales elecciones conllevan la propia realización de la propia identidad moral de la persona jurídica. Por tanto, en la misma medida en que se encuentra comprometida la realización de la misión o ideario de una persona jurídica, se trata de una cuestión que trasciende a los individuos que la componen.

Así, las cuestiones que hacen a la conciencia o ideario de un establecimiento de salud conllevan una serie de cuestiones morales que son sumamente relevantes para ellas, no sólo actualmente, sino desde su origen como instituciones u organizaciones orientadas a brindar servicios de salud. Esto llega al punto tal que resultan extremadamente problemáticas, porque tales exigencias suelen presentarse de un modo enteramente antagónico. De un lado, se encuentra la pretensión de que se cumpla a rajatabla el deber que prescribe la ley o regulación estatal y, del otro, la pretensión de conservar la identidad moral a la que se adhiere el objeto.⁶⁸ Además, para complicar aún más las cosas, la pretensión de ejercer la libertad de conciencia parece estar en tensión con la pretensión de acceder a determinados servicios que proveen los establecimientos sanitarios, que se encuentran prescritos por la ley positiva. En consecuencia, estamos ante un ejemplo paradigmático de un dilema moral que se plantea en términos de colisión entre el seguimiento de una regla jurídica y el mantenimiento de las convicciones morales del objeto. Así las cosas, no parece haber posibilidad de reconciliación entre ambos extremos.

Frente a este escenario, ¿es posible encontrar un punto de encuentro entre el deber jurídico que impone la ley de brindar determinadas prestaciones

⁶⁶ Greenawalt, Kent, *op. cit.*, p. 904.

⁶⁷ Hervada, Javier, “Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica”, *Persona y Derecho*, vol. 11, 1984, p. 34.

⁶⁸ Wicclair, Mark R., *op. cit.*, p. XI.

médicas que repugnan la conciencia del objetor? La respuesta que se defenderá en este punto rechazará una visión conflictivista de las pretensiones involucradas. Esto obedecerá a dos razones: en primer lugar, porque un planteo conflictivista supone que las dos posiciones en tensión son igualmente justas o razonables. Si así fueran las cosas, pues la elección entre una u otra posición no resulta justificable más allá de un acto de decisión voluntarista, esto es, una decisión basada en el antojo o capricho de quien decide.

En segundo lugar, y en contra de lo anterior, lo habitual es que exista un desacuerdo profundo en las convicciones morales que guían a quienes reclaman el cumplimiento de lo que prescribe una ley, y en la vereda opuesta se ubican quienes rechazan cumplir con esa misma norma legal.⁶⁹ Si éste es el caso, pareciera que no es posible darse una respuesta a la extensión o legitimidad de plantear una objeción de conciencia, sino a la luz de la aplicación de la máxima de razonabilidad o proporcionalidad en el marco de casos concretos.

Es en este punto en donde el examen de razonabilidad es capaz de rendir sus mejores frutos, es decir, en la determinación de la esfera de funcionamiento razonable de los derechos que se presentan bajo tensión o conflicto. Esto se debe a que la objeción de conciencia en el contexto sanitario pone en tensión pretensiones mutuamente excluyentes. En efecto, la objeción de conciencia que planteara un establecimiento sanitario de inspiración cristiana no parece resultar compatible, de modo alguno, con la prestación de servicios de salud que briden abortos, por más que así lo prescriba la ley estatal. Situados en este orden de ideas, en el próximo epígrafe de este trabajo se esbozarán algunos criterios generales que se han de considerar al momento de aplicar tal máxima en el contexto sanitario, particularmente en el marco de establecimientos de salud de carácter privado.

3. Esfera de funcionamiento razonable del derecho a la objeción de conciencia en contextos sanitarios

La máxima de razonabilidad constituye una herramienta frecuentemente utilizada por los tribunales para juzgar los casos en donde se encuentran involucrados derechos fundamentales bajo tensión.⁷⁰ Se trata de un instru-

⁶⁹ Orrego, Cristóbal, “Principios prácticos para orientar el razonamiento jurídico ante la objeción de conciencia”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. 23, 2005, p. 216.

⁷⁰ Cianciardo, Juan, “The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights”, *Journal of Civil Law Studies*, vol. 3, 2010, p. 177; Cianciardo, Juan, “Argumen-

mento que posibilita que los operadores jurídicos —en especial los jueces— sean capaces de determinar si la pretensión de formular objeción de conciencia en un supuesto determinado constituye el ejercicio razonable de un derecho humano o, por el contrario, una pretensión irrazonable y antisocial.⁷¹

En el caso particular del derecho a la objeción de conciencia, la Corte Constitucional de Colombia sólo recientemente ha aplicado el test de razonabilidad para determinar la constitucionalidad del ejercicio de tal derecho. En tal sentido, el citado tribunal ha establecido que la permanente restricción del ejercicio de la objeción de conciencia a personas jurídicas resulta desproporcionada o irrazonable, pues esta medida se hace necesaria sólo cuando la persona jurídica privada sea la única capaz de cumplir con el deber jurídico objetado. “En razón de todo lo anterior el juez debe ponderar los intereses encontrados, y, en la medida de lo posible, maximizar la garantía de los derechos de todos los involucrados”. Este derecho en cabeza de personas jurídicas particulares procede cuando:

... (i) los motivos aducidos tengan fundamento en sus creencias religiosas o en un inequívoco compromiso ideológico particular que les impide hacerlo, al ser abiertamente contrario al objeto y finalidad de la asociación, (ii) estas creencias deben ser deducidas de forma inequívoca de sus fundamentos ideológicos consagrados en sus estatutos y (iii) dichos motivos deben haber sido establecidos en forma previa a la obligación legal rechazada.⁷²

Siguiendo este hilo de ideas, la aplicación de la máxima o test de razonabilidad al contexto sanitario se desarrollará bajo la forma de tres subjuicios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los que son aplicados con diversidad de alcance e intensidad, según la naturaleza de los derechos fundamentales afectados y los bienes públicos en juego. Como es sabido, estos tres subjuicios están íntimamente concatenados y sólo es posible avanzar hacia el segundo paso si se ha superado el primero y, por ende, sólo se ha de proseguir hacia el tercer paso si los dos primeros han sido exitosamente franqueados. No obstante, siguiendo la línea trazada por

tación, principios y razonabilidad. Entre la irracionalidad y la racionalidad”, *Dikaion*, vol. 23, núm. 1, 2014, p. 26.

⁷¹ Didier, Marta, “El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación”, *Dikaion*, vol. 24, núm. 2, 2015, p. 259.

⁷² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-108 de 2016.

autores como Toller y Cianciardo, en el presente trabajo se adicionará un cuarto paso o subjuicio tendiente a examinar el nivel de afectación del contenido mínimo de los derechos involucrados.

A. *Subjuicio de adecuación o idoneidad*

Este paso o subjuicio implica una concepción de la razonabilidad práctica que hace referencia a fines. En consecuencia, *prima facie* será razonable una elección interpretativa en la medida en que la alternativa escogida por el intérprete resulta ser el medio más apto, esto es, el camino más eficaz y eficiente para alcanzar un determinado fin.⁷³ Esto supone que el intérprete es capaz de especificar la finalidad de una norma jurídica y los medios que el legislador o constituyente dispusieron para alcanzar tal fin. Es preciso remarcar que tales fines deben ser legítimos y socialmente relevantes.⁷⁴ Luego, lo que el intérprete habrá de hacer es constatar si los medios disponibles son capaces de concretar tal finalidad.⁷⁵

Lo último, aplicado a la objeción de conciencia, implica dilucidar cuál es el fin que persigue la norma que prescribe el deber que se objeta y, además, si tal finalidad es constitucionalmente admisible y socialmente relevante.⁷⁶ En efecto, el subjuicio de idoneidad conlleva un examen dirigido a determinar si el deber prescrito se dirige a concretar un bien público o a satisfacer el derecho de un tercero y, asimismo, si el deber objetado resulta idóneo para alcanzar lo que se pretende. De esta manera, el examen de idoneidad supone analizar si una determinada norma resulta apta para realizar un fin constitucionalmente legítimo o, por lo menos, admisible.

Pongamos un caso real para ilustrar mejor este punto. En 2015, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia resolvió que las personas jurídicas carecen de un derecho a plantear una objeción de conciencia.⁷⁷ Ahora bien, desde el punto de vista del subjuicio de idoneidad, cabría preguntarse, a la luz de un caso particular, lo siguiente: ¿cuál es el fin que procura alcanzar la norma que se objeta? En el caso del contexto sanitario, ¿las

⁷³ Cianciardo, Juan, “Argumentación...”, *op. cit.*, p. 26.

⁷⁴ Didier, Marta, *op. cit.*, p. 259.

⁷⁵ Cianciardo, Juan, *op. cit.*, p. 179; Clérico, Laura, “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 31, 2015, p. 76.

⁷⁶ Didier, Marta, *op. cit.*, p. 259.

⁷⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-754 de 2015, punto 6.

normas jurídicas que objetan los proveedores de servicio de salud integran los llamados “derechos sexuales y reproductivos”?

Frente a esta interrogante, es preciso advertir que algunos autores, como John Finnis, habrán de argumentar que tales derechos carecen de toda validez, porque en ellos no hay bien público o derecho fundamental comprometido.⁷⁸ En contraste, O’Rourke, Crespigny y Pyman plantean que los llamados “derechos sexuales” configuran una manifestación de la autonomía de las personas involucradas, especialmente de las mujeres.⁷⁹ La Corte Constitucional de Colombia se ha decantado por esta última opción cuando defiende que “(l)a exigibilidad de un aborto seguro, oportuno y legal se deriva de la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres”.⁸⁰

En este trabajo no se entrará a discutir la compleja cuestión sobre si el derecho a la objeción de conciencia frente al deber legal de realizar prácticas médicas dirigidas a proteger los llamados “derechos sexuales” se dirige a un fin constitucional legítimo. Sin desmerecer la relevancia de esta cuestión, se procederá a continuar con el análisis del segundo paso, bajo el entendimiento de que en el subjuicio de necesidad encuentra su mejor argumento la defensa de un derecho a la objeción de conciencia, en general y, la objeción de conciencia de los establecimientos sanitarios de carácter privado en particular. Dicho de otra manera, incluso si se admitiera la obligatoriedad de respetar los derechos sexuales y reproductivos, subsistiría un margen abierto para la objeción de conciencia de las personas involucradas.

B. *Subjuicio de necesidad*

La aplicación del subjuicio de necesidad exige determinar si la restricción de uno de los derechos involucrados pudo haber sido evitada; esto es, si podría haberse alcanzado el mismo estado de casos que se procura, pero a través de medios menos restrictivos a los derechos en cuestión.⁸¹ En lo que respecta a la objeción de conciencia, de lo que se trata, pues, es de evaluar

⁷⁸ Finnis, John, *Collected Essays: Religion & Public Reasons*, Nueva York, Oxford University Press, 2011, vol. 5, p. 159.

⁷⁹ O’Rourke, Anne *et al.*, *op. cit.*, p. 88.

⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia, Solicitud de nulidad de la Sentencia C-754 de 2015, punto 6.

⁸¹ Clérico, Laura, *op. cit.*, p. 76.

la restricción de tal derecho a la luz de un examen de los medios alternativos. Dicho de otra manera, se analiza si la justificación a la limitación del derecho afectado es excesiva, es decir, si podría evitarse o, al menos, desplegar en la menor medida posible.⁸²

Como bien señala Clérico, el examen de necesidad trata sobre un análisis de la relación empírica entre la medida estatal y el derecho limitado.⁸³ A diferencia de lo que ocurre con el subjuicio de idoneidad, aquí se lleva a cabo una relación empírica, es decir, se compara la medida escogida —o a adoptar— con otras alternativas disponibles. En concreto, el examen de necesidad puede presentarse bajo alguna de las siguientes maneras:

a) *Comparación de los medios alternativos*. Los diversos medios a disposición del intérprete se comparan con el resultado interpretativo que se haya adoptado en relación con el fomento de un fin constitucional legítimo. En el caso de la objeción de conciencia, esto lleva a plantear la siguiente interrogante: ¿existía un curso de acción disponible que fuera capaz de garantizar los llamados “derechos sexuales y reproductivos” de una persona sin imponer el deber legal de realizar conductas que vayan en contra de la libertad de conciencia del objetor? Si la respuesta fuera afirmativa, estaríamos frente a una innecesaria restricción de la libertad de conciencia del objetor.

La Corte Suprema de Estados Unidos de América, en *el caso Burwell vs. Hobby Lobby Stores Inc.* (2014), aplicó este examen de necesidad como comparación de medios o alternativas disponibles.⁸⁴ El asunto, en breve, trataba sobre el alcance de la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa de 1993 (RFRA). En concreto, se debatió si el Departamento de Salud y Servicios Humanos (HHS) de Estados Unidos había cometido un exceso al exigir a tres sociedades por acciones cerradas que proveyeran cobertura de salud para métodos anticonceptivos y abortivos. Esto, según argumentaban las partes, violaba las sinceras creencias religiosas de los dueños de las compañías involucradas que protege la primera enmienda del texto constitucional estadounidense. En lo que hace directamente con este examen de necesidad, la Corte Suprema logró demostrar que el gobierno federal disponía de otros medios para alcanzar sus propósitos sin imponer una limitación sustancial al ejercicio de la religión de los peticionantes.⁸⁵

⁸² *Ibidem*, p. 82.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ *Burwell vs. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 134 S.Ct. 2751 (2014).

⁸⁵ *Idem*.

b) *Comparación de la intensidad de la afectación del derecho involucrado.* Aquí resulta preciso comparar las medidas alternativas con el grado de restricción de los derechos involucrados que éstas implican.⁸⁶ En el caso de la objeción de conciencia, esto puede suponer que las alternativas disponibles inevitablemente incurren en algún grado de limitación del derecho a la objeción de conciencia, pero tales alternativas no siempre afectan en la misma medida a los sujetos involucrados. Si así fuera, la exigencia de razonabilidad conlleva el deber de escoger aquella que menos restringe a los derechos en cuestión.

Así, por ejemplo, no es lo mismo plantear que los establecimientos sanitarios no pueden esgrimir una objeción de conciencia institucional bajo ningún concepto —como lo hace la Corte Constitucional de Colombia—, a plantear que podrán hacerlo, pero en la medida en que procuren la derivación a otro establecimiento sanitario que provea las prestaciones que se solicitan bajo el amparo de los llamados “derechos sexuales y reproductivos”. En efecto, no se cumple apropiadamente con el examen de necesidad si, por ejemplo, el juez optara por violar los fines que procura alcanzar un establecimiento sanitario que tiene una larga tradición en la defensa de un ideario enteramente opuesto a la prestación de servicios que refieran a los derechos sexuales o reproductivos, en vez de escoger obligar a una institución de salud que tibia e incoherentemente se ha manifestado en contra de tales prestaciones. Dicho de otra manera, el intérprete tiene la carga de argumentar que la restricción que se escoge es la menos lesiva de los derechos de entre todas las alternativas disponibles.

C. *Subjuicio de proporcionalidad en sentido estricto*

Una vez que han sido superados los juicios de adecuación y de necesidad, la máxima de razonabilidad exige valorar la proporcionalidad en sentido estricto de la medida sometida a juzgamiento. Este subjuicio, tal como sostiene casi unánimemente la dogmática de los derechos fundamentales, conlleva establecer si la medida bajo examen guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar.⁸⁷ Naturalmente, frente a lo dicho anteriormente, cabría preguntarse ¿qué significa “relación razonable”?

⁸⁶ Clérico, Laura, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

⁸⁷ Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2009, p. 107.

La respuesta dominante a tal interrogante, como afirma Cianciardo, remite a un balanceo entre ventajas y desventajas del resultado interpretativo que se adopte.⁸⁸ Esta caracterización del examen de proporcionalidad en sentido estricto no está exenta de dificultades. En primer lugar, resulta sumamente complicado determinar en qué consiste una “relación razonable”. Así, la expresión que explica tal concepto mediante un “balance entre costo y beneficios” parece designar que será razonable toda decisión que conlleve un coste justificado en relación con los costos implicados. En consecuencia, como bien advierte Cianciardo, cuanto mayor sea el beneficio que se siga con la decisión, mayor aceptación habría que predicar sobre el grado de restricción tolerable.

Situados en este contexto de ideas, el examen de proporcionalidad en sentido estricto supone dos clases de dificultades de extrema relevancia. En primer lugar, se advierten los problemas que implican la identificación, valoración y comparación de los intereses en juego. En el caso de la objeción de conciencia que nos ocupa en este trabajo, ¿tienen el mismo peso los intereses que defienden los llamados “derechos sexuales y reproductivos” o pesa más la integridad de la libertad de conciencia del objeto? Si éste fuera el caso, como bien resume Cianciardo, terminaría sucediendo que hay una jerarquización implícita de los intereses o pretensiones en pugna.⁸⁹ En consecuencia, esta relación razonable supone una decisión que presupone una escala de valor, por la cual se le asigna más o menos peso a tal o cual posición, cuyas razones que la estructuran no llega a ser explicitadas. Dicho con otras palabras, si se asume que un bien público o derecho fundamental vale más que otro, eso depende necesariamente de la medida que se adopte. El problema radica en que esa medida carece de explicación o justificación normativa alguna.

En segundo lugar, incluso suponiendo que pudiéramos establecer que el fin que se busca alcanzar con un determinado resultado interpretativo es de suma relevancia institucional y, además, que el medio escogido se justificara en función del peligro que pretende evitar, estaríamos desnaturalizando el sentido mismo que animó al examen de razonabilidad.⁹⁰ En efecto, incluso si se concede que pudiéramos afirmar la prevalencia de un interés estatal por concretar de los derechos sexuales y reproductivos por encima del derecho a plantear una objeción de conciencia, esto terminaría

⁸⁸ *Ibidem*, p. 107.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 110.

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 110 y 111.

implicando que este último derecho no opera de modo alguno frente a los llamados “derechos sexuales y reproductivos” que alguien pudiera invocar.

Por lo tanto, el examen de proporcionalidad en sentido estricto conllevaría una violación de uno de los derechos fundamentales en cuestión. Más aún, la vigencia material de los derechos fundamentales terminaría estando subordinada a su no afectación a un interés estatal de suma relevancia. Con otras palabras, el apropiado respeto de los derechos fundamentales descansaría en su no afectación a una “razón de Estado”.⁹¹ Este orden de ideas reclama incorporar un cuarto paso o examen para superar estas insuficiencias. Dicho de otra manera, resulta preciso adicionar un nuevo examen que asegure la vigencia de todos y cada uno de los derechos involucrados, en todos y cada uno de los casos posibles.

D. Subjuicio de aseguramiento del contenido esencial de los derechos involucrados

Resulta menester incorporar la garantía del contenido esencial o mínimo de los derechos fundamentales. De lo contrario, al menos en algunos casos, será posible superar el test de razonabilidad, pero que estemos frente a una decisión o medida inconstitucionales, precisamente, por afectar el contenido esencial de algún derecho fundamental.⁹² Dicho de otra manera, una decisión razonable o proporcionada no necesariamente es constitucional. Ahora bien, ¿en qué consiste tal garantía del contenido esencial? Tal “contenido esencial” refiere a un núcleo inalterable de los derechos fundamentales que de ningún modo podría ser regulado, restringido o limitado.⁹³

La garantía del contenido esencial se puede encontrar en el constitucionalismo europeo en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn (1949), donde se estableció que “en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”. Siguiendo un camino semejante, la Constitución de España recoge esta garantía en su artículo 53.1, que prescribe que “Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”.

⁹¹ Cianciardo, Juan, “Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales”, *Persona y Derecho* vol. 41, 1999, p. 50.

⁹² *Ibidem*, pp. 50 y 51.

⁹³ Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 245.

En el ámbito latinoamericano, concretamente en el caso argentino, se puede rastrear el antecedente del artículo 28 de la Constitución de la Nación Argentina, que establece que “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio”. Un punto interesante de esta disposición constitucional, como remarca Linares, es que ésta no parece tener un claro antecedente en la Constitución de los Estados Unidos de América,⁹⁴ sino que se desprende del artículo 20 del Proyecto de Alberdi, que prescribe lo siguiente: “Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia”.⁹⁵

Ahora bien, ¿cuáles son los elementos del contenido esencial de los derechos fundamentales? La especificación del contenido esencial del derecho a la objeción de conciencia ha de elaborarse concretamente, esto es, en el marco de un caso concreto y particular, mediante una descripción de los siguientes elementos:⁹⁶

- 1) Fines o fin para que se reconoce el derecho fundamental en cuestión.
- 2) Quién es su titular (sujeto activo).
- 3) Quién debe respetar o dar efecto a tal derecho fundamental (sujeto pasivo).
- 4) Contenido o descripción de la conducta involucrada por los derechos en juego.
- 5) Condiciones bajo las cuales el titular pierde su derecho, incluyendo, si las hubiera, aquellas condiciones que habilitan al titular a renunciar al derecho en cuestión.
- 6) Qué libertades y facultades de obrar disfruta el titular que demanda el derecho, incluyendo una especificación de sus fronteras, como

⁹⁴ Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes: el “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución argentina*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 160.

⁹⁵ Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* (1a ed., 1852), Buenos Aires, Sopena, 1957, pp. 219 y ss. El artículo 20 está publicado en la p. 223.

⁹⁶ Toller, Fernando M., “Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales”, en Rivera (H.), Julio César *et al.* (dirs.), *Tratado de derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, p. 168.

es el caso de la determinación de sus deberes, y especialmente el deber de no interferencia y de adecuación con los derechos y libertades de otros titulares de ese derecho o de otros derechos reconocidos.

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, existe un punto que merece un tratamiento más detenido en función de su problematicidad teórica y práctica. En efecto, un tema que resulta cada vez más controvertido es el relativo a la titularidad del derecho a la objeción de conciencia. Frente a ello, es preciso remarcar que existe un profuso debate sobre la titularidad de un derecho a la objeción de conciencia de las personas jurídicas o si, como prescribe la Corte Constitucional de Colombia, se trata de un derecho que sólo puede ser ejercido por los individuos que la componen.

Aquí, nuevamente, se manifiesta la relevancia de conectar la objeción de conciencia con el concepto de conciencia y libertad de conciencia, porque si el concepto de “libertad de conciencia” refiere a la defensa de la propia identidad moral del objetor, pues entonces parece que existe menos espacio para negar la titularidad del derecho de objeción de conciencia a personas jurídicas, por ejemplo, a establecimientos de salud de naturaleza privada. En otras palabras, tanto las personas jurídicas como las personas naturales pueden sufrir conculcaciones a sus derechos fundamentales.

Más aún, en los contextos sanitarios la persona jurídica es el vehículo privilegiado para ejercer determinados derechos fundamentales, los cuales poseen una especial vigencia al momento de actuar de modo asociativo.⁹⁷ Esto parece ponerse de relieve con la imposición estatal de ciertas prestaciones médicas de carácter abortivo o contraceptivo que suelen rechazar los hospitales de inspiración cristiana. Sin embargo, es preciso remarcar que, desde el mismo surgimiento de los primeros establecimientos de salud, las personas individuales se agruparon con otras no sólo para brindar meramente un servicio de salud como un fin en sí mismo. El cuidado de la salud era un medio para concretar o vivir bajo una cierta concepción moral imbuida de valores de trascendencia religiosa.⁹⁸

Así, por ejemplo, cuando se obliga a una clínica privada de inspiración cristiana a brindar tratamientos abortivos, se está violando necesariamente

⁹⁷ Casas, Carlos Ignacio de y Toller, Fernando M., *Los derechos humanos de las personas jurídicas: titularidad de derechos y legitimación en el sistema interamericano*, México, Porrúa, 2015, p. 3.

⁹⁸ Risse, Guenter B., *op. cit.*, pp. 73 y 74.

la conciencia de un conjunto de personas que se asociaron para proporcionar un servicio de salud para con ello realizar en sus propias vidas un paradigma moral que rechaza tales prácticas. Por tanto, en tales casos resulta mucho más eficaz para la protección de la libertad de conciencia reconocer como titular de un derecho de objeción de conciencia a la persona jurídica que solamente a los individuos que la componen. De lo contrario, se tendría que recorrer un camino tan ineficaz como redundante; es decir, a cada miembro de la organización le correspondería plantear individualmente una objeción de conciencia para la realización de prácticas sanitarias que violan su conciencia individual.

V. CONCLUSIONES

El concepto de conciencia no sólo refiere a aspectos esenciales de un sujeto en lo que hace al sentido último de su existencia —involucramiento fundamental—. Se trata de cuestiones que implican a la personalidad del sujeto de una manera tan honda que alcanza el núcleo de su propia identidad moral —segundo elemento: intimidad—. El tercer y último aspecto de la conciencia revela una instancia ante la cual se deberá rendir cuentas. De hecho, el mencionado caso de Sócrates remarca que es preciso aclarar que el testigo de la conciencia no necesariamente debe considerarse como un observador externo, sino que bien podría ser el propio agente. Frente a su testigo, al sujeto no le bastará con haber obrado de acuerdo con un mandato jurídico-positivo para eximirse de responsabilidad. Se trata, pues, de que el sujeto habrá de rendir cuentas ante alguien —él mismo u otra instancia humana o sobrenatural— por sus actos que cumplen con lo que prescriben las normas jurídicas-positivas, pero que comprometen su identidad moral.

La libertad de conciencia surgió históricamente como la formalización y protección de la conciencia individual en la dimensión relacional o social de las personas. Este concepto se dirigió primero a proteger la libertad religiosa de las personas en el contexto de la Reforma protestante. Sin embargo, la libertad de conciencia se fue secularizando al punto de proteger el núcleo más profundo de la identidad moral de las personas, independientemente si éste refiere o no a creencias religiosas. Más aún, la relevancia social de la libertad de conciencia, siguiendo en este punto a Luhmann, consiste en que posibilita que el sistema social descomprima

la presión que ejerce sobre el individuo. Esto permite al sistema social que no se sobrecargue de una excesiva presión por parte de los miembros de la comunidad y, a la vez, permite que el individuo no termine siendo enteramente reducido a un destinatario de las regulaciones normativas de la sociedad.

El concepto de objeción de conciencia o, mejor dicho, el derecho a la objeción de conciencia posibilita la protección de acciones o conductas externas que resultan necesarias para la realización de la identidad moral de cada persona. La extensión de este derecho se comprende apropiadamente mediante el concepto de libertad de conciencia y, a su vez, ésta descansa en el concepto de conciencia. Más específicamente, se comprende el alcance de la objeción de conciencia una vez que se entiende la extensión del concepto de libertad de conciencia. En tal sentido, por ejemplo, en la medida en que este último concepto se dirige a proteger el núcleo de la identidad moral de una persona, no resulta preciso argumentar que una norma moral repugna a la concepción moral o religiosa a la que se adhiere el objeto. Bastará, pues, con mostrar que el contenido de la norma objetada afecta significativamente a la identidad moral del objeto.

Sin embargo, el ejercicio de este derecho a la objeción de conciencia, en especial en contextos sanitarios, ha de determinarse concretamente a partir del examen de razonabilidad. Las singularidades concretas de las circunstancias en que se ejerce el derecho a la objeción de conciencia imposibilitan determinar en abstracto el alcance o extensión de tal derecho. A su vez, para evitar que tal derecho suponga necesariamente la entera negación o protección de la libertad de conciencia en un caso concreto, resulta menester agregar al clásico examen de razonabilidad un paso adicional: el aseguramiento del contenido esencial o mínimo de todos los derechos involucrados. De esta manera, se acota sustancialmente el nivel de tensión entre el derecho a la objeción de conciencia y aquellos derechos que se le oponen en contextos sanitarios, tales como el derecho a la disposición del propio cuerpo o los llamados “derechos reproductivos”.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARLETTAZ, Fernando, “Libertad religiosa y objeción de conciencia en el derecho constitucional argentino”, *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 10, núm. 1, 2012.

- CAMPBELL, Mark, “Conscientious Objection in Medicine: Various Myths”, *Law & Justice – The Christian Law Review*, vol. 166, 2011.
- CASAS, Carlos Ignacio de y TOLLER, Fernando M., *Los derechos humanos de las personas jurídicas: titularidad de derechos y legitimación en el sistema interamericano*, México, Porrúa, 2015.
- CHIASSONI, Pierluigi, “Protecting Freedom of Conscience in a Constitutional State”, *Diritto & Questioni Pubbliche. Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*, vol. 16, 2016.
- CIANCIARDO, Juan, “Argumentación, principios y razonabilidad. Entre la irracionalidad y la racionalidad”, *Dikaion*, vol. 23, núm. 1, 2014.
- CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2a. ed., Buenos Aires, Ábaco, 2009.
- CIANCIARDO, Juan, “Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales”, *Persona y Derecho*, vol. 41, 1999.
- CIANCIARDO, Juan, “The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights”, *Journal of Civil Law Studies*, vol. 3, 2010.
- CLÉRICO, Laura, “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 31, 2015.
- COLLINS, Mary K., “Conscience Clauses and Oral Contraceptives: Conscientious Objection or Calculated Obstruction”, *Annals of Health Law*, vol. 15, núm. 1, 2006.
- DIDIER, María, “El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación”, *Dikaion*, vol. 24, núm. 2, 2015.
- FINNIS, John, *Collected Essays: Religion & Public Reasons*, Nueva York, Oxford University Press, 2011, vol. 5.
- GREENAWALT, Kent, “The Significance of Conscience”, *San Diego Law Review*, vol. 47, 2010.
- HERVADA, Javier, “Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica”, *Persona y Derecho*, núm. 11, 1984.
- HEVAL ÇINAR, Özgür, *The Right to Conscientious Objection to Military Service and Turkey’s Obligations under International Human Rights Law*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2014.
- JUSS, Satvinder S., “Freedom of Conscience Rights: Lessons for Great Britain”, *Journal of Church and State*, vol. 39, 1997.

- LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes: el “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución argentina*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2002.
- LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina y ACOSTA, Juana Inés, “La protección internacional de la objeción de conciencia: análisis comparado entre sistemas de derechos humanos y perspectivas en el sistema interamericano”, *ACDI: Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 9, 2016.
- LUHMANN, Niklas, “Die Gewissensfreiheit Und Das Gewissen”, *Archiv Des Öffentlichen Rechts*, vol. 90, núm. 3, 1965.
- MORA RESTREPO, Gabriel, “Objeción de conciencia e imposiciones ideológicas: el Mayflower a la deriva”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm. 2, 2011.
- MOSKOS, Charles C. y WHITECLAY CHAMBERS II, John, “The Secularization of Conscience”, *The New Conscientious Objection: From Sacred to Secular Resistance*, Nueva York, Oxford University Press, 1993.
- NAVARRO VALLS, Rafael y MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, Madrid, Iustel, 2012.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- O’ROURKE, Anne *et al.*, “Abortion and Conscientious Objection: The New Battleground”, *Monash University Law Review*, vol. 38, 2012.
- OLLERO, Andrés, “¿Soy en realidad iusnaturalista?”, *Liber Amicorum. Homenaje al profesor Luis Martínez Roldán Oviedo*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2016.
- ORREGO, Cristóbal, “Principios prácticos para orientar el razonamiento jurídico ante la objeción de conciencia”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. 23, 2005.
- PERRY, Michael J., “From Religious Freedom to Moral Freedom”, *San Diego Law Review*, vol. 47, 2010.
- PRIETO MARTÍNEZ, Vicente, *La objeción de conciencia en instituciones de salud*, Bogotá, Temis-Universidad de La Sabana, 2013.
- PRIETO MARTÍNEZ, Vicente, “Las objeciones de conciencia en el derecho colombiano”, en MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier *et al.*, *Religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Rafael Navarro-Valls*, Madrid, Iustel, 2013.

- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge (Massachusetts), Belknap Press of Harvard University Press, 1999.
- RISSE, Guenter B., *Mending Bodies, Saving Souls: A History of Hospitals*, Nueva York, Oxford University Press, 1999.
- RIVAS, Pedro, “La triple justificación de la desobediencia civil”, *Persona y Derecho*, vol. 34, 1996.
- SARTEA, Claudio, “¿Qué objeción? ¿Qué conciencia? Reflexiones acerca de la objeción de conciencia y su fundamentación conceptual”, *Cuadernos de Bioética*, vol. 24, núm. 82, 2013.
- SCHINKEL, Anders, *Conscience and Conscientious Objections*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2007.
- SMITH, Steven D., “Taxes, Conscience, and the Constitution”, *Constitutional Commentary*, vol. 23, núm. 3, 2006.
- TOLLER, Fernando M., “El derecho a la objeción de conciencia de las instituciones”, *Vida y Ética*, vol. 8, núm. 2, 2007.
- TOLLER, Fernando M., “Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales”, en RIVERA (H.), Julio César *et al.* (dirs.), *Tratado de derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014.
- WARDLE, Lynn D., “Protecting the Rights of Conscience of Health Care Providers”, *The Journal of Legal Medicine*, vol. 14, núm. 2, 1993.
- WHITCOMB, Erin, “A Most Fundamental Freedom of Choice: An International Review of Conscientious Objection to Elective Abortion”, *St. John’s Journal of Legal Commentary*, vol. 24, núm. 4, 2010.
- WICCLAIR, Mark R., *Conscientious Objection in Health Care: An Ethical Analysis*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011.
- ZÁRATE CUELLO, Amparo de Jesús, “Implicaciones bioéticas y biojurídicas de la objeción de conciencia institucional con relación al aborto en el ordenamiento jurídico colombiano”, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, vol. 14, núm. 27, 2011.

C

Fecha de recepción: 6 de febrero de 2018.

Fecha de aceptación: 8 de mayo de 2018.