



XIX CONCURSO DE ENSAYOS
sobre el
CÓDIGO IBEROAMERICANO DE ÉTICA JUDICIAL

MENCIÓN
Ad honorem

**Objeción de conciencia de los jueces:
Del activismo al «pasivismo» judicial**

Jaime Rubén Álvarez Astete
República de Chile



XIX CONCURSO DE ENSAYOS SOBRE EL CÓDIGO IBEROAMERICANO DE ÉTICA JUDICIAL

MENCIÓN HONORÍFICA

**Objeción de conciencia de los jueces:
Del activismo al «pasivismo» judicial**

Jaime Rubén Álvarez Astete

Fiscal Judicial de la Corte de Apelaciones de
Coyhaique, República de Chile

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Conceptualización

Es sabido que la objeción de conciencia es una manifestación pasiva —si se quiere— de la libertad de conciencia, y no pocos escritores y estudiosos del tema la consideran como un derecho fundamental, entendiendo como tal aquel que la respectiva ley fundamental o carta magna de cada país reconoce con esa calidad, en atención a que se les considera esenciales para la sana y pacífica convivencia social o con principios fundamentales de la construcción histórica y valórica de la nación. Los hay, también, que la conciben como un derecho humano, inherente a la condición humana misma, independientemente de raza, nacionalidad, clase social, religión, género o cualquier otro tipo de distinción, que resulta inescindible del ser humano como tal.

Finalmente, sus más férreos y entusiastas defensores, la conciben como un derecho humano fundamental, dotado de todos los atributos ya señalados, valoración que, por cierto, pretende resaltar y elevar su posicionamiento, en el momento de contrastarlo con otros derechos o principios a los que aquella pudiera verse enfrentada o contrastada.

No es nuestro interés ni el objetivo de este ensayo el de realizar un examen exhaustivo acerca de si merece el estatus jurídico que se le predica, o no, sino, solamente, el de llamar la atención en que muchas de las discrepancias que se presentan, a la hora de darle la legitimidad jurídica que se pretende —o no—, particularmente, en el ámbito del quehacer de los jueces, como veremos más adelante, tienen una fuerte recurrencia argumentativa a esta condición jurídica que se le atribuye, la que, si bien no se desconoce del todo, creemos que, en el momento de efectuar un análisis más detallado de su procedencia, se ve enfrentada a otros principios o valoraciones jurídicas, tanto o más relevantes, en lo cual la ponderación de intereses juega un rol relevante.

Más allá de esta discusión académica, acerca de su naturaleza jurídica, creemos conveniente, para efectos de este análisis, describirla en un plano más pacífico y libre de discrepancias, en el que la gran mayoría de los estudiosos de dicha institución jurídica, no ofrece reparo; esto es, conceptualizarla como un derecho establecido con carácter, claramente, excepcional: solo para aquellos casos en los que, en procura del mayor bienestar posible de los ciudadanos, conforme con el cabal cumplimiento de sus indivi-

duales proyectos de vida y siempre que su ejercicio no sea contrario a valores fundamentales de la convivencia social, se permite al juez contravenir una norma jurídica que lo manda a realizar algo; ello como una conceptualización que pretende sincretizar varios de los aspectos que los estudiosos del tema predicán.

Se infiere, de inmediato, de los aspectos referidos, precedentemente, que esta institución en ningún caso resulta ser un derecho absoluto o *erga omnes*, a partir de lo cual surgen nuestros reparos a que la objeción de conciencia sea tenida o asumida, en la concepción tradicional, por no pocos autores, como un derecho humano fundamental; sin embargo, como ya dijimos, no pretendemos profundizar en nuestra reticencia con aquella conceptualización clásica, sino, solamente, advertir cierta inconsistencia lógica en concebirla como un derecho dotado de esa trascendencia y, no obstante a ello, no estar revestida de las características intrínsecas de tales derechos.

En efecto, verbigracia, su legítimo ejercicio, requiere o exige una necesaria ponderación y contraste con otros derechos y deberes estatuidos a los ciudadanos, en su correlación recíproca, lo cual no se condice con el tratamiento de derecho humano fundamental que los más entusiastas pretenden atribuirle.

Sin perjuicio de nuestra propia elaboración conceptual, referida precedentemente, corresponde ofrecer algunas definiciones que brinda la doctrina formal y clásica, acerca de este instituto jurídico. Entre los más representativos, tenemos a GASCÓN, quien la considera «aquel 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 [...]». Por otra parte, el *Diccionario panhispánico del español jurídico* la consigna como el «derecho a oponer excepciones al cumplimiento de deberes jurídicos, cuando su cumplimiento implique una contravención a las convicciones personales, ya sean religiosas, morales o filosóficas».

En todo caso, cualquiera que sea la definición o conceptualización a la cual nos adscribamos con respecto a la presente institución, no podemos dejar de observar —y a nadie puede llamar la atención que—, como tantos otros conceptos, particularmente, en el ámbito jurídico, esta posee varios defectos en su descripción; entre ellos, resaltamos su ambigüedad, vaguedad, carga emotiva y subjetiva, los que dificultan la elaboración de un concepto lógico, claro y coherente, que satisfaga a todos. No obstante lo anterior, en

un ejercicio de reduccionismo extremo, podemos sintetizarla, en términos jurídicos, como una forma de desobediencia al derecho, basada en razones morales.

Si bien el tema del presente ensayo es la objeción de conciencia y la ética judicial, en especial, la que se predica con respecto a los jueces y magistrados, desde ya, observamos que, en atención a sus propias características y naturaleza, su pertinencia y legitimidad, va descendiendo, escalonadamente, según los grupos de interés a los cuales se les pretende aplicar. Así, en primer lugar, tenemos la objeción de conciencia como concepto general y aplicable a todo ciudadano; luego, la del funcionario público, para continuar, más adelante, con la que pudiera referirse a funcionarios que se desempeñan en el ámbito de la administración de justicia y, finalmente, la que resulta de las peculiaridades del ejercicio de la función jurisdiccional, propiamente tal (jueces y magistrados).

De tal secuencia escalonada, podemos colegir que esta es una institución excepcional, sobre la base del cumplimiento de ciertos requisitos exhaustivos, incluso para el ciudadano común; en la medida que nos acercamos al ámbito judicial, conforme con el avance de cada escalón, se vuelve más restrictiva, por las inherentes exigencias de la función judicial, por un lado, y, por el otro, en concordancia con el siempre necesario e ineludible ejercicio de ponderación con otros derechos, el que no puede soslayarse al analizar su eventual procedencia.

1.2. Origen como derecho subjetivo

Como casi todos los cambios sociales, cuando abordamos su origen —y, ciertamente, las concepciones jurídicas no escapan de ello, en tanto son procesos de transformaciones graduales—, estos suelen esconder sus raíces en las profundidades insondables del desarrollo histórico. No obstante, siempre es posible fijar o situar un hito o, al menos, un período donde destaca una determinada conducta social que la hace, claramente, visible y, por ende, determinable en su origen cronológico, con cierto grado de consenso.

Es así que, en este orden de consideraciones, algunos tratadistas la sitúan, como derecho subjetivo, en los albores del siglo XVI, el que, como sabemos, se caracterizó por transformaciones relevantes en los ámbitos filosóficos, religiosos, políticos y sociales,

en los que los conflictos entre derecho y moral se comenzaron a evidenciar con mayor relevancia, época ésta en la cual se produjeron cambios profundos en la forma en que las personas entendían sus creencias personales y las defendían, así como en su autonomía moral frente a las imposiciones externas, sentando, con ello, las bases para el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia, como la conocemos hoy; esto es, delimitada por un marco jurídico que, además, le otorga sustento.

Luego, ya en el siglo xx, esta se materializa, nítidamente, en aspectos de la vida cotidiana del ser humano, referidos a las implicancias de la conscripción militar obligatoria. En este contexto, RAMOS MORENTE nos cuenta que este derecho subjetivo comenzó a ser reconocido, bajo esta premisa de abstención al cumplimiento de deberes en el ámbito militar, como aconteció en algunas constituciones europeas, como las de Portugal (1926), España (1978) y Holanda (1992). Asimismo y paralelamente, por vía legislativa, comenzó a ser reconocido en otros países como Suecia (1902), Gran Bretaña (1916) o Dinamarca (1933).

Mas tarde, dicho derecho subjetivo comenzó a extenderse a otros ámbitos, como es el caso de los profesionales de la salud, quienes debían intervenir en procedimientos sanitarios que, en algunos casos, controvertían las convicciones religiosas o morales del profesional que debía ejecutarlos. De esta manera, como podemos apreciar, no obstante un tímido comienzo y lento asentamiento en áreas bien específicas de la actividad humana, en los últimos años, hemos sido testigos de un notorio crecimiento —en cantidad— de pretendidas objeciones frente a determinados deberes legales, así como una diversificación de las esferas en las cuales se invoca el conflicto de conciencia frente al ordenamiento jurídico.

En concordancia con aquello, y con el afán de intentar conciliar la autonomía individual de la voluntad de todo ser humano, en aras de su bienestar, y facilitar el cumplimiento de su personal proyecto de vida, con la necesidad de respetar el ordenamiento jurídico y el principio de igualdad en el sometimiento de todos los ciudadanos o justiciables a las normas, el legislador y los tribunales de justicia han intentado legitimar, jurídicamente, este derecho, con un rango de aplicación cada vez más amplio.

1.3. Naturaleza jurídica

Existe pleno consenso en la doctrina jurídica en que la señalada institución emana del ejercicio del derecho a la libertad de conciencia, ampliamente reconocido y legitimado a nivel constitucional en muchos países del ámbito occidental, postura esta que ha sido adoptada por diversos organismos internacionales, tales como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A su turno, el Sistema Interamericano registra, también, un pronunciamiento en 2005 en tal sentido, en el cual sostiene que se legitima tal derecho, cuando ha sido reconocido en la legislación interna.

Desde otro punto de vista, debemos considerar que, si bien se trata de un derecho personalísimo, se ha aceptado que pueda extenderse a personas jurídicas. Tal planteamiento ha sido sostenido por el Consejo de Europa, al manifestar en una de sus resoluciones parlamentarias que «ninguna persona, hospital o institución será coaccionada, considerada civilmente responsable o discriminada, debido a su rechazo a realizar, autorizar, participar, o asistir en la práctica de un aborto, la realización de un aborto involuntario o de emergencia, eutanasia o cualquier acto que cause la muerte de un feto humano o embrión, por cualquier razón».

1.4. Fundamentos

El fundamento filosófico y trascendente de legitimar, jurídicamente, el ejercicio de tal opción personal se halla en la libertad de pensamiento, conciencia o religión, derivada de la libertad de todo ser humano de poder conducir su vida y acciones, en concordancia con sus creencias éticas, morales, ideológicas, ya sean estas tributarias de alguna religión, ateas, agnósticas o de cualquier otra naturaleza, siempre, claro está, que ellas no atenten contra las bases mismas sobre las cuales se sostiene el conglomerado social, con el único afán de que todo ser humano pueda alcanzar el máximo de su potencial en el cumplimiento de su particular proyecto de vida.

Así, en el ámbito de su pertinencia como derecho subjetivo, se plantea este como un conflicto entre el deber legal y el moral, que se evidencian como consustanciales a todas personas. En el primer caso, el énfasis está situado en revelar la importancia de que todo individuo del conglomerado social está obligado a cumplir con las normas le-

gales, en atención a que estas han sido establecidas para procurar el orden, la paz social, la protección y los derechos de todos, y, como consecuencia de aquello, promover el bienestar de la comunidad. En el otro, sin embargo, subyace el deber a la conciencia moral o ética de cada persona, la cual se fundamenta o cimenta en sus creencias individuales o principios fundamentales de su existencia. En tal escenario, si bien lo esperable o deseable es que ambas finalidades o propósitos se complementen, en algunas situaciones particulares pueden darse conflictos entre ellas(os) —y, de hecho, en ocasiones, lo están—, lo cual da sustento o fundamento a su establecimiento como derecho subjetivo, en ocasiones excepcional, como ya hemos consignado.

1.5. Legitimidad

Un aspecto innegable que subyace en su consideración y, muchas veces, pasa inadvertido —pero que conviene revelar—, es que el ejercicio de este derecho solo puede reclamarse en sociedades que valoran la autonomía individual, las convicciones personales y el pluralismo social, lo cual, como ya sabemos, permite que convivan personas con diferentes concepciones éticas y religiosas, y lo facilita.

En efecto, al ser propio de países liberales, democráticos y laicos este ejercicio de conciencia, justifica, asimismo, que este derecho subjetivo emerja, al menos, con alguna fuerza, en la historia reciente de la humanidad, coetánea al período de la Ilustración y caída del absolutismo en occidente. En contraste con aquello, resulta altamente improbable que el ejercicio de este derecho pueda ser legitimado o reconocido en países totalitarios que no reconozcan derechos individuales, la autonomía de la voluntad o el pluralismo social.

Desde otro punto de vista, pero siempre en el contexto de su legitimidad, cabe considerar que las sociedades democráticas —en las que las leyes y, por ende, las obligaciones ciudadanas se consagran sobre la base de votaciones legislativas, transitoriamente, mayoritarias, en cualquier sentido que se decidan— no siempre garantizan que estas respeten o consideren las convicciones éticas o religiosas de las minorías. Ello puede conllevar a la afectación de las convicciones más profundas de algunas minorías relevantes e, incluso, su propia identidad. De ahí surge la importancia o necesidad de equilibrar esa falencia de las minorías, a fin de que puedan sentirse integradas a esa

sociedad que, en principio, no reconoce sus valoraciones, en las normas generales y abstractas que deben cumplir.

En el mismo sentido, hemos de tener presente que las normas jurídicas de un Estado no siempre pueden concebirse como neutras o como resultado de una deliberación racional, puramente, por cuanto, no pocas veces, surgen a punta de presiones de un grupo dominante o altamente influyente, en las cámaras legislativas del país en cuestión, las cuales, en ocasiones, están teñidas o motivadas por rasgos marcadamente ideológicos, sociales, culturales, históricos o religiosos. *Ergo*, al no resultar extraño que estos grupos minoritarios posean rasgos diferenciados, claramente, y hasta contradictorios, existencialmente, con respecto a las leyes que se aprueban para todo el conglomerado social, se legitima el establecimiento de esta institución jurídica.

1.6. Conflicto de derechos: Tesis de la ponderación

Como hemos manifestado, anteriormente, el reconocimiento de este derecho, por su naturaleza excepcional y contravencional con el mandato legal, exige o reclama la contrastación con la eventual afectación de otros derechos o principios que se ven afectados, de ahí que aquel no se reclama *erga omnes* y ante todo evento, sino como resultado de una racional ponderación de cuál debe primar en desmedro del otro y luego de ser sometido al cumplimiento de ciertos requisitos, en los que no ahondaremos, para no extendernos en demasía sobre este punto. En efecto, Luis PRIETO SANCHÍS, a este respecto señala que «nadie goza de una posición iusfundamental tutelada solamente porque su conducta resulte acorde a [*sic*] sus convicciones; puesto que, si así fuese, habrían de considerarse lícitos, por ejemplo, los sacrificios humanos, en la medida que alguna religión ordenara tal práctica».

En síntesis, nadie puede pretender ser amparado por el derecho, solo y exclusivamente, sobre la base de que su conducta resulta conforme con sus convicciones morales. Ciertamente, la consagración del derecho a la libertad de conciencia, obliga a tratar este conflicto, a saber, entre la obligación moral y la legal, como un problema de límites al ejercicio de los derechos, sobre la base de la ponderación de estos. De lo anterior, se colige que no existe un derecho general, definitivo y absoluto de ejercer esta prerrogativa sobre cualquier otra consideración o derecho.

1.7. Problemas que se plantean

De forma intuitiva, puede apreciarse que esta autorización de desobediencia al derecho, basada en razones ético-subjetivas, aun cuando excepcional, no está exenta de la aparición de otros problemas, particularmente, en su aplicación concreta; entre ellos, mencionaremos, a manera de ejemplo, solo los que nos parecen más comunes, con el único afán de dar cuenta de que el tema en cuestión no carece de la dificultad adicional de enfrentar conflictos con otros derechos o implicancias secundarias, no fáciles de resolver o minimizar, tales como:

- a) Compatibilizar el derecho particular y personal a la desobediencia a una ley, sobre la base de una objeción de conciencia, con la obligación general de obedecer la ley que rige para todos se evidencia, de suyo, contradictorio y, consecuencialmente, difícil de abordar, sin que implique una grave afectación de uno con respecto al otro.
- b) Saber gestionar la diversidad de convicciones éticas presentes en un territorio determinado, atendiendo a los procesos de inmigración cada vez más recurrentes, que incorporan minorías con evidente diversidad cultural y, a veces, con radicales desencuentros, enfrentadas a legislaciones generales y abstractas, establecidas en otras condiciones, generalmente, con altos grados de consenso cultural y, más o menos, con cierta homogeneidad cultural.
- c) La posible existencia de fraude, al reclamar el reconocimiento de este derecho, sobre el supuesto de ser una convicción profunda y permanente, o emanar de una consideración moral trascendente, para lo cual se hace necesario determinar, si existe un fundamento verdadero y plausible en tal petición, o no, y precisarlo.
- d) Oportunidad y forma de reclamar esta objeción, para que resulte legítima su consideración y admisibilidad.

2. OBJECIÓN DE CONCIENCIA DE LOS JUECES

2.1. Aspectos generales

Constituye un hecho reconocido, ampliamente, que la función del juzgador moderno, en un Estado de derecho, requiere el despliegue, entre otros atributos, de habilidades denominadas *blandas*, entre ellas, un buen control del temple, la prudencia e imparciali-

dad, al ponderar los valores sociales y éticos que se disputan en un conflicto del orden jurisdiccional, los cuales, no pocas veces, se conectan con principios fundamentales de la dignidad humana y los sentimientos de justicia, en procura de poder armonizar los derechos fundamentales y humanos, junto con los deberes individuales que se asignan a todo ciudadano, para alcanzar ese ideal irrenunciable que es el bien común.

Es en este escenario en el que la labor de los jueces resulta esencial, pues son ellos los llamados a resolver, precisamente, los conflictos que se plantean entre quien exige el cumplimiento de un deber legal, habitualmente, la autoridad, y quien se opone a este por consideraciones ya sea personales, de orden moral o religioso.

La diversidad de asuntos que llegan al conocimiento de los tribunales de justicia es cada vez más amplia, habida consideración del creciente desarrollo de algunas ciencias, como la medicina y las tecnologías, los conflictos bélicos y otros temas de actualidad, todos los que plantean situaciones que ponen en tela de juicio o tensionan las propias convicciones y creencias de jueces y magistrados. En esta nueva realidad, son numerosas las situaciones en las que el juez, como ser humano que es, también, puede ver comprometida su imparcialidad en el proceso, abriendo el debate ético y jurídico acerca de la pertinencia de invocar este derecho a su favor.

En efecto, aun cuando esta institución suele estar relacionada con diversos aspectos del quehacer social, tampoco es un tema ajeno a la labor judicial, de ahí que surja el planteamiento de si tal derecho —que ya se reconoce y admite, ampliamente, en otros ámbitos, aunque siempre para situaciones especiales— es plausible reconocerlo, jurídicamente, a los jueces y magistrados, o no, y, en tal caso, cómo pueden estos ejercer la prerrogativa de abstenerse de actuar, atendiendo a los posibles conflictos y dilemas éticos que pudieran surgirle o verse enfrentados, como veremos más adelante.

En este mismo sentido, podemos afirmar que una observación evidente y premisa irrefutable resulta ser que ningún individuo de la especie humana, sea juez o no, carece de convicciones, las que, por cierto, rara vez son neutrales. En este contexto, las presentes reflexiones pretenden abordar la pertinencia de este derecho subjetivo, desde la perspectiva de su impacto en los jueces que, si bien, por un lado, están llamados a cumplir —y hacer cumplir— las normas que la sociedad se da, para su buen desarrollo y sana convivencia, y por otro, como seres humanos que son, también, pueden tener

convicciones personales o valoraciones morales y religiosas profundas que pueden entrar en conflicto ético y profesional con la correcta e imparcial administración de justicia, y, con ello, menoscabar el fin primordial de la función pública que desempeñan, desde el punto de vista de los justiciables.

En torno a estas premisas precedentes surge la necesidad de abordar este tema, debido a que, con creciente frecuencia, jueces, magistrados y demás servidores judiciales procuran —o intentan negarse a— participar en procedimientos o tomar de decisiones, cuando consideran que la eventual solución normativa que les corresponde adoptar contravendrá sus principios éticos, morales o religiosos. Así, surgen teorías que pretenden justificar dicha abstención o negación, sobre la base de los principios involucrados, particularmente, el de la imparcialidad, por un lado, y, por el otro, surgen teorías contrarias a validar dicho planteamiento, sobre la base de que observan en tal postura una especie de abdicación de la función esencial del juzgador.

En síntesis, la pregunta que subyace en todo conflicto de esta índole es si el juez o magistrado, enfrentado al conocimiento y la resolución de un caso, está supeditado al correcto entendimiento y la aplicación de las normas constitucionales y legales, relacionadas con el caso, o bien sus convicciones morales y personales juegan un rol de tal relevancia que el ordenamiento jurídico deba considerar con preeminencia a lo anterior.

Desde el punto de vista histórico, la posibilidad de que los jueces puedan ejercer este derecho de abstenerse del cumplimiento de un deber legal, reconocido y validado, en ciertas circunstancias excepcionales a los ciudadanos comunes, como ya hemos señalado anteriormente, se ha ido agitando y desarrollando en este ámbito específico, con el devenir de los años, sobre la base de las argumentaciones contenidas en las teorías moralistas desarrolladas por NINO, enfrentadas a las teorías jurídico-formalistas, desarrolladas por KELSEN a la cabeza.

Así, observamos que NINO, en concordancia con esta pretensión, concibe el Derecho sobre la base de ser «una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo, como una práctica social, considerando que el juez que debe decidir un caso no tiene que hacerlo como si estuviera solo en el mundo, sino que tiene que seleccionar, cual es la mejor decisión, desde un punto de vista moral en relación a [sic] su contribución a una práctica colectiva».

En el otro extremo, para Kelsen, «el derecho y la moral son dos órdenes normativos diferentes, uno del otro. Lo cual, no significa que se renuncie a que el derecho deba tener un contenido moral, puesto que, precisamente, solo considerando el orden jurídico como distinto a la moral, cabe calificarlo de bueno o de malo».

Sobre estas bases argumentativas, recientemente expuestas, representativas de ambas posturas, se ha ido moldeando el debate acerca de la pertinencia o no de este derecho subjetivo en favor de quien ejerce la función de juzgar.

2.2. Posiciones a favor

Estas enfatizan la existencia de una realidad que ya esbozamos anteriormente y que, en síntesis, sostiene que no resulta conveniente soslayar que, toda persona, incluidos los jueces, tienen sus convicciones y consideraciones morales profundas, las cuales, ciertamente, no son inocuas y, por su arraigo en la conciencia de aquellos, no es fácil poder dejarlas de lado y quedar habilitado, asépticamente, para resolver cualquier asunto.

En consecuencia, estiman que, cuando una ley va en contra de la ideología o convicción profunda del juez, sería preferible que este no intervenga en el caso, dado que, en virtud de la imposible supresión de aquellas convicciones, su imparcialidad no estaría garantizada. Se resalta que cada juez tiene su ideología, sus convicciones y valores, unos más arraigados que otros, algunos concebidos, incluso, como irrenunciables. En concordancia con esta postura, se ha llegado a sostener que legitimar la identificación y preminencia de cuándo los imperativos éticos personales del juez deben primar sobre sus deberes funcionariales, contribuiría a sostener la transparencia y credibilidad en las instituciones, particularmente, la judicial, insuflando claridad sobre aspectos que, habitualmente, se suelen ocultar, ya sea por la vía de desmerecer su importancia, o bien por la de desconocer su existencia.

Se insiste en que un juez opuesto, por motivos de conciencia, con respecto a una determinada ley resulta más favorable que se abstenga, pues de lo contrario, imponerle su aplicación, solamente provocaría que, o bien abdique de su conciencia, o se sitúe de manera subrepticia en reafirmar sus postulados de conciencia, por encima de una ley emanada del órgano legislativo.

Se argumenta, asimismo, que resulta una salida más natural y reafirmadora del papel de la ley en un Estado de derecho, la alternativa que facilita el ejercicio de esta opción a nivel judicial, dado que desincentiva la tentación de convertirse en aquel juez denominado *justiciero*, quien, fiel a sus convicciones personales y ante la ausencia de poder ejercer una abstención, se motiva a sentirse depositario de los postulados de lo que él cree de mayor equidad que lo establecido por el legislador y tiende a imponerlos, incluso, en contradicción con la legalidad.

Ergo, cerrar esa puerta de objetar su participación en la decisión de aquel tema conflictivo para su conciencia, alimentaría la aparición de un juez que, en definitiva, desobedece la ley, o bien, en el otro extremo, fomenta la figura de un juez positivista, incapaz de todo distanciamiento o juicio crítico sobre la norma que está llamado a aplicar, actuando con una mecanicidad tan predecible como irrelevante intelectualmente. Ahora, desde la perspectiva del justiciable, se estima que, también, derivan beneficios de esta solución adaptativa a las convicciones personales del juzgador, a saber, una cierta certeza acerca de su imparcialidad, la seguridad de que sus principios de conciencia no van a afectar a la aplicación objetiva de la ley y, por tanto, no va a hacer un uso desviado de la discrecionalidad o de las facultades interpretativas de que está revestido.

Quienes abogan por el reconocimiento de este derecho subjetivo a los jueces abordan los cuestionamientos y las críticas a su planteamiento, y, en esa línea, no dejan de admitir el carácter casuístico de aplicación de esta, así como la dificultad en la valoración de los criterios que la sustentan. Sin embargo, contrargumentan que no resulta esperable suponer que una abstención en tales supuestos excepcionales, específicos y determinados, pudiera obedecer a razones espurias o ilegítimas, camufladas, y que pudieran ser solo razones de conveniencia, verbigracia, relacionadas con la evitación de una carga mayor de trabajo. En todo caso y, dada la existencia de este riesgo que se reconoce, surge el tema de los «deberes sustitutos», alternativa esta que estiman, difumina la posibilidad de fraudes en la materia.

En el mismo sentido, se sostiene que la admisibilidad de esa objeción por los jueces, con todas las limitaciones y condicionantes que se deben imponer, no significaría que atenta contra otro principio básico constitucional, como es el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, pues, en la medida en que el ordenamiento jurídico contem-

ple la debida sustitución en tales casos excepcionales, en rigor, no habría merma alguna a ese derecho, dado que se trataría, siempre y en todo caso, de una determinación previa efectuada por el legislador.

En la doctrina internacional, es posible encontrar diversos autores que postulan su reconocimiento y valoran su consagración como derecho subjetivo para quienes deben administrar justicia. Entre ellos, creemos que uno de los más destacados es FERNÁNDEZ PARRA,¹ quien opina que «[...] la objeción de conciencia puede ejercerse sin impedimento alguno, cuando su ejercicio implique una intervención apenas marginal o mínima en los derechos de terceras personas, o cuando no se vulneren tales derechos. Sin embargo, cuando el ejercicio de tal derecho vulnere derechos de otras personas, el asunto se convierte en un problema de límites al ejercicio de derechos fundamentales».

En el mismo sentido, el magistrado ANDREU ha argumentado a favor de reconocer al juez un derecho a la objeción de conciencia que, «[...] debido a que el juez no solo es un órgano del Estado, sino también persona [...]» y, desde otro punto de vista, sostiene que el ejercicio de tal derecho se materialice a través del establecimiento de un procedimiento regulado de abstención, justificándolo en que «[...] de otro modo, se vería comprometida su imparcialidad».

Igualmente, con similar visión y perspectiva, se ha pronunciado PÉREZ DEL VALLE, según el cual «[...] la objeción no se configura, necesariamente, como un privilegio, sino como una abstención que garantiza la imparcialidad de sus decisiones». A su turno, la doctrina española ha elaborado ciertas condiciones para que un magistrado pueda ser objetor de conciencia: sinceridad del objetor, respeto a los principios del orden público y necesidad del sacrificio de la imperatividad del Derecho frente a la libertad de conciencia.

Paralelamente a estos tratadistas, debemos consignar que el Tribunal Supremo de España ha sostenido reiteradamente que «[...] las causas de abstención de los jueces deben interpretarse restrictivamente y que ésta no cabe si no está reconocida por la ley». En este supuesto, el Tribunal ha señalado que se deben asegurar varios criterios de suma importancia: «[...] se acredite la existencia del motivo de conciencia y su relación directa con el deber legal que objeta, se trate de una situación sobrevenida, posterior a

¹ FERNÁNDEZ PARRA, Sergio, «La objeción de conciencia de los funcionarios judiciales», *Revista de Derecho del Estado*, julio 2010, Universidad externado de Bogotá, pp. 271-275.

la asunción de su cargo, cuando se acepte, el Poder Judicial está en el deber jurídico de sustituirlo, dentro de un plazo breve».

2.3. Posiciones en contra

Al contrario de los ciudadanos comunes, señalan sus contrarios, los jueces están adscritos al desarrollo de una función pública, son servidores y tributarios de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico de una nación, incluso, más intensa que otras funciones públicas. En consecuencia, debemos esperar de aquellos un mayor sometimiento a la aplicación fiel y cumplida de las leyes, reglas y principios del Estado de Derecho.

En efecto, el juez tiene un especial deber de sumisión a dicha estructura jurídica, ciertamente, más intenso que el de un particular cualquiera. Se trata de lo que podríamos denominar una persona-función, ligada por un deber especial, voluntariamente asumido, de obedecer sin vacilaciones, la Constitución y las leyes, con tácita e implícita preminencia de apego a aquel deber, sobre sus propias valoraciones éticas, políticas o de cualquier orden.

Así, se advierte que, aun cuando sea un derecho cada vez más reconocido y admitido a los ciudadanos, el deber cualificado de sometimiento a la ley por parte de la figura del juez, garante de aquella y, por lo tanto, esa sola consideración funcional de su misión, dificulta su admisibilidad para los jueces, aunque sea un derecho reconocido a los ciudadanos, en general; de ahí que sus detractores han sostenido que la admisibilidad de esta prerrogativa ciudadana, excepcional y especial, sin embargo, en el espacio y mundo judicial, deformaría y banalizaría la figura constitucional del juzgador, el cual debe entenderse, sin matices, concesiones ni claudicaciones, sometido exclusivamente al imperio de la ley.

En la dogmática jurídica, existe pleno consenso en torno a que un juez no puede apartarse de un procedimiento sin justa causa y, tampoco, lo puede hacer si no lo prevé la ley. De esta manera, el legislador ha establecido una serie de situaciones reguladas, en las que se considera que el riesgo de parcialidad existe y, por tanto, aquel tiene que abstenerse de juzgar, es decir, no ejercer su función judicial.

En contraste con aquello, se advierte que hay una verdadera incertidumbre cuando se trata de la moral privada del juez, tan única y excluyente, como su titular. Desde estas

consideraciones, cabe preguntarse si es legítimo considerar o apreciar que este tiene un interés, directo o indirecto, en el procedimiento, que lo autoriza a inhabilitarse en su conocimiento, cuando una determinada ley que debe aplicar o interpretar (en su legítimo sentido y alcance), se encuentre en abierta contradicción con sus convicciones personales.

Al igual que quienes fomentan su instauración, sus detractores no carecen de argumentaciones; entre ellos, podemos destacar a Juan Antonio GARCÍA AMADO, que sostiene: «Quien se hace juez, accede a una posición institucional y ya no es, en tanto que juez, mero individuo o ciudadano, es institución del Estado y asume deberes institucionales [...] y éstos, ha de tenerse presente, no son deberes de conciencia, son de otro género e independientes de la conciencia moral de cada cual».

En el mismo sentido, cabe consignar que, en España, la Comisión Permanente de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial entiende que «los jueces y magistrados no pueden nunca ejercer el derecho a la objeción de conciencia, al estar sometidos únicamente al imperio de la ley, sin ponderar los intereses entre el derecho a la objeción de conciencia y dicha obligación». A su turno, el Consejo General del Poder Judicial de España subraya que «es una obligación legal y consustancial a la condición de ser juez, tramitar y resolver las causas que se asignen a su cargo».

Otra institución, en este caso en el mundo francés, se ha pronunciado contraria al establecimiento de esta institución en el ámbito judicial, como lo es el Tribunal Constitucional Francés, el cual sostiene que «[...] los funcionarios públicos actúan en nombre del Estado para realizar mandatos legales, esto es, tienen que cumplir las leyes y asegurarse que éstas se cumplan. Asimismo, puesto que tienen que poseer una posición neutral, no pueden invocar motivos filosóficos o religiosos».

2.4. Imparcialidad: Mismo fundamento, distinta visión

Esta característica, condición o valor jurídico, a saber, la imparcialidad, es tan inherente a la labor jurisdiccional que no es posible concebirla, al menos desde una perspectiva ética, si no está revestida de esta, en sus acciones y, particularmente, en sus decisiones; de ahí su importancia y relevancia en la impartición de justicia.

Se encuentra definida por la Real Academia Española como «[...] falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud».

El fundamento central de la discusión, sobre admitir —o no— este arbitrio de la objeción a los jueces y magistrados, ha sido este sacrosanto baluarte irrenunciable en la administración de justicia. Lo curioso es que, tanto los partidarios como los detractores cimentan en ella sus posturas filosóficas y doctrinarias al respecto, lo cual ha permitido a unos y otros elaborar sus propias teorías y fundamentaciones para abordar esta problemática, sobre la base de relevar la importancia y trascendencia de este principio, tan inherente e inescindible a la función de juzgar, como la presencia del mismo juzgador.

En lo que sí están de acuerdo partidarios y detractores es en que, cuando un justiciable se presenta ante la autoridad judicial, no resulta admisible que reciba como respuesta del Estado, en su dimensión jurisdiccional, un silencio, inacción o excusa por parte de este, como, tampoco, resulta tolerable que se vea perjudicado, porque una ley que resulte aplicable a su caso, no se corresponda con las convicciones y los valores del juzgador.

Así, la discusión de la pertinencia de tal prerrogativa, o no, en el mundo judicial, se lleva a cabo en la temática de la imparcialidad. En efecto, uno de los argumentos más relevantes, esgrimidos a favor del otorgamiento de este derecho a los juzgadores, se cimienta en que no resulta conveniente, en concordancia con la perspectiva de beneficiar, en definitiva, a los usuarios de la administración de justicia, negar lugar a ella, dado que involucra una garantía esencial en juego, a saber, la imparcialidad, en cuanto su admisibilidad —preconizan— minimizaría el riesgo de decisiones teñidas de sesgos personales. Enfatizan que un juez que deba aplicar el derecho en contra de su propia conciencia, se encontraría en un conflicto de interés que podría afectar su capacidad de juzgar de forma imparcial y objetiva; de ahí que reclaman su consagración jurídica, en bien de los destinatarios de aquella función judicial.

Por otro lado, la justificación, desde el punto de vista de los justiciables, es que estos deben contar con instituciones que les ofrezcan no solo rapidez en el trámite de sus procesos, sino, también, decisiones imparciales. En consecuencia, estiman que si la imparcialidad del juez no está garantizada, sería preferible que este se aparte de su

función de juzgar y que sea otro, sin la carga de conciencia ya referida, quien se encargue de dar una respuesta al caso, conforme, únicamente, con el derecho vigente.

De la misma forma, sostienen que un justiciable no va a tener la misma respuesta jurídica presentando su caso ante un magistrado conforme con la ley que frente a otro que se encuentra *ex ante* en contra de esa misma ley. Por tanto, la legitimación de esta institución jurídica parece ser un modo de conservación de la imparcialidad, valor este de especial importancia para quien se ve enfrentado a la justicia, y, a mayor abundamiento, con la certeza para este ciudadano, de la existencia de una verdadera tutela judicial, lo que supone una seguridad jurídica plena, en que sus pretensiones se desenvuelvan en un ámbito de absoluta neutralidad.

Finalmente, los partidarios afirman que la imparcialidad judicial es una garantía procesal reconocida a nivel constitucional y en el ámbito de los derechos humanos, internacionalmente; de modo que la posición más acorde con esas disposiciones y más garantista de ese principio sería aquella que admite el ejercicio de esta excepción al deber legal de las personas juzgadoras.

Por el contrario, los detractores también sostienen la premisa de que la función del juez está regida y tutelada por el principio de imparcialidad. Ello significa que sus decisiones, sus sentencias, no tienen que estar influenciadas por lo que piense o crea alguna de las partes, como, tampoco, lo que el juzgador piense o crea al respecto, sino que tienen que basarse, solamente, en el derecho vigente. Otro aspecto que critican sus detractores, es que la persona juzgadora, juez o magistrado, por la propia esencia subjetiva de esta prerrogativa, sea la única que pueda determinar si su religión, ideología, convicción o moral, le impide conservar la imparcialidad para resolver un asunto judicial puesto a su conocimiento, lo cual degrada este principio a una situación tan subjetiva como casuística.

Resulta del todo pacífico afirmar que la imparcialidad, como principio inherente a la administración de justicia, se nutre de la independencia del juez a presiones externas, pero, también, es reconocida, ampliamente incluso, por los mismos juzgadores, que esta independencia en el momento de juzgar debe ser con respecto a sus propias presiones internas, motivadas por convicciones ideológicas o valores que este pueda tener

o adscribir, lo cual no se condice con el reclamo de legitimar una abstención, sobre la base de consideraciones basadas en su fuero interno.

2.5. Seguridad jurídica: Otro valor en juego

En efecto, si bien la discusión sobre la pertinencia de este pretendido derecho a la objeción ha girado, básicamente, sobre el principio de la imparcialidad, lo cual, ciertamente, resulta ser del todo adecuado, atendidas las implicancias de esta, creemos que ese otro principio o valor jurídico no debe ser desestimado o ignorado. En efecto, podemos observar que otro de los aspectos que se cuestiona a quienes postulan el reconocimiento de este derecho a los jueces y magistrados, en el ejercicio de su función, es que su eventual consagración afectaría el principio de seguridad jurídica, al no tenerse claridad ni, menos, certeza, *ex ante*, el juez natural que en derecho les corresponda, a todo aquel que recurra ante ellos.

Sin embargo, sus partidarios retrucan, sobre la base de que, contrariamente a lo que se manifiesta, justamente, la negación de tal derecho podría desembocar en una inseguridad jurídica. Así, manifiestan que, si se obliga a un juez a dictar sentencia en un caso determinado, a pesar de que este se encuentre en contradicción de conciencia conocida con esa ley, los justiciables, con cierto grado de plausibilidad, sabrán que no van a tener el mismo trato que si hubiesen presentado la cuestión a resolver ante un juez favorable a ello. Así, consideran que no respetar las valoraciones profundas de un juez y obligarlo a resolver situaciones en las que podría encontrarse en abierta contradicción, crearía un clima de inseguridad y de reticencias entre los justiciables, cada vez más grande y profundo.

Una contraargumentación al respecto expone que el tema de la seguridad jurídica no se trata de saber si un juez está a favor de la norma que corresponde aplicar o en contra, puesto que en ningún caso resulta aceptable validar el grado de adhesión del juez a los postulados de la norma jurídica, o no, pues ello significaría un claro desvío en la administración de justicia, y, además, resulta pertinente preguntarse bajo qué razón o circunstancia los justiciables pueden conocer las convicciones personales del juzgador, que no sea una infracción del deber ético judicial de prudencia, al cual el juez debiera adscribirse, a no ser que este las haya vertido en alguna sentencia anterior. Si no fuera este último caso, el problema surgiría por una clara y evidente imprudencia del juzga-

dor, lo cual, por el mismo razonamiento, no resulta aceptable que ello motivara una legitimación en tales supuestos.

Desde otro punto de vista, la seguridad jurídica resulta ser un valor depreciado y, hasta cierto punto, ignorado, en esta pretendida preminencia del ejercicio de abstención por parte de los jueces. Sin embargo, debemos tener presente que, cuando un ciudadano recurre a la justicia para que se reconozca o atribuya el derecho que reclama, lo hace sobre la base de cierta confianza en que lo debatido no solo se resolverá conforme con el mandato del legislador, sino que, también, el procedimiento de designación del juez a quien le corresponda conocer su causa o petición estará regido por el principio de legalidad estricta, y, en ningún caso, interferirán las convicciones o valoraciones personales del juzgador al que le sea atribuida dicha causa, más respetables o no.

2.6. Relación con la ética judicial

La estrecha vinculación entre ética y derecho, plantea la existencia misma de este arbitrio de abstención de los jueces, motivado por consideraciones tan personales como subjetivas. En este sentido y, en concordancia con los principios éticos inherentes al desempeño de la función judicial, quienes abogan por la instauración de este derecho a favor de los jueces, precisan el alcance de la manifestación de las convicciones personales del juez y las delimitan; estas deben servir, siempre y en todo caso, para proteger los derechos de cada individuo que se presenta ante él. Jamás este mecanismo debiera fungir como un obstáculo a los avances que se han podido lograr en algunos derechos de los justiciables, cual la transparencia y la tutela judicial efectiva; de ahí que se sostenga que su ejercicio, solamente, puede enmarcarse en una completa armonía y correspondencia con los demás valores ético-judiciales en juego.

El correcto desempeño de la función judicial, genera la necesidad ineludible e ineludible de plantear un análisis de esta institución desde un prisma ético, con serenidad y profundidad, como ya se ha sostenido en el marco de la Cumbre Judicial Iberoamericana, sobre la pertinencia, los alcances y límites —si fuera el caso— en el ejercicio de esta facultad. Ello, en atención a que el tema no resulta para nada pacífico, dado que, para unos, la objeción de conciencia entraña, intrínsecamente, una forma de desafío a la ley, y su invocación podría desnaturalizar la función pública de quien está llamado, preci-

samente, a hacerla cumplir; pero, al mismo tiempo, a juicio de otros, contrario a lo sostenido por los primeros, este tema solo trata de un supuesto de abstención, en orden a garantizar la imparcialidad, que permite tener en cuenta, bajo supuestos excepcionales, las convicciones íntimas y profundas de los jueces, como seres humanos que son, en sintonía con su deber de imparcialidad.

2.7. Conciencia moral vs. conciencia jurídica

Ciertamente, la conciencia moral de un juez o magistrado no es un tema baladí, puesto que ningún sistema jurídico que se precie de moderno pretende convertir a quienes desempeñan dicha labor en seres desarraigados de su esencia, como seres humanos, y transformarlos en meros instrumentos de un sistema, carentes de consideraciones morales o éticas. Por el contrario, se trata de una labor que exige una alta consideración ética o valórica, de tal manera que dichas apprehensiones no le son ajenas en el momento de impartir justicia.

En efecto, lo esperable es que ambos tipos de conciencia del juzgador sean perfectamente compatibles, es decir, la conciencia jurídica que adquiere y acepta voluntariamente —vía juramento o promesa de ser leal al ordenamiento jurídico que lo reviste en esa condición de juez—, y su conciencia moral personal, la cual adquiere durante todo el desarrollo de su vida, hasta el punto que la segunda es parte de la primera, y no pueden existir estas contradicciones artificiales que, a nuestro modo de ver, solo pueden surgir en la medida en que se desmerece o desvalora esta conciencia jurídica, cuyos componentes éticos son depreciados en desmedro de una ideología o convicción personal, escindiendo con ello, una conciencia que debiera ser simbiótica y no contradictoria, como se pretende presentar, toda vez que los principios ético-judiciales en juego nunca debieran ser antagonistas unos con respecto a otros, sino, por el contrario, armonizarse en un sistema de valores incuestionable.

2.8. Toma de postura

La intervención del juez, en la resolución de los conflictos personales y sociales de los ciudadanos, reclama un temple especial —qué duda cabe—, imparcialidad a toda prueba, prudencia inquebrantable al ponderar los valores éticos y sociales que están en juego, conectados con las fibras sensibles de la siempre presente dignidad humana, y

la justicia como valor subyacente, siempre, en procura de armonizar, con destreza, el respeto a los derechos humanos y fundamentales, y los deberes individuales, en aras de que la paz social, como fin último de la justicia, tribute hacia el bien común.

En este contexto, el tema de la objeción judicial por motivos de conciencia surge sobre la base de una combinación de situaciones, aparentemente, inocuas, pero que, combinadas, dan cuenta de la aparición de este dilema ético-jurídico. En efecto, por un lado, la diversidad cada vez más amplia de asuntos que llegan al conocimiento de los tribunales de justicia; y, por el otro, la cada vez más recurrente reivindicación de las convicciones y creencias valóricas personales de los jueces y magistrados, quienes reclaman un pretendido derecho a negarse a participar en procedimientos o tomar decisiones que contravienen sus principios éticos, morales o religiosos.

Cuando el juez interpreta el Derecho en toda su amplitud y significancia, recurre a todos los instrumentos a su alcance, en un juego de ponderación de premisas, hasta llegar a una conclusión acerca de la más plausible solución normativa que corresponda tener en cuenta en el caso concreto, resultado este que no puede dejar de aplicar, bajo el supuesto de que dicho resultado sea contrario a sus ideas, creencias, valores o principios. Ello origina una tensión entre la conciencia ética y la conciencia jurídica del juzgador; pero se debe tener presente que la función judicial no estará nunca exenta de presiones, tanto internas como externas, y, frente a ellas, lo esperable de un correcto juzgador es que actúe según los dictados de su conciencia jurídica, aplicando la solución normativa que el legislador ha previsto, como en derecho corresponda.

En ese orden, cabe preguntarse qué sentido tendría juramentar a los jueces para desempeñar, fielmente, sus cargos y dar cumplimiento, en el ejercicio de estos, a la Constitución y las leyes si, a fin de cuentas, no importará la voluntad del legislador y lo relevante, en definitiva, será la convicción del juez sobre un determinado asunto, lo que adquiere relevancia, en el momento de cumplir sus funciones.

Se dirá que un juez, cuando se abstiene del conocimiento de una determinada materia, no perjudica a ningún justiciable en particular; incluso, algunos manifiestan que ello reforzaría la imparcialidad del sistema, al transparentar su objeción. Sin embargo, ese juez que reclama un derecho a objetar, lo que trasunta en su decisión, estrictamente voluntaria, es que resulta mucho más importante no forzar o contradecir sus conviccio-

nes personales que ser fiel a su deber jurídico y juramento de no desatender a quién recurre ante él, para que, en el cumplimiento de la potestad que le ha sido conferida por el órgano social, se aboque a resolver las peticiones que le han sido formuladas.

Si ese fuere el caso, creemos que tales jueces, al prestar juramento, debieran hacerlo sobre una premisa distinta, claramente absurda, pero más acorde con la realidad que representa, verdaderamente, su sentir, esto es, bajo la fórmula de «guardarlas y hacerlas cumplir, en tanto, ellas no sean contrarias a sus convicciones personales», pues, de lo contrario, estaría efectuando un falso y vacío juramento, carente de la trascendencia y valoración que se espera.

En este mismo sentido, es una premisa básica del orden público y el Estado de derecho que todo juez, antes de asumir su cargo o función, preste su asentimiento a los principios y valores constitucionales y legales, y, ciertamente, carezca de una axiología o aspiración motivacional opuesta a ellos. De lo contrario, el juramento o promesa que este efectúa, previo a la asunción del cargo, carece de todo contenido y justificación.

Desde otro punto de vista, creemos que el ejercicio de esta pretensión de abstención de los jueces no puede —ni debe— ser valorado bajo los mismos parámetros y fundamentos que el de los ciudadanos comunes, en los ámbitos de desarrollo de sus personalidades, no solamente por las diferentes implicancias intrínsecas entre un caso y el otro, sino, en particular, porque la función del juez es, precisamente, la aplicación fidedigna de la ley, con los principios y valores que subyacen en ella, los que, por cierto, pueden diferir de aquellos personales del juez actuante, y eso no lo autoriza a dar un paso al costado y restarse de su cumplimiento, cada vez que estime que aquella no se conforma a su parecer.

Por el contrario, nos parece que lo honorable de un juez enfrentado a dicha disyuntiva es optar, siempre, por la honestidad intelectual y jurídica, sobre sus consideraciones personales, sin perjuicio de dejar constancia, si así lo estima —a manera de testimonio y reafirmación—, de que, no obstante pensar distinto, se debe a la voluntad del legislador en la delicada función que ejerce y tributa a ella. Lo anterior, con una doble finalidad: por un lado, apaciguar su espíritu constreñido por este entuerto de conciencias que enfrenta; y, por el otro, refrendar su compromiso irreductible, con el juramento prestado de cumplir la ley en su sentido amplio, y hacerla cumplir, ante todo evento,

incluso, sus propias inclinaciones valóricas personales.

En otro orden de ideas, cabe consignar que, para algunos el juez ya no es la boca de la ley —como sostenía MONTESQUIEU—, sino que tiene, actualmente, un papel mucho más proactivo, que ya no es solo aplicar, de manera automática, una norma jurídica; posee un margen mayor de discrecionalidad en el momento de dictar sentencia. Creemos que esta afirmación es errónea y peligrosa, ya que no es más que una incitación al activismo judicial y una falacia argumentativa, pues, si bien pretende situar al juzgador en una posición relevante, en la que su poder de decisión ya no se sitúa o sustenta, necesariamente, en el sistema normativo vigente, sino más bien, en las valoraciones y creencias personales que este pueda tener, lo cierto es que su legitimidad, como tal, tiene por origen, desenvolvimiento y cesación la legalidad vigente, y en ningún caso, sus creencias profundas. En efecto, decimos que esta es una falacia argumentativa que recoge simpatías en las mentes progresistas, al pretender mostrar al juzgador como un ser autónomo que, si bien considera la solución normativa prevista, no se limita a ella y la adecúa a las particularidades morales y valorativas del caso concreto.

El problema anterior radica en que el contexto moral y valorativo que se usa para ello no es el que la sociedad en su plenitud haya consensuado, sino el que el juez, por sí y ante sí, estima del caso aplicar; de ahí que sostengamos que, por mucho que no guste, intuitivamente, o exista cierta reticencia a la afirmación de MONTESQUIEU, en correspondencia ética con la función de juzgar los conflictos jurídicos, el juez siempre ha sido —es y será— la boca de la ley, puesto que su función esencial así lo demanda, y no es otra cosa que buscar la solución jurídica normativa más correcta al caso concreto. El que, hoy en día, el juez realice una labor más integrativa de todos los principios y valores vigentes en una determinada comunidad y que se permita relacionar distintos institutos jurídicos, no significa, en modo alguno, que se aparte de la ley —en sentido normativo amplio— para optar por otras consideraciones, por muy loables que le parezcan.

Se ha afirmado que, desde todo punto de vista, resulta imposible asumir, lógica y fácticamente, que un juez pueda considerarse objetivo y equidistante, cuando un hecho en concreto afecta notoriamente su sistema interno de creencias fundamentales, pero ¿se rá ello así, realmente?

Si el juez o magistrado en cuestión argumenta que lo afectará el resultado de que él mismo decidirá, entonces, ya no es un tercero imparcial, sino un interesado en el resultado, aunque solo lo sea por consideración valórica o ideológica. En efecto, debemos recordar que el concepto de *independencia*, también, es interno, lo cual es reconocido por los propios jueces. Ello, recordemos, hace referencia a que en su actuar, el juez debe estar desvinculado de todo razonamiento político contingente, repercusiones económicas o valoraciones personales, ajenos al correcto sentido y alcance de la norma jurídica que, en derecho, deba aplicar.

Finalmente, creemos que resulta relevante hacer mención a que el Derecho, efectivamente, se encuentra siempre en constante evolución, y quizás hoy en día se visualiza mejor aquello, por cuanto dicha evolución es cada vez más acelerada y notoria, y en ella se aceptan derechos que, antes, no se reconocían o, al contrario, se reprimen comportamientos que, antes, eran permitidos. En consecuencia, si bien asumimos que el Derecho no es estático, ello no habilita al juzgador a ser o creer ser el motor de cambios sociales, por la vía de una pretendida interpretación de normas que solo las desnaturaliza y las convierte en referentes normativos que se permite sustraer de cumplimiento, si no son de su agrado o no están contestes con sus convicciones, banalizando su investidura como tal, al someter su ejercicio a que ellas se conformen a sus convicciones personales.

3. DEL ACTIVISMO AL «PASIVISMO» JUDICIAL

3.1. Planteamiento del tema

Para tener una cabal comprensión del sentido y alcance de la problemática denominada *objeción de conciencia por parte de los jueces*, estimamos que resulta del todo insoslayable analizar el rol del juzgador en un Estado democrático de derecho, lo cual, por cierto, lleva décadas de amplias discusiones académicas. Sin embargo, a manera de síntesis, podemos afirmar que una opinión aceptada, mayoritariamente, y que puede asumirse como válida, como consecuencia de ello, es que la función de los jueces y magistrados no es otra que aplicar —en su fidedigno sentido y alcance— las normas dictadas por las autoridades electas, democráticamente, con la finalidad de que su

contenido se materialice en la solución de las controversias y los conflictos judiciales, por medio de su interpretación judicial fiel y legítima.

3.2. ¿Qué entendemos por activismo judicial?

En el mundo occidental, con énfasis mayor o menor según el país, se aprecia que aún rige el modelo clásico de separación de funciones o poderes en cuanto al funcionamiento del Estado, el que, básicamente, postula que se deben respetar las respectivas esferas de atribución, y las competencias particulares y delimitadas de cada órgano. No obstante lo anterior, son cada vez más frecuentes las intromisiones, injerencias y superposiciones de facultades de un poder sobre el otro, en la mayoría de las ocasiones, de una manera sutil y subrepticia, aun cuando, no son extrañas las incursiones directas y sin pudor de un poder del Estado sobre el otro, sin que, por cierto, le competa. Como podemos advertir, estas intromisiones y superposiciones, no hacen más que erosionar la configuración misma del Estado democrático de derecho y debilitar las instituciones que lo sostienen.

En este escenario de excesos y desvíos institucionales, en lo que al rol y a la función del juzgador compete, podríamos decir —arbitrariamente, pero con algún grado de precisión— que lo que se ha dado en llamar *activismo judicial*, esconde sus raíces en la denominada *doctrina del garantismo* con el juez Earl WARREN a la cabeza (Estados Unidos de América), quien comenzó a transformar y moldear la sociedad norteamericana, por medio de sus resoluciones, sobre temas como el término de la segregación en las escuelas, los derechos de los acusados, la secularización de las escuelas confessionales y otras materias, respecto a lo que se apreció una clara, evidente y no disimulada intromisión judicial en aspectos reservados a otros poderes del Estado, dando surgimiento, con ello, a lo hoy en día se conoce como *activismo judicial*, que no es otra cosa que el involucramiento de las convicciones ideológicas o consideraciones morales del juez, para reformar o delinear el funcionamiento de la sociedad.

3.3. ¿Qué entendemos por «pasivismo» judicial?

A diferencia de lo que acontece con el activismo judicial, el «pasivismo» no es un concepto que se haya desarrollado con la amplitud y profundidad que su contrapartida; incluso, podríamos afirmar que, en rigor, no tiene desarrollo dogmático. De hecho, lo

único que aparece asimilable a este concepto es, más bien, una visión de un proceso judicial, en el que el juez, en un sistema acusatorio, entrega la actividad procesal a las partes y se limita a resolver las peticiones de los intervinientes, asumiendo una actitud pasiva en su desarrollo.

No obstante este vacío doctrinal que resulta comprensible en atención a lo novedoso y no legitimado aun de este fenómeno de abstención judicial, nos permitimos acuñar esta denominación sobre la base de la observación de esta controversial figura, la que ha venido surgiendo, si bien tímidamente, en principio; no podemos dejar de apreciar que un creciente número de jueces pretende validar su visión ideológica o convicciones morales mediante su no acción o abstinencia en el abordaje de casos en los que dicha postura contraría el correcto sentido y alcance de la normativa a aplicar, en el entendido de que tal contradicción los habilita, bajo el principio de imparcialidad, para hacerse a un lado y desestimar, en su caso, el conocimiento y la resolución de ciertos asuntos que, *prima facie*, les eran propios, por las reglas de atribución preestablecidas.

3.4. Manifestaciones del «pasivismo» judicial

Un ejemplo paradigmático sobre cómo se manifiesta el «pasivismo» judicial, en el ámbito del cumplimiento de la función judicial, ya ocurrió en el Reino de España, y en la peor de sus manifestaciones; esto es, fuera de la legalidad. En efecto, así aconteció cuando, al dictarse una ley que permitía el aborto, solamente hasta ciertas y determinadas semanas de gestación, transcurridas las cuales ya no se podía ejercer este derecho ciudadano, aparecieron facultativos médicos que se negaban a efectuar tales procedimientos, en cualquier etapa de gestación; llevado el conflicto al ámbito judicial, algunos jueces acudían a la maniobra, éticamente cuestionable, de retrasar la vista de los procedimientos hasta el momento en que el período de gestación, conforme con la ley, ya no permitía el aborto, de tal manera que, mediante esta inacción, se burlaba el objetivo de la ley —por esta pasividad—, lo cual, ciertamente, no es la conducta ética esperable de un juzgador.

A quienes se posicionan en la vereda de fomentar este derecho a lo que podríamos llamar una especie de «pasivismo» judicial, se les presenta un problema de lógica argumentativa, en el sentido de que, solamente, si estas convicciones son contrarias a la norma jurídica, allí surge tal conflicto; lo que ocurre, en definitiva, es que el juez aplica

solo las normas que se encuentran en sintonía con sus convicciones; las restantes las desecha y se hace a un lado, produciéndose un efecto lento y sutil de oposición al ordenamiento jurídico, por la vía de lo que hemos denominado un «pasivismo» judicial; sin embargo, cuando las convicciones o creencias valóricas del juez se encuentran en armonía con la norma jurídica, este problema desaparece y carece de relevancia alguna, dando cuenta de que no se trata de un principio aplicable en toda circunstancia, sino únicamente condicionado a lo que el juez crea o piensa, adscrito a una trascendencia que no va más allá del juez que la invoca.

3.5. «Pasivismo» judicial: Otro desvío en la recta administración de justicia

Activismo y «pasivismo», si bien ambas conductas son opuestas, diametralmente, lo curioso es que ellas obedecen al mismo fundamento común, a saber, las convicciones ideológicas o los principios morales del juzgador, los que adquieren, por sí y ante sí, una preponderancia superior a la aplicación del derecho vigente. Por un lado, la solución del juzgador es intervenir, activamente, en concordancia con sus valoraciones, en la decisión judicial, para adscribirse, queriéndolo o no, a un activismo por vía judicial; en tanto que, por el otro, tenemos, también, a un magistrado que, en consonancia con sus creencias más profundas, solo interviene para sustraerse del conocimiento y la resolución de situaciones que, de no mediar tales convicciones personales, debería afrontar, es decir, para abstenerse de ejercer su función.

En ambas posturas o conductas cabe reiterar que el denominador común, son las creencias o valoraciones del juzgador, las que se superponen al cumplimiento de su función esencial, esto es, impartir justicia conforme a derecho, y no hacerlo solamente si ello se aviene a sus posturas ideológicas.

Sostenemos que esta conducta renuente a asumir el conocimiento y la decisión de ciertos casos que las reglas de adjudicación han atribuido a un determinado juez o magistrado, sobre una base subjetiva de convicción ideológica o moral, constituye, *per se*, un claro desvío en la recta administración de justicia, pues se podrá decir que, mientras exista otro juez que pueda asumir dicho conocimiento, aun con un retardo marginal en dicha administración de justicia oportuna y eficaz, ello —resulta fácil predecirlo— no siempre será así; sin temor a equivocarnos, podemos advertir que en localidades aisla-

das ello generará, cuando menos, un claro retardo. Pero lo más grave aún es que, por esta vía, en la medida que se masifique dicha opción, habida consideración de que, como dijimos, casi no existe juez que no tenga convicciones personales o ideológicas, se producirán dos claros efectos negativos: el retardo en la administración de justicia, por un lado; y un potente mensaje y una potente presión al legislador, para que proceda a efectuar el cambio legislativo que incomoda a los jueces y que reclaman con su abstención.

4. CONCLUSIONES

La objeción de conciencia de los jueces, aun cuando resulta ser el tema específico del presente ensayo, cabe colegir que no se puede llegar hasta él, si antes no se va descendiendo, ordenadamente, uno a uno, los escalones anteriores del presente fenómeno, esto es: la objeción de conciencia en general; la del funcionario público; la de quienes se desenvuelven en el ámbito de la administración de justicia; y, finalmente, las peculiaridades que se presentan en el ejercicio de la función jurisdiccional, por parte de jueces y magistrados.

Cada uno de aquellos órdenes o escalones va descendiendo en legitimidad para argumentar objeciones de conciencia, pues este derecho de carácter subjetivo, como se ha dicho anteriormente, siempre se legitima en un ejercicio de ponderación con otros valores; en la medida en que se desciende en esta escala facultativa, menos preponderancia tienen las consideraciones valóricas personales y mayor relevancia adquiere la afirmación del sistema normativo vigente.

Para tomar posición sobre si los jueces pueden objetar por motivos de conciencia, o no, cabe recordar que ellos, en su función, no se representan a sí mismos, sino a la sociedad, en su conjunto, al Estado o al orden público —si se quiere— y que, en su accionar, lo hacen según el ordenamiento jurídico de sus respectivos países, por lo cual deben aplicar la ley conforme con su legítimo sentido y alcance, pero jamás por el sentido y alcance que estime el juzgador, de conformidad con sus valoraciones personales, por loables que estas puedan parecer; lo contrario, sería validar otro desvío en la recta administración de justicia.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALEX, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. Ernesto Garzón Valdés, 1993.
- ÁLVAREZ, Jaime, «Prudencia judicial: atalaya eficaz a los desvíos en la recta administración de justicia», Segundo lugar del concurso monográfico Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, 2018.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, Editorial Palestra, Lima, 2004.
- Código iberoamericano de ética judicial*, Cumbre Judicial Iberoamericana, 2006 (actualizado al 22 de septiembre del 2023).
- Diccionario de la lengua española* (23.^a ed.), en www.rae.es.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1997.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- LÓPEZ ARIAS, María Eugenia, *Trigésimo tercer dictamen de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, de 25 de octubre del 2024, sobre la objeción de conciencia en el ámbito judicial*, 2024.
- MARTÍNEZ TORRÓN, Javier, «Una metamorfosis incompleta. La evolución del derecho español hacia la libertad de conciencia en la jurisprudencia constitucional», *Persona y Derecho*, no. 45, 2001, pp. 199-260.
- NAVARRO VALLS, Rafael y MARTÍNEZ TORRÓN, Javier, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia* (2.^a ed.), Editorial Iustel, Madrid, 2012.
- NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación* (2.^a ed.), Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005.
- RAWLS, Julius, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ-TOUBES, Joaquín, «Sobre el concepto de objeción de conciencia», *Direito*, vol. 3, no. 2, pp. 159-186.
- RUÍZ, Miguel A., «La objeción de conciencia a deberes cívicos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 47, 1996, pp. 101-124.

SORIANO, Ramón, «La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivización en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Estudios Políticos*, no. 58, 1987, pp. 61-110.

VIGO, Rodolfo Luis, «Derecho a la objeción de conciencia: implicancias y consecuencias», *El Derecho*, 28 de agosto de 2015, pp. 1-4.