

IMPARCIALIDAD JUDICIAL

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DEL JUEZ

POR HERNÁN FEDERICO SOTO*

I.- Introducción. II.- La objeción de conciencia. III.- Concepto de objeción de conciencia. IV.- Los casos más comunes sobre objeción de conciencia. V.- La imparcialidad del juzgador. VI.- La obligación del juez de respetar la ley vigente. VII.- El derecho a la seguridad jurídica. VIII.- Los problemas de conciencia y la imparcialidad judicial. IX.- Condiciones para la objeción de conciencia. X.- A la práctica. XI.- Conclusiones. XII.- A modo de epílogo.

I. INTRODUCCIÓN

La amplitud ideológica –por oposición a la uniformidad- que se viene acrecentando en nuestros días ha sido, es y será motor de grandes cambios en nuestra sociedad. A nadie escapa que las consideraciones morales no son las mismas que hace pocos años atrás. La apertura, aceptación y cambios de paradigma ciertamente hacen quedar a la zaga al Derecho.

No obstante ello, los operadores jurídicos bregan constantemente para que el río no desborde, y para que el Derecho contemple las múltiples situaciones que la realidad procrea.

Dentro de tal problemática, se inserta la objeción de conciencia, reconocida ya por textos legales constitucionales, como el de España¹. Pero la cuestión se complica cuando se trata de analizar la posibilidad de que un juez sea objetor de conciencia, y si se veda tal posibilidad, el peligro de que ese mismo juez pierda su imparcialidad.

Para estudiar tal posibilidad, no queda otro camino que el análisis de las cuestiones que componen la problemática.

II. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

La objeción de conciencia no es un tema nuevo. Como comúnmente se dice, “ríos de tinta” se han vertido y fecundas mentes estudiaron y sistematizaron el presente problema filosófico.

* Defensor Público Adjunto del SPPDP Rosario. Especialista en Magistratura. Mediador. Docente de Derecho Procesal. Maestrando de la 13ª Cohorte de la Maestría de Derecho Procesal, Universidad Nacional de Rosario.

¹ Respecto al servicio militar obligatorio.

Generalmente se presenta a la tragedia de SÓFOCLES, *Antígona*², como el paradigma de la objeción de conciencia. Sin perjuicio de la importancia del apartado histórico, comenzaremos por analizarla, para luego poner de resalto su influencia sobre la imparcialidad judicial.

Un sistema jurídico toma vida a través de sus normas. El ordenamiento positivo, quierase o no, está basado en ideologías político-filosóficas, principios éticos, concepciones morales y sobre todo en una determinada perspectiva **antropológica**. Tanto el ser individual como la vida en sociedad definen al ordenamiento positivo vigente en un determinado país, sin perjuicio de reconocer la autonomía entre derecho y moral. Dice BOBBIO que:

Todo individuo pertenece a diversos grupos sociales: la Iglesia, el Estado, la familia, las asociaciones que tienen fines económicos, culturales, políticos o simplemente recreativos: cada una de esas asociaciones se constituye o se desarrolla a través de un conjunto ordenado de reglas de conducta³.

El ser humano proyecta para sí y para los integrantes del grupo que conforma, un esquema de valores a los cuales otorga mayor o menor preponderancia. La crianza, que mama desde los primeros pasos del pensamiento, el estudio, la historia, su raza, el bombardeo mediático y otras tantas influencias externas crean o hacen que el individuo internalice ciertas pautas de valores dentro de su escala moral que despliega, en mayor o en menor medida, dentro de su enfoque vital y axiológico. Incluso la pretendida ausencia de todo principio o el des - precio (escaso precio) axiológico es una asunción postural (nunca inocente).

Ineludible es, entonces, establecer ciertas precisiones sobre la moral, antes de continuar con nuestro tema.

JAVIER MUGUERZA⁴ nos dice que los orígenes de las alusiones a la “voz de la conciencia” se remontan a la famosa “voz demoníaca” que SÓCRATES oía en su interior y le avisaba contra la acción que estaba a punto de emprender, según nos cuenta PLATÓN en su Apología. Al “tribunal de nuestros actos” lo encontramos, particularmente, en KANT, quién en su *Metafísica de las Costumbres* invoca al “tribunal interno” de San Pablo.

² “... porque esas leyes no las promulgó Zeus. Tampoco la justicia que tiene su trono entre los dioses del Averno. No, ellos no han impuesto leyes tales a los hombres. No podía yo pensar que tus normas fueran de tal calidad que yo por ellas dejara de cumplir otras leyes, aunque no escritas, fijas siempre, inmutables, divinas. No son leyes de hoy, no son leyes de ayer (...) son leyes eternas” (Sófocles, *Las siete tragedias*, México, 1966, p. 195).

³ BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá 1987, p. 89.

⁴ MUGUERZA, Javier, *El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal*, Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, N° 15-16 (1994) vol. II. p. 535, disponible en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/volII/d_oxa15_02.pdf [fecha de consulta: 8/3/2014].

Comentario [C1]: *Acá te plantaste en iuspositivismo puro y duro. Pero cuidado que los derechos implícitos (art. 33 CN) que te llevan a las concepciones hoy muy admitidas de que el derecho se comporta como un sistema donde el derecho positivo se nutre del natural. Lo que se refuerza con la concepción del DIDH. Y, pensando un poco al pasar pero habrá que analizarlo, que haya objeción de conciencia parece ser una manifestación de la existencia del derecho natural en el corazón de las personas, y que le señala cuándo el derecho positivo lo viola. Qué interesante!*
Por eso tengo mis dudas de que desde el positivismo puro y duro se pueda aceptar la objeción de conciencia... Y fijate que más adelante citás a Henkel, que si bien esbozaba la tercera posición, en verdad pensaba como iusnaturalista... Ahí tenés un punto filosófico para meditar...

Comentario [h2]: *Es verdad. Lo que quise hacer es justamente poner el acento en el positivismo y com –casi- no recepta la OC, como un vacío que quiero hacer notar. Si existe y cada vez mas fuerte, porque el ordenamiento no lo recepta (salvo casos aislados)*

Al decir de Squella NARDUCCI:

Un segundo nivel o modo de hablar de la moral se configura en la medida en que existe también un lenguaje que no es el que emplean las propias normas morales en su formulación, sino el que utiliza quien, con cualquier propósito, desea intervenir no en la dictación de este tipo de normas, sino sólo en su identificación, en la aclaración de los términos que ellas emplean y, en general, en su interpretación, o sea, en la determinación del ámbito de significado que tales normas puedan tener.

Continúa diciendo el jurista chileno que:

La moral social, por su parte, tiene su centro de gravedad en el grupo de que se trate, porque proviene del acervo fundamental de ideas y creencias predominantes en el mismo grupo acerca de lo que es moralmente bueno o moralmente incorrecto. Por lo mismo, este ámbito de la moral se constituye en la medida en que todo grupo social, al margen de cuál sea la moral personal de cada uno de sus miembros, comparte algunas ideas, creencias o sentimientos firmemente arraigados acerca de lo que sea moralmente correcto o incorrecto en las relaciones de sus integrantes, las cuales, por su parte, se reflejan en ciertas maneras de actuar estandarizadas dentro del grupo de que se trate⁵.

La internalización de estos principios y concepciones, amén de su inherencia a la naturaleza humana, es un derecho. Innegable es que los seres humanos tienen derecho a formarse sus propias creencias sobre la realidad que los circunda. Ese derecho es la libertad de pensamiento⁶.

Entonces, vale decir que la objeción de conciencia podrá ser válida, pero depende de una apoyatura en un tiempo y lugar determinado. Por el contrario, cuando se varían los circunstanciales apuntados (el del tiempo puede cambiar muy velozmente, tal como podemos concluir con una simple inspección a la realidad cotidiana), la cuestión puede modificarse notablemente. Incluso, dentro de una misma sociedad, hay distintas opiniones sobre determinadas clases de

⁵ SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica Chile, Santiago, 1999, p. 67.

⁶ La doctrina tradicional distingue entre éste y la libertad de conciencia, entendiendo a ésta última como el derecho de un hombre frente al Estado y a los demás hombres, para que en el fuero interno del primero no se produzcan interferencias coactivas en materia religiosa (Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, 1985 p. 169), dejando para el primer concepto lo referido a una libertad ideológica.

objecciones de conciencia, a pesar de la preponderancia de una posición al respecto.

Hechas estas breves consideraciones, vale adentrarse en la definición del objeto del trabajo.

III. CONCEPTO DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Definiremos a la objeción de conciencia como *la facultad legal o resistencia supra legal que tiene el objetor de rehusar el cumplimiento de una determinada obligación positiva por estimar que, de acatar la misma, se afectarían su sistema de creencias religiosas, éticas, morales, filosóficas, jurídicas o políticas*⁷.

Facultad legal porque existe normativa expresa que, para un caso en particular, admite la objeción de conciencia, como ocurre en España con el servicio civil sustitutorio del militar, o en nuestro país en la ley 26.130 (Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica).

Resistencia suprallegal para el caso de objetores no comprendidos expresamente en la ley formal, pero que ejercitan la objeción.

Va de suyo que la obligación positiva se refiere a una imposición de la ley. El sujeto, al formular la objeción, lo que en definitiva está haciendo es ejercer una pretensión de prevalencia de un imperativo ético–moral sobre uno normológico.

Según dijimos al inicio del apartado anterior, si se piensa en la moral como orden normativo (HENKEL), es preciso reparar en que no se trata de un orden único ni indiferenciado, sino que es posible distinguir distintos ámbitos, a saber, la moral personal, la moral social y la moral de los sistemas religiosos y filosóficos. Esta distinción es útil de ser tenida a la vista no sólo porque permite advertir que cuando hablamos de moral como orden normativo no hablamos de un sector único e indiferenciado, sino porque a la hora de trazar las relaciones entre derecho y moral, el resultado va a ser distinto si lo que se compara con el derecho es uno u otro de esos tres distintos ámbitos de la moral.

La moral *personal*, también llamada moral autónoma o moral de la perfección, se configura a partir de la idea de bien o de perfección moral que cada

Comentario [C3]: te referís a HEINRICH HENKEL, no?

Comentario [h4]: Así es

⁷ No obstante la definición intentada, vale transcribir la brindada por el Tribunal Constitucional Alemán (BVerfG 12, 45, 55) que definió la objeción de conciencia como toda decisión seria de carácter moral, es decir, orientada en las categorías del 'Bien' y del 'Mal', que el individuo experimenta internamente en una determinada situación como algo vinculante e incondicionalmente obligatorio, de tal forma que no puede actuar contra ella sin violentar seriamente su conciencia. o bien La oposición de un individuo, por motivos morales o religiosos, al cumplimiento de una orden o mandato de la autoridad (ESCOBAR ROCA, Guillermo, *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, p. 42).

individuo forja dentro de sí, y de la que derivan exigencias morales que se expresan en normas o pautas obligatorias para el respectivo sujeto.

Por su parte, la moral *social*, o moral media, se configura a partir de las ideas que acerca de “lo bueno” prevalecen en una comunidad determinada y, por lo mismo, se expresa en un conjunto de exigencias de orden moral que el grupo social de que se trate dirige a sus miembros.

Finalmente, la llamada moral de los sistemas religiosos y filosóficos, también llamada sistemas de ética superior religiosa, se forma a partir del mensaje y testimonio de los fundadores de las grandes religiones, como en el caso del cristianismo, o del que dan y establecen determinados pensadores o filósofos, como es el caso del estoicismo, y se expresa también en máximas, principios y normas por las que rigen su conducta moral las personas que adhieren al credo religioso o filosófico de que se trate⁸.

En la objeción de conciencia, un sujeto de derecho, obligado por el ordenamiento jurídico de su país a realizar un determinado acto o prestación, puede excusarse legítimamente de cumplir el deber jurídico de que se trate, al contradecir éste la conciencia moral (de primera clase según la clasificación recién vista) del individuo.

Incluso el mismo ordenamiento jurídico permite, en algunos casos, eludir o sustituir el cumplimiento de la obligación legal, para evitar la ofensa a la conciencia moral del sujeto.

En tal situación la norma jurídica cede en favor de la moral del sujeto, pero –vale aclarar– no formula juicio de valor sobre el mandamiento que contiene la misma. Es decir, la observación de la objeción de conciencia no abre el debate sobre la validez de la norma general de que se trate. La objeción de conciencia tampoco importa un quiebre del principio de igualdad ante la ley, puesto que el deber de que ella exime a un sujeto es sustituido por el cumplimiento de otra obligación⁹.

Vale la pena remarcar que la situación legal del tema que nos ocupa varía según el país que tratemos. Como adelantáramos, países como España han legislado la objeción de conciencia¹⁰ con lo que la misma sería una excepción a la regla obligacional. Ello significa que hay una regla primaria que estatuye una determinada obligación y –concomitantemente– otra norma que estatuye una excepción a la primera.

⁸ SQUELLA NARDUCCI, Agustín, ob. cit., p. 66.

⁹ *Ibidem*, p. 83.

¹⁰ Artículo 30 Constitución Española: “1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España. 2. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer en su caso, una prestación social sustitutoria...”

Tal es el caso del servicio militar que se encuentra normalmente regulado por una norma genérica que impone el cumplimiento de una carga cívica a determinado grupo de personas que transitan por determinada edad y -por otro lado- otra norma que exceptúa el cumplimiento de la referida carga a determinadas personas que conforme a su concepción religiosa no pueden intervenir en ningún acto bélico ni utilizar uniforme representativo de una institución militar. En tales casos –reiteramos- la segunda norma viene a ser una excepción a la primera quitando de tal manera la obligatoriedad del cumplimiento de la conducta establecida originariamente.

Existen casos de otros países en que no se encuentra normada la excepción a la prestación de determinada conducta pero existiendo convicciones profundas que generan en el objetor una reticencia a su cumplimiento nace igualmente un conflicto entre lo ordenado y lo cumplido. En tales casos la objeción de conciencia no es una facultad legal sino una *resistencia supralegal*.

La objeción de conciencia es un conflicto, una confrontación entre lo que ordena la autoridad y lo que las convicciones del objetor dictaminan. Precisamente porque nacen como cuestiones opuestas y las mismas ponen en tirantez las convicciones más profundas del recipiendario de la norma (que es el objetor) que no duda en asumir una actitud de franca rebeldía haciéndose cargo de las sanciones que la misma conlleva.

Hay un plexo de convicciones que el ser humano asume como irrefragable y por ello lo mueven a desafiar al poder del órgano decisor. Nacidas de esta beligerancia se han ido generando a través del tiempo y en ciertos países diversas objeciones de conciencia contra las cuales la autoridad política difícilmente ha podido doblegarlas debiéndose a limitar a la aplicación de sanciones severas o, por el contrario, a receptorlas dentro de su propio ordenamiento legal ante la irremediable realidad de que las convicciones no podían ser aniquiladas.

IV. LOS CASOS MÁS COMUNES SOBRE OBJECIÓN DE CONCIENCIA.

La problemática no es nueva, habiendo variados casos en que se ha planteado. A continuación citaremos someramente diversos planteamientos de objeción de conciencia, resaltando algunas de sus aristas:

a) Servicio Militar: Se ha planteado que el entrenamiento militar se encuentra en pugna con el mandamiento cristiano (*rectius*: humano) del “no matarás”. El objetor generalmente invoca su creencia religiosa, siendo materia probatoria acreditar el sometimiento y la práctica de la creencia que se trate, en miras a establecer la “seriedad” de la objeción de conciencia, y de descartar la posibilidad de que se trata de una “objeción de conveniencia”.

Generalmente se plantea el conflicto entre esta clase de objeción con la obligación de todo ciudadano a armarse en defensa de la Nación, que particularmente nuestra Constitución Argentina establece en su artículo 21.

b) Aborto: Se trata de la objeción que manifiestan los profesionales en medicina de practicar un aborto cuando el mismo se encuentra autorizado por ley. En Argentina se encuentra legislado en el art. 86 del Código Penal.

c) Testigos de Jehová: Caso muy conocido, se trata de los practicantes de esta religión que manifiestan su intención de no ser sometidos a ciertas intervenciones médicas sobre su cuerpo. En Argentina ha sido resonante por ejemplo el caso *Bahamondez*, sobre el particular¹¹.

e) El denominado "matrimonio igualitario": En Argentina no se ha dado el caso de que Jueces del Registro Civil se opongan al casamiento de personas del mismo sexo, lo que si ha ocurrido en España. El Tribunal Constitucional Español tuvo oportunidad de expedirse sobre la negativa del funcionario a matrimoniar a dos homosexuales, esquivando en realidad el fondo del asunto.

f) Objeción fiscal: Otro ámbito en el que se ha hecho valer la objeción de conciencia en nuestros días es el del pago de los impuestos. La objeción de conciencia fiscal consiste en la pretensión de excluir de la cuota del impuesto la proporción correspondiente a la suma destinada en los presupuestos estatales a materias que el contribuyente entiende contrarias a la propia conciencia. Normalmente se trata de los gastos de defensa o de la aportación destinada a financiar actividades consideradas inmorales.

g) Laicidad en las fuerzas armadas: El presente caso resultó fuera de lo normal. A un militar español se le reconoció el derecho de alegar objeción de conciencia hacia la religión, ya que se negó a permanecer en la formación de su unidad militar que prestaba honores a una Virgen.

h) Atención a un represor: En este caso el objetor se negó a atender a Antonio Domingo Bussi (represor argentino) en el trámite de embarque en un avión de Aerolíneas Argentinas. La empresa le aplicó como sanción una "grave amonestación" y lo apercibió que en caso de reiterar su actitud le aplicaría "la sanción más severa conforme a la ley". La jueza de primera instancia declaró inválida la sanción considerando que esta "...implica un ejercicio abusivo del poder

¹¹ ED del 4/8/93; con nota del Dr. Germán BIDART CAMPOS y Guillermo PORTELA; LL, 1993-D-126, con nota de Néstor Pedro SAGÜÉS; JA 1993-IV-586, con nota de Julio César RIVERA. Sobre el mismo fallo conf. Carlos E. COLAUTTI, *Precisiones e imprecisiones en el caso Bahamondez*, LL 4/4/94; Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ra., voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci en ED 26/7/93, con nota de Susana ALBANESE, *El amparo y el derecho a la salud*; BAIGORRIA, Claudia y SOLARI, Néstor, *El derecho a la vida en la Constitución Nacional*, en LL 23/11/94. En internet puede verse el fallo en <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/csjn/002fallos.htm> [fecha de consulta: 8/3/2014]

disciplinario del empleador, pues sobre el objetivo comercial debe prevalecer el respeto de la dignidad del trabajador". La mayoría de la Cámara declaró válida la sanción disciplinaria, considerando a la negativa como un abuso. El voto sostiene que el actor pudo perfectamente preservar su conciencia y principios sin afectar los intereses de su empleadora. Sin embargo, la doctrina aplaudió el voto en disidencia efectuado por el Dr. Rodolfo Capón Filas¹².

i) Negativa a sufragar: El caso, ocurrido en Santa Fe, Argentina, trata de objetores que atacan la obligatoriedad del sufragio, dado que su religión – debidamente reconocida- les impide elegir autoridades, ya que las elige Dios. La Corte Suprema local no hizo lugar a lo pretendido, ya que consideró que mediante el voto en blanco los objetores pueden cumplir su deber cívico y evitar incumplir el religioso¹³.

j) Ligadura de trompas: En Argentina se ha dictado recientemente la aludida ley de Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica, que prevé la objeción de conciencia en su artículo 6º¹⁴.

La existencia de objetores de conciencia no exime de responsabilidad, respecto de la realización de las prácticas requeridas, a las autoridades del establecimiento asistencial que corresponda, quienes están obligados a disponer los reemplazos necesarios de manera inmediata.

V. LA IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) consagra como derecho humano que toda persona pueda ser oída por un tribunal independiente e imparcial (art. 10). De manera similar, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, textualmente establece: *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debida garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley..."* (art..8.1.).

Sin perjuicio de las consideraciones técnicas que más abajo decimos acerca de la sobreabundancia del calificativo de "debido" al proceso¹⁵, las normas jurídicas (nada más ni nada menos que eso son) brindan apoyatura a lo que debe erigirse como pilar fundamental del proceso.

¹² Fallo Armella, Miguel Angel c/ Aerolíneas Argentinas, CN Trab, sala VI, 26/10/2000, disponible en http://www.terreleyasociados.com/catedra/leading_cases/Arnella%20-%20Miguel%20Angel%20C%20-%20Aerolíneas%20Argentinas.doc, [fecha de consulta 10/03/2014]

¹³ JA, 1995 – II -402 y sgtes.

¹⁴ "Artículo 6º — Objeción de conciencia. Toda persona, ya sea médico/a o personal auxiliar del sistema de salud, tiene derecho a ejercer su objeción de conciencia sin consecuencia laboral alguna con respecto a las prácticas médicas enunciadas en el artículo 1º de la presente ley."

¹⁵ Más adelante explicamos, conforme a ALVARADO VELLOSO, que proceso es el debido, o no es proceso.

ADOLFO GELSI BIDART sostiene que

[...] el atributo (no la mera característica agregada) básico del juez es la imparcialidad: ha de estar ante el conflicto o causa o asunto o cuestión, pero fuera del mismo, no comprometido en él en nada puede importar a su interés personal la solución que se le de al conflictos¹⁶.

El vocablo “imparcialidad” está formulado con la precedencia de la conjunción negativa “im”, motivo por el cual es imparcial quien no es parcial, por lo que bien puede contemplarse, a priori, la definición de BINDER: “...*la imparcialidad significa que, para la resolución del caso, el Juez no se dejará llevar por ningún otro interés fuera de la aplicación correcta de la ley y la solución justa para el litigio tal como la ley lo prevé*”¹⁷.

Dice ALVARADO VELLOSO (2009):

Si lo que se desea es regular un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad ante un tercero que heterocompondrá el litigio, formular los principios necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema. Así concebidos, los *principios procesales* -propiamente dichos, sin importar ahora las denominaciones erróneas que he consignado precedentemente- son sólo cinco: 1) la *imparcialidad* del juzgador; 2) la *igualdad* de las partes litigantes; 3) la *transitoriedad* del proceso; 4) la *eficacia* de la serie procedimental, y 5) la *moralidad* en el debate¹⁸.

El maestro rosarino –en opinión que compartimos- no concibe la idea de *proceso* con ausencia de uno de estos principios. Es decir, si falta alguno de ellos, no hay proceso. Podrá ser procedimiento u otra cosa, pero no proceso.

En suma, ALVARADO VELLOSO sostiene que el principio de imparcialidad del juzgador

...indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y

¹⁶ GELSI BIDART, Adolfo, *Indicación sobre proteccionismo judicial y garantía judicial*, ponencia en VIIIº Congreso Nacional de Derecho Procesal, Dr. Julio Cesar Nieto Romero, Viedma Río Negro, 15 al 19 de marzo de 1976.

¹⁷ BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 299.

¹⁸ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Sistema Procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p.334.

juzgador al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia)”¹⁹.

Claro es que este trabajo apunta al primero de ellos, el principio de *la imparcialidad del juzgador*. Y es que parece obvio –y la principal virtud de la obiedad es la razón- que un juez con preconceptos no puede fallar de manera imparcial. Específicamente sobre el punto, el maestro rosarino en cita indica:

...la palabra *imparcialidad* significa varias cosas diferentes a la *falta de interés* que comúnmente se menciona en orden a definir la cotidiana labor de un juez. Por ejemplo, ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos) ²⁰.

Vemos así que es muy variada la gama de manifestaciones de la imparcialidad (formuladas por su aspecto negativo), tal como sospechamos a partir de la utilización del vocablo “etcétera” por parte del jurista rosarino.

Dentro de este tópico podemos incluir las palabras de Betiana FERRARI, al escribir sobre imparcialidad: “*Hay una coincidencia general en denominarla como la ausencia de prejuicios frente a un litigio*”²¹. Sigue diciendo la procesalista que:

Así, SHARMAN entiende que el principio de imparcialidad judicial llama a que la ley pueda ser aplicada por los jueces sin inclinaciones personales o prejuicios hacia los individuos. Los jueces deberían aplicar la ley en forma uniforme y consistente a todas las personas. En otras palabras la imparcialidad judicial debería ser semejante a la protección ecuaníme de la ley²².

Pero ya podemos colegir que, a los efectos de los objetivos aquí trazados, interesa particularmente el supuesto de “ausencia de prejuicios de todo tipo”; con el agregado del de “no involucrarse personal ni emocionalmente”. El párrafo obtenido de la ponencia de la autora rosarina ilustra acabadamente los alcances de la tesitura que sostenemos: la presencia de “prejuicios” o “inclinaciones

¹⁹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Primera Parte, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 261.

²⁰ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema Procesal*, cit., p. 342

²¹ FERRARI, Betiana, *Que debemos entender cuando hablamos de imparcialidad*, ponencia presentada en el X Congreso de Derecho Procesal Garantista, p. 2., disponible en <http://blog.pucp.edu.pe/media/avatar/634.doc> [fecha de consulta 10/03/2014]

²² SHARMAN, Jeffrey M, *Ética judicial: independencia, imparcialidad e integridad*, Monografía preparada para la Segunda Mesa Redonda sobre la Reforma judicial, celebrada por el National Center For State Courts en Williamsburg, Virginia, 19 al 22 de mayo de 1996

personales” constituye un óbice insalvable para la consecución del principio de imparcialidad del juzgador, y con eso, la existencia del proceso²³.

Bien aclara FERRARI que la imparcialidad será dejada de lado al momento de sentenciar, donde el juez deberá tomar alguna de las pretensiones contradictorias para convertirla en la tesis de su fallo, lo que no significa –para nada- dar rienda suelta a sus prejuicios²⁴.

Ahora bien, todas estas consideraciones doctrinales chocan indefectiblemente con una realidad, que no es otra que la subjetividad humana. Bien dice Leonardo GALÁZ CARRASCO, citando a VALDÉZ HUECHE:

... creo que es imposible aspirar a un juez completamente imparcial, pues, antes de ser sentenciadores, son personas, con emociones, sentimientos, pasiones, que ni la más perfecta norma jurídica puede evitar o atenuar. Es imposible que una persona se despoje de su propia historia, personalidad, gustos, sentimientos, esto es, que deje de ser persona para poder juzgar. La neutralidad absoluta es imposible. Con todo, debemos poner el acento en cuáles son aquellas condiciones que según la enseñanza empírica nos la presentan como condicionante para el juez y que le despojan de su imparcialidad²⁵.

Claro es que como ente humano es imposible eliminar la subjetividad en el juzgador. La cuestión pasa por identificar –y si es posible, neutralizar- cuando esa subjetividad se convierte en una valla infranqueable, que ha de afectar a la imparcialidad del juez. Y es probable que pequemos de ingenuos, pero conservamos esperanzas de que (así como en otras situaciones puede darse), la mirada introspectiva del sujeto pueda reconocer la falta de idoneidad del juzgador para decidir un caso.²⁶

Nada mejor que las esclarecidas palabras de SHARMAN para ilustrar:

Sin embargo, un juez es descalificado solamente de presidir un caso, basado en inclinaciones o prejuicios cuando estos son personales. [...] Los jueces tienen creencias y valores, los cuales no pueden mágicamente ser desechados en la banca.

²³ A propósito eludo la utilización del calificativo debido. Dado que la noción de proceso se identifica con los que otros autores denominan con el giro debido proceso. Y es que proceso es el debido, o no es proceso, como ya adelantara.

²⁴ FERRARI, Betiana, ob. cit., p. 10.

²⁵ GALÁZ CARRASCO, LUIS, *Imparcialidad judicial en un debido proceso constitucional*, Ponencia presentada al concurso de estudiantes del XXI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Cali, Colombia, agosto de 2008, disponible en http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/ZZ_Galaz_Carrasco_Luis.pdf, última entrada 19/02/2012.

²⁶ Porque la presencia de parcialidad constituye inidoneidad para el juez.

Por otro lado, el prejuicio o inclinación personal por parte del juez es inapropiado y no debería ser tolerado. El antagonismo o favoritismo personalmente dirigido hacia una parte por el juez, indica que el juez no tiene el grado de requisito de imparcialidad para decidir el caso en forma justa²⁷.

Ahora bien, antes tratar de compatibilizar los alcances de la problemática reseñada en este punto vale la pena considerar, someramente, dos cuestiones fundamentales: La obligación del juez de respetar la ley y el derecho a la seguridad jurídica.

VI. LA OBLIGACIÓN DEL JUEZ DE RESPETAR LA LEY VIGENTE

Una nación es una comunidad de valores e ideales; su escala axiológica será la que determine que hecho importa una contravención –más o menos grave- a los valores comúnmente aceptados. La ley es, además de un instrumento para lograr la paz social, un eficaz transmisor de ideologías. Entonces, *“desde que los hombres deben ordenar sus conductas en base a las leyes,... la sentencia debe fundarse en ley”*²⁸.

La proposición –transcripta fragmentariamente- realza la íntima correspondencia entre ley y sentencia. Quién aplica la ley debe, además, estar sumido a ella. De lo contrario, al asumir la condición de par del instrumento normativo, el juez se arrogaría el papel del legislador, cosa prohibida en un sistema republicano (además de una causa de arbitrariedad de las sentencias). Así lo ha expresado nuestro Máximo Tribunal Argentino:

Entre los deberes indeclinables del Tribunal se halla el de asegurar, en tanto le sea posible, el principio que ordena la subordinación de todos, incluidos los jueces, a las normas constitucionales y legales, principio que, con arreglo a lo dicho en “Abal c/ La Prensa”, es presupuesto necesario del Estado de Derecho (Fallos, 248-291, consid. 18)²⁹.

Sin el instrumento que la hace valer, la ley queda en una mera expresión de deseos, vacía del contenido ejecutivo que la erige en instrumento de sustento legal –y democrático- de la sociedad por excelencia. Las leyes no garantizan la justicia, sino su ejecución fiel.

²⁷ SHARMAN, JEFFREY, cit., p.16 y 17.

²⁸ BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1966, t. II., pp. 111-112.

²⁹ CSJN, *in re* Rousselot, Juan Carlos c/ Concejo Deliberante de Morón s/ conflicto art. 187 de la Constitución Provincial, Acuerdo del 27/12/1990.

La ley escrita pero no ejecutada es ley muerta. Fácil es concluir que la ausencia normativa implica un caos anárquico, donde el sistema que emana por natural consecuencia es la tiranía.

El principio de legalidad corresponde, en el derecho inglés, al del *rule of law*, que según DICEY implica la absoluta primacía del derecho ordinario (*statue law y common law*) ante el poder arbitrario, y la exclusión de la arbitrariedad, de la prerrogativa o de la discrecionalidad por parte del gobierno, así como la autosujeción de los funcionarios al derecho que rige para todos los demás ciudadanos.³⁰

El principio de motivación o fundamentación y la obligación de los jueces de fallar de acuerdo a la ley vigente, se erigen en columna forzosa del Estado de Derecho, respondiendo a la necesidad imperativa de establecer una base de garantías cuyo objeto principal consiste en resguardar a los justiciables de la arbitrariedad.

MERCEDES GARCÍA ARÁN señala que:

La vinculación entre la garantía de la aplicación de la ley y la responsabilidad judicial apunta al carácter esencial del único sometimiento de jueces y magistrados a la ley (...) Así, el sometimiento de los jueces a la ley se convierte en una garantía de que ningún otro poder pueda interferir en la aplicación de la misma, desvirtuando la efectividad de aquello que expresa la voluntad popular³¹.

La obligación del Juez de respetar la ley vigente entronca y propende con otro fundamental derecho de los estados democráticos, el Derecho a la seguridad jurídica.

VII. EL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA

Creemos no hace falta mayor glosa para dimensionar la importancia de este derecho elemental en el que se apoya y al que debe alimentar todo sistema jurídico –y además no es el propósito del presenta acápite-. Ilustrativamente, dejaremos en palabras del DR. ULLA una breve referencia:

El principio de seguridad jurídica tiene en nuestro ordenamiento, jerarquía constitucional conforme a pacífica doctrina judicial elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El

³⁰ BIDART CAMPOS, ob. cit., pp. 116-117.

³¹ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *La Prevaricación Judicial*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 65.

mismo constituye una de las bases fundamentales de sustentación de nuestro ordenamiento y cuya tutela innegablemente compete a los jueces... la seguridad jurídica es un bien tan preciado como la libertad individual...³²

Pero la seguridad jurídica no solo se logra otorgando firmeza a las decisiones judiciales³³; sino que también se alcanza con la *predecibilidad* de las mismas.

No se nos escapa que el Derecho es un ente en movimiento, cambiante a medida que la estimación social considere valiosos o disvaliosos nuevos acontecimientos o se modifique la consideración general sobre algún fenómeno presente en la sociedad hace algún tiempo. No obstante ello, dentro de un sistema, para que sea considerado tal, debe armonizarse sus piezas so pena de que el mismo no funcione.

Sin embargo, una cosa es la interpretación de la ley, función dialéctica del Juez sometida a las modificaciones y alteraciones producto de las cambiantes necesidades sociales y doctrinales donde es admisible y hasta comprensible; y otra el estiramiento de la misma para la adecuación al casus.

Aulis AARNIO ha puntualizado que:

[...] evitar la arbitrariedad puede ser entendido como una exigencia de predecibilidad. Sólo decisiones predecibles permiten una planeación social con sentido [...]³⁴

La predecibilidad es un medio válido y necesario para fortalecer la seguridad jurídica, otorgando un mayor grado de juridicidad en la regulación de las conductas de los ciudadanos, quienes podrán suministrarse elementos de previsión sobre las conductas asumidas en el seno de la sociedad. Muy por el contrario, la incertidumbre provocada por el dispendio aleatorio de la potestad jurisdiccional propende al caos jurídico.

De esta manera se pretende dar fijeza y estabilidad a las restricciones a la libertad individual, *desde que los hombres pueden ordenar sus conductas en base a las leyes, y sin que sus comportamientos sean susceptibles de ser sorprendidos por decisiones imprevistas*³⁵.

Que el criterio de que la predecibilidad de las decisiones judiciales es un elemento integrante y coadyuvante de la seguridad jurídica ya no admite

³² CSJSF *in re*: Bachetta, Marcelo Luis Darío y otro c/ Municipalidad de Reconquista, Recurso de Inconstitucionalidad, del 13/11/96, en Zeus, revista del 5 de enero de 1998.

³³ Sobre el concepto y contenido de la Seguridad Jurídica, ver ROGERS, William y WRIGHT - CAROZZA, Paolo, *La Corte Suprema de Justicia y la seguridad jurídica*, Ábaco, Buenos Aires, 1995, pp. 32 a 36 y 83 a 84.

³⁴ AARNIO, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, BÉFDP, México, 1995, p. 38.

³⁵ BIDART CAMPOS, Germán, ob. cit., p. 111.

vacilación alguna. Tal precepto ha obtenido eco en la jurisprudencia local: *“El principio de seguridad jurídica reclama imperiosamente que cada uno de nosotros sepa anticipadamente a qué ajustarse en el ámbito de las normas jurídicas y de este modo amoldar nuestra conducta a mandatos predecibles y calculables”*³⁶.

Solamente brindando una base sólida se puede construir el edificio de un ordenamiento jurídico creíble. Precisamente estas últimas facultades se ven pasibles de una crítica voraz cada vez mas enraizada en nuestra sociedad y corresponde a quienes estamos dentro del sistema evitar que tales críticas caigan en saco roto como las predicciones de CASSANDRA³⁷.

VIII. LOS PROBLEMAS DE CONCIENCIA Y LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL.

¿Es la objeción de conciencia un derecho inalienable? En España, la cuestión generó polémica. El Tribunal Constitucional inicialmente consideró que la objeción de conciencia era un derecho general -no limitado al servicio militar obligatorio con fundamento en el art. 30.2 de la Constitución- que se ampara en las libertades garantizadas por el art. 16 del texto constitucional (S.T.C. 15/1982, de 23 de abril) y que tenía carácter de derecho fundamental (S.T.C. 53/1985, de 11 de abril); posteriormente, ha mantenido que la objeción de conciencia es un derecho autónomo, distinto de las libertades ideológica y religiosa del art. 16 aunque relacionado con las mismas, constitucional aunque no fundamental por lo que a la objeción de conciencia al servicio militar concierne (art. 30.2), que no existe como derecho general frente a todo deber exigible en Derecho que repugne y que, por lo mismo, solamente existe en tanto se reconozca por la Constitución o las leyes (SS.T.C. 160 y 161/1987, de 27 de octubre).

En una sentencia del 11/05/09 se afirma que no se excluye de raíz que, en circunstancias verdaderamente excepcionales, no pueda entenderse que de la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido³⁸.

En razón de lo expuesto hasta aquí caben formularse, entonces, las siguientes preguntas, las que intentaremos despejar en el final del trabajo:

¿La importancia de la sumisión del Juez a la ley vigente y el derecho a la seguridad jurídica, constituyen, entonces, un óbice insalvable para un Magistrado que quiera ejercer una objeción de conciencia?

³⁶ CSJSF, Bachetta..., antes citado.

³⁷ En mitología griega, Cassandra obtuvo el don de la profecía de Apolo, pero como no se entregó a él, éste le escupió los labios, ocasionando que tales vaticinios no fueran creídos por nadie. Entre tales, Cassandra profetizó la ruina de Troya.

³⁸ Puede verse la evolución jurisprudencial en Jesús Ernesto PECES MORATE, La objeción de conciencia en la jurisprudencia española, disponible en http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1248356064_peces_morate.pdf [fecha de consulta: 8/3/2014].

¿Se viola la obligación de respetar la ley vigente si el juez formula la objeción de conciencia?

¿Si los ciudadanos pueden ejercer la objeción de conciencia y el juez no, esto lo transforma en una especie de ciudadano con derechos recortados?

¿En caso de aceptar al juez objetor, en que medida puede considerarse la objeción de conciencia?

¿Cuáles serían las condiciones para aceptar legalmente el caso de un juez objetor de conciencia?

¿Qué mecanismo procesal sería viable para comprender este supuesto?

Huelga decir que la cuestión no es sencilla. Vale aclarar también que la primera pregunta tuvo formulación en la primera reunión del 20 de diciembre del año 2000, de la Comisión para el Proyecto de Código de Ética Judicial³⁹.

IX. CONDICIONES PARA LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

Lo cierto es que desde punto de vista es imposible asumir, lógica y fácticamente, que un juez pueda considerarse objetivo y equidistante⁴⁰ cuando un hecho en concreto afecta notoriamente su sistema interno de creencias fundamentales.

Claro es que no se puede admitir, ni siquiera en el caso de los particulares, cualquier objeción de conciencia; ni tampoco es admisible afirmar que en base a la imperatividad del derecho se impide formulación alguna de la misma.

Lo primero importaría socavar una de las funciones vitales del ordenamiento jurídico, que es la de cohesionar el sistema social donde impera, posibilitando la anarquía. Lo segundo, conllevaría al desconocimiento de una de las premisas básicas de la libertad: la de conciencia.

Como dijimos más arriba, de esta obligación emana entonces un óbice que parece insalvable para sostener la posibilidad al juez objetor. No obstante, negarle enteramente tal posibilidad aparece, considero, demasiado precipitado.

Si el proceso debe ser entendido como un método dialogal y argumentativo entre dos partes igualados jurídicamente por la propia imparcialidad del juzgador (ALVARADO VELLOSO), la primordial obligación para el Juez es respetar esa imparcialidad. Y ello no se logra si el magistrado, por más honesto y probo

Comentario [C5]: Sería ideal que incluyas a pie de página la cita completa

Comentario [f6]: En realidad no es una cita exactamente, sino un "paráfraseo", por eso no la puse

³⁹ Apartado 16. Objeción de conciencia: ¿pueden los jueces invocarla para no aplicar cierta legislación?; ¿deben excusarse cuando les corresponda aplicar leyes que violentan sus convicciones íntimas y les hacen perder imparcialidad? Disponible en <http://www.poderjudicial-sfe.gov.ar/etica/acta1.htm> [fecha de consulta: 8/3/14]

⁴⁰ Este último término es utilizado en el art.3.3 Código de Ética para Magistrados y Jueces del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe (Argentina)

que fuere, no asume la afectación a sus principios morales y éticos cuando ésta ocurra.

De por sí, asumir un cargo en la Magistratura implica una opción que denota (o debería denotar) los perfiles morales e ideológicos del sujeto. A nadie le parecería lógico que el Juez del Tribunal Colegiado de Familia no acepte tramitar divorcios vinculares por sostener la doctrina católica que impide el mismo, pongamos por caso.

El ejemplo aparece de fácil elucidación; pero tampoco hay que reflexionar mucho para encontrar otros en los cuales la reflexión es ardua y compleja⁴¹: *“El Juez no puede estar facultado a apartarse del orden jurídico cuando juzgue que este es injusto sino, en todo caso, cuando sea injusto; él corre el riesgo de sus errores de juicio”*⁴². Al respecto vale citar a ANDRUET:

Aparece así, un raro ejercicio de coherencia intelectual y también de extraño equilibrio moral, como es requerirle al juez que cumpla con lo justo de la decisión cuando antes, él mismo, no puede creer en la justicia que la ley en abstracto tiene.⁴³

Pero consideramos, sin embargo, que la fortaleza institucional del Estado de Derecho no se ve en desmedro cuando podemos, orgánicamente, reconocer la disensión seria y fundada, aún en las funciones más altas y asépticas.

Por el contrario, identificar y sistematizar cuando los imperativos éticos deben primar sobre los funcionales contribuye a solventar la credibilidad en las instituciones, echando luz sobre cuestiones que se ocultan u ocultaban con franco fariseísmo⁴⁴.

En definitiva, ¿es preferible ocultar o disimular un serio y atendible problema moral que puede afectar la idoneidad judicial, o por el contrario sacarlo a la luz, organizarlo, preverlo, para que la sospecha no venga a abreviar de la hipocresía? Creemos que la respuesta se infiere de la propia pregunta.

Sostendremos aquí un párrafo relacionado: la objeción de conciencia debe formularse siempre con la posibilidad de un juicio obstativo. Es decir, ante determinada situación (que violentaría seriamente las convicciones morales del objeto) cabe realizar una hipótesis contraria, que formulada, haría desaparecer el disvalor de la situación. Si ese juicio no es posible, es que entonces nos

⁴¹ Dejemos unos momentos los grandes foros y pensemos en los pequeños. Supongamos que un juez en lo Civil debe suplir, por las cuestiones que fueren, a un juez en lo penal, siendo que el primero tiene desde siempre una marcada repugnancia hacia cierto delito, y por obra y gracia del diseño orgánico, debe participar en un proceso donde se discute el mismo. ¿Es razonable llevar adelante un proceso ante quién no será imparcial?

⁴² NINO, Carlos, ob. cit., p. 405.

⁴³ ANDRUET, Armando Segundo (h), *Los jueces frente a la objeción de conciencia*, <http://andruet.blogspot.com.ar/2009/07/los-jueces-frente-la-objecion-de.html>, [fecha de consulta 7/4/2014]

⁴⁴ El oxímoron no es involuntario.

encontramos ante un caso en que la resistencia violaría el orden público. En definitiva, nadie puede alegar cuestiones de conciencia para sortear el cumplimiento de obligaciones básicas.

Entonces, las condiciones para que un magistrado sea objetor de conciencia serían las siguientes, según se puede extraer de la doctrina española⁴⁵:

a) La sinceridad del objetor: En trance de valorar la sinceridad de un objetor se impone la neutralidad: no podría cuestionarse –en principio- la escala religiosa o moral etc. del objetante haciendo una comparación con los **propios** valores. Las convicciones están reservadas a la intimidad de cada sujeto. Fundamentaremos ello:

No se debe tomar como pautas la razonabilidad subjetiva, sino de la -adelanto- intersubjetiva. Corresponde analizar la sinceridad del objetor, para que la objeción de conciencia no se transforme en una objeción de conveniencia. Lo contrario significa sustituir el código ético del objetor por el propio proyectado sobre el conflicto.

Podríamos ensayar un ejemplo: En el caso ARMELLA *supra* citado, no se podría analizar si la objeción realizada es acorde a los valores que deben prevalecer: para el caso, tanto el argumento de que la pacificación social debe imperar para cerrar las heridas de un pasado tortuoso, por lo que la objeción realizada es improcedente, como el que señala que el objetor solo hizo culto de un reclamo contra los protagonistas cultivadores de atroces crímenes, pueden ser tomados como válidos.

Lo que importa es analizar la franqueza de la objeción efectuada, es decir, si la misma está planteada con sinceridad, no de interpretarla según propias perspectivas. Un absurdo otorgará mayor claridad: no podría, por caso, un militar formular una objeción de conciencia para negarse a ir a la guerra.

Claro es que la dificultad se presenta porque el presente requisito deviene en materia probatoria. ¿Como se prueba la sinceridad? La sinceridad del alegato será de prueba más fácil cuando responda a un sistema de pensamiento coherente que puede traducirse en la organicidad o en opinión previa formulada.

Para el caso del juez, la formulación de una objeción de conciencia no podría ir en contra de *opiniones vertidas precedentemente, que constituyan un sistema coherente de pensamiento y sujeción a determinadas creencias*. Ello significa –claramente- que no puede sentarse premisas rígidas en una materia

⁴⁵ Véase DEL MORAL GARCÍA, Antonio, *Jueces y objeción de conciencia*, disponible en http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1248864775_antonio_del_moral.pdf [fecha de consulta 8/3/2014]

espinosa como la que nos ocupa pues existen una serie de circunstancias de lugar, tiempo y modo, que permiten atribuir sinceridad al objetor.

El apego a determinadas convicciones expresadas a través de su labor funcional, incluso desde el ámbito privado que puedan ser llevadas a consideración, hacen más fácil el estudio de la sinceridad con que se manifiesta la objeción. Ello no representa, en modo alguno, que la nimia difusión de tales convicciones pueda descalificar una objeción.

La uniformidad o cohesión de creencias expresadas a través de su labor aporta –adelantábamos supra- un importante elemento a efectos de analizar la sinceridad en la objeción de conciencia.

b) El respeto de los principios de orden público: La segunda condición expresada es que la conducta que busca amparo en la objeción de conciencia no lesione el orden público. No sería nunca admisible una objeción de conciencia que supusiese la negación de derechos fundamentales de otros. Ello conlleva un problema casi insoluble en derecho: definir qué es el orden público.

Primero una advertencia: está vedado también ensanchar o acotar el orden público –cual lecho de Procusto- según una propia escala de valores. Pero parece claro que hay un núcleo de principios básicos cuya mengua el Estado jamás puede consentir.

A los efectos del presente, puede definirse el orden público como el *sistema de valores y reglas que al Estado le interesa establecer, mantener y perseguir su consecución incluso en detrimento de algunas libertades individuales; y que no pueden ser objeto de transacciones, denuncias o renunciaciones.*

No es lógico que un concreto principio del régimen matrimonial, por ejemplo, se conciba como materia de orden público y su mutación radical por la situación contraria, sin solución de continuidad, merezca la misma catalogación. Los principios de orden público de un ordenamiento, por definición, comportan cierta estabilidad y permanencia. La variabilidad y mutabilidad es índice de que son temas, por así decir, “negociables”, no irrenunciables.

c) La necesidad del sacrificio de la libertad de conciencia: Se ha afirmado también que es necesario todavía explorar los efectos perjudiciales que para terceros o para el ordenamiento en general puede derivarse del reconocimiento de esa objeción de conciencia.⁴⁶ Claro que la formulación de la objeción no debe perjudicar a terceros, pero tampoco hay que identificar perjuicios con inconveniencias.

⁴⁶ NINO, Carlos, ob. cit, p. 408.

Hay que hacer un juicio de proporcionalidad. Si la admisión de esa objeción arrastra perjuicios para los derechos de terceros o pone en cuestión la vigencia general del derecho en términos no tolerables, habrá que optar por el sacrificio de la libertad de conciencia individual⁴⁷.

Sostenemos que no es posible, en este punto, valorar el posible efecto multiplicador que podría ir en desmedro de la norma que se pretende desobedecer. Desde otro punto de vista más importante, la consolidación de derechos ciudadanos y la democratización de la sociedad -intuimos- podría, por el contrario, coadyuvar a la cohesión social que tanto falta. Incluso puede llegar a resultar una herramienta útil para la revisión de la normativa vigente.

Amén de ello, vale la pena expresar que no pueden truncarse por argumentos no jurídicos acotando derechos elementales por hipotéticos y conjeturales problemas económicos. Como bien señala Beltrán GAMBIER “...*los problemas jurídicos deben merecer soluciones jurídicas*”⁴⁸.

X. A LA PRÁCTICA

Para el caso del juez, se ha propuesto la institución de la excusación cuando se encuentre ante el dilema de plantear una objeción de conciencia para no resolver el caso, pudiéndola encuadrar en alguna causal genérica, cosa que en nuestro código procesal santafesino parece difícil, a no ser por el inciso 2) del art. 10, que consagra el “interés en el pleito”.

Cabe entonces reflexionar si ante la posibilidad de que la conciencia del juez rechace la aplicación de una determinada norma, no convendría que previamente se excuse por su interés en el resultado del pleito, ya que claro es que existe el peligro de que ese magistrado esté más predispuesto a dictaminar según su propia conciencia. Por ello no **creemos** que ese juez sea imparcial en el sentido dado.

En definitiva, va de suyo que el sentenciante debe despojarse de los propios sentimientos y realidades para asumir realidad y sentimientos ajenos a fin de alcanzar un nivel de juicio y ponderación superior al de las partes. Cuando no lo logra, *se debe excusar*.

Por supuesto que la resistencia no puede provenir de un mero desacuerdo técnico o político con una ley, sino en una discrepancia radical que sea repelida por su conciencia. Por ello la objeción de conciencia no es una diferencia con una

⁴⁷ Tribunal Constitucional de España, 18 de julio de 2002.

⁴⁸ GAMBIER, Beltrán, “Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión, a la luz de la jurisprudencia”, Revista Jurídica Argentina La Ley, 1990–E, , p. 618.

ley; sino un conflicto de principios, surgido de un imperativo de la propia conciencia.

Otra posibilidad que tendría el juez, se afirma, es la de renunciar a su cargo. Este accionar es calificado por NINO como prudencial, pero que claramente –en opinión que compartimos- no resuelve el problema moral: por el contrario, hacer efectivos los intereses prioritarios se condice más con la obligación que asume al jurar en su función: “...la obligación moral que tiene un juez no deriva del concepto, ni de su función, ni de una promesa, sino de principios morales que prescriben promover derechos individuales básicos”⁴⁹.

De lo contrario, se vislumbra el riesgo de la afectación de la garantía de imparcialidad, y peor –por desleal- la subsunción legal engañosa del juez que decide según su convicción personal para luego fundamentar “estirando” la norma que seleccione como aplicable.

Otra posibilidad es crear un registro previo donde se le de la oportunidad al magistrado de dejar asentada su objeción sobre un tema particular.

XI. CONCLUSIONES

El tema es arduo y aquí no se acaba el análisis. Pero a modo de colofón podemos ensayar:

a) Destaco la conveniencia de buscar otro “destino judicial” al *casus* que se pueda encontrar como violatorio de la licitud moral propia del juzgador.

b) En segundo lugar, debe ponderarse adecuadamente el carácter casuístico de los hechos que podrían dar lugar a una objeción de conciencia judicial, con carácter restrictivo.

c) En tercer lugar, deben ponderarse la seriedad de la objeción, la sinceridad del objetor y la no violación del orden público.

d) En cuarto lugar, cabe decir que el Juez debe respetar la ley, y ella comprende, en primer lugar, la garantía de la imparcialidad. Si el Juez tergiversa la norma para la adecuación a sus principios éticos y morales, ese respeto ya se habría perdido. La propia conciencia ha de ser la que determine la imparcialidad del magistrado.

e) En su caso, analizados los requisitos que proveen a la formulación seria de una objeción de conciencia, podrá el Juez recurrir al instituto de la excusación.

XII. A MODO DE EPÍLOGO

⁴⁹ NINO, Carlos, ob. cit, p. 404.

Soy consciente de que lo sostenido en este trabajo puede crear cierto rechazo. Sin embargo, sostengo que la posición prohibitiva se funda en cuestiones que a esta altura de la historia deben ser superadas: moral uniformada basada en creencias religiosas; desmedro al liberalismo intelectual y desconocimiento de las facetas de la personalidad de quienes encarnan los órganos estatales; ambiciones de prevalencia de la propia moral por sobre otras.

Nada me gustaría más que se prosiga el debate, ciertamente algo abandonado cuando se refiere al estamento judicial.

BIBLIOGRAFIA

-AARNIO, AULIS, *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social*, México, 1995, BÉFDP.

-ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, *Sistema Procesal*, Santa Fe 2009, Rubinzal – Culzoni.

Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Primera Parte, Santa Fe, 1999, Rubinzal - Culzoni.

-BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1969, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.

Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Buenos Aires, 2007, Astrea.

-BINDER, ALBERTO M., *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª edición, Buenos Aires, 1999, Ad Hoc.

-BOBBIO, NORBERTO, *Teoría General del Derecho*, Bogotá, 1987, Temis.

-DEL MORAL GARCÍA, ANTONIO, *Jueces y objeción de conciencia*, disponible en http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1248864775_antonio_del_moral.pdf

-FERRARI, BETIANA, *Que debemos entender cuando hablamos imparcialidad*, ponencia presentada en el X Congreso de Derecho Procesal Garantista.

-FRANICHEVICH, ESTEBAN, *El bienestar de/en la cultura*, Rosario, 2005, Juris.

-GALÁZ CARRASCO, LUIS LEONARDO, *Imparcialidad judicial en un debido proceso constitucional*, Ponencia presentada al concurso de estudiantes del XXI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Cali, Colombia, agosto de 2008, disponible en http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/ZZ_Galaz_Carrasco_Luis.pdf,

-GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *La Prevaricación Judicial*, Madrid ,1997, Tecnos.

-GAMBIER, BELTRÁN, *Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión, a la luz de la jurisprudencia*, Buenos Aires, La Ley, 1990 – E, Sección Doctrina.

-GENY, FRANCOIS, *Método de Interpretación*, Madrid, 1902, Hijos de Reus.

-GELSI BIDART, ADOLFO, *Indicación sobre proteccionismo judicial y garantía judicial*, ponencia en VIIIº Congreso Nacional de Derecho Procesal, Dr. Julio Cesar Nieto Romero, Viedma Río Negro, 15 al 19 de marzo de 1976.

-IBÁÑEZ, PERFECTO ANDRÉS, *Ética de la función de juzgar*, en la ponencia expuesta en el seminario sobre “Ética de las profesiones jurídicas”, organizado por la Universidad de Comillas, Madrid, Febrero de 2001.

-LINDSAY, ALEXANDER, *El estado democrático moderno*, Méjico, 1945, FCE.

-MUGUERZA, JAVIER, *El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal*, disponible en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/voll/ldoxa15_02.pdf, última entrada 12/02/2012.

- NINO, CARLOS, *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1989, Astrea.
- ORTEGA Y GASSET, JOSÉ, *Obras completas*, Madrid, 2004, Taurus.
- ROGERS, WILLIAM y WRIGHT - CAROZZA, PAOLO, *La Corte Suprema de Justicia y la Seguridad Jurídica*, Buenos Aires, 1995, Ábaco.
- RUSSEL, BERTRAND, *Sociedad humana*, Madrid, 1987, Cátedra.
- SHARMAN, JEFFREY M, "Ética judicial: independencia, imparcialidad e integridad", Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C. 1996, disponible en http://enj.org/portal/biblioteca/funcional_y_apoyo/etica_judicial_y_del_defensor/19.pdf, última entrada 18/02/2012,
- SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN, *Introducción al Derecho*, Santiago, 1999, Editorial Jurídica Chile.
- WARAT, LUIS, *El derecho y su lenguaje*, Buenos Aires, 1976, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.