

Voces: OBJECION DE CONCIENCIA ~ EXCEPCION AL SERVICIO MILITAR ~ SERVICIO MILITAR

Título: El caso Portillo y el derecho a la objeción de conciencia en el derecho argentino

Autor: Dalla Via, Alberto Ricardo

Publicado en: Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Alberto Ricardo Dalla Via, Editorial LA LEY 2002, 01/01/2002, 552

Fallo comentado: [Corte Suprema de Justicia de la Nación \(CS\) ~ 1989/04/18 ~ Portillo, Alfredo](#)

Cita Online: [AR/DOC/436/2007](#)

Sumario: SUMARIO: I. Introducción. — II. La objeción de conciencia. — III. La nueva doctrina. — IV. Algunas consideraciones sobre el tema. — V. Conclusión.

I. Introducción

En el fallo "Portillo, Alfredo s/infracción art. 44, ley 17.531", del 18 de abril de 1989, la Corte Suprema ha dado un importante paso hacia la consideración de la "objeción de conciencia" al servicio militar en nuestro derecho; cambiando la doctrina en la materia y acercándose a las posiciones más modernas en el derecho comparado.

Pese a la gran importancia de la cuestión en tratamiento, el fallo ha sido dividido, ya que a la mayoría del Alto Tribunal, integrada en el caso por los doctores Fayt, Petracchi y Bacqué se opusieron las disidencias de los doctores Caballero y Belluscio, el primero fundamentando individualmente la misma y el segundo haciendo suyas las consideraciones vertidas por el procurador general de la Nación. Además de esto, cabe señalar que el fallo de la Corte modifica la sentencia de la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que había confirmado la decisión del juez de primera instancia de condenar a Alfredo Portillo a cumplir con el servicio militar —no se había presentado a hacerlo— más el recargo correspondiente en orden a haber incurrido en violación del art. 44 de la ley 17.531.

La decisión de la Corte, por su parte, no revoca la sentencia de segunda instancia sino que la deja firme en cuanto a la obligación de cumplir el servicio y el recargo correspondiente aunque libera al causante de toda obligación de portar armas y bajo las modalidades que surgen del fallo.

La controversia de opiniones que aquí se reflejan no hacen más que resaltar la naturaleza de una cuestión que se enmarca en la dialéctica libertad-autoridad que es propia de los derechos fundamentales, es decir que en el juego armónico que deben guardar los términos para que la realización de uno no implique el desmedro del otro. Tal dialéctica se manifiesta con toda intensidad en nuestro país ante estos casos, en tanto que la libertad de conciencia y de religión tiene rango constitucional (arts. 14 y 20) y por otro lado, la obligación de armarse en defensa de la patria y la Constitución también lo tienen (art. 21).

Estamos entonces, frente a dos normas constitucionales de igual jerarquía, ¿cual debe prevalecer? Durante mucho tiempo, la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal entendió que la libertad de conciencia pertenecía al "fuero interno" de los individuos y que en tal sentido gozaba de plena protección, pero en la medida en que el fuero externo, implicara conductas que afectaran otros derechos u obligaciones de rango constitucional, la protección constitucional cesaba a favor de la obligación general.

II. La objeción de conciencia

La objeción de conciencia es una forma clásica de desobediencia jurídica y está caracterizada por los fuertes imperativos de orden moral o religioso que impiden al sujeto actuar de otro modo y por el respeto al sistema jurídico evidenciado por los objetores, quienes asumen voluntariamente el castigo. El móvil del objetor no es un derecho de resistencia ni el propósito de una modificación legal de carácter general, el móvil del objetor, a diferencia del desobediente civil, es una circunstancia de estricto carácter individual que lo constriñe a actuar de determinada manera. Desde este punto de vista, la objeción de conciencia en una perspectiva clásica, es una forma de desobediencia asimilable por el sistema democrático en tanto guarda lealtad con el mismo. Es pública, pacífica y asume voluntariamente el castigo, y según se ha dicho, constituye un instrumento para el cambio dentro del mismo sistema [\(1\)](#).

Entre los casos de objeción de conciencia que se han señalado podemos destacar el de los médicos que se niegan a practicar abortos en los casos de legislaciones que los autorizan, o el caso del médico de un bando en guerra que desobedece

la orden contraria de su comando y atiende heridos del bando contrario; el propio fallo que estamos comentando enumera también una serie de ejemplos en la jurisprudencia norteamericana a los cuales nos remitimos; pero sin duda el caso más frecuente y más difundido es el de la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio.

No desarrollaremos aquí el largo detalle de legislaciones y normas internacionales que lo han recogido, preferimos remitirnos a trabajos ya publicados en razón de la extensión [\(2\)](#).

Sí, en cambio, nos interesa destacar que en los casos en que la objeción de conciencia pasa a ser reconocida por los ordenamientos jurídicos, deja de ser, como es obvio, una forma de desobediencia y pasa a constituir una opción dentro del propio ordenamiento siempre que se den (en general) ciertas condiciones. Entre tales condiciones suele estar presente, la existencia de un órgano (Consejo de Objeción de Conciencia, Tribunal, etc.)

ante quien el objetor se presenta para que éste se pronuncie acerca de la sinceridad de sus sentimientos o creencias y la segunda condición suele ser, en general, la fijación de una prestación sustitutoria, de carácter social o asistencial de duración igual o mayor al servicio militar.

Como ejemplo de esta circunstancia, cabe señalar que el primer ordenamiento que consagró el derecho a la objeción fue la Ley Fundamental de Bonn de 1949 para la República Federal Alemana. En un primer momento la objeción de conciencia no requería de condición alguna bastando alegarla ante la autoridad competente. El hecho generó tal cantidad de presentantes y de abusos por falsos objetores que requirió del establecimiento de un procedimiento ante un Consejo de Objeción de conciencia a los efectos de preservar el derecho de defensa del resto de los ciudadanos [\(3\)](#).

III. La nueva doctrina

El fallo de la Corte, sin perjuicio de señalar con acierto, en uno de sus párrafos, que la solución global de estas cuestiones pasa por la vía legislativa, ha introducido en la decisión para el caso individual una serie de fundamentos que resultan sumamente valiosos como criterios de interpretación de nuestras normas constitucionales y que rescatan una posición progresista a favor de los derechos individuales. Tal interpretación parte de reafirmar la tradicional doctrina de la Corte en cuanto a que las normas de la Constitución no deben analizarse aisladamente sino en concordancia con todo el texto del cual forman parte y adecuadas razonablemente a los hechos y a las leyes en análisis.

Se trata de un fallo profundo y sustancioso, razón por la cual un comentario acabado requeriría una extensión mucho mayor que la de este artículo dada la real densidad de la materia tratada. Vale sí resaltar la valoración que hace la Corte de la entidad de los derechos fundamentales y de su protección en un sistema democrático, refiriéndose a los límites de aplicación y de validez de los derechos constitucionales.

De tal modo, en su parte esencial, el fallo rescata el principio de autonomía de la persona humana, que consiste en la no interferencia del Estado en los planes de vida particulares de cada individuo.

Tal es el alcance que le da la Corte a la expresión del art. 19 de la Constitución Nacional, que excluye de la regulación por el derecho a "las acciones privadas" que no choquen con el orden público, la moral (pública) y los derechos de terceros.

En esta interpretación del principio de autonomía, la Corte Suprema supera la concepción anterior de que el derecho de conciencia o libertad de creencia se limitaba al fuero interno y que al manifestarse en el exterior tal derecho debía ceder ante la obligación de cumplir con el servicio militar obligatorio; ello en virtud del art. 21 y de la enunciación del art. 14 en cuanto a que todos los derechos son relativos.

Dice la Corte que la relatividad de los derechos no debe considerarse solamente para uno de los términos, sino que también debe considerarse relativo el deber de defensa y el derecho que surge del mismo para los miembros de una comunidad política a ser defendidos.

Así, dice el fallo, la libertad de religión es sumamente valiosa, como también lo es la libertad de creencia de un individuo. Considera además que la libertad de religión es un derecho en sí mismo y no sólo la faz externa de una creencia y que como derecho consagrado en la Constitución, el Estado debe tratar de asegurar su realización conciliando y armonizando

razonablemente las colisiones que pudieran presentarse frente a otros derechos consagrados por el ordenamiento.

De este modo, recuerda que los objetores de conciencia no tienen la posibilidad de actuar de otro modo y que las leyes que pretendieran forzarlos a hacerlo serían meros "fantasmas en el derecho", citando al juez Holmes.

Recordemos aquí, a los efectos del significado del término "conciencia", que el Tribunal Federal Constitucional de la República Federal Alemana lo ha definido como "un fenómeno espiritual cuya exigencia, exhortaciones y advertencias, constituyen órdenes evidentes de un deber ser incondicional". De allí que deba ser considerado como una decisión de conciencia toda decisión ética seria o centrada en las categorías del "bien" y del "mal", las cuales el individuo experimenta internamente como obligatorias para sí y creadoras de deberes, de tal manera que él no podría actuar contra ellas sin un serio perjuicio a sus principios de moralidad.

Reconocer este derecho, en la amplitud que lo hace la Corte, implica reconocer la máxima kantiana, en cuanto a que "cada hombre es un fin en sí mismo".

Frente a esto no cabe considerar el deber de defensa como un derecho absoluto, ya que una interpretación correcta a la luz del texto constitucional y en armonía con otros derechos permitiría "asegurar los beneficios de la libertad", sin por ello dejar de "proveer a la defensa común". Por ello y más allá de que la ley que regula el servicio militar obligatorio no haya previsto la excepción concreta para este caso, ello no impide que los jueces puedan considerarla en orden a los arts. 28 y 33 de la Constitución Nacional razonablemente puede advertirse que la obligación del art. 21 admite numerosas excepciones, como al hijo sostén de madre viuda, a los ministros de culto y seminaristas, etc., sin que nada de ello altere la defensa común.

En un artículo, el doctor BIDART CAMPOS (4) ha señalado que la mayoría de las legislaciones exceptúan a las mujeres del servicio militar, también ocurre así en nuestro país cuando el art. 21 de la Constitución Nacional es una norma dirigida a "los ciudadanos". Otro ejemplo muy gráfico que puede exponerse es el caso del "sorteo" que permite eximirse a muchos ciudadanos del servicio en las filas. Parece mucho más lógico eximir a quienes están impedidos de cumplirlo a costa de grave daño a su conciencia.

Si bien es justo admitir que el término "armarse" que figura en el art. 21 no admite muchas dudas en la interpretación, la Corte afirma que una consideración del deber de defensa más armónico con sus objetivos admite otras maneras de ejercer el deber de defensa. Hace también una razonable diferenciación entre el deber de defensa en tiempos de paz y en tiempos de guerra; en el segundo caso la comunidad por razones de necesidad tendría derecho a exigir el servicio militar. Consideramos que tal interpretación guarda relación armónica con el art. 23, que al consagrar al estado de sitio en los casos de ataque exterior, limita el ejercicio de los derechos. En la disidencia del doctor Caballero, el presidente del Tribunal considera que también en tiempo de paz el Estado tiene derecho a exigir de los ciudadanos la preparación para la defensa. Nosotros consideramos que en lo que hace al uso de armas, las circunstancias varían en uno y otro caso, pues no parece guardar relación el violentar un principio moral cuando no existe necesidad o peligro a cuando aparece una real necesidad de defensa.

En el juego armónico de ambas normas que realiza el Alto Tribunal pone a consideración que por un lado se encuentra un derecho fundamental y por el otro un deber jurídico de alcance general.

Considera entonces que en esta etapa que vive el país, de reafirmación de los derechos individuales, debe considerarse la protección que a los mismos cabe darle dentro de un sistema democrático. De tal modo, dice, en este sistema los derechos individuales fueron incluidos por los constituyentes para ser respetados por el legislador independientemente de que sean ejercitados por una mayoría o una minoría de individuos. No se trata entonces, de identificar al orden público con las creencias de la mayoría porque esto conculcaría la libertad de creencia de la minoría de la población. Esta acertada interpretación de la Corte nos recuerda a las expresiones del profesor de la Universidad de Oxford H.L.A. HART al considerar que una conclusión diferente a la expresada implicaría "encubrir una confusión entre democracia y populismo moral", vale decir la doctrina de que la mayoría debe determinar no solamente quiénes deben gobernar sino cómo los demás deben vivir (5).

La posición señalada, creando excepciones que favorecen el libre ejercicio de la libertad de conciencia se encuentra señalada profundamente en la jurisprudencia norteamericana, muchas de cuyas sentencias están citadas en el fallo que comentamos.

En este juego armónico de interpretación constitucional que hace la Corte sobre dos normas constitucionales de igual rango entre las cuales se dan "interferencias intersubjetivas" creemos oportuno traer a colación algunos comentarios del

doctor BIDART CAMPOS en un fallo anterior [\(6\)](#) : "... reconozcamos que en cuanto normas constitucionales tienen la misma jerarquía, pero otro caso muy distinto es decir que 'todos los derechos' reconocidos en las normas constitucionales tienen igual jerarquía en cuanto a derechos... El derecho a la vida, por ejemplo, es más valioso y de mayor jerarquía que el de propiedad. El derecho a la libertad corporal y de locomoción es más valioso y de mayor jerarquía que el derecho de petición o de reunión, y así sucesivamente, aunque a veces resulte dudoso, y muy opinable y discutible decidir entre dos derechos cualesquiera, cuál vale más que el otro".

"Hay un deber de defensa (impuesto subjetivamente a cada ciudadano). Pero no es cierto que la defensa común, ni la parte de defensa adjudicada a cada ciudadano, exija directa y necesariamente para proveer a ellas y para hacerse operativo que todo hombre (varón y mujer) deba siempre tomar las armas, o cumplir el servicio militar".

IV. Algunas consideraciones sobre el tema

En el caso "Portillo" es la primera vez que en nuestra jurisprudencia se plantea la cuestión de la objeción de conciencia por un católico, quien en el caso alegó el V mandamiento ("No matarás").

Hasta el momento, las cuestiones planteadas ante nuestros tribunales se referían mayormente a la situación de los Testigos de Jehová o algunos casos presentados por seminaristas de la religión judaica [\(7\)](#) .

En el caso que comentamos, la Corte con buen criterio ha señalado que no corresponde a ese Alto Cuerpo expedirse sobre las cuestiones religiosas que invoca el causante. En efecto, no corresponde a los Tribunales entender sobre dogmas religiosos. Sí, en cambio señala que debe acreditarse lo más estrechamente posible la "sinceridad" de las creencias del objetor.

De allí que muchos países hayan establecido Consejos de Objeción de Conciencia, no para pronunciarse sobre la veracidad o el fondo de las creencias sino para determinar el grado de sinceridad con que el presentante las profesa.

Las cuestiones de fe no pueden ser juzgadas por los hombres, sobre las mismas las opiniones pueden ser diversas pero lo que al derecho le interesa en este caso es que el sujeto crea firmemente en ellas y que condicione su actuar de acuerdo con las mismas.

Prueba de esta diversidad de criterios es que la disidencia del doctor Caballero sostiene que según SANTO TOMÁS DE AQUINO nada impide a los católicos tomar las armas, con excepción del caso de guerra injusta. (Suma Teológica, t. X. cuestión XL arts. I y II); en tanto que la constitución pastoral Gaudium et Spes (citada en el fallo) plantea que debe contemplarse el caso de los objetores de conciencia previendo una prestación social sustitutoria.

Lo cierto es que el concepto de guerra injusta al que alude SANTO TOMÁS DE AQUINO y que fuera ampliamente desarrollado por los teólogos españoles del siglo XVI, FRANCISCO DE VITORIA (OP) y FRANCISCO SUÁREZ (SJ) en la doctrina sobre la "guerra justa" ha ido superándose con los tiempos a medida que la amenaza de la guerra destructiva total apareció sobre el mundo, de tal modo que muchas razones que antes justificaban la guerra dejan ahora de hacerlo cuando está en juego la propia existencia de la humanidad [\(8\)](#) .

En las doctrinas del catolicismo moderno existen posiciones contrarias, inclusive a la guerra defensiva. Así, el Cardenal OTTAVIANI, afirmó que la guerra debía prohibirse enteramente (bellum omnime interdicendum) [\(9\)](#) .

Pero no se trata, como decíamos más arriba, de centrar el problema en una determinada religión o creencia, por mayoritaria que ésta sea, sino de reconocer la existencia de verdaderos imperativos morales que impiden el uso de las armas, como lo han hecho a partir de la segunda guerra mundial la mayoría de los países occidentales dando avance a una corriente humanista a la cual esperamos que nuestro país se sume.

NORBERTO BOBBIO ha afirmado "...quien quiere atenerse a los hechos, se debe limitar a reconocer, aunque con las debidas precauciones lo siguiente: el movimiento contra la guerra como la moral tiene hoy sus sostenedores y sus representantes en los objetores de conciencia..." [\(10\)](#) .

V. Conclusión

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el "caso Portillo" constituye un saludable paso hacia la incorporación del derecho a la objeción de conciencia en nuestro ordenamiento.

Las fundamentos de la misma y la armónica valoración de los derechos en juego reafirmando el principio de autonomía y las libertades individuales sin disminuir el derecho de defensa colectivo de la comunidad, expresados en esta solución para un caso individual, deben ser considerados para resolver por vía legislativa el problema de los objetores de conciencia en nuestro

país hasta tanto se produzca una reforma constitucional.

La adecuada incorporación del derecho a la objeción de conciencia en el Derecho Argentino debe hacerse en la Constitución Nacional.

Las características del procedimiento para objetar y de la prestación sustitutoria deben establecerse en una ley reglamentarla.

En tal sentido, la solución del fallo al condenar a Portillo a realizar un servicio "sin armas" en tareas asistenciales dentro del régimen del servicio militar común carece de precisiones.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) Ver SINGER, Peter, "Democracy & Disobedence", Oxford Press. PECES BARRA, Gregorio, Derechos Fundamentales, Madrid, U. Complutense, DWORKIN, Ronald, "Los Derechos en Serio", Ed. Ariel, Barcelona.

(2) ALBANESE, Susana, "El objetor de conciencia y la tendencia actual en la comunidad internacional", ED, 129-800; LEONARDI DE HERBON, Hebe M. y DEMARÍA MASSEY DE FERRÉ, María Elena, "La libertad de culto frente a la obligación de defender a la Patria y respetar sus símbolos", ED, 99-853.

(3) La Ley Fundamental de la República Federal Alemana establece en su art. 4º, inc. 3º: "Nadie podrá ser obligado en contra de su conciencia a realizar el servicio militar con armas. Lo demás será reglamentado por una ley federal".

El Parlamento alemán dictó, en consecuencia la ley de servicio militar, que establece en su art. 25 lo siguiente: "La persona que por motivos de conciencia se opusiere a cualquier tipo de enfrentamiento bélico entre naciones y por ello rehusare a realizar el servicio militar con armas, deberá prestar un servicio civil fuera del Ejército Federal en lugar del servicio militar. A solicitud suya podrá ser incorporado a un servicio sin armas en el Ejército Federal".

(4) BIDART CAMPOS, Germán J., "La objeción religiosa de conciencia y el deber militar de defensa (¿igualdad de derechos y deberes?)", ED, 104-736 en tomo del caso "Lopardo". Véase también nota al fallo "Falcón", ED, 105-348.

(5) H. L. A. HART, "Enforcement of Morals", Oxford University Press. Sobre estas cuestiones es célebre el debate mantenido entre el profesor HART y el juez Lord Patrick Devlin sobre los límites de la moral pública y la moral privada en Inglaterra.

(6) BIDART CAMPOS, Germán J., ob. cit. en nota 4.

(7) LEONARDI DE HERBON, Hebe M., y DEMARÍA MASSEY DE FERRÉ, MARÍA ELENA, ob. cit. en nota 2.

(8) VITORIA, FRANCISCO DE, De Iure Belli, núm. 23, Madrid, Getino; PEREÑA VICENTE, LUCIANO, "Teoría de la Guerra Justa en Francisco Suárez", Madrid, 1954.

(9) OTTAVIANI, C., Derecho Eclesiástico, 3ª ed.

(10) BOBBIO, Norberto, "El Problema de la Guerra y las vías de la Paz y su artículo Presente y Futuro de los Derechos Humanos", Anuario de Derechos Humanos, Madrid, Universidad Complutense.