

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS AMÉRICAS

INSTITUTO DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CON ÉNFASIS EN DERECHO PENAL

UN ANÁLISIS DE LA OBJECIÓN EN CONCIENCIA DESDE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO PENAL EN
COSTA RICA

LUIS EDUARDO VENEGAS MORA

SAN JOSÉ, JULIO 2020

AGRADECIMIENTO

Al Padre Celestial por permitirme cumplir una meta más en el crepúsculo de mi vida profesional.

A Edwin Duarte Delgado, amigo y consejero en mi diario transitar por los diferentes senderos del derecho, con quien comparto la pasión por este medio de control social por excelencia para la búsqueda y creación de una sociedad mas justa y solidaria.

Luis Eduardo Venegas Mora

DEDICATORIA

A DaraIsabella: “Hija mía tu eres luz en mi camino que llena mi alma y mi destino, soporte angelical en los momentos difíciles, A ti, que con tus acciones de niña dibujas la bondad y la solidaridad que serán tus compañeros de ruta por la vida, a tu sonrisa y a ese amor inspirador dedico el presente trabajo”.

Luis Eduardo Venegas Mora

TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTO.....	vi
DEDICATORIA.....	vii
TABLA DE CONTENIDO.....	viii
RESUMEN EJECUTIVO.....	x
CAPÍTULO 1 INTRODUCCIÓN.....	1
1.1 Tema.....	1
1.2 Planteamiento del problema.....	1
1.3 Justificación e importancia del tema.....	1
1.4 Objetivos de la investigación.....	4
1.4.1 Objetivo general.....	4
1.4.2 Objetivos específicos.....	4
1.5 Proyecciones.....	5
CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO.....	6
2.1 La objeción en conciencia.....	6
2.1.1 Concepto.....	7
2.1.2 Generalidades.....	8
2.2 Normativa aplicable.....	9
2.2.1 Normativa nacional.....	13
2.2.2 Normativa internacional.....	17
2.2.3 Jurisprudencia Nacional y Jurisprudencia de Tribunales de Derechos Humanos.....	21
2.3 La objeción en conciencia y responsabilidad penal.....	31
2.3.1 La objeción en conciencia y el principio de Estado Democrático de Derecho.....	33
2.3.2 La objeción en conciencia y su tratamiento desde la Teoría del delito.....	40
2.3.2.1 <i>Análisis de la conducta típica y el bien jurídico.</i>	40
2.3.2.2 <i>Análisis desde la antijuridicidad.</i>	45
2.3.2.3 <i>Análisis desde la culpabilidad.</i>	56
2.3.2.4 <i>Análisis desde la pena.</i>	86
CAPÍTULO 3. MARCO METODOLÓGICO.....	89
3.1. Método empleado.....	89
3.2. Técnicas utilizadas.....	91
3.3. Selección del estudio.....	93
CAPÍTULO 4. ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	94
4.1. Análisis e interpretación de resultados.....	94
CAPÍTULO 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	98

5.1 Conclusiones	98
5.2 Recomendaciones	101
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	105
APÉNDICES	114
Apéndice A. Declaración Jurada	114
Apéndice B. Formulario de la Entrevista	115
Apéndice C. Transcripción de las Entrevistas	116
Entrevista. 1	116
Entrevista 2	120
Entrevista 3	122
Entrevista 4	125
Entrevista 5	129
Apéndice D. Consentimiento informado	131

RESUMEN EJECUTIVO

La objeción en conciencia como derecho fundamental, proyectado desde a libertad de conciencia y la dignidad, implica que la persona, como ser libre, no debe sufrir la imposición de ideologías y creencias por parte del Estado. Deben respetarse sus creencias religiosas, morales, ideológicas.

En la medida de su naturaleza como derecho fundamental, es oponible ante las normas que riñan groseramente contra esas convicciones. Cuando ello genera consecuencias penales, debe ser analizada desde el espectro de la teoría del delito y sus componentes: la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y en los casos errónea o ilegítimamente invocado este derecho, debe ser valorado al momento de imponer la dosimetría penal.

CAPÍTULO 1 INTRODUCCIÓN

1.1 Tema

Un análisis de la objeción en conciencia desde los derechos fundamentales y el Derecho Penal en Costa Rica.

1.2 Planteamiento del problema

¿De qué manera la objeción en conciencia vista como un derecho fundamental, tiene impacto en la teoría del delito? Estudio comprendido entre el año 2010 y hasta 2018 en Costa Rica.

1.3 Justificación e importancia del tema

Lo primero que debe definirse es el objeto de estudio. Partiendo de lo anterior, conviene señalar que la objeción en conciencia, siguiendo la doctrina del El Tribunal Constitucional alemán (BVerfG 12, 45, 55) es:

(...) 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.

La libertad de conciencia tiene tres facetas o niveles: libertad para tener unas ideas, creencias o convicciones u otras, en segundo lugar, libertad para manifestarlas, y finalmente libertad para comportarse de acuerdo con las mismas y para no ser obligado a contradecirlas, y es en esta última faceta o manifestación de la libertad de conciencia donde encaja el posible derecho a la objeción de conciencia..." (Asiain Pereira, 2008, citado por Montano, 2017).

La libertad de conciencia se encuentra amparada constitucionalmente. Como todo derecho fundamental, está sujeto a límites (Cfr. Artículo 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

En este sentido, *El artículo 28 de la Constitución Política, consagra como derecho fundamental; la libertad de conciencia, al señalar:*

ARTÍCULO 28.- Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seculares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.

En ese mismo orden de ideas, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, contiene disposiciones relacionadas con la objeción en conciencia.

De manera prolífica el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala:

Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.
4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Esta última disposición es paladina, ya que en su inciso segundo establece una disposición que tiene importancia total para la presente investigación, en la medida que señala: "...Nadie

puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias”

De la lectura del párrafo transcrito, es posible inferir que alguna trascendencia tiene la objeción en conciencia en el derecho penal, ya que la norma convencional proscribía reprimirla. Sin embargo, tal y como se analiza más adelante, los derechos no son absolutos, tienen sus límites determinados por las exigencias de la convivencia pacífica en la sociedad. Existe un concepto antropocéntrico, en la medida de que el ser humano es el centro de toda comunidad organizada, pero las limitaciones de sus derechos se vinculan con la idea de la existencia pacífica y respetuosa de los derechos y dignidad de todos los componentes de la comunidad organizada.

El numeral 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reza:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia , así como la libertad de manifestar su religión o su creencia , individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Las anteriores excertas legales de elevado rango, establecen preliminarmente la libertad de conciencia, como un derecho fundamental. Como se adelantó, todo derecho se ve limitado, en los términos del artículo 32.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos: **“Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”**

Ahora bien, entendida la objeción en conciencia, como esa negativa de acatar el orden jurídico establecido, en la medida que riñan contra los principios éticos, morales y religiosos de la persona, no se descarta que pueda su ejercicio, eventualmente, hacer incurrir al disidente en alguna conducta delictiva por acción u omisión.

En esta investigación nos proponemos analizar la conciencia disidente y su relación con los derechos fundamentales y el derecho penal en Costa Rica.

Corresponde al presente estudio determinar la trascendencia que tienen estas conductas (activas u omisivas) desde el punto de vista jurídico penal. De qué manera impacta en la legislación penal costarricense, si pueden ser abordadas desde la perspectiva de la antijuridicidad o bien de la culpabilidad o por lo contrario, ser una cuestión inane desde el punto de vista de la teoría del delito y tener, en consecuencia, solo importancia al momento de imponer los baremos de la pena.

El problema está más que justificado debido a que este derecho, no reconocido por muchas entidades, puede ser traído a colación a nivel jurídico donde se ponga en entredicho la responsabilidad penal del imputado, y como consecuencia del uso de este recurso pueda virtualmente el mismo eludir lo que la justicia dictare sobre su forma de penar y expiar la culpa y entonces, ¿cómo podrá un tribunal imponer una pena que vaya contra lo ético, moral o las creencias religiosas tan arraigadas del individuo, violentando entonces su intimidad intrínseca, pues dicha situación puede ser contraria a los preceptos de la justicia misma?

1.4 Objetivos de la investigación

1.4.1 Objetivo general.

Desarrollar la objeción en conciencia desde los derechos fundamentales y el Derecho Penal en nuestro País, en el periodo comprendido durante los años 2010 y hasta 2018.

1.4.2 Objetivos específicos.

- Analizar la objeción en conciencia a la luz de la teoría del delito, a través de la jurisprudencia y entrevistas durante los años 2010 y hasta 2018.
- Indagar de que forma la jurisprudencia resuelve la objeción en conciencia en el derecho penal costarricense.

- Analizar el impacto a nivel nacional de la aplicación de la objeción en conciencia en el derecho penal costarricense

1.5 Proyecciones

El abordaje de esta investigación implicó necesariamente la inversión de muchísimas horas de estudio, ello significó la revisión bibliográfica de los textos especializados publicados en internet y otros recursos en físico. Esta revisión documental generó, junto con otras ocupaciones habituales, un largo periodo de preparación de sus conclusiones y recomendaciones. Este proyecto se inició en el mes de febrero de 2019, y durante este espacio se ha venido consolidando y documentando el estudio hasta llegar a tener un panorama claro del tratamiento a la objeción en conciencia en el Derecho Penal Costarricense.

CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO

2.1 La objeción en conciencia

Francia ha sido una de las legislaciones pioneras en el reconocimiento de los derechos humanos, así como en el posterior desarrollo del derecho de la objeción de conciencia, desde la promulgación de su constitución primigenia de 1791, donde se proclama la libertad religiosa, de pensamiento y expresión.

El tema que nos concita genera inquietud. Se ha sostenido que in embargo, la objeción de conciencia o el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no se reconoce de manera expresa en nuestra Constitución Política ni en otro cuerpo normativo nacional. (Acta de Consejo Superior del Poder Judicial de Costa Rica N° 060 – 2019, ARTÍCULO XVII). Lo fundamenta en el sentido de que el proyecto de ley tramitado bajo el expediente No. 20426, pretendía regularlo mediante la “Ley de Objeción de Conciencia”; sin embargo, dicho proyecto obtuvo dictamen negativo de mayoría en noviembre del 2018. (Cfr. Poder Judicial, acta act-1-0003-3772-17#_ftn2).

Sin embargo disentimos de esa conclusión. Con ese “*nomen iuris*”, no anida en la Constitución ni en los textos legales internacionales, la “objeción de conciencia”, sino que dicho derecho, se infiere de la lectura de los textos que garantizan la libertad de pensamiento la autodeterminación ética, de conciencia y religión.

Tampoco parece acertado, bajo el manto del imperio de la ley, señalar que esta debe ser acatada por todos, independientemente de su credo. Pues en algunas oportunidades – como veremos -, el legislador ha sido justo al establecer excepciones basadas en el respeto de la libertad de conciencia.

La Sala Constitucional ha reconocido algunos casos de objeción en conciencia, sobre todo en temas relativos a la educación, cuando se hace uso de la libertad de credo (Sala Constitucional, resoluciones: N° 08557–2002, N° 13421–2008, N° 10456 – 2012, N° 10456–2012, N° 17215-2018, N° 3943-2018, N° 4516-2018).

2.1.1 Concepto.

A la hora de tratar un fenómeno o instituto jurídico, resulta del todo conveniente y hasta obligatorio, realizar preliminarmente algunas aproximaciones conceptuales. El nuestro no es la excepción.

Se entiende, por objeción en conciencia, el: “Derecho a oponer excepciones al cumplimiento de deberes jurídicos cuando su cumplimiento implique una contravención de las convicciones personales, ya sean religiosas, morales o filosóficas (...) Negativa a someterse, por razones de conciencia, a un mandato jurídico que prescriba una conducta obligativa, de un contrato, de una orden judicial o resolución administrativa...” (Diccionario del Español Jurídico, 2016 pp. 118/119).

Gascón la define como “aquél incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de conciencia, que impide observar el comportamiento prescrito y cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual, renunciando a cualquier estrategia de cambio político o de búsqueda de adhesiones” (Gascón, 1990, p. 85, citado por Álvarez, 2017, p. 22).

Es “...la situación en que se halla la libertad de conciencia cuando alguna de sus modalidades de ejercicio (prima facie) encuentra frente a sí razones opuestas derivadas de una norma imperativa o de la pretensión de un particular” (Prieto, 2006).

Una definición bastante acabada la dan María Carmelina Londoño Lázaro y Juana Inés Acosta López; “En el entendido de que la objeción de conciencia preserva el derecho a no ser

obligado a actuar —conforme a un deber jurídico— contra las convicciones más arraigadas del fuero interior o la propia conciencia, se trata de un corolario de la libertad de conciencia, por lo que las disposiciones convencionales referidas son suficientes para reconocer y desarrollar tal derecho” (Londoño y Acosta, 2016, p. 4).

Esto en la práctica social, no es nada extraño, pues muchas personas por su filiación ideológica, cultural o religiosa, tienen una concepción distinta sobre ciertos mandatos normativos, lo cual genera tensión entre la justicia y la libertad. Es decir, supuestos concretos de contradicción grave entre el fuero individual entre obedecer el mandato legal y una obligación de conciencia basada en convicciones culturales, morales y religiosas de una persona.

2.1.2 Generalidades.

La objeción en conciencia proviene del reconocimiento del derecho a la dignidad de la persona humana.

Para la doctrina, este principio se “coloca a la dignidad humana como fundamento de la ética pública de la modernidad, como un *príus* de los valores de Gregorio Peces Barba. “La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho” (Peces, 2004), políticos y jurídicos y de los principios y de los derechos que derivan de esos valores” (Oguilve y Monge, 2018, p. 7).

La Magistratura Constitucional, ha tenido oportunidad de referirse a la dignidad humana, señalando: “...junto al valor de la vida, humana, nuestro sistema constitucional ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se haya íntimamente vinculada con el libre desarrollo de su personalidad y los derechos a la integridad física y moral...” (Voto N° 972-1990).

También ha dicho que el ser humano en cuanto tal: “...es depositario de una serie de derechos que le son dados en protección de su dignidad, derechos que no pueden serle desconocidos sino en razón de intereses sociales superiores, debidamente reconocidos en la propia Constitución o las leyes...” (Voto N°1261-1990).

En consecuencia, la dignidad es un atributo de la personalidad. Un derecho inherente al ser humano. Implica el derecho a ser tratado de manera paritaria, el derecho como ser autónomo a tener fines propios, a gozar de espacios o zonas de franquía para el ejercicio de sus derechos. En la sentencia número 1428-96 la Sala Constitucional señala que: “Junto a la vida, íntimamente ligada a su sentido y verdadero valor moral y social, se encuentra el reconocimiento y necesario respeto a la dignidad humana, base y fundamento para el reconocimiento de los demás derechos fundamentales, que sin ella carecen de sentido. Sobre el respeto a la dignidad humana se asienta el orden y la paz social , así como toda organización que se precie de ostentar una legitimación sustancial de su existencia.”

A partir del reconocimiento del derecho a la dignidad humana, se proyecta el de la objeción en conciencia. Como ser autónomo, dotado de razón, el ser humano con fines propios.

Sobre el imperativo de la conciencia se ha señalado que:

Se trata de un motivo serio y de calado que revista importancia para la integridad o identidad del sujeto, y que puede ser de distinta naturaleza: axiológica, religiosa, ideológica, filosófica, moral, etc. No estamos pues ante un capricho del ciudadano, ni ante una decisión fruto de un cálculo de mera utilidad. Se trata de tutelar aquellas dimensiones más íntimas y definitorias del hombre como persona, su autodeterminación como ser racional y libre frente a las cuestiones más profundas y vitales (Montano, 2017).

2.2 Normativa aplicable.

Cuando se habla de objeción en conciencia, necesariamente nos referimos a un derecho general a la libertad. Este derecho a la libertad jurídica y a la autodeterminación ética, la podemos encontrar en el artículo 28 de la Constitución Política que reza:

ARTÍCULO 28.- Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seculares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.

Este dispositivo normativo, establece la libertad de pensamiento y la libertad de clero, salvo las excepciones del último párrafo y el derecho general a la libertad, que constituye un principio de reserva de ley.

Conforme el principio de libertad, el individuo puede hacer todo aquello que no se encuentra expresamente prohibido. y, con sustento en el artículo transcrito, esas prohibiciones solo pueden ser impuestas por ley formal.

Es así como la Magistratura Constitucional mediante la resolución N° 16099-2008 de las 8:34 horas del 29 de octubre de 2008 señaló:

(...) Como ya se indicó, el principio de libertad jurídica se encuentra expresado principalmente en el principio de autonomía privada, según el cual el administrado puede regular jurídicamente de acuerdo a su voluntad y en la medida de su contenido, su esfera de acción. Básicamente el principio de libertad jurídica significa que el administrado puede fijarse él mismo los fines de su conducta y los medios para cumplirlos. Ciertamente no podría hablarse de fines completamente libres, toda vez que bajo ciertas circunstancias, el Estado puede imponerle excepcionalmente fines al particular (como los gastos públicos). Lo esencial estriba en que el Estado no puede interferir en la esfera de acción privada de los administrados, sino es a través de una autorización expresa de una norma escrita o no escrita que provenga del ordenamiento jurídico, y que los particulares puedan realizar todas aquellas actividades que no estén expresamente prohibidas. De modo que, si el ordenamiento no prohíbe una conducta, se puede interpretar que el administrado está autorizado para determinar sus propios fines y a la vez los medios a través de los cuales los quiere realizar. En el caso de estudio, la voluntad de los contrayentes debe concretarse en el llamado consentimiento matrimonial, ya que el matrimonio es siempre un acto voluntario y libre, que requiere un específico consentimiento (...).

A tono con lo anterior, podemos señalar que existe un principio general de libertad, garantizado constitucionalmente, el cual cede ante una norma con rango de ley. Esta norma no garantiza el derecho a la desobediencia, ni a la resistencia.

Se garantiza pues, la libertad de conciencia, en la medida que ello no lesione la moral, las buenas costumbres y el derecho de terceros. Este mandato va destinado al legislador, al momento de creación de las leyes.

Ahora bien, refiriéndonos al tema de la objeción en conciencia, la jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de referirse, al analizar la libertad religiosa, garantizada por el artículo 75 de la Constitución Política, cuyo texto reza:

ARTÍCULO 75.- La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres.

En efecto, mediante resolución N° 3173-93 (Reiteradas en las sentencias números 2004-08763 de las 12:15 horas del 13 de agosto del 2004 y 2014-4575 de las 14:30 horas del 2 de abril de 2014), se indicó:

VII.- La libertad religiosa encierra, en su concepto genérico, un haz complejo de facultades. En este sentido, en primer lugar se refiere al plano individual, es decir, la libertad de conciencia, que debe ser considerado como un derecho público subjetivo individual, esgrimido frente al Estado, para exigirle abstención y protección de ataques de otras personas o entidades. Consiste en la posibilidad, jurídicamente garantizada, de acomodar el sujeto, su conducta religiosa y su forma de vida a lo que prescriba su propia convicción, sin ser obligado a hacer cosa contraria a ella. En segundo lugar, se refiere al plano social, la libertad de culto, que se traduce en el derecho a practicar externamente la creencia hecha propia. Además la integran la libertad de proselitismo o propaganda, la libertad de congregación o fundación, la libertad de enseñanza, el derecho de reunión y asociación y los derechos de las comunidades religiosas, etc. (Cfr. Procuraduría General de la República Opinión Jurídica N° OJ-100-2018 de fecha 23 de octubre de 2018).

Posteriormente, el mismo Tribunal mediante voto N° 2002-08557, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la libertad de creencia, dentro del marco de la objeción en conciencia, aunque circunscrito al ámbito de la educación pública:

III.- Sobre el fondo. La libertad de creencias, reconocido por el artículo 75 constitucional, es un género que comprende no sólo la libertad religiosa o de ejercer libremente su culto, sino que comprende el derecho de desarrollar y cultivar las convicciones individuales sin ser perturbados por el Estado. La libertad religiosa se inserta en la más comprensiva libertad de creencias nacida en la historia de la humanidad a partir de la Paz de Westfalia, como un reconocimiento a la tolerancia por parte de la Iglesia. El principal efecto de este reconocimiento es que nadie puede ser perjudicado ni favorecido por causa de sus creencias. También hay un trasfondo de respeto de igualdad ante la ley en este principio. El Derecho de profesar libremente el culto es la libertad de practicar una creencia religiosa. Ello significa libertad de exteriorización religiosa –no de creencia en la intimidad, pues ella escapa al alcance del derecho-, siempre que no afecte el orden, la moral o la seguridad pública (artículo 28 constitucional). También implica la facultad de asociación religiosa en comunidades de ese tipo. De modo que otra consecuencia inmediata de la libertad religiosa es el derecho que tienen los fieles y adeptos de asociarse en comunidades religiosas o de bien público. La libertad de creencias es incompatible con cualquier intento, por parte de los profesores (en general por parte del Estado) de incidir en la formación religiosa de los niños (en general de la población); salvo que el propio interesado (o en representación de los niños sus padres) accediese o solicitare dicho tipo de instrucción. De modo que resulta incompatible con el Derecho de la Constitución la expulsión de las escuelas de aquellos alumnos que se negaren, por objeción de conciencia, a cumplir la obligación de recibir formación o enseñanza religiosa de un tipo determinado.

Pueden citarse distintos antecedentes relativos a la libertad religiosa y la objeción de conciencia. (Cfr. Sala Constitucional N° 2012-10456)

2.2.1 Normativa nacional.

Dentro de la normativa nacional, podemos citar el artículo 28 de la Constitución Política que garantiza la libertad de conciencia, el artículo 75 de la misma excerta legal, además garantiza la libertad religiosa y otras disposiciones de menor jerarquía que desarrollamos de seguido.

El artículo 88 del código procesal penal, establece una talanquera en el ejercicio de la medida de coerción del imputado como objeto de prueba, al disponer que esa medida pueda ser usada, siempre que esas medidas no afecten su salud o su integridad física, ni se contrapongan seriamente a sus creencias. El citado texto legal, en lo que interesa dice:

Se podrá ordenar la investigación corporal del imputado para constatar circunstancias importantes para descubrir la verdad. Con esta finalidad y por orden del tribunal, serán admisibles intervenciones corporales, las cuales se efectuarán según las reglas del saber médico, aun sin el consentimiento del imputado, siempre que esas medidas no afecten su salud o su integridad física, ni se contrapongan seriamente a sus creencias(...).

Siempre manteniéndonos dentro de los objetivos de la presente investigación, debe convenirse que la norma en estudio, obliga a analizar la posición que, en algunos casos, asumen los testigos de Jehová, por ejemplo.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha establecido que: "... cuando el sujeto que actúa pertenece a una cultura diferente a la del grupo que genera la norma, ha interiorizado valores y pautas diferentes a las de aquel grupo, y a pesar de que le es exigible conocerlos no podemos exigirle que los interiorice, que los haga suyos..." (Sala III N° 446-F-1992, ver sobre la definición sentencia del mismo tribunal 561-F-1993)

En el caso concreto de "Los testigos de Jehová" tienen una posición religiosa con respecto al uso de la sangre:

...lo que plantea incluso dicho de otra forma, la posición de los Testigos de Jehová en cuanto a que no se les administren transfusiones de sangre o sus derivados, insistimos, por motivos estrictamente religiosos y éticos, no pareciera ser algo irracional o fanático. (...) Tanto es así que, la actitud tocante a la administración de sangre o sus derivados en la actualidad, ahora no sólo parece ser un asunto de los testigos de Jehová, sino que se ha convertido en una inquietud de un cada vez más creciente número de personas que no profesan la religión de los testigos de Jehová (Álvarez, 1996, p-3-8).

Se recalca que:

Para los Testigos de Jehová la Biblia representa el libro sagrado fundamental por el cual rigen todos y cada uno de los aspectos de su vida. Es así como el rechazo absoluto a una transfusión de sangre, o de sus derivados, tiene como origen las mismísimas órdenes del Creador dadas a toda la humanidad; y no una interpretación fundamentalista, antojadiza o dogmática del asunto [...] Los testigos de Jehová consideran que si se les administra sangre o sus derivados, esto equivaldría a una violación a su cuerpo [...] Por ello es muy claro que dejemos establecido claramente la posición de los testigos de Jehová a que no se les transfunda sangre o sus derivados, no significa de manera alguna negativa a utilizar tratamiento médico o terapia alternativa de calidad, o que en alguna forma sea un deseo expreso de morir, o como alguna vez se entendió erróneamente, una posición suicida [...](Álvarez, 1996. pp.3-8).

Deteniéndonos sobre el último aspecto, debe considerarse los supuestos en que, basándose en la libertad de credo, una persona no se someta voluntariamente a la extracción de sangre. La libertad de religión permite ejercer la llamada objeción en conciencia. Sin embargo, en cuanto a la extracción de sangre con motivo de investigación, es bien distinto del supuesto pregonado por “Los Testigos de Jehová”, pues a las personas se les requiere extracción de sangre, no transfusiones.

La opinión de Adolfo Álvarez, tiene un sólido respaldo bíblico, de la razón de dicha negativa por parte de los testigos de Jehová. En este sentido, autores como Mauricio BesioR.y otro señalan que:

Basándose en diversos pasajes de la Biblia, tales como “Solamente os abstendréis de comer carne con su alma, es decir, su sangre” (Génesis 9:4), “Nadie de entre vosotros... comerá sangre” (Levítico 17:12), “... porque la vida de toda carne es la sangre; quien la comiere será exterminado” (Levítico 17:14), los Testigos no aceptan de manera categórica la transfusión de componentes primarios de la sangre como son los glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas y plasma. (...) Los fundamentos para rechazar las transfusiones sanguíneas se basan en el mandato explícito de Dios a través de las Escrituras. Quien no acatase la voluntad de Dios no vería cumplida la esperanza de la Resurrección, es decir, perdería el Paraíso, la morada eterna en la tierra (“Los justos poseerán la tierra, y morarán en ella por siempre”, Salmo 37:29). Si un Testigo de Jehová acepta una transfusión, por su propia acción manifiesta su deseo de no seguir siendo parte de la comunidad... (Besio, s.f.).

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha reconocido el derecho de Los Testigos de Jehová a rechazar las transfusiones sanguíneas y a solicitar y obtener terapias alternativas que existen, para enfrentar procedimientos quirúrgicos con alternativas a la transfusión. Así lo ha señalado, entre otros, en el precedente número 2008-3924, de las 14.37 horas, del 14 de marzo de 2008, al considerar:

[...] el paciente tiene el derecho de solicitar que no se le realice una transfusión si él no lo desea, debido a su autonomía de la voluntad y los derechos de la personalidad (vida, salud, libertad) que le son inherentes, siempre y cuando se establezca claramente en la carta de consentimiento informado y, en ese caso el médico deberá buscar en forma inmediata alternativas de tratamiento para que el paciente no tenga una interrupción en su derecho a recibir los servicios médicos. [...].

La jurisprudencia penal ha señalado: “...no resulta justificable, y así lo considera esta Sala, que con la base en ninguna creencia religiosa, se permita que una persona muera por considerar que los tratamientos médicos contradicen la voluntad de Dios. ...” (Sala III N° 561-F-1993).

Pero, el caso es distinto cuando se le requiere de una prueba de sangre para determinar la existencia de drogas o alcohol. No parece ser el caso de Los Testigos de Jehová, para quienes:

“En armonía con los principios Bíblicos, aceptamos la mayoría de los procedimientos y exámenes médicos, incluidos los exámenes de sangre. La excepción pudiera darse cuando el procedimiento médico esté relacionado con las transfusiones de sangre” (Informe a la Sala Constitucional Expediente 08-005614-0007-CO).

Cuando la ley habla de creencias, obviamente se refiere a dogmas. Por lo que no se descarta las creencias de un grupo cultural o religioso determinado. Los Convenios Internacionales y la propia Constitución Política potencian la libertad de credo y de pensamiento. (Cf. Artículos 2, 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 28, 29 y 75 de la Constitución Política)

De la misma manera el artículo 134 del código procesal penal, manda a respetar las creencias del testigo, cuando se le requiere prestar juramento:

...Cuando se requiera la prestación del juramento, se recibirá por las creencias de quien jura, después de instruirlo sobre las penas con que la ley reprime el falso testimonio. El declarante prometerá decir la verdad en todo cuanto sepa y se le pregunte. Si el deponente se niega a prestar juramento en virtud de creencias religiosas o ideológicas, se le exigirá promesa de decir la verdad, con las mismas advertencias del párrafo anterior.

Señala Cabanellas que el juramento es:

La afirmación o negación de una cosa, poniendo por testigo a Dios, o a sí mismo o en sus criaturas, según expresa la Academia. (...) tiene carácter religioso, en cuanto es invocación de una divinidad a la que se pone por testigo de decir la verdad (...) En el Derecho Procesal, el juramento no es en sí medio de prueba, sino un requisito para la validez de ciertas pruebas. En los casos en que la ley exige juramento de partes o testigos, o en cualquier otra circunstancia, puede substituirse éste por la promesa que tiene por base la fe cívica y el honor, y aleja la posibilidad de imponer un dogma frente a la conciencia individual (Cabanellas, 1968, p. 465).

De la misma manera en el artículo 228 del código procesal penal, al participar el testigo en el reconocimiento de personas, al requerir que preste juramento, se respetan sus creencias.

En el código penal, hay sanciones para quienes revelen datos sensibles sustentados en las creencias de las personas. (Artículo 196 bis inciso c), para quienes cometan genocidio basado en creencias religiosas o políticas (Artículo 382).

La Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales N° 8968, establece en el artículo 3.d como datos sensibles aquella: “...información relativa al fuero íntimo de la persona, como por ejemplo los que revelen origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o espirituales, condición socioeconómica, información biomédica o genética, vida y orientación sexual, entre otros” (Énfasis suplido).

El artículo 9.1 del mismo cuerpo de leyes dispone que: “Ninguna persona estará obligada a suministrar datos sensibles. Se prohíbe el tratamiento de datos de carácter personal que revelen el origen racial o étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, espirituales o filosóficas, así como los relativos a la salud, la vida y la orientación sexual, entre otros” (Énfasis suplido).

El Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, en su artículo 33, garantiza la objeción en conciencia del facultativo, al señalar:

El médico a quien se solicitaren prestaciones que vayan en contra de su conciencia o de su convencimiento clínico, podrá negarse a intervenir. En estas circunstancias, procurará que otro colega continúe asistiendo al paciente, salvo que ello produjere graves e inmediatos daños para la salud del enfermo.

Las discusiones en este ámbito generalmente provienen del tema de la salud reproductiva, el uso de técnicas asistidas y bien métodos abortivos.

2.2.2 Normativa internacional.

En el ámbito del derecho convencional, también existen disposiciones que garantizan la libertad religiosa. En este sentido, pueden mencionarse las siguientes excertas legales internacionales:

Con respecto a la población indígena El Convenio No 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo establece en el artículo 1.b lo siguiente:

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Dicha disposición no solo reconoce su autoctonía como pueblo originario, sino y también el respeto de sus propias instituciones culturales. La Sala Constitucional, con fundamento en el citado Convenio Internacional, el respeto, por parte del Estado de las tradiciones y la religión de las Comunidades Indígenas, con la sola excepción de aquellas que sean contrarias a los derechos humanos, según sus consideradas universalmente inhumanas como el canibalismo. En este sentido se dijo:

Hoy, en el campo de los derechos humanos, se reconoce, en resumen: a) Que es necesario reconocer a los indígenas, además de la plenitud de sus derechos y libertades como seres humanos, otras condiciones jurídicamente garantizadas, mediante las cuales se logren compensar la desigualdad y discriminación a que estén sometidos, con el propósito de garantizar su real y efectiva igualdad en todos los aspectos de la vida social: b) Que es también necesario garantizar el respeto y la conservación de los valores históricos y culturales de las poblaciones indígenas, reconociendo su peculiaridad, sin otra limitación que la necesidad de preservar, al mismo tiempo, la dignidad y valores fundamentales de todo ser humano reconocidos hoy por el mundo civilizado, lo cual implica que el respeto a las tradiciones, lengua, religión y en general cultura de esos pueblos sólo admite como excepciones las necesarias para erradicar practicas universalmente consideradas inhumanas, como el canibalismo (Voto N° 3003- 92).

Otros instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Cfr. Artículo 18), señala:

Artículo 18. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 18 dispone:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.
2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.
3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, hace referencia expresa a la objeción de conciencia en uno solo de sus artículos. En el artículo 6º, relativo a la prohibición de esclavitud y servidumbre, establece en su numeral 3.b que: “no constituyen trabajo forzoso u obligatorio [...] el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél.”

El artículo 11 protege la honra y la dignidad, y en particular establece que “2) Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

La Convención Americana de Derechos Humanos de la misma manera dispone, en su artículo 12 lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.
4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Asimismo, La Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes. Adoptado el 11 de octubre de 2005 en la ciudad española de Badajoz . Entró en vigencia el 1 de marzo de 2008, establece en el artículo 12 el derecho a la objeción en conciencia frente al servicio militar, en el artículo 17.1 establece que: “Los jóvenes tienen derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, prohibiéndose cualquier forma de persecución o represión del pensamiento.”

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2005), señaló:

...36. En el sistema interamericano, hasta ahora no se ha dictaminado en casos sobre la cuestión de la objeción de conciencia y la Comisión sólo ha hecho referencia a la cuestión fuera del contexto de las peticiones individuales. (...) 37. La Convención Americana no crea y ni siquiera menciona expresamente el derecho de “objeción de conciencia”, el alegado derecho a no ser obligado a cumplir, por razones de conciencia, las imposiciones de la ley. El término “objectores de conciencia” sólo aparece una vez en la Convención Americana. En el artículo 12, que establece el derecho a la libertad de conciencia y religión, no se hace mención explícita al término “objeción de conciencia”, sino que se hace referencia al mismo en el artículo que define el trabajo forzado u obligatorio.[28] El artículo 6 de la Convención Americana define el derecho a ser libre de la esclavitud o de la servidumbre involuntaria, y el artículo 6(3)(b), siguiendo el Convenio N° 29 de la OIT sobre la misma

materia, expresamente excluye de la definición de trabajo forzado o compulsivo el “servicio militar y, en los países que reconocen a los objetores de conciencia, el servicio nacional que la ley prevea en lugar del servicio militar.

Por lo que esto refuerza nuestra posición de que se reconoce, dentro del derecho a la libertad de conciencia y religión, el de objeción de conciencia en los plexos axiológicos normativos internacionales recién citados. Aunque explícitamente se haga referencia al *nomen iuris*, para referirse a los supuestos del servicio militar obligatorio.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, artículo 9º, dispone:

Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.
2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

Además, La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos también reconoce genéricamente la libertad de conciencia y religión en el artículo 8º: “La libertad de conciencia y profesión, y la libre práctica de la religión estarán garantizadas. Nadie que respete la ley y el orden puede ser sometido a medidas que restrinjan el ejercicio de esas libertades.”

Como puede observarse, distintos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, establecen el derecho de las personas a la libertad de conciencia y religión.

2.2.3 Jurisprudencia Nacional y Jurisprudencia de Tribunales de Derechos Humanos.

En el Sistema Interamericano, la Corte Suprema de Justicia, ha hecho una ligera incursión en el tema, en el caso *Artavia Murillo y otros* (2012):

Es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten(párr. 185). (Énfasis suplido)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la misma manera hizo referencia a la objeción en conciencia, con respecto al ejercicio de la medicina en el informe *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*, 22 de noviembre de 2010:

95. La objeción de conciencia es un tema muy relevante cuando se aborda el acceso a información en materia de salud reproductiva. Muchos profesionales de la salud tienen sus propias convicciones respecto de la utilización de métodos de planificación familiar, de la anticoncepción oral de emergencia, de la esterilización, y del aborto legal, y prefieren no proveer los servicios. [...] el derecho a la objeción de conciencia del profesional de la salud es una libertad. Sin embargo dicha libertad podría colisionar con la libertad de los pacientes. En consecuencia, el equilibrio entre los derechos de los profesionales de la salud y los derechos de los pacientes se mantiene a través de la referencia. Es decir, un profesional de la salud puede negarse a atender a un paciente, pero lo debe transferir sin objeción a otro profesional de la salud que puede proveer lo solicitado por el paciente [...].

En este informe, de manera palmaria el Comité hace referencia a la objeción de conciencia y su colisión con el derecho del paciente. En este sentido, el profesional de la salud puede negarse a atender al paciente, pero debe remitirlo a otro profesional que provea lo requerido por el último.

En el sistema europeo, los temas más tratados es el de a objeción en conciencia en el servicio obligatorio militar. No obstante, con el inocultable fenómeno de la migración, va a enfrentar retos en el tratamiento multicultural.

En el sistema europeo, conviene resaltar la siguiente jurisprudencia, dictado por el alto tribunal:

VIII.- Este tema, a su vez, tiene un desarrollo jurisprudencial, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este Tribunal ha resuelto casos de objeción de conciencia en el ámbito educativo a causa de la invocación del artículo 2 del primer Protocolo adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos, en el que se le impone al Estado el deber de respetar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres en la educación de sus hijos. Destaca el primer enfoque sobre el tema, que se dio en la sentencia *Kjeldsen, BuskMadsen y Pedersen vs. Dinamarca*, donde se analizó precisamente un conflicto entre unos padres de familia que se oponían a que sus hijos recibieran una asignatura obligatoria sobre educación sexual integrada, la Corte consideró que la finalidad perseguida por el gobierno danés, con la nueva ley, era legítima, pues con ello se pretendía combatir el número de embarazos no deseados fuera del matrimonio, el número de abortos y las enfermedades venéreas. Puntualizó también que el numeral 2 del citado Protocolo no impedía que los Estados difundieran, por medio de la enseñanza o la educación, conocimientos o informaciones que tengan, directamente o no, carácter religioso o filosófico. No le permitió a las padres oponerse a este tipo de temas, pues la enseñanza institucionalizada corría el riesgo de hacerse impracticable, aunque sí le impuso al Estado el deber de vigilancia para que esos conocimientos insertados en un programa se difundiera de manera objetiva, crítica y pluralista, con lo que prohibió perseguir una finalidad de adoctrinar, lo que sí podría afectar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. En este caso, resulta de particular relevancia el voto salvado del Juez Verdross, que se convirtió –con el paso del tiempo- en posición de mayoría del Tribunal en casos subsiguientes. Según el citado Juez, una enseñanza en materia sexual, detallada y demasiado precoz impartida por el Estado al amparo del monopolio del Estado en el dominio de la educación, priva a los padres de su derecho primordial de asegurar la educación a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones religiosas. También puntualizó que todo lo que concierne a la conciencia de los hijos –su orientación moral- es un tema que incumbe a los padres según la doctrina cristiana, por lo que el Estado no puede interponerse entre los padres y los hijos contra la voluntad de los primeros. Se pregunta, si con base en el artículo 2 del Protocolo pueden los padres oponerse a una educación sexual obligatoria

en una escuela pública e, incluso, cuando la mencionada educación no constituye una tentativa de adoctrinamiento. Para responder esa interrogante, hace una distinción entre los hechos de la sexualidad humana, que forman parte de la biología, y las conductas sexuales, incluida la contracepción y métodos anticonceptivos. Para el citado Juez, estas últimas sí se encuentran sumidas dentro del ámbito moral y de conciencia, por lo que es a los padres a quienes corresponde su formación, no al Estado; ese derecho de los padres no puede vulnerarse, desconocerse o menospreciarse por el Estado. Por ello, aun y cuando la información sobre conductas sexuales tenga un carácter objetivo, lesionan el derecho de los padres en cuanto invaden la conciencia de los hijos menores, pues pueden recibir una educación contraria a las convicciones religiosas de sus progenitores. La doctrina sentada en ese voto salvado fue seguida por el citado Tribunal en la sentencias Folgero y Zengin v. Turquía. En esta última sentencia, el Tribunal concluye que el Estado está en la obligación de respetar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres, en el conjunto del programa de la enseñanza pública. Este deber del Estado vale para el contenido de la enseñanza y la manera de dispensarla y en ese contexto los padres pueden exigir al Estado el respeto de sus convicciones religiosas y filosóficas (Cfr. citado por la Sala Constitucional en voto N° 2012-10456)

María Carmelina Londoño Lázaro y Juana Inés Acosta López; citando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señalan los siguientes fallos donde se analiza el concepto de la objeción en conciencia:

La Gran Cámara del TEDH sostuvo que, si bien el artículo 9° CEDH no se refiere de manera explícita al derecho a la objeción de conciencia, este es un derecho autónomo que se desprende de la libertad de conciencia, por lo que debía garantizarse —como cualquier libertad del Convenio— de la injerencia arbitraria del Estado. Consecuentemente, una limitación a la libertad de conciencia y religión debía atender estrictamente a los límites definidos en el test de proporcionalidad, esto es, que se trate de una medida proporcionada que responda a un fin legítimo y necesario en una sociedad democrática.

(...)

En este orden de ideas, para el TEDH, la interpretación del CEDH como “instrumento vivo” permite entender que el artículo 9° (y no el 4°) protege el derecho a la objeción de conciencia, garantizando la libertad personal cuando un individuo se enfrenta a un conflicto serio e ineludible entre la obligación de servir en un ejército y el dictamen contrario proveniente de sus creencias profundas y genuinas. En todo caso, el TEDH advirtió que esta regla no se aplicaba de manera general, sino que

siempre debe evaluarse a la luz de las circunstancias particulares de cada caso; 34 sin embargo, como se verá adelante, esta doctrina ha sido reiterada en los casos análogos posteriores. En esta nueva jurisprudencia, la Corte manifiesta expresamente separarse del criterio de la extinta Comisión Europea y, en particular, de la interpretación restrictiva que se derivaba del artículo 9º CEDH, al interpretarlo a la luz del artículo 4º del Convenio... (La protección internacional de la objeción de conciencia: análisis comparado entre sistemas de derechos humanos y perspectivas en el sistema interamericano(Londoño y Acosta, 2016).

Es rescatable en los fallos transcritos, que el derecho a la objeción en conciencia, es tratado por la jurisprudencia europea como un derecho autónomo derivado de la libertad de conciencia. No obstante, puntualiza que esta regla no se aplicaba de manera general, sino que siempre debe evaluarse a la luz de las circunstancias particulares de cada caso. Es decir, no la descarta, para la solución de casos análogos en los cuales colisionan de modo grave, el cumplimiento normativo y las convicciones éticas, religiosas, culturas, filosóficas de una persona.

También existen antecedentes sobre el tratamiento del tema, en el sistema estadounidense:

IX.- También la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América se ha pronunciado sobre el nexo entre la educación y la libertad de conciencia. Al respecto, en la sentencia *Winsconsin v. Yoder* (1972), la Corte consideró, a propósito de la educación impartida a los niños de la religión Amish, que " (...) la esencia de todo lo que se ha dicho y escrito sobre este tema es que los intereses de orden superior y aquellos otros que no pueden ser ejercidos de otra manera pueden contrabalancear el legítimo reclamo a la libre profesión de una religión. Podemos dar por aceptado, en consecuencia, que no importa cuán fuerte sea la obligación del Estado en la educación general obligatoria, éste no es de modo alguno absoluto no permite la exclusión o subordinación del resto de los intereses. El cumplimiento de la ley estatal que requiere la asistencia obligatoria a la escuela... pondría en peligro gravemente, si es que no destruiría, el libre ejercicio de su fe a los demandados." Así, se consideró prevalente la libertad religiosa frente al interés estatal de una educación obligatoria para los menores hijos de los Amish (Londoño y Acosta, 2016).

El Tribunal Constitucional español desde la sentencia N°53/1985, del 11 de abril, reconoció la naturaleza como derecho fundamental de la objeción de conciencia:

No obstante, cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales (PGR Opinión Jurídica N° 100 - J del 23/10/2018).

Como se ha venido señalando en esta investigación, el derecho a la objeción en conciencia, integra el más amplio de respeto a la dignidad humana. Esta es la posición de la jurisprudencia española. En este sentido, ha dicho:

La dignidad de la persona se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. (...) (El Pleno del Tribunal Constitucional, sentencia N°53/1985).

También ha señalado que:

“...El derecho a la libertad religiosa del art. 16.1 C.E. garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual. Pero, junto a esta dimensión interna, esta libertad, al igual que la ideológica del propio art. 16.1 C.E., incluye también una dimensión externa de «agerelicere» que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, 120/1990 y 137/1990). Por su parte, el art. 16.3 C.E., al disponer que «ninguna confesión tendrá carácter estatal», establece un principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa que, como se declaró en las SSTC 24/1982 y 340/1993, «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales». Consecuencia directa de este mandato constitucional es que los ciudadanos, en el ejercicio de su derecho de libertad religiosa, cuentan con un derecho «a actuar en este campo con plena inmunidad de

actuación del Estado»(STC 24/1982)... (Sala Segunda del Tribunal Constitucional Español. Sentencia número:177/1996).

El Pleno del Tribunal Constitucional Español, también ha reconocido la objeción en conciencia, como un derecho fundamental, que puede protegerse por la vía de amparo, en este sentido:

...Se reitera doctrina del Tribunal (STC 15/1982), según la cual la objeción de conciencia, dada la interpretación conjunta de los arts. 30.2 y 53.2, es un derecho constitucionalmente reconocido, al que el segundo de los artículos citados otorga la protección del recurso de amparo, lo que le equipara, a los solos efectos de dicho recurso en su tratamiento jurídico constitucional, con ese núcleo especialmente protegido que son los derechos fundamentales y libertades públicas, y es la Constitución, pues, la que reconoce el derecho de manera implícita y explícita... (Sentencia número 160/1987)

La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-388/09 del 28 de mayo de 2009, ha señalado lo siguiente:

A partir de la lectura del artículo primero constitucional, queda claro que entre los rasgos con que la Norma Fundamental caracteriza al Estado colombiano se encuentran el de ser un Estado social, democrático y participativo de derecho respetuoso de la dignidad humana, y abierto al pluralismo...

Uno de los límites, tal vez el principal, con que se encuentran los poderes constituidos en ejercicio de sus funciones son los derechos fundamentales, entendidos esta vez como ámbitos de autonomía individual que resultan infranqueables para el legislador o la administración de un estado democrático y pluralista. En este contexto es que se encuentra el sustento conceptual de la objeción de conciencia, cuyo propósito inicial es preservar las propias convicciones sean ellas de orden ideológico, religioso o moral... Esta Corporación se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la objeción de conciencia, en materias como el servicio militar..., la educación..., respecto de la obligación de prestar juramento..., en materia de obligaciones laborales... y en materia de salud..., entre otras.

En general, la objeción de conciencia se presenta cuando el cumplimiento de la normatividad vigente exige por parte de las personas obligadas a cumplirlo un comportamiento que su conciencia prohíbe... En otras palabras, la objeción de conciencia supone la presencia de una discrepancia entre la norma jurídica y alguna norma moral... Aquí no tiene lugar una apelación a la ruptura de una norma con el sentimiento de justicia de la comunidad sino que se resiste su aplicación porque riñe con

las propias convicciones morales. Quien ejerce la objeción de conciencia “no invoca la ilegalidad ni busca el cambio de las políticas o de programas impulsados por un gobierno...” Es una persona que “se apega al Derecho, pero su observancia le provoca problemas con sus convicciones morales más íntimas, con su conciencia crítica...” La idea central consiste en que se incumple un deber jurídico por razones morales y se busca con ello preservar la propia integridad moral, lo que no supone el propósito de que otras personas “se adhieran a las creencias o practiquen las actuaciones del [de la] objetor [(a)]...”

El nexo entre la objeción de conciencia y el derecho a la libertad de pensamiento, a la libertad religiosa y a la libertad de conciencia es muy grande hasta el punto de poder afirmar que la objeción de conciencia resulta ser uno de los corolarios obligados de estas libertades. Desde esa perspectiva, existe un escenario de realización humana dentro del cual las interferencias estatales o son inadmisibles o exigen una mayor carga de justificación. Así, quien objeta por razones de conciencia goza prima facie de una presunción de corrección moral. El Estado, debe, entretanto, aportar los argumentos que justificarían una intervención en este campo en principio inmune a cualquier interferencia (Opinión Jurídica N° 100 - J del 23/10/2018).

En la sentencia C-355 de 2006, que estableció:

...En efecto, el ejercicio de la objeción de conciencia no se asimila a la simple opinión que se tenga sobre un asunto; por el contrario, son las más íntimas y arraigadas convicciones del individuo las que pueden servir como fundamento para el ejercicio de este derecho. Esta característica es ajena a las personas jurídicas, que en su constitución y ejercicio pueden concretar principios como la libertad de empresa o derechos fundamentales de sus socios, mas éstos no podrán nunca transmitirles caracteres éticos y morales propios y exclusivos de las personas naturales (Opinión Jurídica N° 100 - J del 23/10/2018).

En la jurisprudencia alemana el Tribunal Constitucional alemán (BVerfG 12, 45, 55) 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.

La libertad de conciencia tiene tres facetas o niveles: libertad para tener unas ideas, creencias o convicciones u otras, en segundo lugar, libertad

para manifestarlas, y finalmente libertad para comportarse de acuerdo con las mismas y para no ser obligado a contradecirlas, y es en esta última faceta o manifestación de la libertad de conciencia donde encaja el posible derecho a la

Pero si la objeción de conciencia es recogida por el Derecho, como es el caso de las disposiciones que hemos citado al comienzo, tendremos conflicto de derechos, porque ya no es solamente una norma moral: hay un verdadero derecho a objetar: objeción en conciencia (Montano, 2017)

En materia penal, encontramos la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España, en un caso concreto, descartó la objeción en conciencia. Se trataba de un ciudadano que debía cumplir con su deber como vocal en una mesa electoral y objetó su participación, alegando libertad de conciencia, en este sentido el referido Tribunal resolvió:

En realidad la libertad ideológica, que en todo momento le fue respetada, no libera de las obligaciones ciudadanas, que tienen su anclaje en la Constitución y más concretamente en la Ley Orgánica General Electoral. // El fundamento jurídico 1o de la sentencia expresa que el propio acusado ha reconocido los hechos, puesto que conocía la notificación de su nombramiento como vocal de una mesa electoral, sabía que el cargo era obligatorio y era consciente de las consecuencias de su incumplimiento, lo que de forma nítida excluye cualquier error sobre la obligatoriedad de la función a cumplir impuesta por ley. // El art. 16.1 C.E., que establece y ampara la libertad ideológica, no choca con el desempeño del cargo electoral que conforme a ley le fue asignado, ya que ello no le impide asumir o profesar cualquier opción en el campo de las ideas y del pensamiento, e incluso, prescindir del ejercicio del derecho de sufragio activo o pasivo, pero como ciudadano integrante del cuerpo social se halla moral y jurídicamente obligado a aceptar las normas esenciales que mantienen, con orden, libertad y justicia, la estructura de la sociedad en la que vive y de la que también recibe los beneficios como cualquier otro ciudadano. Sobre este particular ya tuvo ocasión de pronunciarse esta Sala en sentencia no 1054 de 4-10-2004 (Sentencia Nº 1095/2007).

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Sentencia BVerfGE 32, 98 [Negativa a prestar auxilio por motivos religiosos]) ha señalado lo siguiente:

...En un Estado, en el que la dignidad humana es el valor supremo, y en el que la libre autodeterminación del individuo hace parte igualmente, de

los valores constitutivos de la comunidad, la libertad de creencia le garantiza a los individuos un espacio jurídico libre de intervenciones estatales, en el que se puedan dar la forma de vida que corresponda a sus convicciones. En esta medida, la libertad de conciencia es más que una tolerancia religiosa, esto es, el simple consentimiento de las creencias religiosas o las convicciones no religiosas (bVerfGE 12, 1 [3]). Ésta no abarca por tanto sólo la libertad (interna) de creer o no creer, sino también la libertad externa de manifestar las creencias, de darlas a conocer y de expandirlas (véase bVerfGE 24, 236 [245]). dentro de esto se encuentra también el derecho del individuo a dirigir la totalidad de su comportamiento con base en las enseñanzas de su credo y a actuar de conformidad con sus convicciones internas. por tanto, no sólo las creencias, que se relacionan con los principios imperativos, se encuentran protegidas por la libertad de creencia más aún, ésta se extiende también a las convicciones religiosas que en una situación concreta de la vida no requieren necesariamente de una reacción religiosa exclusivamente, pero que consideran esa reacción como la mejor y como el medio más adecuado para superar la situación de acuerdo con las convicciones religiosas. de otro modo, no se podría desarrollar completamente el derecho fundamental de la libertad de culto.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán (Sentencia de la Segunda Sala del 1 de abril de 1972 –2 BvR 75/71), resolvió:

En un proceso penal ante el Tribunal Estatal de düseldorf, el recurrente, un pastor evangélico, tenía que declarar como testigo. invocando su derecho a la libertad de creencia y conciencia se negó a prestar juramento, porque a él, de acuerdo con las palabras de Cristo en el Sermón de la montaña (mateo 5, 33-37), le estaba prohibido todo tipo de juramento.

mediante decisión del 28 de octubre de 1965 el Tribunal Estatal de düseldorf declaró injustificada la negativa a prestar juramento con base en el Art. 140 de la Ley Fundamental, en concordancia con el Art. 136, párrafo 4 de la Constitución de Weimar del 11 de agosto de 1919 (WrV)²¹ y condenó al recurrente de conformidad con el §70, párrafo 1 Stpo al pago de una multa de 20 marcos alemanes, y/o en su defecto, a dos días de cárcel, así como al pago de las costas que se hubieran causado por su negación a prestar juramento./El Tribunal Superior de düseldorf rechazó el recurso interpuesto en contra de estas decisiones. / En el recurso de amparo el recurrente se dirige en contra de las decisiones del Tribunal Estatal y del Tribunal Superior de düseldorf, y censura la violación de su derecho fundamental a la libertad de creencia y conciencia, protegido en el Art. 4, párrafo 1 de la ley Fundamental. El

recurso de amparo se encuentra fundado. / El juramento del testigo, en la medida que se puede prestar de conformidad con el §66 c párrafo 2 Stpo sin invocar a dios, de acuerdo con el orden de valores de la ley Fundamental, es simplemente un modo de hacer énfasis en la veracidad de una declaración, sin una relación trascendente religiosa o de otro tipo. las convicciones religiosas del recurrente, que se le contraponen, se encuentran igualmente protegidas en el Art. 4, párrafo 1 de la ley Fundamental. El recurrente, por consiguiente, se encontraba autorizado para negarse a prestar el juramento; en la salvaguardia de sus derechos fundamentales no podía perjudicársele mediante la condena a pagar una multa y a hacerse cargo de las costas [...]

2.3 La objeción en conciencia y responsabilidad penal

La libertad de conciencia puede verse desde tres aristas: (i) La libertad de pensamiento, creencias, religión, (ii) La libertad de expresión, y; (ii) la libertad de comportarse de acuerdo con esas creencias y a no ser obligado a contradecirlas. Esto último tiene importancia desde la objeción en conciencia (Luzón-Peña, 2013, p. 135-136).

La objeción en conciencia como manifestación del derecho a la libertad jurídica contenida en el artículo 28 constitucional, establece como límites la moral, la costumbre y el derecho de terceros. Por ello la admisibilidad de casos concretos de objeción de conciencia, requerirá siempre una ponderación de sus intereses en conflicto, lo cual implica que la objeción en conciencia, no lastime derechos superiores.

Ahora bien, en el ámbito de la teoría del delito y desde el punto de vista de la acción humana, la objeción de conciencia, tiene lugar en los delitos de omisión.

En este sentido, el comportamiento humano que interesa al derecho penal no se agota en el ejercicio activo de una finalidad, sino también en la omisión de conductas debidas, en la no realización de conductas mandadas por la norma (Schöne, 1992, p. 65 y ss.).

Establece el artículo 18 del Código Penal, “El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido,

responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo”.

Distingue la norma de comentario, dos tipos de delitos omisivos: la omisión propia, que es la simple inacción, cuando la ley ordena que deba actuarse y la omisión impropia o comisión por omisión.

Se trata de una vinculación a partir de un resultado que se produce cuando un sujeto realiza una actividad distinta a la mandada o simplemente omite cualquier tipo de acción que no detiene la causalidad - que puede voluntariamente interrumpir- y que generará el resultado antijurídico (Bacigalupo, 1985, p. 141).

La omisión es una especie del género, no hacer, especie que viene caracterizada por que, de entre todos los posibles comportamientos pasivos, se seleccionan (normativamente) sólo aquellos que merecen un juicio axiológico negativo: la omisión es un no hacer que se debería hacer, o, con otras palabras, la diferencia específica de la omisión frente al género no hacer, al que pertenece, es la de que consiste en un no hacer desvalorado (Gimbernat, 1990, p. 182, 183).

Las normas penales no son sólo aquellas que incluyen prohibiciones, sino también aquellas que contienen deberes, es decir, aquellas a las que les interesa imponer un especial deber en relación con el bien jurídico penalmente tutelado (Zaffaroni, 1992, pp. 481 y ss.).

Los delitos de comisión por omisión u omisión impropia surgen cuando una persona, estando obligada a actuar, omite un comportamiento y es a través de ese comportamiento que se produce un delito doloso. Al respecto la doctrina ha señalado:

En los delitos de omisión impropia, por el contrario se le impone al «garante» un deber de evitar el resultado. La producción del resultado pertenece al tipo, y el garante que vulnera su deber de evitar el resultado se ve gravado con la responsabilidad jurídico-penal por el resultado típico(Heinrich, 1978).

2.3.1 La objeción en conciencia y el principio de Estado Democrático de Derecho.

Un Estado de Derecho, es aquel en el que se respeta el bloque de legalidad. Es decir, respeto a la ley. Un Estado Constitucional de Derecho es aquel donde se privilegia el bloque de constitucionalidad, el cual lo integran la Constitución Política, los Tratados Internacionales de Protección de Derechos Humanos y los principios constitucionales. La Constitución se haya por encima de la ley.

El bloque de constitucionalidad lo conforman la Constitución Política, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y los principios constitucionales. Tal y como lo disponen los artículos 7 y 48 de la Carta Magna y el 1 de la ley de la jurisdicción constitucional.

El propósito es supeditar la ley, los decretos, reglamentos, actos u omisiones a la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad. En este sentido, se ha reconocido que en materia de derechos humanos, existe prevalencia de los instrumentos internacionales sobre la Constitución, cuando aquellos reconozcan mayores derechos (*in dubio pro persona*).

Hay que distinguir entre derechos humanos y derechos fundamentales. Los últimos se encuentran reconocidos a nivel constitucional y por ello regulados. Es decir, forman parte del derecho positivo (Constitución Política y Tratados Internacionales de Derechos Humanos). Los derechos humanos, entre tanto, son aquellos que pertenecen a las personas, por la sola condición de tales, independientemente que se encuentren reconocidos. Estos son el género y los fundamentales la especie.

La norma constitucional, regula el modelo del Estado y sus relaciones entre las diferentes instituciones y entre ellas y los individuos.

Costa Rica, es un Estado Democrático y Constitucional de Derecho. El eje sobre el cual gira, es el concepto antropológico. Es decir, la dignidad de las personas. La Constitución Política data desde el año 1949, pero contiene una serie de garantías y prerrogativas individuales que

garantizan el juzgamiento justo y el debido proceso. Aparte de que, como se indicó reconoce la superioridad de los tratados de derechos humanos por sobre la ley o la misma Constitución Política.

a) Principio democrático.

Establece el gobierno de la mayoría, pero el respeto de las minorías. La separación de funciones de los poderes de la República. La persona humana, como eje fundamental y el ejercicio de las libertades públicas. Un modelo Estado de Derecho. Las limitaciones a los derechos fundamentales, solo tienen su fuente en la ley. (art. 28 constitucional)

Asimismo, La Constitución Política en su artículo 1 señala que Costa Rica es un Estado Democrático. El numeral 11 nos dice que los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse competencias que la ley no les concede. Desde esta perspectiva, Costa Rica es un Estado Democrático de Derecho.

b) Principio de dignidad de la persona humana.

La doctrina, en especial Luis Recasens Siches, de modo inmejorable ha conceptualizado que la dignidad:

La idea de dignidad de la persona individual implica necesariamente el principio de libertad individual. Si el hombre es un ser que tiene fines suyos propios, si es un ser que constituye un fin en sí mismo, si es una criatura hija de Dios con la perspectiva de su autosalvación, y si esos fines pueden ser cumplidos tan sólo por propia decisión individual, resulta claro que la persona humana necesita una esfera de franquía, de libertad, dentro de la cual pueda operar por sí propia. Porque el hombre tiene fines propios que cumplir por su propia decisión, necesita el respeto y la garantía de su libertad, necesita entrar exento de coacción de los poderes públicos que se interfieren con la realización de tales finalidades, que le son privativamente propias...La libertad desde el punto de vista social y jurídico, tiene varios aspectos; unos negativos, es decir, de valla, de cerca, que defienden el santuario de la persona individual frente a injerencias de otros individuos, y frente a injerencias de los poderes

públicos; y otros aspectos positivos, entre los cuales figuran los derechos democráticos a participar en el gobierno de su propio pueblo, y los llamados derechos sociales, económicos y culturales, gracias a los cuales obtenga las condiciones materiales y sociales, así como los servicios colectivos, para el libre desarrollo de sus propias posibilidades(Recasens, 1983, p. 579).

Lo anterior es un concepto sumamente amplio, más no etéreo, pues engloba todas las aristas de la personalidad humana. Derecho a un trato igualitario, reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la libertad, la vida, la integridad, etc.

Acerca de este principio, la Sala Constitucional mediante sentencia N° 2004-04626 consideró que:

...dentro de un régimen democrático -como el nuestro- en el cual todo el ordenamiento jurídico debe ser aplicado en consonancia con los principios que informan esa forma de vida, la persona es el centro y razón de ser del sistema y sus derechos deben ser respetados por esa sola condición, independientemente de su origen étnico, género, nacionalidad, creencias, etc., sin discriminaciones contrarias a su dignidad, cualesquiera sean las circunstancias en que se encuentre o se haya encontrado en el pasado(...)

En el mismo sentido, dicha Sala en el voto 1465 del 21 de febrero del 2001 establece:

Es por ello que la dignidad de la persona no admite discriminación alguna, por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias, es independiente de la edad, inteligencia y salud mental, de la situación en que se encuentre y de las cualidades, así como de la conducta y comportamiento; de ahí que, por muy bajo que caiga la persona, por grande que sea la degradación, seguirá siendo persona, con la dignidad que ello comporta.

Desde esta perspectiva, las limitaciones a los derechos fundamentales en el proceso penal, deben ser necesarias, esto es que guarde relación con el objeto del proceso y su práctica tenga utilidad en la búsqueda de la verdad real.

Debe, por otro lado, ser proporcional; es decir, la afectación del derecho no debe ser un mal mayor, no debe darse valor superlativo a la investigación por sobre la integridad física del reo.

Esas limitaciones al derecho fundamental no deben ser envilecedoras, atentatorias contra la salud o ponerlas en riesgo por lo menos.

c) Principio de legalidad.

Por virtud de este se proscriben las leyes penales ex post facto, exigiéndose la preexistencia de la norma sancionadora con relación al hecho investigado; es decir, toda conducta que no encuentre marco de adecuación en la hipótesis de la ley penal, cae en la zona de libertad.

Al principio de legalidad se le llama también reserva de ley penal. Se expresa tradicionalmente en el aforismo latino "*nullum crimen, nullapoena sine legepraevia*".

Ello expresa dos significaciones importantes, la prohibición de analogías y la prohibición del efecto retroactivo de la ley penal.

La fuente de los delitos y de las penas es la ley anterior al hecho. Toda conducta que no esté descrita en la hipótesis genérica y abstracta de la ley, cae fuera del círculo represivo (Jiménez de Azúa, 1954, p. 105). Queda en la zona de libertad o lo que es lo mismo, imposibilidad de tomar el silencio de la ley como otra cosa que no sea la libertad.

Los fundamentos del principio de legalidad, son tres; la seguridad jurídica, la libertad y el saber a que atenerse (Sala Constitucional N° 1877-90, 1990)

Para Campos (1989):

La finalidad del principio de legalidad es afianzar la seguridad individual de los gobernados. La ley predetermina, las conductas debidas o prohibidas, de forma que los hombres puedan conocer de antemano lo que tienen que hacer u omitir y quedar exentos de decisiones sorpresivas que dependan solamente de la voluntad ocasional de quien manda. En este aspecto toma en cuenta, por eso, el valor previsibilidad (p. 225).

Por inmoral que sea la conducta, sino está tipificada no es delito (necesidad de ley escrita, emanada del órgano competente). El hecho precisado por la ley como delito, sólo puede ser sancionado con las penas fijadas por la ley al caso concreto.

Es la prohibición interpretar analógicamente la ley penal con motivo de aplicar una sanción. Es decir, tratar de encuadrar con una interpretación extensiva. El límite de la interpretación de la ley penal es el "sentido literal posible" de los términos lingüísticos utilizados en la redacción del texto legal.

Toda interpretación que exceda de este sentido literal posible deja, en Derecho Penal de ser interpretación para convertirse en creación del derecho por vía judicial o doctrinal y por tanto, en la medida en que sirva para fundamentar o agravar la responsabilidad infringe el principio de legalidad (Heinrich Jescheck, 1978, p. 215).

No obstante, puede interpretarse analógicamente la ley penal, si ello le trae provecho al reo, es decir, si le beneficia.

Los Convenios Internacionales lo preceptúan, así la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, refiere:

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictuosos, según el Derecho nacional o

internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone en su artículo 15, que:

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho Nacional o Internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fuesen delictivos según los principios generales del Derecho reconocidos por la Comunidad Internacional.

Además, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 9, dispone:

Nadie podrá ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Este último documento internacional es el que mejor tutela este principio.

Derivado del principio de legalidad, es el de la necesaria concreción de los tipos. Esa necesaria concreción es una exigencia constitucional, y necesaria para el correcto ejercicio del derecho de defensa.

El principio de legalidad debe garantizar al particular de que la punibilidad de una conducta le sea previsible y susceptible de consideración, de tal modo que, en los casos límites, al

menos, le sea reconocible el riesgo de su punibilidad en el texto de la ley y en su interpretación judicial.

El principio de irretroactividad de la ley, en su aspecto general es tutelado en el artículo 34 de la Constitución Política, y en su acepción específica para la materia penal, en el artículo 39 *ibídem*.

d) Principio de razonabilidad.

Este es otro criterio rector del proceso penal. Una regla interpretativa. El debido proceso, no solo tiene una faz adjetiva; es decir, como el respeto de cierto rito, para que una decisión sea formalmente válida. Requiere además de una faz sustantiva. Un contenido razonable, justo, que no lesione indebidamente los principios y libertades fundamentales.

Dicho principio viene a exigir a las leyes un contenido razonable. Lo razonable – como ha puntualizado la magistratura constitucional -, se opone a lo arbitrario, y remite a una pauta de justicia, con la que se completa el principio de legalidad -que es de forma- para componer uno solo, cuyo enunciado sería el siguiente: nadie puede ser obligado hacer lo que la ley razonable no manda, ni privado de lo que la ley razonable no prohíbe. Pero este principio no se detiene en fijar un contenido en las leyes. Es indudable que toda actividad del poder, en cualesquiera de sus ámbitos y funciones, debe ejercerse siempre con un contenido razonable. Lo irrazonable es inconstitucional (Cfr. Sala Constitucional votos números 1739-92 y 3834-92).

La razonabilidad se compone: a) razonabilidad técnica: que es la proporcionalidad entre medios y fines, b) razonabilidad jurídica: adecuación a la constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por la constitución política; y, c) razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales.

Todos estos, sin duda, constituyen parámetros desde el cual se enjuicia a conducta de la objeción en conciencia.

2.3.2 La objeción en conciencia y su tratamiento desde la Teoría del delito.

La teoría del delito es un método analítico que descompone la acción en tres partes, con el fin de verificar o desvirtuar su carácter delictivo. A nivel de tipicidad se estudia el disvalor de la acción; en la antijuridicidad la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y en la culpabilidad los elementos normativos y subjetivos del juicio de reproche. De esta forma, el juzgador debe comprobar la realización del tipo penal antes de constatar el resultado dañoso; por consiguiente, si la conducta es atípica termina allí el análisis, sin pasar a estudiar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, esto es lo que se conoce como principio de lesividad u ofensividad.

2.3.2.1 Análisis de la conducta típica y el bien jurídico.

El principio de legalidad, es esencialmente formalista, en cuanto exige la "forma" normativa de la ley para mandar o prohibir (Campos, 1989, p. 226).

Pero no es suficiente que la conducta sea típica, es preciso que ella sea además antinormativa. Esto es, que lesione o ponga en riesgo un bien jurídico protegido.

Para que una conducta pueda ser declarada como delictiva, no basta con que infrinja una norma ética, moral o divina, es necesario que la acción exigida por el tipo lesione valores o intereses fundamentales de la sociedad. En este sentido, el bien jurídico tiene una función limitadora, pues según el principio de lesividad la acción típica debe afectar un bien jurídico, o en su defecto no será delictiva (Sala Constitucional Corte Suprema de Justicia, sentencia número 1588-98).

Señala el profesor Juan Bustos Ramírez de la Universidad de Chile que la lesividad es uno de esos principios básicos garantistas de un derecho penal democrático.

Su significación, en palabras del maestro Bustos (s.f.) es que solamente se pueden perseguir aquellos hechos que afecten un bien jurídico, ya que es el principio básico desde los objetivos que determina que es un injusto o delito.

Concluye que, en un sistema democrático el principio básico de la igualdad ante la ley, que implica desde una perspectiva formal al de legalidad de los delitos y de las penas, y desde una consideración material, implica el de lesividad de los bienes jurídicos. No hay duda entonces que no se puede estar sino de acuerdo hoy, como elemental a un sistema democrático, que los delitos han de definirse desde su lesividad a los bienes jurídicos, ya que ellos surgen desde los objetivos que justamente definen el sistema y por lo tanto a los delitos y las penas. Luego, ello quiere decir que la cuestión del delito o del injusto no es de modo alguno, en primer término, una cuestión puramente dogmática, sino que está regida y determinada político-criminalmente (Bustos, s.f.).

Para impedir la criminalización por motivos morales o religiosos se estipula, primero dogmáticamente y luego en las constituciones liberales, que no se puede crear un delito si la conducta perseguida no produce una lesión a un bien jurídico (Zaffaroni, 2000, p. 120).

Esto es precisamente lo que se conoce como principio de lesividad expuesto por el maestro Ferrajoli como el aforismo *nullapoena, nullum crimen, nullalexpoenali sine iniuria* (Ibañez y otros, 1995, p. 464).

Dicho en palabras de Chirino (1996):

...lo que en este examen resulte nimio, poco importante o insignificante en relación con la entidad del bien jurídico penalmente tutelado habrá de quedar fuera y descartado de la actividad del sistema de justicia penal, en la medida que el sistema penal es consecuente con este objetivo, podrá alcanzar alguna cuota de justificación a su operación en el marco del Estado de Derecho (p. 123).

Al respecto, Llobeth(2000) haciendo una relación entre el criterio de insignificancia del hecho y el principio de lesividad, sostiene que el:

...principio de insignificancia tiene un carácter material, como derivación del principio de proporcionalidad, señalando, conforme al carácter fragmentario del Derecho Penal, cuándo la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tiene la magnitud suficiente para justificar la tutela del Derecho Penal, tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto. En estos supuestos se puede hablar de ausencia de antijuricidad material, tal y como lo hace Roxin, pero podría ser denominado también, eliminando toda confusión entre tipicidad y antijuricidad, ausencia de tipicidad material...(p. 2).

Por lo tanto, debe considerarse el daño social de la conducta, esto es que trascienda ese conflicto entre los principales protagonistas y que provoque daño también a la comunidad.

En nuestro medio, encuentra sustento normativo en el párrafo segundo del artículo 28 constitucional: “Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.”

La jurisprudencia así lo ha confirmado. Del mismo modo ha elaborado una doctrina sobre el principio de lesividad y su comprensión:

Como es bien sabido, esta función del concepto de bien jurídico opera en dos sentidos: 1. Como límite a la potestad del legislador para crear delitos (o proceso de criminalización primaria), imponiendo la obligación de que para cada tipo penal exista un bien jurídico tutelado relevante para la colectividad y para la vida en sociedad y, 2. Como límite a la función concreta de interpretación y aplicación de los tipos penales que desarrollan los jueces, en donde el bien jurídico, mediante el análisis de lesividad, impide imponer penas a aquellas conductas mediante las que no se ha lesionado o no se ha puesto al menos en peligro considerable, el bien jurídico concreto tutelado por el tipo penal. La importancia del principio de lesividad ha sido enfatizada por la Sala Constitucional, al señalar que: “...Al disponerse constitucionalmente que ‘las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley’ —artículo 28— se impone un límite al denominado *iuspuniendi*, pues a cada figura típica ha de ser

inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión 'encaje' abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico..." (Sala Constitucional, voto #525-93, de 14:25 horas del 3 de febrero de 1993. En igual sentido, voto 6410-96, de 15:12 horas del 26 de noviembre de 1996). (Sala III N° 272/2008)

Debe determinarse, si el examen que se hace de la lesividad, lo debe ser a nivel de la tipicidad o bien de la antijuridicidad. Si la antijuridicidad implica contrariedad de la conducta con el ordenamiento jurídico, en sentido negativo, no la habrá, cuando: a) concorra una causa de justificación y b) cuando no exista lesión o puesta en riesgo para el bien jurídico.

Hablamos de antijuridicidad material, cuando la conducta formalmente típica, además, lesiona o pone en riesgo el bien jurídico. De modo que, si la contrariedad del ordenamiento jurídico es solamente formal, no habría delito por faltar la antijuridicidad material.

Se comprende del mismo modo al analizar la más reciente jurisprudencia que señala:

...A nivel de la teoría jurídica del delito, la relevancia del bien jurídico se traduce en el sentido de que aun en el caso de conductas que formalmente se adecuan al tipo penal, si estas no lesionan o ponen en peligro significativo el bien jurídico tutelado, carecerán de antijuridicidad material y por lo tanto, no resultan punibles. (...) (Sala III N° 272/2008).

Estimamos que el principio de lesividad, tiene su origen en el sistema democrático de gobierno. La jurisprudencia constitucional costarricense ha señalado (voto 525-1993):

Al disponerse constitucionalmente que "las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley" -art. 28- se impone un límite al denominado iuspuniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión "encaje" abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañan la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero.

En cuanto al principio de lesividad Zaffaroni(1992) manifiesta: "...El bien jurídico es un concepto indispensable para hacer efectivo el principio de lesividad pero no es, en modo alguno, un concepto legitimante del poder punitivo (*de lege lata ni de legeferenda*)..." (p. 528).

En consecuencia, la libertad individual, constituye uno de los límites insoslayables a la potestad legislativa para crear conductas delictivas, de modo que las acciones que no dañen la moral o el orden público o el derecho de terceros, están fuera de la potestad represiva del Estado.

Este principio cobra especial sentido en la actualidad, donde prolifera la actividad legislativa en la creación de tipos penales de peligro abstracto, en los cuales difícilmente se identifica el bien jurídico o delitos para la protección de bienes jurídicos supraindividuales. También es una orientación dirigida al Juzgador, al momento de valorar la conducta descrita en la ley, no bastando solamente la tipicidad de la conducta, sino y también su lesión o puesta en riesgo para el bien jurídico protegido.

En el juzgamiento de los supuestos de objeción de conciencia o conciencia disidente, cuando tenga implicaciones de orden penal, no escapa a la valoración de la existencia de lesión o puesta en riesgo del bien jurídico protegido, puesto que, antes de ingresar al estadio de la antijuridicidad, debe valorarse si la conducta "formalmente típica", lesiona o pone en riesgo de manera significativa el bien jurídico.

Sino hay lesión al bien jurídico, la conducta no asume el carácter delictivo. De la misma manera debe explorarse la intensidad de la lesión o puesta en riesgo, pues si dicha lesión al bien jurídico es mínima, podría desestimarse la imputación con base en criterios de insignificancia o bagatela. Se refiere a la pequeña criminalidad, desde dos puntos de vista: a) referido a la culpabilidad del hecho (reprochabilidad), como también al contenido del resultado alcanzado (desvalor del resultado), si ambos resultan en un análisis nimio o de poca importancia, podría hablarse de Bagatela (Chirino, 1996, pág. 129).

Debe determinarse la racionalización del castigo, la pena no puede ser arbitraria con respecto al bien jurídico tutelado, es decir, debe guardar una relación de proporcionalidad. *Prima facie*, de acuerdo con lo dicho, podrían ser insignificantes aquellos hechos que "...por su nimia

lesión al bien jurídico, o su escasa entidad desde el punto de vista de su dimensión en términos político-criminales, no deban ser perseguidos, a fin de mantener un nivel mínimo de racionalidad en el ius puniendi estatal” (Chirino, 1996, págs. 123-124).

El juicio de ponderación, debe también considerar necesariamente la jerarquía de los bienes jurídicos, puestos en conflicto con el derecho a la objeción en conciencia.

2.3.2.2 Análisis desde la antijuridicidad.

Al hablar del delito, nos referimos a sus componentes. Es una acción, típica, antijurídica y culpable. Cuando hablamos de “típica” nos referimos a la adjetivación de la conducta humana; es decir, que ella desarrolla todos los elementos del tipo objetivo y subjetivo descrito en la norma penal.

Pero antes de adentrarnos al análisis del siguiente componente del delito; es decir, la antijuridicidad, debemos detenernos en el examen de si la conducta, a pesar de ser típica, ella ofende el bien jurídico. Esto es que por ser el derecho penal la *ultima ratio* y residual, que opera en aquellos campos en los cuales no funcionan las otras ramas del derecho, debe necesariamente en su construcción, ser instrumento de protección de un bien jurídico.

El concepto de bien jurídico, es normativo; por otra parte, la lesión opuesta en riesgo del bien jurídico es también un concepto normativo.

Entre la clasificación de los delitos que interesan, están los delitos de peligro y los de resultado. Entre los primeros destacan los delitos de peligro abstracto y los de peligro concreto. Es así como los llamados:

... delitos de peligro abstracto castigan conductas consideradas peligrosas, según la creencia o experiencia del común de las personas, no importando si esas conductas pusieron realmente o no en peligro algún

bien jurídico. Ejemplos de estos delitos son: el portar armas de fuego sin poseer el permiso oficial respectivo y el conducir vehículos automotores en estado de embriaguez... (Arce, 2014 pág. 282).

En este orden de ideas, La Sala Constitucional, en resolución N° 2008-011623, de las 10:16 horas, de 25 de julio de 2008, estableció: "... el peligro abstracto en virtud del principio de lesividad, no puede entenderse como un peligro "presunto", como una mera inobservancia de reglas, sino que debe existir una potencialidad de daño, lo cual debe ser valorado por el aplicador de la norma en cada caso concreto..."

Esto es lo que se conoce como lesividad u ofensividad. La jurisprudencia lo ha definido de la siguiente manera:

(...) En realidad se trata, inconstitucionalmente, de una descripción de conducta, de un tipo en sentido objetivo, sin bien jurídico inherente, pues la integridad corporal y la vida son tuteladas por el numeral 142 del Código Penal. Al disponerse constitucionalmente que "las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley" -art. 28- se impone un límite al denominado iuspuniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión "encaje" abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañan la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero" (Sala Constitucional voto N° 525-93).

Si la conducta no ofende o pone en riesgo un bien jurídico, no atraviesa el examen de la tipicidad. Si se determina que la conducta si es antinormativa, por lesionar el bien jurídico, restaría pasar al siguiente análisis, el de la antijuridicidad. En este sentido, la Sala Constitucional ha dicho:

(...) III. El legislador, al elaborar la norma, deberá comenzar por realizar una valoración del bien que se aspira proteger y en función de ello establecer el tipo de conducta que pretende sancionar como ofensiva de ese bien. Conforme a la jerarquía que se le otorgue, deberá graduar valorativamente el daño jurídico que la ley le impondrá al que realice la conducta lesiva, de modo que, integrará la norma con una pena de una determinada naturaleza, pudiendo especificarla por especie y, aún más, determinará su grado mediante el señalamiento justo de un máximo y un mínimo fijos. (...) (Sala Constitucional, Voto 5758-94).

La antijuridicidad implica la contrariedad de la conducta típica y antinormativa con todo el ordenamiento jurídico. Esto significa que la conducta es típica, lesiona un bien jurídico, pero además no encuentra justificación en el ordenamiento jurídico.

La antijuridicidad consiste, como se dijo, en la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico. En este sentido, la tipicidad de la conducta es apenas un indicio de la relación con la antijuridicidad.

Además, la doctrina señala que: "...la teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria al derecho. Es por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico..." (Bacigalupo, 1987, pp. 217).

Sin embargo, no siempre la conducta contradice el ordenamiento jurídico y es cuando la ley establece permisos que justifican la acción típica.

La ley penal establece supuestos en los cuales, a pesar de estar en presencia de una conducta típica y antinormativa, esta no es antijurídica, por encontrar autorizaciones dentro del ordenamiento jurídico. Estas son las causas de justificación, las cuales tienen las siguientes características: (i) Se encuentran dentro de todo el ordenamiento jurídico. Algunas provienen del

derecho civil, administrativo. (ii) Contienen autorizaciones y permisos para la realización de la conducta típica. (iii) Sus efectos alcanzan al autor como a los partícipes.

Las causas de justificación, tienen elementos objetivos y subjetivos, los cuales deben concurrir indisolublemente: (i) El elemento subjetivo es el conocimiento de los elementos objetivos de la causa de justificación (voluntad de defenderse en la legítima defensa, voluntad de salvar un interés jurídico en el estado de necesidad). (ii) Los elementos objetivos son agresión ilegítima, falta de provocación, necesidad de la acción, en la legítima defensa y colisión de intereses o colisión de deberes, situación de necesidad que no se haya provocado intencionalmente en el estado de necesidad.

Asimismo, las causas de justificación se encuentran en cualquier rama del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en el derecho civil, el administrativo, en la Constitución Política, en los convenios e instrumentos internacionales.

Al respecto, se citan las siguientes causas de justificación, las cuales se incluyen así bajo el acápite en el Código Penal: (i) La legítima defensa (art. 28), (ii) el estado de necesidad justificantes (art. 27), (iii) el ejercicio legítimo de un derecho (art. 25), (iv) El consentimiento del derechohabiente (art. 26).

La anterior referencia, sin entrar a cuestionar la ubicación sistemática de algunos de ellos, incluso podría tratarse a nivel de tipicidad.

En este momento, nos ocupamos de tan tolo dos de ellos; el estado de necesidad y la legítima defensa.

El estado de necesidad. De acuerdo con el artículo 27 del código penal, existe estado de necesidad en los siguientes casos:

No comete delito el que, ante una situación de peligro para bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- a) Que el peligro sea actual o inminente;
- b) Que no lo haya provocado voluntariamente; y
- c) Que no sea evitable de otra manera.

La doctrina con Muñoz Conde señala que debe estarse ante "... una situación de conflicto entre dos bienes jurídicos, en la que la salvación de uno de los dos exige el sacrificio del otro. Ello supone que el bien jurídico que se trata de salvar esté en inminente peligro de ser destruido. Este peligro ha de ser real y objetivo, no pudiendo ser meramente supuesto, con más o menos fundamento, por el que trata de evitarlo..." (Muñoz Conde, 2004, pp.81).

También, La Sala de Casación Penal, ha señalado con respecto a los requisitos lo siguiente:

- a) Debe existir un peligro o amenaza de un mal grave, para un bien jurídico propio o ajeno. La gravedad del daño no debe valorarse a partir de las percepciones o temores subjetivos de quien afirma sufrirlos, sino desde la perspectiva de un observador objetivo. Esto quiere decir, que el peligro debe ser real y objetivo, no meramente supuesto por quien trate de evitarlo. b) El peligro de este mal grave, debe ser actual e inminente. Existe un peligro o amenaza actual si la situación ante la cual se reacciona mediante una acción ilícita ya se está desarrollando. El concepto de inminencia hace referencia a que la situación ante la cual se reacciona puede suceder prontamente, por lo cual el daño o mal grave se espera acontezca en un tiempo muy cercano. c) Que dicho peligro no haya sido provocado voluntariamente por el justificado. Ello significa

que el mal menor no debe haber sido causado por el agente de manera voluntaria. d) Que no sea evitable de otra manera. Se debe exigir que el daño causado no hubiere podido evitarse por medio de un mecanismo menos lesivo. Es decir, se requiere que el sacrificio del bien jurídico que se hizo, sea el único camino jurídicamente viable a fin de evitar un mal mayor para sí mismo o para un tercero. (...) (Sala Tercera de la Corte N° 00101-2015).

Igualmente, se ha señalado que la:

...La finalidad que interesa al derecho penal es la de evitar el mal mayor, sin tener mayor interés, por ejemplo, que quien ejerce la causa de justificación, tenga otra clase de motivaciones. Tampoco es relevante si el necesitado efectivamente logró la evitación del mal mayor, basta con que la acción iniciada (ex ante) hubiera sido adecuada para evitar la afectación del bien jurídico mayor. El juez hace este análisis del tipo objetivo y subjetivo de la permisión ex post facto y, por ello, debe tomar en cuenta las circunstancias que rodearon el hecho (ex ante) a fin de observar no sólo la objetividad de la situación de peligro y la necesidad de la conducta desplegada, sino también la inexistencia de otra salida jurídicamente válida dentro de la circunstancialidad propia del evento en examen" (Sala Tercera, V-013-F de las 9:30 horas del 8 de enero de 1.993; la letra negrita no está en el texto).

La jurisprudencia ha señalado que su fundamento radica en lo siguiente:

III. (...) con la regulación del artículo 27 del Código Penal, el legislador costarricense decidió e impuso una obligación de solidaridad a quien sufre el ataque contra un bien jurídico del que es titular, por parte de alguien ubicado en una situación de necesidad. Por imperativo de ley, aún cuando no haya provocado la situación de peligro, el titular del bien jurídico (en este caso el agraviado A.) que se ve afectado por la acción de quien está amparado en un estado de necesidad justificante, debe soportar esa afectación, precisamente porque la convivencia social exige la salvaguarda de los bienes jurídicos de más valía (vida, integridad física), en detrimento de otros de menor importancia (como la propiedad o el patrimonio). Independientemente de las objeciones doctrinarias o jusfilosóficas que se puedan oponer a esa estipulación legal, lo cierto es que dicha obligación de solidaridad fue fijada por el artículo 27 de

Código Penal, en consideración de que ello sirve para salvar siempre un bien jurídico de mayor rango. (...).

La legítima defensa. Sin hacer un análisis exhaustivo de esta, diremos que tiene su fundamento en la máxima “el derecho no necesita ceder ante lo ilícito” (Bacigalupo, 1994).

Al respecto, Zaffaroni (1985, p. 420) indica que: “Se trata de una circunstancia en la cual el individuo se ve obligado a defender sus bienes jurídicos, ya que el Estado no puede concurrir a tiempo a protegerlos”.

Esto es una forma de autotutela concedida resignadamente por el Estado al particular en aquellos casos en que la intervención de aquel no sea oportuna. Requiere de los siguientes requisitos: (i) Agresión ilegítima; y (ii) Necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión.

La agresión. Debe ser actual o inminente. Implica inmediatez, con el comienzo de la agresión.

En opinión de los autores, no es requisito del tipo permisivo que la agresión ilegítima se inicie, basta que exista el peligro al momento de la reacción. Si se requiere que la agresión sea actual al momento de la defensa, esta podría resultar ineficaz. (Chirino y Salas, 2004, p. 56).

La necesidad razonable de la defensa. La doctrina suele hablar de racionalidad o proporcionalidad, para establecer la necesidad de la defensa.

La desproporcionalidad del medio empleado para evitar o repeler la agresión, implica que el sujeto escoge conscientemente un medio superior al necesario para lograr su finalidad

defensiva, habiendo disponibles otros también eficientes, pero menos drásticos. Por su parte, el exceso, implica que el sujeto aprecia incorrectamente la dimensión de la agresión o la desproporcionalidad de la defensa (Chirino y Salas, 1996, p. 78).

Este requisito es valorado *ex post* por parte del juez como observador imparcial, quien valora las circunstancias que rodearon el hecho y la conducta del sujeto agresor y las condiciones del agente, así como de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, las cuales podrían entorpecer la escogencia escrupuloso del medio defensivo.

La defensa debe ser necesaria, pero no requiere que sea proporcional, al daño causado con ella al agresor, respecto del daño que la agresión habría causado si hubiera sido concretada.

Sobre este extremo, la jurisprudencia penal ha señalado:

...Si bien es cierto que uno de los requisitos básicos de esta causal de justificación consiste en que el hecho no pueda evitarse de una manera distinta a la empleada para repeler la agresión, también lo es que no puede pedírsele a los ciudadanos que frente a la adversidad asuman conductas heroicas o cobardes, obligándolos a eludir cualquier enfrentamiento posible huyendo del lugar como único modo de hacer “razonable” la inevitabilidad de la agresión ilegítima, pues ello equivaldría a desconocer la naturaleza humana y los objetivos mismos de la justificación según las circunstancias... (Sala de Casación Penal sentencias 218-F-1990, 562-F-1992)

Con respecto a la objeción en conciencia, puede diferenciarse de la legítima defensa y del estado de necesidad, porque están entre el uso del derecho y su protección frente a ataques y peligros, se indica que:

...En efecto, quien tiene un derecho a la actuación en conciencia, por una parte se limita a usarlo al no llevar a cabo la actuación que repugna a su

conciencia; pero por otra parte es cierto que está reaccionando contra un deber general de llevar a cabo esa actuación que en principio pretende imponer a todos el ordenamiento, y que en el caso concreto pueden también la administración o entidades pretender imponerle por la fuerza o con amenaza de sanciones, hasta que consiga el reconocimiento judicial de que en caso de objeción de conciencia el ordenamiento le permite excepcionalmente no cumplir tal deber (Luzón-Peña, 2013, p. 142).

Como ha señalado la doctrina, la objeción en conciencia puede presentar tres categorías: **(i)** la obligación legal puede ser entendida desde el punto de vista del *facere* (objeción de conciencia a colaborar en un aborto), **(ii)** del *dare* (objeción de conciencia al pago de un impuesto con destino al presupuesto bélico, *taxresistors*), **(iii)** o del *pati* (objeción de conciencia a sufrir un determinado tratamiento médico) (Pau Agulles, 2006, p. 34, citando a Navarro-Valls, 2017).

Se plantean los interrogantes ya citados por ejemplo, del médico que debe transfundir al paciente, para salvarle la vida, pero el paciente es Testigo de Jehová, que se niega al procedimiento médico por motivos religiosos. O el médico que se niegue a realizar un aborto terapéutico por motivaciones religiosas. En este sentido, el artículo 121 del código penal, establece la figura del aborto impune, describiéndola del siguiente modo: “No es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios.”

Si el médico se abstiene por convicción de realizarlo, podría encuadrar su figura en delitos de omisión de auxilio y en caso de un resultado luctuoso, en el de homicidio. Pero, el médico que actúe amparado en una objeción en conciencia, no sería responsable si hay subrogación profesional. Es decir, si toma las previsiones urgentes para salvaguardar la vida del paciente e inmediatamente se hace sustituir por otro profesional.

En efecto, en este caso, hay una norma que establece el derecho a la objeción en conciencia del médico y que, de utilizarla, constituiría una verdadera causa de justificación.

El artículo 33 del Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, Decreto Ejecutivo N° 39609-S publicado en La Gaceta N° Gaceta N° 81 del 28/04/2016 Alcance N° 65, dispone: “El médico a quien se solicitaren prestaciones que vayan en contra de su conciencia o de su convencimiento clínico , podrá negarse a intervenir . En estas circunstancias , procurará que otro colega continúe asistiendo al paciente , salvo que ello produjere graves e inmediatos daños para la salud del enfermo.”

Este derecho de objeción en conciencia es amplio, en la medida que se sustenta en motivos religiosos, y su convencimiento clínico. Dicha disposición como tal, contiene una dispensa, un permiso concedido por el ordenamiento jurídico, pero para no ser punible, como omisión de socorro, debe el galeno procurar la subrogación profesional.

Además Se ha señalado que “...si la objeción de conciencia es recogida por el Derecho, (...), tendremos conflicto de derechos, porque ya no es solamente una norma moral: hay un verdadero derecho a objetar” (Montano, 2017). Es decir, la objeción en conciencia se manifiesta en una norma de derecho.

La objeción en conciencia, debe escindirse de la desobediencia civil. Su motivo es político, busca cambiar la ley, no la propia protección (Montano, 2017). La objeción en conciencia desarrolla un motivo en privado, no pretende cambiar la ley. La desobediencia civil, manifiesta públicamente sus motivos.

El Tribunal Constitucional alemán la conceptualiza de la siguiente manera:

(...) la oposición del ciudadano frente a importantes decisiones puntuales del Estado (...) para eludir una decisión considerada negativa y éticamente ilegítima mediante protestas simbólicas hasta llamativas infracciones del Derecho vigente”. En el mismo sentido, la doctrina alemana se refiere a una infracción consciente del Derecho como medio para expresar públicamente una protesta simbólica fundada en consideraciones ético-normativas y siempre pacífica (Hirsch, y Culzoni, 2000, p. 200, citado por Montano, 2017).

Pues bien, regresando a tema de la objeción en conciencia, fuera de los supuestos en los cuales expresamente se reconocen, que es donde se origina la discusión de la presente investigación, un sector importante se niega a reconocerla como causa de justificación o exculpación.

En la doctrina alemana, la mayoría se inclina por la comisión del delito, en base a la antijuridicidad de la conducta y a su culpabilidad. Por lo tanto, la actuación en conciencia sólo podría recibir un tratamiento más benévolo con respecto a la pena a aplicar (Hirsch, 2000, p. 175, citado por Montano, 2017).

Sin embargo, existe una causa supralegal, al estar fundada la objeción en conciencia en normas de subido precio. No se puede consagrar su ejercicio en la Constitución Política y en los textos internacionales de derechos humanos y degradarse en la ley o en la práctica judicial, el derecho a la libertad de conciencia (Mendoza Perdomo, s.f., citado por Montano, 2017).

Admitido pues, la objeción en conciencia como una causa de justificación, esta debe definirse conforme los criterios de ponderación entre los bienes jurídicos en juego.

Señala Montano (2017) que: “Todas las causas de justificación, descansan en los principios de ponderación de intereses y de necesidad: en una situación de conflicto inevitable es

legítimo el sacrificio de un interés menos valorado por el ordenamiento jurídico cuando dicho sacrificio es necesario en salvaguardia de un interés mayor.”

El derecho a la libertad de conciencia, no es absoluto. Tiene límites impuestos, el orden público, el derecho de terceros. Por ello, al momento de enjuiciar la conducta debe realizarse una ponderación, sobre todo en los casos no previstos legislativamente en los que pueda invocarse tal derecho.

Montano (2017)concluye que en la medida en que se invoque de manera legítima este derecho, enerva la antijuridicidad de la conducta, revistiendo una verdadera causa de justificación.

2.3.2.3 Análisis desde la culpabilidad.

El concepto de culpabilidad es normativo: capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de comportarse de acuerdo con dicha comprensión.

La culpabilidad es mero juicio de reproche y tiene como elementos los siguientes: 1) Imputabilidad (capacidad de culpabilidad), 2) Conocimiento potencial de la antijuridicidad, 3) exigibilidad de la conducta conforme a derecho.

La doctrina ha señalado:

... La teoría psicológica fue reemplazada por la teoría normativa de la culpabilidad ... el que realizó una acción típica y antijurídica será culpable si podía motivarse por la norma, es decir, si podía obrar de otra manera ... en este sentido se distingue en primer término la cuestión de la capacidad de comprender la antijuridicidad y de dirigir las acciones de acuerdo con esta comprensión (la llamada imputabilidad) ...” (Bacigalupo, 1990, p. 173, citado por Sala Tercera de la Corte, voto 00048de fecha: 04/02/2002).

Ahora bien, en principio el tema de la conciencia disidente, pareciera que ocuparía su lugar de valoración en el estrato de la culpabilidad. Si ello afecta el conocimiento potencial de la antijuridicidad o inexigibilidad de otra conducta.

La Sala de Casación Penal desde hace más de veinte años, ha venido fijado el concepto de culpabilidad desde un punto de vista normativo. Así en la sentencia número 131 de las nueve horas del trece de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, señaló lo siguiente:

"II.- [...]. En contraposición a un criterio psicológico de culpabilidad, que hacía depender el quantum de la pena del dolo o culpa con que hubiera actuado el agente, modernamente se sigue un concepto normativo, sustentable incluso en nuestro ordenamiento penal, según el cual el reproche depende de la mayor o menor exigibilidad para que el agente - en la situación concreta- actuara conforme el derecho esperaba. Esta ha sido la tesis reiterada últimamente en la jurisprudencia de esta Sala de Casación, que al interpretar el Código Penal ha concluido que el dolo y la culpa son parte del tipo penal y no de la culpabilidad. (En este sentido v. sentencias de la Sala Tercera No 446-F, de las 15:40 hrs. del 25 de setiembre de 1992; No 511-F, de las 9:00 hrs. del 10 de setiembre de 1993; No 561-F, de las 9:45 hrs. del 15 de octubre de 1993; y No 713-F, de las 10:55 hrs. del 17 de diciembre de 1993.). Por las mismas razones, la formulación normativa que en un principio dejaba los elementos alternativos de dolo y culpa dentro de la culpabilidad, tampoco es conciliable con la tesis jurisprudencial de referencia (v. Jiménez De Asua, Luis: Tratado de derecho penal, Tomo V, Buenos Aires, 1963, pp. 123 ss.). Actualmente la culpabilidad está compuesta por (a) la imputabilidad del agente, (b) el conocimiento de la ilicitud y (c) el poder actuar conforme a derecho (exigibilidad). De acuerdo a ello la culpabilidad se define "... como el juicio de reproche personal que se dirige al sujeto por la razón de que, no obstante poder cumplir las normas jurídicas, llevó a cabo una acción constitutiva de un tipo penal; es decir, en atención a que realizó una conducta prevista como delito pese a que estaba en situación de actuar de modo distinto..." (Córdoba Roda, Juan: Culpabilidad y pena. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1977, p. 16). La culpabilidad normativa obliga al juzgador a apreciar las circunstancias que rodean al agente al momento de hecho, para establecer si el ordenamiento jurídico podía -bajo las circunstancias concretas- requerir con mayor o menor severidad una acción ajustada a derecho, y así cuanto más exigible más reprochable y por el contrario cuanto menos exigible menos reprochable. La culpabilidad no es sino el reproche por actuar con conciencia clara de ilicitud del hecho que se realiza, junto al incumplimiento con el derecho y con la sociedad -sin riesgo físico y sin presión psíquica insuperable- en circunstancias idóneas para actuar

correctamente. Se trata de una opción realizada consciente, donde el sujeto se inclina por la violación de la norma no obstante haber podido actuar conforme a derecho... (Énfasis suplido)

Con sustento en la doctrina expuesta, es preciso escindir entre la objeción en conciencia y el error de prohibición que tiene influjo en la culpabilidad. Primero, la conciencia disidente no es un supuesto de error. Pues el sujeto conoce la norma. Resta analizar si coincide con el error de prohibición determinado culturalmente, para lo cual, se hace indispensable un estudio pormenorizado de tal figura.

Para diferenciarla del error de prohibición culturalmente condicionado, debe hacerse un obligado análisis del tratamiento del error en el derecho penal.

La formulación del concepto de error, en el campo penal, no ha sido tarea fácil doctrinariamente hablando. Sobre algunas formas de error y su tratamiento, existen en la actualidad serias discusiones a nivel jurisprudencial, sobre todo, con el llamado error de prohibición indirecto.

Debe escindirse, necesariamente entre error e ignorancia. El error es un conocimiento deformado de la realidad o de su significación social o jurídica, mientras tanto la ignorancia es ausencia total de conocimiento perceptivo o valorativo de algo.

Al respecto, dice Londoño (1982), que es incuestionable, el error y la ignorancia son claramente diferentes desde el punto de vista psicológico y filosófico, pero por originar las mismas consecuencias no tiene en el ámbito jurídico, principalmente en el derecho penal, una importancia práctica en su diferenciación, lo cual legitima el tratamiento unitario de tales fenómenos (p. 11).

Londoño (1982) cita a Carnelutti (s.f.), quien resume satisfactoriamente el aserto anterior, pues es evidente – indica -, que cuando se da muerte a un hombre por disparar en dirección a él, para el derecho es indiferente que el autor no lo haya visto o que lo hubiese confundido con un

muñeco. Por ello – concluye -, no existe razón alguna para dispensar diverso tratamiento a uno u otro.

En consecuencia, equivocación y desconocimiento, desde una perspectiva gramatical o etimológica, tienen significación distinta, pero para el derecho penal, es intrascendente.

Durante largo tiempo perduró en la ciencia penal la división entre **error de hecho y error de derecho**, transmutadas desde el derecho civil. Así, se decía que el error de hecho recaía sobre las circunstancias fácticas del delito, y el error de derecho recaía sobre las circunstancias valorativas del delito.

Esa clasificación cuyo origen se remonta a una posición dogmática causalista-naturalista, que separaba el injusto de lo objetivo-descriptivo (fáctico) perteneciente a la tipicidad, de lo objetivo-valorativo contenido en la antijuridicidad.

El dolo estaba integrado en la culpabilidad, podría situarse en relación un error de hecho, en la medida que el dolo suponía conocimiento de las circunstancias fácticas de la tipicidad, pero también en relación a un error de derecho, en la medida que el dolo implicaba conocimiento de la antijuridicidad (*dolus malus*). Pero se admitía en general, únicamente el error de hecho excluyéndole error de derecho en atención al principio romano “*ignorantia legis non excusat*” o “*error iuris nocet*” (la ignorancia de la ley no excusa, se presume conocida por todos).

El origen y fundamento de esta distinción, explica Londoño (1982) que radica primordialmente a que las disposiciones legislativas hacían expreso pronunciamiento en el sentido de que la ignorancia del derecho no sirve de excusa. Lo que obligó a hacer una distinción de las circunstancias que integran la ley penal, cuyo error o ignorancia podían o no conducir a una situación de inculpabilidad (p. 14).

Dominó pues el espectro doctrinario de la teoría psicológica de la culpabilidad conmensurando así la relación psicológica entre la conducta y el resultado. La acción miraba la parte física y la culpabilidad el aspecto psíquico. Antecedente revelante de dicha teoría, se la haya

en el derecho romano y en su referencia a la *imputatiofacti*, que alude a la imputación objetiva que surge del hecho causal, y la *imputatio iuris* que se refiere a la intervención del sujeto en el hecho que se le atribuye.

En Costa Rica el artículo 129 de la Constitución Política expresamente prescribe que **nadie puede alegar ignorancia frente a la ley**. Los artículos que regulan el error en el código penal son el 34 bajo cuyo epígrafe se “error de hecho” – como se verá -, analiza cuestiones diversas, como el error sobre los elementos del tipo objetivo y las causas de justificación, bajo el epígrafe error de derecho, el guarismo 35 ibídem, regula la el error sobre la conciencia de la antijuridicidad.

Este planteamiento, en principio diáfano, que permitía una solución de los casos penales, pronto se torno sombrío e inadecuado, sobre todo cuando se llegó al convencimiento de que los elementos normativos del tipo ya implicaban la valoración en la tipicidad.

Como señala Londoño (1982):

Al observarse que los elementos esenciales integrantes de la disposición penal tenían una significación jurídica, sin la cual no podían ser perfectamente aprehendidos – elementos normativos: la calidad de documento en los delitos de falsedad, la calidad de **ajena** de la cosa en el hurto -, la ignorancia sobre ellos tuvo que se tratada como errores de hecho, a pesar de no ser en estricto sentido un error de esa naturaleza. Todo ello, con el objeto de amparar dichas situaciones de error con la exigente de inculpabilidad por error, que en las legislaciones solo cobijaba el error de hecho (p. 14).

En efecto, en el artículo 34 de nuestro código penal, se estudian cuestiones relativas al error de hecho como error de derecho. Lo que tiene graves inconvenientes, pues un error de hecho, puede provocar un error de derecho o viceversa. Lo que llega a denotar la inoperancia de estos conceptos para la solución de los conflictos.

De ahí que posteriormente, se acoge en forma predominante la clasificación de error de tipo y error de prohibición, el primero recae sobre los elementos del tipo objetivo y el segundo sobre la antijuridicidad.

Quien primero denominó a este instituto (error de prohibición) tal y como allegado hasta nuestros tiempos, fue Alexander Graf ZuDohna en 1925: *Verbotsirrtum* (error de prohibición), es el error sobre el carácter prohibido del acto (Hurtado Pozo, citado por Armaza Galdós, 1993).

Desde esta perspectiva un error de tipo, puede venir por un error de hecho o un error de derecho. Del mismo modo, un error de prohibición puede recaer sobre todos los aspectos de la antijuridicidad, tanto valorativos como fácticos.

Un error de hecho, por ejemplo, en el manido ejemplo de cátedra que el cazador confunde a su amigo con una presa, encontrándose ambos en una actividad cinegética.

Un error de derecho, podría provenir, de un error sobre el elemento normativo del tipo objetivo, cual se explicará oportunamente, por ejemplo, la parroquiana del servicio de recolección de basura, que cree que el peón municipal, no es funcionario público y le da una dádiva en calendas navideñas como una botella de ponche.

Señala DallAnesse (2002), que el término error de tipo es preferible a error de hecho porque esto sería acertado si el error recayera únicamente sobre los elementos descriptivos pero la realidad es que también comprende elementos normativos como “*cosa ajena*” “*documento público*” de modo que el error se dirige no solo al hecho sino a todos los elementos configurativos del tipo penal (pp. 17-21).

Asimismo, Arias y Gauna (1987) ponen el ejemplo de un error sobre los elementos normativos del tipo que se produce cuando la conducta finalista es una y lo que se produce es otra cosa: El que se lleva lo que cree es propio (un abrigo) y se lleva en realidad la prenda de otro,

tiene la conducta final de llevarse su propia prenda, y no la conducta final de llevarse una prenda ajena, que sería lo constitutivo de hurto (p. 115).

A pesar de ello, es difícil encontrar elementos cepta, exclusivamente normativos y puramente descriptivos del tipo penal. Como ha dicho Díaz y García (1999): “*no es posible encontrar elementos puramente normativos o puramente descriptivos*”(p. 65). Aunque lo deseable es que la redacción de los tipos penales, prescindiera del lenguaje normativo, a efecto de evitar inseguridad jurídica.

(i.b) El error de tipo: El tipo (o tipo legal o tipo penal) es el elemento del delito que sirve para plasmar el principio de legalidad penal, concretamente la garantía criminal (*nullum crimen sine lege*) destacando que de entre las diversas acciones antijurídicas, más o menos graves, solo son delictivas aquellas seleccionadas por la ley penal y que, gracias a su definición legal de los diversos elementos de una acción, sirve también para distinguir unas clases o figuras delictivas de otras.

El “tipo” traducción del término alemán “*Tatbestand*” (supuesto de hecho) utilizado en 1903 por vez primera en la ciencia penal por Beling, consiste en el concepto de su creador en el supuesto de hecho abstracto previsto y descrito por la ley penal, si se quiere, en la descripción legal de todos los elementos del hecho (Luzón Peña, s.f., p. 53).

El tipo es pues, la descripción legal, expresa o tácita, de todos los elementos objetivos y subjetivos, positivos y negativos que fundamentan la prohibición penal de una conducta y la distinguen de otras conductas típicas (Luzón Peña, s.f., p. 61).

El tipo está integrado por elementos objetivos (elementos normativos, descriptivos, personales) y elementos subjetivos compuestos alternativamente por el dolo y la culpa. El dolo es conocimiento y voluntad de realizar el hecho tipificado. Así lo señala expresamente el artículo 31 del código penal.

Además, Castillo (1999) dice que el dolo "...es el conocimiento de las circunstancias concretas del hecho; es decir, cortes de la realidad, que corresponden a las características abstractas y objetivas del tipo injusto. Además, es objeto del dolo el conocimiento de las circunstancias de hecho de una causa de justificación" (p. 89).

El artículo 34 ab initio dice que es un error sobre "... las exigencias necesarias... para que el delito exista, según su descripción" (Castillo, 1999, p. 90). Se está refiriendo a las descripciones verbales contenidas en los tipos penales y las exigencias necesarias son las partes esenciales, notas definitorias del concepto de delito.

Con lo cual se llega a la conclusión el error a que hace referencia el mencionado artículo es el error de tipo. Error sobre los elementos objetivos.

Los elementos subjetivos lo componen - alternativamente como se dijo -, el dolo y la culpa.- El **dolo** tiene dos aristas el aspecto volitivo y el cognoscitivo; es decir, la voluntad de cometer el hecho y el conocimiento de que lo que se comete (v. gr. quien hurta, sabe que se apodera de una cosa ajena), el aspecto objetivo está formado por ingredientes: normativos, descriptivos y se agregan además los subjetivos.

Sin embargo, como escribe el profesor Díaz y García (1999):

...no existe consenso sobre qué sean los elementos normativos del tipo, girando las definiciones y distinciones más clásicas en torno a dos polos: para unos, el criterio es la forma de aprehensión del objeto o proceso referido por el elemento típico, de modo que son descriptivos los elementos aprehensibles sensorialmente, por mera observación; mientras que serían normativos aquellos cuya aprehensión implica un proceso de valoración o de comprensión intelectual o espiritual por el propio sujeto o por el juez, para otros, lo definitorio es la referencia a normas: sí el elemento sólo se puede comprender por referencias a algún tipo de

normas, estamos ante un elemento normativo del tipo. Entre estos grupos de definiciones, me parece preferible el segundo (entendiendo naturalmente, norma en sentido amplio, no sólo comprensivo de las normas jurídicas). La referencia a la percepción sensorial y a la valoración no puede convencerse: hay elementos descriptivos, como los teóricos o cognoscitivos o, en general, tomados de la técnica o de diversa ciencia naturales, que designan elementos no aprehensibles sensorialmente. Por otro lado, la mayoría de los elementos tradicionalmente considerados normativos (los llamados de sentido) no implican un juicio de valor) por ello es más aceptable la referencia al proceso de comprensión intelectual), sino simplemente la necesidad de acudir a otras normas para comprender su significado, además de que casi siempre poseen componentes aprehensibles sensorialmente (p. 63-64).

Los elementos subjetivos o personales, se dividen en **a)** relaciones (v. gr. si es cónyuge), **b)** circunstancias (v. gr. Si han procreado dos o más hijos), **c)** calidades (v. gr. si es funcionario público).

En conclusión, existe error de tipo, cuando afecta los elementos del tipo objetivo. Existe dolo cuando se conocen los elementos del tipo objetivo y se quiere su realización; de ahí que si no se conocieron los elementos del tipo objetivo, el autor obró con error o ignorancia sobre alguno de esos elementos, en consecuencia no sólo falta el conocimiento sino también la voluntad de realizar el tipo.

El error puede ser evitable e inevitable. Si es inevitable, este hace desaparecer la conducta dolosa y la culposa. Si es evitable, hace desaparecer la conducta dolosa, pero mantiene incólume la conducta culposa. Siempre y cuando el tipo penal tenga señalada pena a título de culpa.

En cuanto a la culpa, nuestro sistema sigue la fórmula de números clausus, de modo que solo serán penadas a título de tal las conductas que han sido definidas como culposas en la ley penal.

Por lo general, no resulta difícil establecer cuándo un elemento pertenece o no a un tipo; sin embargo, algunas veces pueden aparecer confusiones. El error puede recaer sobre un elemento que haga desaparecer la tipicidad, o sobre una circunstancia agravante o atenuante. También existen errores sobre el nexo causal: error “*in personam*”, “*aberratio ictus*” y “*dolus generalis*”. Su abordaje rebasa los propósitos de esta exposición, por lo que nos conformaremos con citarlos.

(i.c) Error de prohibición: El error de prohibición, se aprecia desde dos vertientes: (a) el error de prohibición indirecto (sobre las causas de justificación) y (b) el error de prohibición directo (cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena).

En ambos casos, el error puede ser evitable o inevitable. El código penal dispensa un tratamiento distinto, según se trate de error evitable o inevitable.

Lo difícil es establecer, tanto en la doctrina como en la práctica, cuando el error es de una u otra clase. No valen aquí fórmulas ni estereotipos válidos para una galaxia de casos, por lo que debe el juez recurrir a criterios estables para determinar en el caso concreto, si el sujeto estuvo o no en capacidad de conocer el carácter antijurídico de su comportamiento.

Generalmente, se tiene por vencible el error que estuvo en la posibilidad de ser superado por el sujeto, es inevitable, por el contrario, el que no le fue exigible superar dadas las circunstancias en que se desarrolló el hecho o las personales condiciones del agente.

(i.d) Clases de error de prohibición: El error de prohibición impide la comprensión de la antijuridicidad, por ausencia de conocimiento de ésta, puede, como se señaló, directo o indirecto.

(i.d.1) Es el error de prohibición directo el que recae directamente sobre la misma norma, es decir, que recae sobre la representación de la valoración jurídica. Ocurre cuando el autor ignora la

norma prohibitiva o que conociéndola, la estime sin vigencia, o lo que la haya interpretado equivocadamente.

-El error de prohibición directo (art. 35) puede ocurrir que el autor actúe en la creencia de estar realizando un hecho ilícito, o bien que no considere siquiera la licitud o ilicitud de su obrar. Casos en los que el sujeto desconoce la existencia de la norma prohibitiva; es decir, que el ordenamiento jurídico prohíbe determinado hecho.

-El error de prohibición indirecto (art. 34 in fine), cuando el sujeto cree – erróneamente -, que le asiste una causa de justificación. A este tipo de error se le llama también error de permiso, porque deriva de la errónea asunción por el autor de la existencia de una causa de justificación.

Se distinguen dos formas de error de prohibición indirecto: a) Cuando el sujeto cree que su conducta está justificada y; b) cuando el sujeto desconoce los límites de la causa de justificación reconocida por el derecho y los amplía en su favor. También es llamado error de extensión de la permisión o error de límite de la permisión (Castillo, 2001, p. 101).

El error de validez de la norma prohibitiva se presenta cuando el sujeto a pesar de conocer la norma, cree que no es válida porque colisiona con otra de superior jerarquía. Solamente tiene relevancia si ese derecho suprallegal es parte del derecho positivo (Castillo, 2001, p. 101).

Error de subsunción. Cuando el dolo pudo haber abarcado todos los elementos del tipo, pero se encuentra en un error de interpretación jurídica sobre un elemento normativo del tipo prohibido del tipo permisivo. Es un conocimiento insuficiente de la norma. Depende de la teoría que se siga, pueden constituir casos de error de tipo o error de prohibición (Roxin, 1997, p. 872). Por eso señala Castillo (2001) que: “Es necesario entender que el error de subsunción es irrelevante como error de tipo” (p. 103).

El problema del error culturalmente condicionado y la conciencia disidente: El llamado “error culturalmente condicionado”, un sector de la doctrina lo admite como una categoría de error que excluye la culpabilidad del autor. La jurisprudencia patria es partidaria de esta tesis (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia N°561-F-93)

Señala Castillo (2001) que no es posible el reconocimiento positivo de esta doctrina, debido a que “...El respeto a la diversidad cultural debe estar sujeto al respeto de los derechos humanos de los demás”(p. 116), rechaza igualmente que se trata de una causa de inexigibilidad de otra conducta, por la no internalización de la norma del deber conocida, pues el sujeto conoció el carácter ilícito del hecho(Castillo, 2001)

A partir del trabajo realizado por Chan (2013), puede concluirse con el citado autor que: “...dentro de las distintas subculturas de una sociedad pluricultural, existen sistemas normativos específicos (...), prácticas y modelos de comportamiento social (...) que tienen una enorme fuerza de definición o de atribución de sentido (bueno/malo, justo/injusto, permitido/prohibido) para los comportamientos...” (p. 128).

Estos parámetros, según el autor, pueden coincidir, divergir con las normas jurídicos penales. Por ello, concluye que el error de prohibición culturalmente condicionado, debería servir como grado para acorar el grado de congruencia/divergencia que existe entre las normas penales formalmente legisladas y las normas sociales y modelos de comportamiento práctico que rigen fácticamente en las diversas subculturas de la sociedad (Chan, 2013, p. 130).

La conciencia disidente (autoría por conciencia u objeción dela conciencia), en general la doctrina le concede relevancia cuando lleva al autor a suponer falsamente la existencia de una justificante no reconocida por el derecho.

La autoría por conciencia no es un problema de error de prohibición, según este autor:

Castillo (2001) define el autor por conciencia como aquel:

...a quien su conciencia le dicta la realización de una acción u omisión que él sabe prohibida por el orden jurídico, según su propia definición de lo bueno y lo malo, de lo moral o inmoral o delo justo y de lo injusto. El autor por convicción llega al convencimiento de la necesidad de realizar el acto que él sabe contrario a derecho, obedeciendo a un deber moral, conforme a su ideología política, contraria a aquella en que se basa el orden jurídico imperante. El conocimiento de lo injusto no es cuestión de convencimiento, sino de conocimiento. El autor por conciencia o del autor por convicción, - cuya nota común es que ambos sienten el deber moral de realizar el acto que saben contrario al orden jurídico -, conocen la norma prohibitiva y no se encuentran en error de prohibición; al contrario saben que su acto está sometido a pena,. (...) al autor por conciencia y al autor por convencimiento, les es exigible un comportamiento conforme a derecho (p. 104,105 y 110).

En este sentido Muñoz y García (2007), sostienen que el derecho penal excluye la culpabilidad o atenúa la responsabilidad, en aquellos supuestos en que ha existido un erróneo entendimiento del tipo prohibitivo. Pero, sin más, señalan no puede conceder estas exenciones o atenuantes en los casos de creencias u opiniones subjetivas individuales; "...ya que ello hará defender la vigencia objetiva de las normas jurídicas de su aceptación por el individuo" (p. 393).

Lo que no implica que el autor desconozca, que en una democracia exista un cierto grado de rebeldía del individuo frente al ordenamiento jurídico, un sector de éste o completo (Muñoz y García, 2007).

Señalan que un delincuente por convicción o por razones de conciencia, desde un punto de vista moral, no debería considerarse culpable de los actos que realiza conforme a la misma. Otro, es, como señala, desde el punto de vista jurídico. Aunque advierte que muchas veces la existencia del conflicto es evidencia de una falta de legitimación de la propia norma infringida. (Muñoz y García, 2007).

Es decir, en un estado democrático y pluralista, debe respetarse el derecho a objetar. A tener una conciencia disidente. ¿Pero en qué medida, esta conciencia disidente, tiene impacto a la hora de determinar la culpabilidad, por un injusto?

Como señala Muñoz y García (2007), en algunos casos el Estado ha resuelto el conflicto dando una salida alternativa que respeta la conciencia individual, siempre que no ponga en riesgo bienes jurídicos fundamentales (p. 394).

Señalan los citados autores, que cuando se trata de bienes jurídicos; vida, la integridad física, la libertad y la propiedad, no se puede dar ninguna relevancia a la decisión de conciencia que los ataque, ya que dichos bienes jurídicos son más importantes que la libertad de conciencia y son imprescindibles para la convivencia diaria y el Estado no puede renunciar a su resguardo (Muñoz y García, 2007, p. 394)

Terminan señalando que en sociedades modernas, que son multiculturales, pluralistas, democráticas, los conflictos, sustentados en normas jurídicas basadas en razones de conciencia (religioso, moral, político) siguen siendo inevitables, los cuales pueden tener la manifestación de conductas delictivas. La discusión sigue siendo, si se trata de un estado de necesidad, por un conflicto irreconciliable entre la libertad de conciencia y el deber de cumplimiento (Muñoz y García, 2007, p. 395)

Para Velásquez (2010) el autor por motivos de conciencia, no tiene un tratamiento uniforme en la doctrina, pues cita que hay quienes lo tratan como una causa de exclusión de la antijuridicidad, de la culpabilidad o hasta quienes le niegan cualquier trascendencia y señalan que: “el ordenamiento penal no puede poner sus postulados a merced de la conciencia del autor” (Velásquez, 2010, p. 544-545).

Refiriéndose al caso colombiano, señala el autor que la conciencia disidente tiene raigambre constitucional, y como es de esperarse el derecho penal no puede caminar en contravía (Velásquez, 2020, p. 545)

Dice de este modo:

...no tiene otra opción que la de reconocer la ausencia de culpabilidad de los autores por conciencia, sea que obren por motivos políticos (casos de delincuencia política), religiosa (comportamiento de ciertas agrupaciones religiosas como los testigos de Jehová). Desde luego, esta causal de exclusión de la culpabilidad o responsabilidad no puede tonarse en un agujero abierto a la impunidad, y solo operara en casos excepcionales, a condición de que se respeten los postulados basilares del Estado social y democrático de derecho, que empiezan por el de la dignidad de la persona humana (Velásquez, 2020, p. 545).

Recomienda, que para garantizar el principio de seguridad jurídica, lo deseable es que el legislador previera dichos fenómenos de manera expresa, así como lo ha dicho con las demás casos de exclusión de la responsabilidad, aunque en ausencia de tales reglas, nada impide acudir a la idea de inexigibilidad que sería el postulado inspirador de todas ellas, aunque llama la atención de que este principio debe ser usado con cautela debida, pensando siempre en el favor el reo y de conformidad con los postulados inspiradores del Estado social y democrático de derecho (Velásquez, 2020, p. 545-546).

En Costa Rica, tal concepto ha sido elaborado por la magistratura constitucional, así tenemos que en el voto número 5058-93, que:

V).- Una de las connotaciones básicas del Estado costarricense y, en general, de todo Estado "social" de Derecho, lo constituye la intervención -cada vez más frecuente- de los gobernantes, para dar solución a la problemática social.- La propia Constitución Política obliga al Estado a participar activamente, no sólo en los procesos de producción (Artículo 50), sino también en los relativos al desarrollo de derechos fundamentales del individuo (vivienda, educación, vestido, alimentación, etc.) que les garantice una existencia digna y útil para la sociedad.

El derecho de objeción en conciencia, ha sido planteado ampliamente en la sentencia 2020-001619 y señaló:

VIII.- Partiendo de lo externado líneas atrás, la mayoría del Tribunal considera que una sociedad pluralista, resulta necesario que el derecho de la Constitución -valores, principios y normas- se autoriza a las personas a tener distintas visiones sobre los fenómenos políticos, económicos, sociales y culturales, pues de lo contrario se caería en una sociedad autoritaria o totalitaria en la que hay una homogenización o estandarización del pensamiento. En ese sentido, los Tribunales de Derechos Humanos no están llamados a imponer un pensamiento único, sino que a través de un juicio de ponderación y en aplicación de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, deben permitir el máximo ejercicio de los derechos fundamentales que están en colisión, de forma tal que coexistan de manera respetuosa. Hay que tener presente que, en aquellos casos de conflicto de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional no es un promotor de una determinada ideología o visión del mundo, pues cuando actúa de esa forma claudica a su misión y, por consiguiente, aunque resulte paradójico, termina atropellando los derechos fundamentales de la persona que debe tutelar. (...).

En este sentido, a la hora de realizar el juicio de aplicación de la objeción en conciencia, debe acudir al juicio de ponderación.

Al respecto, La Corte Constitucional colombiana ha sostenido que la estructura lógica de los derechos fundamentales exige acudir a esta metodología de sopesar principios y derechos fundamentales, en los casos en que se puedan presentar conflictos. Dijo lo siguiente:

A fin de promover la aplicación armónica e integral de los valores constitucionales, la mayoría de los derechos fundamentales se consagraron en disposiciones normativas que tienen una estructura lógica que admite ponderaciones. Ciertamente, al optar por un sistema de “pluralismo valorativo”, la Carta adoptó un modelo en el cual las normas iusfundamentales tienen una estructura lógica que exige acudir a la metodología de la ponderación para resolver los eventuales conflictos. En suma, la Constitución no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa, condicionada a las circunstancias específicas de cada caso (Sentencia C- 475 de 1997, citado por Arboleda 2014, p. 26).

Para Jakobs (1997) toda persona es responsable de su propia organización interna. Las personas tienen libre albedrío y con ello, se les reconoce un amplio espectro de libertad, pero en la medida de que no esté en conflicto con el Estado y la sociedad (p. 698).

Con cita del Tribunal Constitucional alemán nos da un significado del autor por convicción. En este sentido refiere que es: “Toda decisión ética seria, es decir, orientada a las categorías de lo “bueno” y lo “malo” ... que el individuo experimenta internamente en una determinada situación como forzosa e incondicionalmente obligatoria para él, de modo que no podrá actuar e c9ntra de ella sin grave conflicto de conciencia” (Jakobs, 1997, p. 700).

El citado autor nos escinde entre autor por convicción, y quién respecto de esta categoría escinde entre autor por convicción blando y autor por convicción duro (Jakobs, 1997, p. 700).

Así el autor define al autor por convicción blando como aquellos “...que cometen delitos, desde luego sin considerarse imperativamente obligados a hacer valer el orden mejor según su parecer...” (Jakobs, 1997, p. 699).

Como ejemplos de autor por convicción blando, el profesor alemán cita el supuesto de un cazador que opina que los periodos de veda para la caza mayor son erróneos desde el punto de vista ecológico, o el médico que considera superada cualquier reglamentación de la intervención del embarazo (Jakobs, 1997, p. 699).

Entretanto, autor por convicción duro (autores por motivos de conciencia o, mejor, autores en conflicto – *Konfliktäter*). El conflicto entre convicción y Derecho es irresoluble, sino hace caso a su convicción daña a su persona” (Jakobs, 1997, p. 699).

Desde la anterior perspectiva, serían autores por motivos de convicción duro, los grupos extremistas que estuvieron detrás de los atentados del 11 de septiembre de 2001.

Desde esta perspectiva, podrían analizarse los sucesos ocurridos en Costa Rica con el grupo “La Familia”, que fue el nombre con que se conoció a una guerrilla de izquierda revolucionaria de muy corta duración, fundada en el año 1978, la cual tuvo su cese en 1981. Era una célula compuesta por no más de veintena de personas, mayoritariamente estudiantes universitarios y algunos docentes que deseaban emular las acciones de otras guerrillas extendidas por la época en Centroamérica, como el FMLN de El Salvador, el FSLN de Nicaragua, la URNG de Guatemala, UD de Honduras y las FARC de Colombia (Wikipedia, s.f.).

El grupo se financiaba de pequeñas delincuencias. Tuvieron atentados contra soldados estadounidenses y enfrentamientos con la policía que detonaron en muertes a estos últimos (Wikipedia, s.f.).

Se trataba; “Al parecer, un grupo de jóvenes, estudiosos del marxismo-leninismo, imbuidos por la teoría de la guerra popular prolongada y con conexiones con grupos subversivos centroamericanos, intentaba dar varios golpes en el país para alentar la subversión” (Díaz 2017, p. 4).

El 2 de septiembre de 1983, el Tribunal Superior Segundo Penal aplicó penas de entre 3 y 15 años a 15 de las 19 personas que habían sido involucradas con el grupo “La Familia”. Al reseñar la nota, un periodista de La Nación indicó que se trató de “una de las más extensas sentencias de la historia judicial del país, en medio también de medidas de seguridad sin precedentes en los tribunales locales” (Díaz, 2017, p. 26).

Este grupo que la historia, con algunas incorrecciones o no, recuerda como terrorista, es una evidencia del delincuente por convicción. El delincuente que realiza el hecho por motivaciones de corte político o ideológico.

No es lo mismo que quien ejerce conciencia disidente, al negarse a que a sus hijas les apliquen la inyección de la vacuna contra el papiloma. En este sentido, la jurisprudencia constitucional costarricense, resolvió varias acciones.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, estimó que la vacunación es obligatoria, ello independientemente del criterio de los padres de la persona menor de edad:

...Al respecto, este Tribunal, en la sentencia No. 2019-014677 de las 09:20 hrs. del 07 de agosto de 2019, reiteró, conforme a lo indicado en otros votos, la importancia de la vacunación como parte de la asistencia sanitaria esencial que debe garantizar el Estado costarricense en aras de proteger el derecho fundamental a la salud de todas las personas. También señaló que el resguardo de la salud pública y la prevención de las enfermedades, constituye un fin constitucionalmente legítimo que puede justificar válidamente la obligatoriedad de las vacunas. Ahora, en cuanto a personas menores de edad, consideró que la existencia de un programa de vacunación infantil, que tenga por objeto prevenir que se produzca el brote de epidemias o que se dé un contagio a nivel individual, hace parte de la atención sanitaria preventiva que debe brindar el Estado costarricense en resguardo del derecho humano de todo niño y niña a la salud y en cumplimiento de la tutela al interés superior del menor.(...) (Sala Constitucional N° 17344 – 2019).

En el mismo sentido, apoyado, sobre todo, en el interés superior de la persona menor de edad, la jurisprudencia señala el deber de la vacunación, al señalar:

...resolución número 2000-11648 de las 10:14 horas del 22 de diciembre del 2000, que: “(...) Teniendo en cuenta lo dispuesto por las normas transcritas, así como la exposición de motivos del proyecto que se consulta, no considera esta Sala que lleven razón los

consultantes, al decir que al establecerse la obligatoriedad de las vacunas sea lesivo del derecho de autonomía de la voluntad. La salud como medio y como fin para la realización personal y social del hombre constituye un derecho humano y social cuyo reconocimiento está fuera de discusión. Es uno de los derechos del hombre que emana de su dignidad como ser humano. De este derecho surge tanto para el individuo y la comunidad organizada, como para el propio estado, una responsabilidad respecto a la salud. En instrumentos internacionales y en declaraciones constitucionales de derechos sociales se incluye el derecho a la salud, a cuyo reconocimiento debe aunarse la imposición del deber de cuidar la salud propia y la ajena. Es así que dentro de una política social global dirigida a solucionar los efectos de las deficiencias sociales, la observancia del principio de la coherencia de los fines, determina que se armonicen las acciones sobre condiciones de trabajo, seguridad social, educación, vivienda, nutrición y población con las de la salud, por la conexidad e interdependencia de una y otra. De esa forma la enunciación en el proyecto consultado de la provisión de asistencia médica gratuita y obligatoria, para toda la población, de ningún modo lesiona el principio de autonomía de la voluntad, mas sin embargo sí garantiza la asistencia sanitaria esencial en resguardo de la responsabilidad ineludible del Estado de velar por la salud de todos y cada uno de los ciudadanos (Sala Constitucional N° 14677 – 2019).

De modo tal que no es aplicable acá el principio de autodeterminación ética, para resistirse al tratamiento médico que tiene por finalidad prevenir enfermedades y garantizar en consecuencia, la integridad física, la salud y la vida de los demás habitantes de la República, de manera que no es oponible la libertad de conciencia en este sentido.

(i.f) Consecuencias del error: Si el error directo es inevitable, hace desaparecer la culpabilidad, si es evitable, disminuye el reproche (Arts. 35 y 79 del Código Penal). Si se trata de un error de prohibición indirecto y es inevitable, hace desaparecer la tipicidad. Si es evitable, elimina la tipicidad dolosa y subsiste como remanente la tipicidad culposa, siempre y cuando el tipo respectivo tenga señalada pena por la comisión del hecho a título de culpa.

Sobre este extremo, existen posturas muy divergentes en la jurisprudencia. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia considera que debe recibir el mismo tratamiento del error de prohibición directo. Porque aunque el artículo 34 le dispense un trato similar al error de tipo, dicho guarismo debe analizarse en su contexto, no aislado, por lo que resultarán aplicables las mismas reglas del guarismo 35 y 79 del código penal (sentencia 446-F-92).

Es así como el Tribunal de Casación Penal llega a la conclusión de que debe darse el mismo tratamiento del error de tipo, aunque disienten sobre la teoría que se aplica (Votos 805-F-96 entre otros).

(i.g) Diferencias entre error de tipo y prohibición: En la doctrina alemana, la distinción entre uno y otro, radica en la influencia de las teorías de la culpabilidad, que quitan al dolo el conocimiento de la antijuridicidad.

La diferencia entre error de tipo y de prohibición, es que en el primero: el sujeto ignora que realiza los elementos del tipo objetivo, mientras en el segundo, el sujeto sabe que realiza el hecho tipificado, pero carece de la posibilidad para valorarlo como el ilícito.

Ahora bien, la libertad de conciencia tiene tres formas de manifestarse: (i) Como libertad de pensamiento, de conciencia y religión, (ii) como libertad de expresión de esa conciencia, y; (iii) libertad de comportarse de acuerdo con esa libertad de conciencia. De este modo, fue reconocido en la jurisprudencia española, antecedentes del Tribunal Constitucional: la STC

15/1982, de 23-4, sobre objeción al servicio militar y la STC 53/1985, de 11-4, sobre objeción de conciencia al aborto, el derecho a la objeción de conciencia como manifestación de la libertad de conciencia derivada de la libertad ideológica y religiosa (STC 160 y 161/1987, de 27-10, 321/1994, de 28-11). Sin embargo, se han empeñado en dejar claro que no existe un derecho general a la objeción en conciencia, pues acabaría con el Estado de Derecho.

La primera es intrascendente para el derecho. La segunda podría serlo, en la medida en que las manifestaciones constituyan alguna forma de ofensa y, es la tercera la que interesa al derecho penal.

Como hubo ocasión de advertirse es generalmente en los delitos de omisión donde se manifiesta la conciencia disidente.

Partimos de la premisa que la conciencia disidente es un derecho. Que existen casos expresos, como el campo de la medicina y del servicio militar, reconocidos expresamente por ley. Pero estas son casos expresos, sin que resulte inadmisibles alegarlo en otras circunstancias fuera de las mencionadas.

En consecuencia, el derecho a la objeción en conciencia es admisible en los casos expresamente contemplados. Sin embargo, tal objeción al cumplimiento de un deber legal concreto, debe respetar los límites establecidos para el ejercicio de las libertades ideológica y religiosa, como lo son: el orden público y los terceros.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 32.2 establece lo siguiente: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”

Estos parecen, en principio, ser los límites a la libertad de conciencia. De modo que, el concepto de orden público, define los confines del derecho a la conciencia disidente. Por ello la admisibilidad de este derecho, requiere de una ponderación de los intereses en conflicto y, en la

medida que no afecte intereses jurídicos de mayor valía y preponderantes (Luzón Peña, 2014, p. 138).

Se ha señalado muy especialmente en el caso de los Testigos de Jehová lo siguiente:

Por esta razón hay que rechazar un presunto derecho a la actuación en conciencia de los testigos de Jehová que por motivos religiosos de su interpretación de la prohibición de sangre pretenden impedir la transfusión sanguínea que el personal médico-sanitario tiene que practicar a su hijo menor para salvaguardar su vida o su salud, pues al hacerlo incurrirían mediante comisión por omisión en tentativa de lesiones o incluso homicidio del menor, no sólo porque tienen posición de garante respecto del mismo, sino por querer impedir un curso causal salvador del personal médico con el cual la vida e integridad del menor estará garantizada o en mucho menor peligro. / Hay que destacar que incluso en supuestos de esta clase en que los miembros de esa confesión religiosa incurran por sus creencias sólo en una omisión de socorro, o sea en una omisión propia, ciertamente ya estamos ante un supuesto de los que sí admiten la ponderación, pero al estar en juego el salvamento de la vida o integridad, se puede considerar que en la ponderación ese interés es superior al de garantizar la libertad de conciencia. Otra cosa es que el conflicto de conciencia afecte a la culpabilidad del sujeto por el acto antijurídico y que en caso extremo pueda incluso excluirla (Luzón Peña, 2014, p. 139).

Esta posición deja bien claro que, en el juicio de ponderación, en la conciencia disidente, no debe afectarse bienes jurídicos superiores. Pues en tales miras, hay una antijuricidad de la conducta.

Como se ha señalado, los casos de objeción en conciencia, tienen naturaleza de delitos omisivos. Es decir, un no acatamiento de lo dispuesto en la ley. En la medida que afecte seriamente sus creencias.

En estos supuestos se puede considerar, el caso de un médico que se niegue a la extracción sanguínea de un imputado por conducción temeraria, bajo el argumento de que el procedimiento afecta seriamente la salud y causa lesiones y debido a su juramento hipocrático, está llamado a salvar vidas, no a lastimarlas.

En este supuesto en que el médico sea requerido, en su condición de facultativo y funcionario público, por el juez, el fiscal o la policía para la realización de la toma de muestras hematológicas por la fuerza a una persona imputada y se niegue, podría incurrir en el delito de desobediencia o incumplimiento de deberes según se trate.

No obstante, podría invocarse la conciencia disidente, en la medida en que el médico invoque sus creencias, sobre todo el antiquísimo juramento hipocrático.

De la misma manera, podría pensarse en el facultativo o profesional de la salud, que por sus convicciones ideológicas o creencias religiosas, se niegue a realizar un aborto terapéutico, en la medida que estime que tal acción lastima gravemente sus convicciones.

Con motivo de la sentencia producto de una opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Gobierno de la República de Costa Rica, sobre el matrimonio igualitario, podría plantearse el supuesto de un juez o un notario que se niegue a celebrar un matrimonio de esa naturaleza, invocando convicciones religiosas, morales o ideológicas.

Valga recordar que la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en un caso de Interpretación y alcance de los artículos 11.24, 185 y 246 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 17, emitió la Opinión Consultiva OC 24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica. En la ocasión descrita la Corte dijo en su parte dispositiva:

8. De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228 (CIDDH, 2017).

Esta posición fue adoptada por la Sala Constitucional costarricense mediante sentencia número 2018012782.

En dado caso, el notario podría incurrir en responsabilidad disciplinaria administrativa y el juez, probablemente, incurrir en el delito de incumplimiento de deberes. Sobre ese tema, por medio de lineamientos, la Dirección Nacional de Notariado, emitió una directriz disculpando la responsabilidad de los notarios en ejercicio de su derecho de objeción en conciencia, la cual señala lo siguiente:

4. Hoy día la objeción de conciencia se encuadra en una nueva y más profunda comprensión del sistema jurídico, como una manifestación de una libertad considerada tradicional, como es la libertad de conciencia. Es decir, un ordenamiento jurídico propio de las democracias modernas fundado sobre valores más que normas, en el interior de un estado que se ha transformado de “Estado de derecho” en “Estado de derechos”. Así las cosas, en el ejercicio de la función notarial al Notario le asisten los derechos humanos y fundamentales, los cuales deben protegerse. El CSN como órgano rector de la actividad notarial considera de suma importancia regular la objeción de conciencia como una clara derivación de causa moral, para una debida organización de la función notarial ante eventuales conflictos legales.

5. El notario como ser humano posee una amplia proyección de la libertad ideológica, la cual no se agota únicamente en la dimensión interna de adoptar una posición intelectual ante la vida y enjuiciar la realidad según personales convicciones, sino que comprende además una dimensión externa que le permite, con arreglo a sus propias ideas, que no se vea afectado por la posible injerencia de normas contrarias a su libertad de conciencia.

(...)

Por tanto:

a) Refórmese el artículo 3 de los Lineamientos para el Ejercicio y Control del Servicio Notarial, para que se lea de la siguiente manera: “Artículo 3. Obligación de servicio y rogación. A solicitud del interesado, es obligación del notario brindar el servicio, dentro del marco de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, salvo excusa justa, moral, por principios de conciencia debidamente razonados, o legal.”

b) Adiciónese el artículo 3 bis a los Lineamientos para el Ejercicio y Control del Servicio Notarial, para que se lea de la siguiente manera: “Artículo 3 bis. Objeción de conciencia. El Notario que por razones morales y de conciencia se negare brindar el servicio, lo informará así a la Dirección Nacional de Notariado, mediante comunicación escrita

debidamente razonada y justificada, indicando los servicios en que alega la objeción de conciencia (Acuerdo 2020-001-006).

Se da por descontado que esta norma habilitaría particularmente al notario para dispensar la prestación del servicio a la persona usuaria, pero deja abierta la discusión en los casos del matrimonio de esta naturaleza que deba celebrarse ante un Juez de la República competente.

En este último sentido, la Sala Constitucional se pronunció de manera reciente, al señalar en la sentencia 2020-001619, lo siguiente:

VIII.- Partiendo de lo externado líneas atrás, la mayoría del Tribunal considera que una sociedad pluralista, resulta necesario que el derecho de la Constitución -valores, principios y normas- se autoriza a las personas a tener distintas visiones sobre los fenómenos políticos, económicos, sociales y culturales, pues de lo contrario se caería en una sociedad autoritaria o totalitaria en la que hay una homogenización o estandarización del pensamiento. En ese sentido, los Tribunales de Derechos Humanos no están llamados a imponer un pensamiento único, sino que a través de un juicio de ponderación y en aplicación de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, deben permitir el máximo ejercicio de los derechos fundamentales que están en colisión, de forma tal que coexistan de manera respetuosa. Hay que tener presente que, en aquellos casos de conflicto de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional no es un promotor de una determinada ideología o visión del mundo, pues cuando actúa de esa forma claudica a su misión y, por consiguiente, aunque resulte paradójico, termina atropellando los derechos fundamentales de la persona que debe tutelar. (...).

En este sentido, la objeción en conciencia tendría cabida en los delitos omisivos o infracción de deberes, mas no en los delitos comisivos.

La doctrina plantea que en los casos de conflicto de conciencia, podría en ciertas circunstancias, que lo hagan normativamente comprensible, exculpar la conducta por inexigibilidad penal subjetiva “como concreta causa de exculpación supralegal, basada en el principio de inexigibilidad penal individual” o bien analógicamente, ser sustentada en las causas de exculpación legalmente admitidas (Luzón Peña, 2014, p.143).

En esta vertiente se señala que la posibilidad de aplicar las “...causas de exculpación legalmente admitidas; y si no hay un conflicto extremo, sino que las razones de conciencia ejercen solamente una considerable presión motivacional al sujeto para no respetar la norma, o si aun con conflicto extremo las circunstancias concurrentes no hacen normativamente comprensible tal conflicto, solamente habrá exigibilidad penal individual disminuida y por ello sólo exculpación parcial...” (Luzón Peña, 2014, p. 143).

En criterio de Luzón Peña, la concurrencia de un conflicto motivacional insoportable podría constituir presupuesto fáctico de la exculpación. En este sentido ha señalado:

...Las razones de conciencia le pueden crear tal conflicto interno (psíquico, motivacional) al sujeto con la presión que también supone la prohibición (o mandato) penal, que –en el plano fáctico– resulte total o prácticamente anulada su accesibilidad normativa, es decir, suprimida o gravísimamente coartada la posibilidad de determinarse o motivarse por la norma jurídica ante la presión insalvable de la norma ética individual de su conciencia (Luzón Peña, 2014, p. 143).

Sigue señalando el citado autor que es más fácil la existencia de un conflicto por conciencia religiosa que sólo por razones de conciencia ética sin motivación religiosa (Luzón Peña, 2014, p.143); ya que es inocultable, usando la terminología del autor, que en estos supuestos existe un conflicto de conciencia soluto y psíquicamente insoportable, por el gravísimo deber moral. Ello coloca al sujeto en la disyuntiva de si admite la aplicación de la norma, incumple gravemente su deber religioso (p. 144).

Por ejemplo el caso de los Testigos de Jehová, tantas veces mencionado acá, cuando se niegan a permitir la transfusión sanguínea de sus hijos, con la agravante que ello pueda conducirlos a la muerte.

O la práctica religiosa de incluya la proscripción absoluta de llevar a cabo actividades laborales (por ejemplo), en el día de descanso semanal. Lo cual podría tener serias implicaciones penales, cuando el sujeto tiene una posición de garante como funcionario público, facultativo o

bien como trabajador sanitario y deba actuar atendiendo a una persona accidentada gravemente, incurriendo en omisión de auxilio.¹

Siguiendo Luzón Peña (2014) se señala que: "...la apreciación de tal inexigibilidad penal subjetiva y consiguiente exculpación requiere además, como también sabemos, que la valoración normativa no se oponga a ello..." (p. 144).

El conflicto insoportable de conciencia, que da lugar a la comisión de un hecho delictivo, la motivación coincide con un derecho constitucional; el de la libertad de conciencia (ética) religiosa o creencias no religiosas. Esta libertad, por su parte, se enfrenta a una talanquera que es la contenida en la misma Constitución: el orden público, terceros, la ley. Es dentro de este ámbito donde se analiza y desde la culpabilidad, la objeción en conciencia.

Pero, como señala Luzón Peña (2014):

...Sin embargo, hace falta algo más para que normativamente la valoración de la actuación sea la de que jurídicopenalmente es entendible, comprensible y por tanto disculpable: que se dé el dato adicional de que esa actuación en conciencia no implique peligro de repetición reiterada y por ello no resulte penalmente intolerable desde el punto de vista preventivo (p. 144).

Desde el punto de vista de los fines de la pena, resulta conveniente analizar la necesidad de punición, aunque hemos dedicado un espacio aparte para el tratamiento de este tema. En ese sentido, como señala Luzón Peña (2014) en la cita anterior, en los casos de Testigos de Jehová que no sometan a sus hijos a tratamiento de transfusión sanguínea y exista un resultado luctuoso, ese hecho indiscutiblemente no se repetirá. Pero no ocurre con lo mismo con quienes invoquen

El artículo 144 del código penal, sanciona la omisión de auxilio: "*Quien encuentre perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o amenazada de un peligro cualquiera y omita prestarle el auxilio necesario según las circunstancias, cuando pueda hacerlo sin riesgo personal, será reprimido con una multa igual a la mitad del salario mínimo establecido por la Ley No. 7337, del 5 de mayo de 1993. El juez podrá aumentar esta sanción hasta en el doble, considerando las condiciones personales del autor, sus posibilidades económicas, los efectos y la gravedad de la acción.*" (Así reformado por el artículo 69 de la Ley sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad No 7600 de 2 de mayo de 1996)

un credo religioso, para no realizar labores determinados días de la semana, en cuenta socorrer a quienes demandan auxilio, encontrándose el sujeto en una posición de garante.

Eso implica, que desde el punto de vista de la prevención general y especial, el derecho penal debe ejercer una función disuasiva, respecto al segundo supuesto, porque la conducta será repetitiva todas las semanas, no así el primero. Siendo estos parámetros a considerar, al momento de ponderar. En cuyo caso, el autor admite la posibilidad de exculpación.

Pero, debe valorarse la concurrencia de la situación fáctica y el conflicto extremo. Pues en la medida que ello no exista, da cabida a la atenuación de la culpabilidad. En este sentido ha señalado Luzón Peña (2014) lo siguiente:

En los casos en que no se dé el doble requisito, porque falle el fáctico de la insoportabilidad de un conflicto de conciencia extremo e irresoluble subjetivamente, sino que haya conflicto pero no extremo o insoportable o haya presión de la conciencia pero sin auténtico conflicto, o porque haya un conflicto subjetivamente insoportable pero normativamente haya una valoración negativa a efectos preventivos por el peligro de repetición frecuente de ese conflicto y por ello de la conducta antijurídica, entonces no habrá plena exculpación, pero la actuación en conciencia debe apreciarse como atenuación de la culpabilidad por la considerable disminución de la normal capacidad de motivación y la consiguiente dificultad para la exigibilidad penal subjetiva. Al no ser el conflicto de conciencia exculpante una eximente legalmente incluida en el art. 20, no se puede apreciar como eximente incompleta del art. 21, 1.a, pero sí se puede considerar según el art. 21, 7.a como atenuante analógica a la eximente incompleta de miedo superable, a las de semiimputabilidad, o a otras atenuantes de la culpabilidad...

El delincuente por convicción. Este es otro supuesto. Tiene otras notas que lo caracterizan. En este caso, la circunstancia de cometer el delito por convicción de que no tiene que respetar la norma, no puede exculparsele si no tiene un conflicto profundo de su conciencia.

En estos casos, el sujeto conoce el tipo prohibitivo, pero de manera consciente y voluntaria se desliza por la vertiente de la antijuridicidad. No cumple los mandatos y

prohibiciones contenidos en la ley. No la respeta y no comparte sus fundamentos (Luzón Peña, 2014, p. 147) El sujeto está convencido de que:

...es correcto actuar así y cometer un delito o delitos incluso graves para conseguir los fines pretendidos por una determinada ideología opuesta y enfrentada con las normas jurídicas vigentes; normalmente y salvo casos extremos (p.ej. de fanatismo político, religioso o ideológico) no está para nada en un conflicto insalvable para su conciencia ética que le produzca una presión motivacional subjetivamente insoportable, sino en una situación psicológica de rechazo y desprecio a las normas vigentes, incluso penales, y convencido de que puede o hasta debe vulnerarlas para conseguir o imponer sus convicciones y fines, opuestos a las normas: Así sucede en los casos de terroristas, ciertos miembros de sectas religiosas criminales, fanáticos, grupos antisistema violentos, mafias y bandas criminales organizadas, etc.

El delincuente por convicción tiene conocimiento de la antijuridicidad. Tiene capacidad de motivación conforme la norma. Pero es discutible en su caso, la posibilidad de que se sienta intimidado por la norma penal. Por ello la doctrina señala que la valoración – desde la prevención general y especial - debe ser la más negativa posible por tratarse de actos y actitudes peligrosísimas y de enfrentamiento total.

En este sentido se ha puntualizado:

Pero es que en segundo lugar, en todos los supuestos de delincuencia por convicción, incluso en ese caso excepcional de no intimidabilidad, consideraciones normativas se oponen aquí frontalmente a la exculpación e incluso a la atenuación de la culpabilidad. Desde el punto de vista normativo jurídico-penal la actuación y motivación de los delincuentes por convicción merecen tanto a efectos preventivos como de justicia, no ya una valoración negativa, sino la valoración más negativa posible por tratarse de actos y actitudes peligrosísimas y de enfrentamiento total con el ordenamiento jurídico; por consiguiente, no pueden merecer comprensión, entendimiento ni la menor disculpa. Solamente en casos totalmente extremos y excepcionales la situación psicológica de fanatismo de un peligroso delincuente por convicción puede ser tan anormal y debida p. ej. a un auténtico lavado de cerebro que el sujeto llegue a estar en una situación de plena anomalía psíquica o de alteración

o trastorno mental transitorio En tal caso sí se excluiría su culpabilidad por inimputabilidad (...) (Luzón Peña, 2014, p. 147).

2.3.2.4 Análisis desde la pena.

En este sentido el Magistrado, Cruz (s.f.) comenta que: tres han sido los objetivos que se le han señalado a la pena: la intimidación o prevención general; la retribución; y, la rehabilitación o prevención especial.

Para la escuela clásica, tiene un fin expiatorio. Es decir, se causa un mal al delincuente, porque este ha causado antes otro (Cabanellas, 1968, p. 266). Tendencia a la cual se le reconoce como “absoluta”. Es decir, como la sanción del hecho ya cometido (Goldstein, 1993, p. 735).

En este mismo sentido se ha dicho:

La doctrina tradicional ha entendido por “teorías absolutas” las que ven la pena como un fin en sí misma . El término absoluto estaría siendo utilizado como aquello que se basta a sí mismo ; la pena no tiene que buscar fuera de ella su justificación o razón de ser. Se trata simplemente de un castigo, un mal que pretende retribuir otro mal precedente, constituido por el delito (violación de la norma legal). Su rasgo característico y definidor es pues, ser retributiva, aplicando para cada caso la pena justa, la respuesta sancionatoria que haga realidad el ideal de Justicia (Goldstein, 1993, p. 735).

Carrara dice que el fin de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad, que el delito ha alterado (Goldstein, 1993, p. 735).

La llamada teoría relativa, asigna una finalidad a la pena de prisión. De modo que esta adquiere una justificación más allá que el simple enclaustramiento como castigo, pues tiene una utilidad social, no es un medio en sí mismo.

Estas teorías presentan algunas variantes: (i) La prevención general positiva, se vinculan con la generalidad de las personas, afirmando en ellas la consciencia de que las normas y los valores jurídicos de la sociedad se encuentran en plena vigencia y que deben ser respetados, (ii) La prevención General negativa, va igualmente destinada a la generalidad de las personas, señalando los efectos de la pena orientados a disuadir o amedrentar a los potenciales infractores. (iii) La prevención especial positiva, según la cual tiene como destinatario al propio infractor de la norma tienen como destinatario al propio infractor de la norma, por medio de la pena y el tratamiento penitenciario, se logre rehabilitarlo o resocializarlo. (iv) La prevención especial negativa, la prisión es la neutralización del delincuente, no pretende rehabilitarlo, resocializarlo, sino enclaustrarlo, segregarlo de la sociedad.

También puede citarse la teoría de la defensa social. Para uno consiste en la defensa de los intereses sociales de las personas.

La escuela positivista, la cual se sustenta en la ineficacia de los tratamientos penales ordinarios, propugnando la aplicación de medidas de seguridad (Cabanellas, 1968, p. 266 y Goldstein, 1993, p. 735).

Desde el punto de vista de la pena, la objeción en conciencia invocada de manera ilegítima, cuando afecta derechos fundamentales, podría dar cabida a una atenuación de la pena o bien, constituir un supuesto de mínima culpabilidad. Ello se fundamenta en el principio de que la reacción estatal, no puede ser mayor al bien que se intenta proteger, porque se estaría legitimando una violencia institucional.

En efecto, en la fijación de la sanción, se deben considerar los baremos para adecuar la pena. En este sentido, el artículo 71 del Código Penal señala:

El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe.

Para apreciarlos se tomará en cuenta:

- a) Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible;
- b) La importancia de la lesión o del peligro;

- c) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar;
- d) La calidad de los motivos determinantes;
- e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito; y
- f) La conducta del agente posterior al delito.

Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez.

Como puede apreciarse, en el inciso d) el legislador concede importancia a los motivos determinantes, para fijar el monto de la pena a cumplir por parte del condenado. Ello le permite al Juez, de entre los límites fijados por ley, escoger entre el máximo y mínimo.

CAPÍTULO 3. MARCO METODOLÓGICO

3.1. Método empleado

El método a utilizar en la presente investigación es el cualitativo, este en virtud de que permitirá desde el planteamiento de un problema, profundizar en su estudio y entender el fenómeno social a investigarse, logrando explorarlo en una forma amplia y comprometida de forma tal que, al final del camino investigativo se pueda contrastar los diferentes puntos de vista de las personas expertas indagadas. Lo antes indicado permitirá arribar a conclusiones y eventuales recomendaciones del estudio en concreto, y que serán de mucha importancia para la causa estudiada.

Para Hernández et al. (2016) “la investigación cualitativa se enfoca en comprender los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural” (p. 358).

Este método se enfocará desde el punto de vista fenomenológico, como estrategia en la investigación. Específicamente sobre este apartado refiere que “los diseños fenomenológicos su propósito principal es explorar, describir y comprender las experiencias de las personas con respecto a un fenómeno y descubrir los elementos en común de tales vivencias.”(Hernández et al, 2014, p.23).

Hernandez et al. (2014) refiere que:

El enfoque cualitativo también se guía por áreas o temas significativos de investigación. Sin embargo, en lugar de que la claridad de las preguntas de investigación e hipótesis preceda de la recolección y el análisis de los datos (como en la mayoría de los estudios cuantitativos), los estudios cualitativos pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos (p. 7).

A través de este método se podrá abarcar de forma profunda las experiencias de personas especialistas en un área del conocimiento, que a diario frecuentan situaciones relacionadas con el objeto de la investigación, Hernández Sampieri et al(2016) lo define como: “Los planteamientos

cualitativos son una especie de plan de exploración (entendimiento emergente) y resultan apropiados cuando el investigador se interesa por el significado de las experiencias y los valores humanos” (p. 364).

Dentro de las características que componen el método cualitativo se encuentran las siguientes:

a) el investigador o investigadora plantea un problema, pero no sigue un proceso definido claramente. sus planteamientos iniciales no son tan específicos como en el enfoque cuantitativo y las preguntas de investigación no siempre se han conceptualizado ni definido por completo.

b) en la mayoría de los estudios cualitativos no se prueban hipótesis, sino que se generan durante el proceso y se perfeccionan conforme se recaban más datos; son un resultado del estudio.

c) el enfoque se basa en métodos de recolección de datos no estandarizados ni predeterminados completamente. tal recolección consiste en obtener las perspectivas y puntos de vista de los participantes (sus emociones, prioridades, experiencias, significados y otros aspectos más bien subjetivos).

d) el enfoque utilizado es el fenomenológico, “su propósito principal es explorar, describir y comprender las experiencias de las personas y descubrir los elementos en común de tales vivencias (Hernández, et al, 2014, p. 493).

Hernández, et al. (2014), refiere que el enfoque fenomenológico se fundamenta en las siguientes premisas:

- se pretende describir y entender los fenómenos desde el punto de vista de cada participante y desde la perspectiva construida colectivamente.

- se basa en el análisis de discursos y temas, así como en la búsqueda de sus posibles significados.

- el investigador confía en la intuición, imaginación y en las estructuras universales para lograr aprender la experiencia de los participantes.
- el investigador contextualiza las experiencias en términos de su temporalidad (momento en que sucedieron), espacio (lugar en el cual ocurrieron), corporalidad (las personas que las vivieron) y el contexto relacional (los lazos que se generaron durante las experiencias) (p 494).

3.2. Técnicas utilizadas

Se trata de una investigación cualitativa aplicada a las ciencias sociales, la cual incluye revisión bibliográfica, ello implica la revisión de libros de doctrina, anales de jurisprudencia, realización y tabulación de entrevistas y su ulterior valoración.

Esta tarea hermenéutica que es de interpretación de textos y entrevistas, identifica la investigación como tal.

Se utilizará como herramienta de recolección de datos la entrevista, Hernández, et al, (2014) la definen como, “una reunión para conversar e intercambiar información entre una persona (el entrevistador) y otra (el entrevistado) u otras (entrevistados)” (p. 403). Entre las características que se le atribuyen se encuentran:

- el principio y el final de la entrevista no se predeterminan ni se definen con claridad, incluso las entrevistas pueden efectuarse en varias etapas. es flexible.
- las preguntas y el orden en que se hacen se adecuan a los participantes.
- la entrevista cualitativa es en buena medida anecdótica y tiene un carácter más amistoso.
- el entrevistador comparte con el entrevistado el ritmo y la dirección de la entrevista.

- el contexto social es considerado y resulta fundamental para la interpretación de significados.
- el entrevistador ajusta su comunicación a las normas y lenguaje del entrevistado.
- las preguntas son abiertas y neutrales, ya que pretenden obtener perspectivas, experiencias y opiniones detalladas de los participantes en su propio lenguaje. (Hernández et al, 2014, pp. 403, 404).

La entrevista es la conversación cara a cara entre entrevistado y entrevistador, con el propósito de obtener información de relevancia sobre el tema en estudio. Se acude a especialistas en el área jurídica.

Con estas se pretende identificar el conocimiento que se tiene en la práctica sobre el tema de la objeción en conciencia o conciencia disidente, las ocasiones en que se ha aplicado y en general una visión jurídica - sociológica del problema.

La técnica que se pondrá en uso en el presente proyecto de investigación, será la entrevista a profundidad de operadores jurídicos, (jueces y abogados) que se desempeñan en el área del derecho penal.

Esta entrevista se caracteriza por ser amplia, abierta, en un ambiente tertuliano para el máximo aprovechamiento. Con ello se persigue que entre ambos se obtenga una empatía o integración asertiva que permite convertirse en una plática, sin perder de vista su esencialidad respecto al tema motivo de la investigación.

Otra técnica que se procederá a utilizar, será el estudio de casos mediante el análisis de la jurisprudencia tanto internacional como local, lo cual nos permitirá tener una visión más amplia sobre la resolución de causas por los tribunales penales en relación al el tema de estudio.

3.3. Selección del estudio

Este estudio pretende abarcar un total de ocho entrevistas, las cuales incluyen abogados penalistas litigantes, fiscales y jueces.

En cuanto a las entrevistas, se considera esencial conocer el punto de vista de cada uno de los entrevistados, ello por cuanto resulta importante en aras de determinar si desde su perspectiva visualizamos factores que permitan entender en mayor medida la investigación aquí propuesta.

La idea es analizar si en la práctica ha tenido alguna influencia la conciencia del autor del hecho delictivo, bien para justificar, disculpar, atenuar o dentro de los baremos de la pena, aplicar la dosis que corresponde, ello a la luz de la teoría del delito.

CAPÍTULO 4. ANÁLISIS DE RESULTADOS

4.1. Análisis e interpretación de resultados

De la revisión bibliográfica, no pudo determinarse en el periodo de estudio, resoluciones que trataron el tema de objeción en conciencia; bien bajo ese *nomen iuris* o asumiendo forma de error de prohibición. Para ello, se hizo una revisión exhaustiva de las decisiones de las altas cortes en materia penal (Tribunales de Apelación de la Sentencia Penal y Sala de Casación Penal). De la misma manera, fueron abordados diferentes operadores jurídicos heterogéneos, entre abogados en ejercicio liberal de la profesión, especialistas en derecho penal y jueces del ramo. Ello implicó la imposibilidad de un análisis sobre el tratamiento de la materia en la práctica forense costarricense.

La Sala Constitucional, en diversas oportunidades, ha analizado la objeción en conciencia, pero solamente en el plazo educativo, sobre el derecho de los educandos a recibir lecciones de religión.

Asimismo, existe una acción de inconstitucionalidad pendiente de resolver, dentro del expediente número 19-010502-0007-CO, a la cual se le dio traslado mediante resolución de las trece horas y cincuenta y tres minutos de veintisiete de junio de dos mil diecinueve y en la que se discute lo siguiente:

- (i) Se solicita se declare inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 41.722-S del 23 de abril de 2019, por estimarlo contrario a los artículos 21, 28, 33, 40, 51 y 75 de la Constitución Política, 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19 de la Convención sobre Derechos del Niño.
- (ii) Que dicho Decreto Ejecutivo No. 41.722-S se impugna en cuanto autoriza la venta libre y sin receta médica de la denominada “pastilla anticonceptiva del día después”.
- (iii) Que existe un riesgo inminente para la salud de las personas por la venta del citado medicamento sin receta médica, en tanto representa un riesgo de contagio de enfermedades de transmisión sexual e infecciones. Indica que en caso de violación, las ofendidas tendrán solución, vía emergencias, en la Caja

Costarricense de Seguro Social. Que no hay ninguna previsión, en el decreto impugnado, para la mujer –mayor o adolescente- cuyo cuerpo está en desarrollo, ni para aquellos casos en que el medicamento cause alergias u otras complicaciones. (iii) Aduce que la decisión que supuestamente justifica autorizar la venta sin receta, es que las primeras doce horas luego de la relación sexual son las más críticas; sin embargo, el accionante cuestiona tal justificación, pues indica que esta parte de la suposición que las personas comprarán la pastilla luego de tener relaciones sexuales, cuando lo más lógico es suponer que la comprarán de previo a tener relaciones, por lo que no existiría tal situación de emergencia. (iv) Que existen dudas en la comunidad científica mundial y que no hay un criterio intersubjetivo de consenso entre los especialistas, en el sentido de si la pastilla es abortiva o no. (v) Que, en consecuencia, al autorizarse la venta libre del medicamento, sin requerirse previa receta médica, al punto de poder ser adquirido por adolescentes sin límite de edad cuantas veces quieran, supone un riesgo para su salud. Considera que se infringen los derechos consagrados en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Estima, además, que se violenta el derecho a la vida de toda persona no nacida por inexistencia de evidencia científica contundente de que la referida pastilla no es abortiva, así como el derecho a la salud de los grupos vulnerables adolescentes, por el posible incremento de enfermedades de transmisión sexual (por el presumible desuso de condones) y de infecciones y otras complicaciones médicas. (vi) Que adicionalmente, que la norma impugnada obliga a los profesionales en medicina, médicos generales, ginecólogos y farmacéuticos a recetar esa pastilla y autorizar su venta, quienes no podrán negarse a recetar, dispensar o vender el medicamento. (...) (vii) Se Sostiene que es un derecho de tales profesionales, en uso de su libertad de conciencia, de su libre pensamiento y convicción científica perita, negarse por razones de conciencia a recetar, expedir o vender ese medicamento. Expresa que lo anterior es la objeción de conciencia por razones no religiosas sino periciales o científicas.

Esta acción a la fecha de presentación de este documento se encuentra pendiente de resolver y tiene otras dos acciones acumuladas, las número 190153400007CO y 190140400007CO. (Poder Judicial, s.f.).

El citado Decreto Ejecutivo, dispone en su artículo primero:

Se permite la dispensación de los anticonceptivos orales de emergencia, sin prescripción médica, entendiéndose éste como aquel anticonceptivo hormonal que es administrado por vía oral y que para ser efectivo debe tomarse dentro de las primeras 72 horas después de una relación sexual sin protección, o por falla de otro método anticonceptivo.

Los facultativos a través de la citada acción, le hacen muchos reproches, los cuales se encuentran descritos en el auto de curso de la acción. Ellos al no obedecer tal decreto, se expondrían a sanciones y, en virtud de ausencia de autorización expresa para disentir, interponen una acción de inconstitucionalidad. La reacción es porque la venta sea libre de receta.

Ahora bien, con respecto a las entrevistas, de manera unánime consideran que la objeción en conciencia es un derecho fundamental.

Hay coincidencia de que se vincula directamente con el error de prohibición culturalmente condicionado. Es decir, la cultura influye de alguna manera en la formación de la conciencia de las personas.

Asimismo, existe coincidencia en que la objeción en conciencia tiene impacto en la teoría del delito. Uno de los entrevistados señaló que debe hacerse desde la culpabilidad, siguiendo el concepto normativo. Otro que debería analizarse incluso desde la antijuridicidad.

Además, hay concierto en que no se ha ventilado la objeción en conciencia en la práctica forense habitualmente. Algunos señalan antecedentes remotos relacionados con una sentencia donde se aplicó el criterio del error de prohibición culturalmente condicionado. Un caso en Talamanca donde se alegó por parte de la defensa, sin saberse resultados. Otro entrevistado manifiesta la existencia de un proyecto de ley que trató de regular la materia.

Impresiona la ausencia de antecedentes de la jurisprudencia penal de supuestos de objeción en conciencia y su impacto en los estratos de la teoría del delito.

Hay coincidencia entre los entrevistados de la íntima relación entre la conciencia disidente y el error de prohibición culturalmente condicionado.

De lo anterior, se logran extraer los siguientes resultados: (i) Existe claridad en el concepto de la conciencia disidente. (ii) Hay consenso en que se trata de un verdadero derecho fundamental. (iii) Concurren en que es un tema que debe analizarse desde la teoría del delito. (iv) Hay una íntima vinculación entre el error de prohibición culturalmente condicionado y la objeción en conciencia.

CAPÍTULO 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones

La objeción en conciencia es un derecho. Su reconocimiento esta en la interpretación armónica de los artículos 28 y 75 de la Constitución Política. En la medida en que se reconoce la libertad de conciencia y la libertad de religión a los habitantes de la República.

A nivel comparado la Gran Sala de la Corte de Estrasburgo reconoció por primera vez la autonomía de la objeción de conciencia, como desprendimiento de la libertad de conciencia, criterio que mantuvo en casos subsiguientes, lo cual marca una tendencia a su reconocimiento como derecho fundamental en dicho fuero judicial. (Cfr. “Ercep vs. Turquía”, Aplicación No 43.965/04, decisión del 22 de noviembre de 2011, “Savda vs. Turquía”, Aplicación No 42.730/2005, decisión del 12 de junio de 2012, “Tarhan vs. Turquía”, Aplicación No 9078/2006, decisión del 17 de enero de 2012, Buldu vs. Turquía, Aplicación No 14.017/08, decisión del 3 de septiembre de 2014).

La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo: “...Que la libertad de pensamiento, conciencia y religión es uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática y que la religión es un elemento vital, mientras que remarcó cómo “el pluralismo indisociable de una sociedad democrática, que fue ganado a diario a lo o largo de los siglos, depende de ella...” (CEDH, 2013, párrafo 79).

Entre el periodo en estudio comprendido en los años 2010-2018, no se han encontrado antecedentes jurisprudenciales relacionados con la objeción en conciencia desde la perspectiva del derecho penal.

La razón de ello es porque no existe una regulación en la materia, lo cual hace necesario legislar sobre ella. Se encuentran referentes en el Código Deontológico médico y algunas convenciones internacionales, aunque en el último de los casos, con un sesgo importante hacia el tema del servicio militar obligatorio.

Los que se han ocupado del tema, señalan que, la objeción en conciencia podría ser analizada desde la antijuridicidad y desde la culpabilidad cuando exista un conflicto insalvable para su conciencia ética que le produzca una presión motivacional subjetivamente insoportable.

Ahora bien, la doctrina ha ido elaborado un test de la ponderación, que permite sopesar en una balanza la jerarquía de los bienes jurídicos en tensión. Sin descuidar de la misma manera, que ello no afecte los fines de la pena, especialmente los especiales preventivos, cuando hay riesgo de repetición de la conducta.

En la medida de que el sujeto activo del delito, se ampare en las normas positivas que en casos concretos le conceden la posibilidad de la objeción en conciencia, habrá un análisis de ella a nivel de la antijuridicidad. En los otros eventos, será desde el punto de vista de la culpabilidad.

Los expertos consultados concurren en que la objeción en conciencia es un derecho fundamental. Que tiene su génesis en el principio de libertad de conciencia y en la dignidad humana. La literatura se decanta hacia esa posición.

Al no tenerse antecedentes jurídicos penales de la aplicación de la objeción en conciencia, se obtienen las conclusiones a partir de la revisión bibliográfica y la entrevista de expertos.

La objeción en conciencia debe tratarse con la seriedad que demanda la protección de un derecho fundamental. No tratarlo, como señala una autora, como una simple desobediencia a una

ley, pues ese disentimiento hunde profundamente sus raíces en la dignidad de las personas, sus creencias religiosas, su filiación filosófica.

Este tema cobra gran importancia pues Costa Rica no es solo país de paso, muchos extranjeros que se enrumban a Estados Unidos y ante el cierre de las fronteras, han encontrado en este país su hogar. Ellos han traído sus tradiciones, sus costumbres, sus creencias religiosas, filosóficas. Por ello, Costa Rica es un país donde convergen varias nacionalidades y culturas.

El conflicto de derechos la tesis de la ponderación.

El respeto por la libertad de conciencia y su correlativo derecho a la conciencia disidente, obliga a que el Estado no imponga sus propias convicciones. Cuando surge un conflicto, entre la libertad de conciencia y la norma concreta, debe recurrirse al criterio de la ponderación de intereses.

Al respecto, el sistema jurídico alemán adoptó tres principios básicos para resolver los casos en los que hay que realización el criterio de ponderación:

...sistema jurídico alemán adoptó para los casos de conflicto una técnica de ponderación de derechos que se basa en tres principios básicos: 1) el principio de idoneidad o adecuación; 2) el principio de necesidad y 3) el principio de ponderabilidad o prohibición en exceso. El juez aplicador deberá utilizarlos de manera escalonada.

Según el principio de idoneidad, deberá verificar si la acción del objetor supone realmente una restricción a un derecho fundamental de un tercero.

Luego, según el criterio de necesidad habrá de verificar si no hay otra manera de ver satisfecha las pretensiones de las partes sin necesidad de restringir el derecho de ninguna.

Por último, en caso de concluir que existe la necesidad imperiosa de limitar el derecho ajeno, habrá de estudiarse el grado de sacrificio que se exige al bien jurídico que debe ceder.

Para Roxin (2006), citado por Montano (2017): "...no procede siempre la ponderación, porque la conciencia debe ceder ante determinados delitos. Así, no puede anteponerse si se afecta la existencia (independencia e integridad) del Estado, su seguridad y sus supremos principios constitucionales" (p. 947).

En consecuencia, cuando una persona realiza una conducta con motivos de conciencia, afectando bienes jurídicos individuales, vulnera a su vez derechos fundamentales de otras,. En tal caso, la regla de ponderación cobra vigencia debiendo definirse cuál derecho fundamental goza de preeminencia (Montano, 2017)

5.2 Recomendaciones

Propuestas de legeferenda.

De acuerdo con los resultados de la investigación, la objeción en conciencia tiene la calidad de un derecho fundamental, derivado del principio de libertad de conciencia y en esa medida se reconoce a las personas que, ante conflictos con una norma con sus propias creencias, convicciones e ideología, puedan apartarse de sus mandatos y prohibiciones, realizando un juicio de ponderación, entre los bienes jurídicos involucrados en el conflicto.

En los supuestos expresamente establecidos por ley, donde se reconoce la objeción de conciencia, no resulta problemático aplicar reglas relativas a la antijuridicidad. No obstante, es en el terreno de lo no normado donde aparecen las dificultades de su aplicación y que generalmente impactan a nivel de culpabilidad.

Por ello, el Estado lejos debe estar de establecer restricciones ilegítimas a la libertad. En este sentido, el legislador debe adoptar medidas para asegurar a las personas el pleno goce y ejercicio de a libertad de conciencia, tal y como lo establece el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Es evidente que dicho derecho no se encuentra garantizado para todos los casos de manera legislativa, se hace indispensable se emita regulación al respecto, por medio de una ley de la República.

La doctrina se decanta hacia esta posición, con el condicionamiento de que la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación de los estados de garantizar legislativamente los derechos y libertades:

Frente a la tesis que sostiene que en el ordenamiento solo existen las modalidades de objeción específicamente reconocidas, la tesis de la existencia de un derecho general a objetar con base en la libertad de conciencia presenta la indudable ventaja de no cerrar el catálogo de objeciones posibles: cualquiera puede, en principio, invocar objeción frente a un deber jurídico que a su conciencia le repugne. Pero también tiene una desventaja, pues, al faltar la regulación de la objeción, quedan abiertas o sin resolver cuestiones importantes relativas a su ejercicio. En particular (aunque desde luego no solo), pueden surgir dudas sobre cómo y cuándo debe formularse la objeción, o sobre qué deberes específicos (es decir, qué acciones o prácticas) pueden objetarse y qué control cabe hacer sobre la objeción (Gascón Abellán, 2019).

Desde la anterior perspectiva, queda descartada la conciencia disidente como una causal de exclusión de la culpabilidad, cobijada bajo el alero de la inexigibilidad de otra conducta u otra

forma de error de prohibición (culturalmente condicionado). Ya que en su representación fáctica, no llena los envases del error. Existe conocimiento del tipo prohibitivo, no obstante, no lo admite, como una forma de rebeldía social o, en ocasiones, por un determinismo cultural, pero siempre conociendo el tipo prohibitivo.

Por ello, la propuesta es, además, que la conciencia disidente, sea analizada desde una perspectiva de la pena. Cuando el dispositivo 71 inciso d) del código penal, habla sobre la calidad de los motivos determinantes, debe sopesarse si han sido cometidos, bajo la regla de la conciencia disidente y ser analizado bajo la óptica de una atenuante. Ya que desde la perspectiva de la prevención general y especial, se trata de un individuo que disiente de la legitimación de la norma como motivo para apartarse de ella.

En este sentido, se hace la siguiente propuesta de *legeferenda*:

Refórmense los incisos b) y d) del artículo 71 y agréguese un párrafo al 79 del Código Penal, para que diga de la siguiente manera:

“b) La importancia de la lesión o del peligro, si han mediado en el autor convicciones morales, éticas, religiosas, siempre y cuando no se trata del bien jurídico vida, integridad física, libertad.

(...)

d) La calidad de los motivos determinantes. Cuando el hecho haya sido realizado bajo conciencia disidente u objeción en conciencia;

“ARTÍCULO 79.- Error de derecho no invencible, exceso en las causas de justificación y conciencia disidente.

En los casos de error no invencible a que se refiere el artículo 35 o en los de exceso no justificado del artículo 29, la pena podrá ser discrecionalmente atenuada por el juez.

De la misma manera se procederá, cuando el autor haya actuado bajo motivos de conciencia disidente, siempre que esta no lo sea en detrimento de derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la salud.”

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acta de Consejo Superior del Poder Judicial de Costa Rica N° 060 – 2019. Disponible en: https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/act-1-0003-3772-17#_ftn2.
- Álvarez Gálvez, Iñigo (2017). Algunas notas sobre el concepto de objeción de conciencia. *Revista Atenea* (Concepción) N° 516. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-04622017000200121>.
- Álvarez Medina, Adolfo (1996). Los testigos de Jehová y la cuestión de la sangre. El aspecto religioso implicado. *Revista Latinoamericana*. Costa Rica: Derecho Médico y Medicina. Legal.
- Arboleda Ramírez, Paulo Bernardo (2014). El Estado Social de Derecho en la jurisprudencia constitucional. *Revista Suma Iuris*, Vol. 2, Núm. 1 p. 26. Disponible en: <https://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/summaiuris/article/view/1216/1108>
- Arce Acuña, Angie (2014). *El Bien Jurídico*. San José: Investigaciones Jurídicas.
- Arce y Flores-Váldez, Joaquín (1990). *Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional*. Madrid, España.
- Arias, Beglia y Gauna, R. (1987). *Código Penal y Leyes Complementarias*. 2° edición actualizada. Buenos Aires: Editorial Astrea,
- Armaza Galdós, Julio (1993). El error de prohibición. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 50, Lima, Perú.
- Armijo Sancho, Gilbert Antonio (1992). *El Control Constitucional en el Proceso Penal Costarricense*. San José, Costa Rica: Editec Editores.
- Asamblea Legislativa de Costa Rica (1996). Ley sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. No 7600.
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. *Código procesal penal* N° 7594.
- Asamblea Legislativa. Constitución Política de Costa Rica.
- Bacigalupo, Enrique (1985). *Lineamientos de la Teoría del Delito*. San José, Costa Rica, Editorial Juricentro.
- Bacigalupo, Enrique (1987). Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Argentina:
- Bustos Ramírez, Juan (s.f.). Los principios básicos garantistas de un derecho penal democrático. *Revista de Ciencias Penales*, N° 8. Santiago de Chile: Universidad de Chile.

- Cabanellas, Guillermo (1968). *Diccionario de Derecho Usual*. Tomo II. Buenos Aires: Bibliográfica OMEBA.
- Cabanellas, Guillermo (1981). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Edición Ed. Heliasta.
- Campos, Bidart y German, J. (1989). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. T. I, el Derecho Constitucional de la Libertad. Buenos Aires: Ediar.
- Carranza, Elías y otros (1988). *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*. San José: Ilanud.
- CastánTobeñas, José (1976). *Los Derechos del Hombre*. 2 Ed. Madrid: Editorial Reus.
- Castillo, Francisco (1999). *El dolo*. San José, Costa Rica: Juritexto.
- Colegio de Médicos (2016). *Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica*. San José: Costa Rica.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Creus, Carlos (1988). *Derecho Penal*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- Cuello Calón, Eugenio (1961). *Derecho Penal*. México: Editora Nacional.
- Chan Mora, Gustavo (2013). *El error de prohibición culturalmente condicionado*. San José: Editorial Jurídica Continental.
- Chirino Sánchez, Alfredo (1996). Acerca del principio de oportunidad e insignificancia del hecho, en: *Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*. San José, Costa Rica: Corte Suprema de Justicia, Asociación de Ciencias Penales.
- Chirino y Salas (2004). *La Legítima Defensa*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas.
- DallAnesse Ruiz, Francisco (2002). *El Dolo*. III Ed. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas.
- De La Rúa, Fernando (1980). *Proceso y Justicia*. Buenos Aires: Ediciones Lerner.
- Díaz Arias, David Gustavo (2017). *El crimen de Viviana Gallardo*. San José, Costa Rica: Vicerrectoría de Investigación. Centro de Investigaciones Históricas de América Central. Disponible en: <https://cihac.fcs.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/2017/10/D%C3%ADazArias-El-Crimen-de-Viviana-Gallardo>.
- Díaz, Miguel y García Conlledo (1999). Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error. En *Cuestiones Actuales de la teoría del delito*. Madrid: Editorial Mc Graw Hill.

- Dorado Montero, Pedro (1901). *Estudios de Derecho Penal Preventivo*. Madrid: Victoriano Suárez.
- Dorado Montero, Pedro (1915). *El Derecho Protector de los Criminales*. Madrid: Librería V. Suárez.
Editorial Hammurabi.
- Escola, Héctor Jorge (1973). *Tratado general del procedimiento administrativo*. Buenos Aires Depalma.
- Fariñas Matoni, Luis M. (s.f.). *El derecho a la intimidad*. Madrid: Editorial Trivium.
- Ferrajoli, Luigi (1992). “Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales”. *Revista de Ciencias Penales*, N°4 Año 5.
- García Pelayo y Gross (1991). *Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado*. 15° Edición. México Ediciones Larousse.
- García, E. y Fernández, Ramón T. (1977). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Madrid: Editorial Civitas, 1977.
- GimbernatOrdeig, Enrique (1990). *Estudios de Derecho Penal*. 3ª edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- González- Cuellar Serrano, Nicolás (1990). *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Editorial Colex.
- Heinrich Jescheck, Hans (1978). *Tratado de Derecho Penal*. T. I y II. Barcelona: Bosch Casa Editorial.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado., & Baptista Lucio, M. (2014). *Metodología de la investigación* (sexta Ed.). México: Mc Graw Hill.
- Hernández Sampieri, Roberto (2014). *Metodología de la investigación*. Sexta edición. México: Cámara Nacional de la Industria.
- Hernández Valle, Rubén (1979). *Derecho a la Vida, la Libertad y la Seguridad Personal, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Asociación Costarricense Pro Naciones Unidas*. Costa Rica: Ed. Juricentro.
- Hernández Valle, Rubén (1990). *La tutela de los Derechos Fundamentales*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.
- Hernández Valle, Rubén (1992). *Los Principios Constitucionales*. San José, Costa Rica: Corte Suprema de Justicia: Escuela Judicial.

- Ibañez, Andrés, trad. (1995) *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Issa El Koury, Henry (1990). "Límites del Control Social a Través del sistema Penal". *Revista de Ciencias Penales*. Año 2. N° 3.
- Jiménez de Azúa (1954). *La ley y el delito*. 2° Ed. España: Editorial Hernos.
- Jiménez de Azúa (1966). *La pena de muerte*. En *El Criminalista*. Buenos Aires.
- La protección internacional de la objeción de conciencia: análisis comparado entre sistemas de derechos humanos y perspectivas en el sistema interamericano (2016). *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 9. Disponible en DOI: <http://dx.doi.org/10.12804/acdi9.1.2016.07>.
- Levene, Ricardo (1981). *El debido proceso penal y otros temas*. San José: Ilanud y Corte Suprema de Justicia.
- Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales N° 8968* (2011).
- Linares, Juan Francisco (1970). *Razonabilidad de las Leyes*. 2° edición. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Londoño Lázaro, María Carmelina y Acosta López, Juana Inés (2016). La protección internacional de la objeción de conciencia: análisis comparado entre sistemas de derechos humanos y perspectivas en el sistema interamericano. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 9. Disponible en: DOI: <http://dx.doi.org/10.12804/acdi9.1.2016.07>.
- Londoño, Berrío (1982). *El error en la moderna teoría del delito*. Bogotá: Temis.
- Luzón Peña, Diego Manuel (2013). Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción. In *Dret*, 1.
- Luzón Peña, Diego Manuel (2014). Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción. *Revista de Derecho*. N° 17. Alcalá, España.
- Llobet, Javier (2000). Principio de insignificancia y criterio de oportunidad reglado. En *Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada, Problemas prácticos e ideológicos de un proceso penal eficiente*. San José, Costa Rica: Ediciones Jurídicas Areté.
- Manzini, V. (1957). *Tratado de Derecho Penal*. T. 7, Vol. II, Buenos Aires: Ediar Editores.

- Marcó del Pont, L. (1988). "El impacto de la criminalidad de cuello blanco". *Revista de Ciencias Jurídicas* N°60.
- Martos, A. (1987). "El principio de intervención penal mínima". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, t. 40 fascículo I, Madrid: Ministerio de Justicia.
- Mendoza Perdomo, Juan Francisco (2012). *Alcances penales de la objeción de conciencia del médico en el aborto lícito en Colombia*. Colombia: IUSTA. Disponible en: <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/1083/1318>.
- Montano, Pedro J. (2017). La objeción de conciencia como causa de justificación. En *Rev. Derecho*. N°15 Montevideo. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.22235/rd.v1i15.1379>.
- Montano, Pedro J. (2017). La objeción de conciencia como causa de justificación. En *Revista de Derecho*. Montevideo: Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho. *Rev. Derecho* N°15 Disponible en: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S23931932017000100113.
- Mora Mora, Luis Paulino (1992). *Garantías Constitucionales en relación con el Imputado, Intervención en la Segunda Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal, celebrada en San Salvador*. El Salvador, del 14 al 17 de julio.
- Muñoz Conde, Francisco (2004). *Teoría General del Delito*. Segunda Edición. Bogotá: Colombia.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes (2007). *Derecho Penal. Parte General*. 7ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, Hugo Alfonso (1979). *Derecho a no ser sometido a torturas o tratamientos crueles. La Declaración Universal de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: Asociación Costarricense Pro-Naciones Unidas, Editorial Juricentro.
- Naciones Unidas (2015). *Declaración Universal de Derechos Humanos*.
- Nietzsche (1924). *The Twilight of the Idols*, trad. ingl. de Ludovici, Complete Works ed. O. Levy vol. XVI, pág. 109 (La traducción ha sido ligeramente alterada).
- Núñez, Ricardo. La cuestión de los delitos y contravenciones. Su base constitucional. "Opúsculos de Derecho Penal y Criminología", Argentina Marcos Lerner Editora Córdoba, N°6 .

- Oguilve Vargas, Gabriel y Monge Rodríguez, Mauren (2018). *La protección de la dignidad humana en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Tesis de grado optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica.
- OIT (1989). Convenio No 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo.
- ONU (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pau Agulles Simón (2006). *La objeción de conciencia farmacéutica en España*. Roma: PUSC. Disponible en: http://eticaepolitica.net/bioetica/pa_obj_cos%28es%29.htm.
- Prieto Sanchís, Luis (2006 y 2019). Libertad y objeción de conciencia. *En Persona y Derecho*, núm. 54/1. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27894>.
- Recasens Siches, Luis (1952). *Vida Humana, Sociedad y derecho. Fundamentación jurídica de la Filosofía del derecho*. 3º edición. México: Editorial Porrúa.
- Recasens Siches, Luis (1986). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. 9º edición, México: Editorial Porrúa.
- Romero Pérez, Jorge E. (1988). “El Debido Proceso garantía constitucional”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. N°61.
- Ruiz del Castillo, Carlos (1939). *Manual de Derecho Político*. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- Sagués, Néstor (1989). *Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1989.
- Salazar Badilla, Ana Isabel (1988). *El Debido Proceso, su Tutela Constitucional*. Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.
- Sánchez Cruzat, J.M. Bandres (1992). *Derecho Fundamental al Proceso Debido y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Aranzadi.
- Schöne, Wolfgang (1992). *Acerca del Orden Jurídico Penal*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro.
- Soler, S. (1978). *Tratado de Derecho Penal argentino*. 8º Reimpresión. Tomo IV. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- Spencer, Justice (1981). *Trad. La Justicia*. Madrid: La España Moderna.

- Testigos de Jehová y transfusión sanguínea. Reflexión desde una ética natural.* Disponible en:
<http://www.scielo.cl/pdf/rhog/v71n4/art10>.
- Thompson, José (1991). *Las garantías penales y procesales en el derecho de los derechos humanos*. San José, Costa Rica: Ilanud, Departamento de Capacitación.
- Vásquez Martínez, Edmundo (1992). *Derechos Fundamentales y Justicia Penal*. San José Editorial Juricentro.
- Velázquez, Fernando (2010). *Manual de Derecho Penal*. 4ª edición. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales.
- Wessels, Johannes (1980). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Wikipedia (s.f). La familia. Disponible en:
[https://es.wikipedia.org/wiki/La_Familia_\(Costa_Rica\)](https://es.wikipedia.org/wiki/La_Familia_(Costa_Rica)).
- Ymeri, Fabian S. (1965). *Criminología, Política del Estado en la Legislación Penal*. Guatemala: Editorial Autores Nacionales.
- Zaffaroni, E. Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2000). *Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1986). *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 5º edición, Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1992). El Aumento de las Penas en Costa Rica. *Revista de Ciencias Penales*. Año 4, N°5, marzo-junio.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1992). Política Criminal y Derechos Humanos en América Latina. De la "Seguridad Nacional" a "La seguridad Ciudadana". En *Consideraciones en Torno a Una Nueva Política Criminal en Centroamérica y Panamá*. San José, C.R.: Ilanud.

Jurisprudencia

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2005). Informe N° 43/05. Caso 12.219. Fondo Cristián Daniel Sahli Vera y otros. Chile.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950).

Corte Constitucional de Colombia. Opinión Jurídica N° 100 - J del 23/10/2018.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-388/09.

Dirección Nacional de Notariado. Acuerdo 2020-001-006. Tomado en sesión ordinaria N° 001-2020 Del 9 de enero del 2020.

Informe a la Sala Constitucional. Expediente 08-005614-0007-CO.

Magistratura Constitucional. Resolución N° 16099-2008.

Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica N° OJ-100-2018.

Procuraduría General de la República. Voto N° 2002-08557.

Sala Constitucional N° 14677 – 2019

Sala Constitucional N° 17344 – 2019.

Sala Constitucional N° 2012-10456.

Sala Constitucional Voto 5758-94.

Sala Constitucional voto N° 525-93.

Sala Constitucional votos números 1739-92 y 3834-92.

Sala Constitucional, en resolución N° 2008-011623.

Sala Constitucional, resoluciones: N° 08557–2002, N° 13421–2008, N° 10456 – 2012, N° 10456–2012, N° 17215-2018, N° 3943-2018, N° 4516-2018. San José: Costa Rica.

Sala Constitucional, voto #525-93.

Sala Constitucional. Precedente número 2008-3924.

Sala Constitucional. Sentencia 2020-001619.

Sala Constitucional. Sentencia número 1428-96.

Sala Constitucional. Voto 1465.

Sala Constitucional. Voto 525-1993.

Sala Constitucional. Voto N° 3003- 92.

Sala Constitucional. Voto N° 2012-10456).

Sala Constitucional. Voto N° 972-1990.

Sala Constitucional. Voto N°1261-1990.

Sala de Casación Penal sentencias 218-F-1990, 562-F-1992.

Sala de Casación Penal. Sentencia número 131.

Sala III N° 272/2008.

Sala III. Sentencia 561-F-1993.

Sala III. Sentencia N° 446-F-1992.

Sala Segunda del Tribunal Constitucional Español. Sentencia número 177/1996.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 446-F-92.

Sala Tercera de la Corte. Resolución N° 00364 – 2011

Sala Tercera de la Corte. Voto 00048.

Sala Tercera, V-013-F.

Sistema Interamericano. Corte Suprema de Justicia (2012). Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica.

Tribunal Constitucional español. Sentencia N°53/1985.

Tribunal Constitucional Español. Sentencia número 160/1987.

Tribunal Constitucional Federal Alemán (Sentencia BVerfGE 32, 98 (Negativa a prestar auxilio por motivos religiosos).

Tribunal Constitucional Federal Alemán (Sentencia de la Segunda Sala del 1 de abril de 1972 –2 BvR 75/71.

Tribunal de Casación Penal. Votos 805-F-96.

Tribunal Supremo de España. Recurso: Casación no 672/2007. Ponente: Sr. Soriano Soriano. Sentencia N° 1095/2007 de fecha 28/12/2007.

APÉNDICES

Apéndice A. Declaración Jurada

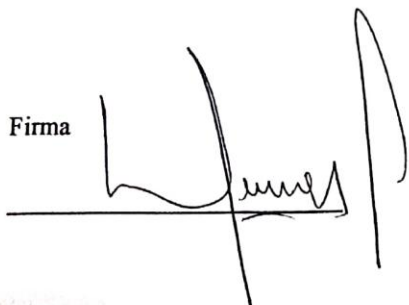
APÉNDICE A

Declaración Jurada

Yo Luis Eduardo Venegas Mora, mayor de edad, portador de la cédula de identidad número 5-183-719, estudiante de la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas, hago constar que conozco las penas y consecuencias con las que se castiga en el Código Penal el delito de perjurio, y ante la Universidad y ante quienes se constituyen en el Tribunal Examinador de mi Proyecto de Graduación para optar por el título de Maestría de Derecho con énfasis en Derecho Penal, declaro solemnemente que mi proyecto de investigación titulado “Un Análisis de la Objeción en Conciencia desde los Derechos Fundamentales y el Derecho Penal en Costa Rica”, es una obra original e inédita que ha respetado todo lo preceptuado por las leyes penales, así como la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos vigente y las normas éticas que toda investigación debe respetar de forma obligatorio. Asimismo, quedo advertido que la Universidad se reserva el derecho de protocolizar este documento ante notario público.

En fe de lo anterior, firmo en la ciudad de San José, a los 5 días del mes de Julio del 2020.

Firma

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Eduardo Venegas Mora', is written over a horizontal line. The signature is stylized and includes a large, vertical flourish on the right side.

Apéndice B. Formulario de la Entrevista

Se agradece el espacio de tiempo concedido para esta entrevista, la cual es de importancia total para la investigación que desarrollamos.

Nombre:

Sexo:

Edad:

Grado académico:

Actividad laboral:

Años de ejercicio profesional:

Área de desempeño de sus funciones laborales:

Preguntas.

¿Cómo concibe usted la objeción en conciencia?

¿Desde su perspectiva, podría considerarse un derecho constitucional?

¿La objeción en conciencia y el condicionamiento cultural, tienen alguna vinculación?

¿Tiene la objeción en conciencia, a su juicio, algún impacto en la teoría del delito?

¿Ha tenido usted la ocasión de conocer casos donde se aplique alegue la objeción en conciencia, ya sea bajo este nombre u otro?

¿A su juicio, que factores concurren para la formación de la conciencia disidente, podría ser uno de ellos el cultural?

Le agradezco nuevamente el espacio y la importancia dada a nuestra entrevista en esta investigación.

Apéndice C. Transcripción de las Entrevistas

Se trata de entrevistas a expertos, acerca del tema abordado, desde una perspectiva de la investigación cualitativa.

En este tipo de entrevistas, las preguntas son abiertas. El informador puede expresar opiniones. La importancia radica en lo poco escrutado que es el tema por la doctrina y jurisprudencia nacional y de cada entrevistado, se desea potenciar la información.

El tipo de informante al que va dirigida la entrevista, son jueces, académicos, abogados en ejercicio liberal de la profesión en el ramo penal.

Entrevista. 1.

FORMULARIO DE LA ENTREVISTA

Se agradece el espacio de tiempo concedido para esta entrevista, la cual es de importancia total para la investigación que desarrollamos.

Nombre: Rodrigo Araya Solano

Sexo: Masculino

Edad: 48 años

Grado académico: Licenciado en Derecho. Máster en Derecho Penal

Actividad laboral: Abogado Litigante. Profesor Universitario

Años de ejercicio profesional: 26 años.

Área de desempeño de sus funciones laborales: 26 años.

En la oficina del entrevistado en los Yoses, San José. A las 10 horas del 04 de enero del 2020, Lic Araya la dinámica consiste en la realización de una serie de preguntas sobre el tema ya indicado, las cuales le estaré formulando en forma ordenada, y grabando su posición al respecto.

Preguntas.

¿Cómo concibe usted la objeción en conciencia?

La objeción de conciencia es un derecho fundamental declarado por la Constitución Política y por los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, y básicamente lo que establece es el derecho que tiene un ciudadano, un ser humano, de poder actuar sin ninguna restricción, de

acuerdo con sus creencias o concepciones, tanto religiosas, morales como éticas. En una sociedad cualquiera, la misma se rige básicamente por 4 sistemas normativas (entendimos como sistemas de normas o conductas), a saber: La Religión, La Moral, La Etica y el Derecho (las leyes formales que contiene un Estado de Derecho. De allí que la libertad de conciencia es aquel derecho que tiene un ser humano de escoger en que cree, de tener la libertad de decirlo y expresarlo, y sobre todo, de actuar conforme a esa creencia o convicción, siempre dentro de los ámbitos señalados, el ámbito religioso, moral y ético. Sin embargo, la objeción de conciencia, es decir, ese actuar de acuerdo a mis convicciones y creencias, encuentra una limitación restrictiva en el ámbito del Derecho, o dicho de otra forma, en el ámbito de un Estado de Derecho en donde según el sistema normativo, dicha objeción de conciencia puede colisionar con alguna norma o precepto jurídico. La misma constitución política de Costa Rica y algunos tratados internacionales y doctrina, señalan como efectivamente este Derecho, como todo derecho, NO ES ILIMITADO, sino que puede ejercerse siempre y cuando no colisione con otro. En el caso concreto, el ciudadano puede actuar bajo una objeción de conciencia, siempre y cuando esta no sea contraria a la ley, es decir, siempre y cuando que una actuación bajo la objeción de conciencia no lesione una norma jurídica, que puede traducirse en el caso del derecho penal, en un bien jurídico tutelado. Por ejemplo, yo podría pertenecer, creer y ejercer mi derecho de pertenecer a una religión satánica, en donde un mandamiento de dicha religión sea el dar muerte a toda persona perjudique dicha creencia. En sentido amplio, yo no podría alegar como objeción de conciencia que, según mis creencias y mi religión, yo creo en matar personas y que esto sea beneficioso para la sociedad, entonces haya tenido el haber asesinado a una, dos o tres personas sea permitido o no sea punible, en un estado donde claramente Matar a Alguien esté tipificado como un delito. La objeción de conciencia entonces es un derecho fundamental para poder ejercer mis creencias, valores y convicciones en todo sentido, religiosas, morales, éticas, y con ellas desde la filosofía, humanismo y otras corrientes de pensamiento, pero en el ámbito de un Estado de Derecho, no serían ilimitadas y tendrían una limitante precisamente en la norma jurídica. Como tesis de principio considero que la objeción de conciencia, en caso de colisionar con la norma jurídica, no sería posible aducirla o alegarla como excusa o justificación de comportamiento. Ya dentro de una teoría del delito formal, la objeción de conciencia habría que ubicarla correctamente para determinar, en cada caso concreto, si podría configurar una eximente de imposición de condena y culpabilidad. La objeción de conciencia adquiere relevancia jurídico penal cuando mi objeción es una acción disidente, es decir, cuando actuó de manera contraria al ordenamiento jurídico, y debe entonces resolverse si dicha objeción es válida o no como eximente de la conducta que trasgredió la norma jurídico penal.

¿Desde su perspectiva, podría considerarse un derecho constitucional?

Desde mi perspectiva, es absolutamente claro que SÍ debe considerarse un derecho constitucional. En Costa Rica está consagrado en el artículo 28 de la Constitución, y está reconocida adicionalmente por los tratados internacionales de Derechos Humanos. Y así debe ser, porque la objeción de conciencia le permite a un ciudadano actuar conforme a sus creencias y convicciones, cambiar las que ya tiene, y poder libremente expresarlas y profesarlas. Esto es

fundamental en toda sociedad que se precie de democrática. Con la limitante únicamente de que el ejercicio de este derecho, está limitado por las normas jurídicas que podría vulnerar o que se le contrapongan. Debe tenerse claro que la objeción de conciencia se ejerce básicamente en tres ámbitos: a) en el ámbito de la conciencia, en cada ser, en cada persona, donde yo tengo derecho a elegir en qué creo y cuales son mis valores y convicciones; b) en la libertad de poder expresarlas sin ningún temor de represalias o discriminación y c) al llevarlas a la práctica con las actuaciones de cada ciudadano. Desde el ámbito meramente del Derecho, y del Derecho Penal, la objeción de conciencia encontraría una limitación a su ejercicio en el punto b señalado, cuando esa manifestación de creencia o convicción no lesione el Honor de otros ciudadanos difamándolos o calumniándolos, lo cual es prohibido por la ley penal (pues su trasgresión se castiga con la pena que se establece para los delitos de injurias, calumnias y difamaciones) y en el caso del punto c, cuando una acción basada en mi objeción de conciencia (una objeción que debe ser entendida como una actuación disidente), no lesione ningún bien jurídico tutelado no sea catalogada dicha acción como una acción criminal.

¿La objeción en conciencia y el condicionamiento cultural, tienen alguna vinculación? ES muy común que la objeción de conciencia se resuelva, dentro de la teoría del delito, como UN ERROR CULTURAMENTE CONDICIONADO, y se valore como EXIMIENTE de CULPABILIDAD. Sin embargo, CONSIDERO que la objeción de conciencia no debe encasillarse en ese estadio de análisis. La objeción de conciencia debe ser analizada de manera casuística. Y esto porque precisamente la objeción de conciencia puede provenir de un error culturalmente condicionado, pero no se agota ahí. No toda objeción de conciencia puede derivarse de un condicionamiento cultural; sino que puede ser fruto de reflexiones sobre algún tema específico de la vida. Así, en las relaciones sexuales que en algunas comunas indígenas se dan entre hermanos, padres e hijos, y entre familiares de primer grado, puedo alegar una objeción de conciencia basado en una decisión culturalmente condicionada, alegando precisamente que a pesar de conocer que dichas relaciones son prohibidas por el sistema jurídico, según mis creencias y convicciones, en razón de la comunidad indígena a la que pertenezco, dichas relaciones sexuales fortalecen los lazos familiares, la sociedad y la patria, por ello alegar dicha objeción como error de prohibición culturalmente condicionado es totalmente acertado, y podría ser un eximente de culpabilidad y por tanto, provocar una sentencia absolutoria en un juicio. Sin embargo, hay otros casos en donde la objeción de conciencia disidente, no proviene de un error culturalmente condicionado, sino de una decisión por reflexión o conveniencia; como por ejemplo el tema de las religiones en cuyos mandamientos prohíben las donaciones de sangre; y digo prohíben porque efectivamente provienen de reglas o mandamientos en donde supuestamente es pecado realizar transfusiones de sangre. En este caso concreto, no podríamos aplicar un error de prohibición exculpante, el error culturalmente condicionado, sino que tendríamos que recurrir, dentro de la teoría del delito, a otros estadios de análisis. En primer lugar, porque alegar como objeción de conciencia que en un determinado caso, por prohibir una transfusión de sangre a un hijo, el mismo falleció, siendo eventualmente responsable de un homicidio por omisión, esta decisión no estaría culturalmente condicionada, sino que sería

producto de mis creencias y convicciones religiosas adquiridas por ejemplo producto de la reflexión en la escogencia de la religión, por lo que habría que analizarla como un caso de ausencia de dolo directo, o un dolo eventual, o bien como un error de prohibición pero justificante, no exculpante, que podría decir el sujeto activo que su omisión de debió a que actuó bajo la creencia que actuaba bajo el ejercicio legítimo de un derecho, etc. Por ello, será caso a caso que deba analizarse una objeción de conciencia disidente dentro de la teoría del delito, y no encasillarla como únicamente un caso de error de prohibición exculpante, culturalmente condicionado.

¿Tiene la objeción en conciencia, a su juicio, algún impacto en la teoría del delito? La tiene, y deber ser parte de la teoría del delito, cuando encontramos casos de objeción de conciencia disidente, debidamente alegados por ciudadanos sometidos a un proceso penal. Debe tener impacto porque a través de una objeción de conciencia disidente debidamente alegada como eximente de tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad, puede llevar a la absolutoria de un ciudadano por un crimen cometido.

¿Ha tenido usted la ocasión de conocer casos donde se aplique o alegue la objeción en conciencia, ya sea bajo este nombre u otro? En mis 26 años de ejercicio profesional, solamente a un colega abogado particular lo escuché alegar, con ese nombre de objeción de conciencia, la inocencia de su cliente, ubicandola como un error culturalmente condicionado. Era yo defensor público en Bribri y ese juicio se hizo en limón, donde unos indígenas eran acusados del delito de lesiones, por una fiesta o chichada que se realizo en una comuna indígena y donde salieron heridos varios indígenas. El colega defensor pidió la absolutoria de su cliente con base en una objeción de conciencia. Solo 1 caso en 26 años de ejercicio en lo penal con ese nombre. En casos de objeción de conciencia utilizando el nombre técnico de error de prohibición exculpante, puedo recordar únicamente como 5 casos en 26 años. Como error de prohibición justificante, ningún caso (y es donde creo que más podría alegarse). En mis 26 años de ejercicio, nunca he tenido la oportunidad de alegarlo para un cliente.

¿A su juicio, que factores concurren para la formación de la conciencia disidente, podría ser uno de ellos el cultural? Sin lugar a dudas, la cultura es uno de ellos, que me parece el factor más fuerte, incluso mas que la reflexión o pensamiento, o decisión desinformada. Es la cultura el factor más determinante que podría llevar a un sujeto a actuar bajo una objeción de conciencia disidente.

Entrevista 2.**FORMULARIO DE LA ENTREVISTA**

Se agradece el espacio de tiempo concedido para esta entrevista, la cual es de importancia total para la investigación que desarrollamos.

Nombre: Luis Guillermo Araya Vallejos

Sexo: Masculino

Edad: 42 años

Grado académico: Master Derecho Penal

Actividad laboral: Juez de Juicio

Años de ejercicio profesional: 15 años

Área de desempeño de sus funciones laborales: Tribunal de Juicio Santa Cruz

En la Ciudad de San José. A las 17 horas del 16 de enero del 2020, Lic Araya Vallejos la dinámica consiste en la realización de una serie de preguntas sobre el tema ya indicado, las cuales le estaré formulando en forma ordenada, y grabando su posición al respecto.

¿Cómo concibe usted la objeción de conciencia?

Como un principio inherente al ser humano, en tanto deriva del derecho fundamental de la libertad de conciencia, estando el Estado obligado a regular los conflictos que se puedan presentar entre el deber de obediencia al ordenamiento jurídico y la actuación en conciencia, resguardando de esta manera el libre desarrollo de su personalidad, dignidad y conciencia. La objeción de conciencia como derecho constitucional ampliamente reconocido, permite al ordenamiento jurídico penal excluir la antijuricidad de la conducta en los casos en que el autor actúe sobre supuestos de una objeción en conciencia cobrando importancia la diferencia doctrinal de la figura del autor por convicción, la cual no merece ningún reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico penal a efectos de excluir la antijuricidad, quedando su tratamiento reducido al ámbito de fijación de la pena, lugar donde se podrían tomar en cuenta las consideraciones que tuvo el autor para actuar de esta manera.

De importancia resulta que el autor por conciencia se diferencia del autor por convicción, en tanto primero, actúa motivado por su conciencia, lo que le hace incompatible conducta con la exigida por el ordenamiento jurídico. Por su parte, el autor por convicción puede actuar motivado por su ideología política, encontrándose su conducta enfrentada con la comunidad política. El terrorista actúa por convicción.

¿Desde su perspectiva podría considerarse un derecho constitucional?

Absolutamente. Permite el desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y la libertad de conciencia, bienes jurídicos que el Estado debe promover. Podríamos señalar que se trata de un derecho constitucional basado en la autonomía de la voluntad siempre y cuando no genere un perjuicio a terceros, pues es un derecho que debe tener una frontera bien definida, y ello es hasta donde la norma constitucional deba permitir la objeción en conciencia

¿La objeción en conciencia y el condicionamiento cultural tienen alguna vinculación?

El condicionamiento cultural es una manifestación de la objeción en conciencia, en el tanto impide que el sujeto interiorice en algunos supuestos el ordenamiento jurídico general y deba el Estado solucionar los conflictos que se pueden presentar con las minorías disidentes, no pudiendo exigirle que ajuste su conducta al ordenamiento jurídico, excluyéndose con ello la antijuricidad de la conducta por exigibilidad. A criterio de Zaffaroni no puede exigirse a quién pertenece a una cultura o subcultura diferente que interiorice la norma prohibitiva, pese a conocerla. Bajo el supuesto ya conocido de las culturas indígenas nuestras, es evidente que no podríamos exigirles a ellos un comportamiento frente al ordenamiento jurídico en las mismas condiciones que al resto del pacto social, y ello es entendible pues el nivel de conocimiento y comunicación del mundo en que interactúan es absolutamente diferente o mas limitado desde la perspectiva informativa y de formación socio-cultural.

¿Tiene la objeción en conciencia, a su juicio, algún impacto en la teoría del delito?

En ordenamiento jurídico penal en dónde podríamos decir que cobra mayor relevancia la objeción en conciencia, habiendo desarrollado la doctrina toda una serie de teorías dirigidas a resolver los casos donde la objeción en conciencia entra en colisión con el deber de obediencia de las leyes, encontrando su principal desarrollo a nivel de la antijuricidad, la cual se excluye ante la presencia de los supuestos que la fundamentan. Aunque según mi entender es un tema que por lo sensible del mismo donde podría llegar a ser analizado desde otras perspectivas también, veamos que al tratarse de un derecho Constitucionalmente garantizado debemos tener cuidado de que el mismo no tienda a ser interpretado en forma abusiva, por ello no podrá permitirse que colisione con bienes jurídicos como la vida, por tanto considero que es un tema que por su naturaleza deberá ser analizado a la luz de la dosimetría penal

¿Ha tenido usted ocasión de conocer casos donde se aplique alegue la objeción de conciencia, ya sea bajo este nombre u otro?

Conozco el criterio de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia al resolver un caso de error de comprensión culturalmente condicionado, siguiente los postulados de Eugenio Raúl Zaffaroni.

Un caso en mi experiencia forense no he resuelto. Pero en forma específica sobre el mismo no tengo en este momento mayores detalles.

¿A su juicio, qué factores concurren para la formación de la conciencia disidente, podría ser uno de ellos el cultural?

Principalmente concurren convicciones éticas o morales profundas, que el sujeto considera inquebrantables so pena de ver conculcada su propia personalidad y dignidad humana.

Entrevista3.

FORMULARIO DE LA ENTREVISTA

Nombre: RONNY JOSE DURAN UMAÑA

Sexo: MASCULINO

Edad: 53

Grado académico: DOCTORADO

Actividad laboral: LITIGANTE Y CONSULTOR

Años de ejercicio profesional: 27

Área de desempeño de sus funciones laborales: PENAL, CIVIL, LABORAL, AMBIENTAL, FAMILIA, AGRARIO

En la oficina del entrevistado en San José. A las 15 horas del 04 de marzo del 2020, LicDuran Umaña la dinámica consiste en la realización de una serie de preguntas sobre el tema ya indicado, las cuales le estaré formulando en forma ordenada, y grabando su posición al respecto.

Preguntas.

¿Cómo concibe usted la objeción en conciencia? Antes de entrar al concepto de objeción de conciencia se hace impostergable recordar el contrato social desde el punto de vista esbozado por Rousseau, John Locke y Thomas Jobs en el sentido de que en principio el hombre era libre y es justamente cuando cede derechos a una sociedad emergente para procurarse su propia protección. Entonces debemos entender que adquirimos derechos y obligaciones en una sociedad como parte de ese contrato social. Hay situaciones desde el punto de vista éticorreligioso que no nos gusta o que no estamos de acuerdo, el servicio militar ejemplo clásico de la objeción de conciencia. Mi religión no me permite bajo ninguna circunstancia quitarle la vida a otro ser humano. Sin embargo, no todos los soldados sirven en una guerra para quitar vidas, sino cocinar, salvar vidas; médicos, ingenieros. Sin lugar la objeción en conciencia es una institución que se opone al contrato social.

¿Desde su perspectiva, podría considerarse un derecho constitucional?

Evidentemente, la libertad de pensamiento es un tema amparado constitucionalmente en Costa Rica y en muchos país que han tenido como base los principios de la revolución francesa, no obstante, como derecho no son absolutos. Ese cuestionamiento lo realizamos cuando una familia perteneciente a un grupo religioso equis de Pérez Zeledón se opuso a que su hija fuere vacunada contra una epidemia, desde este punto de vista era una cuestión de Salud Pública y se ponía en riesgo la sociedad como tal ante un eventual brote, por lo tanto la menor tenía que ser vacunada. E incluso en caso de estar infectada tenía que ponerse en cuarentena, violando con ello uno de los mal altos principios, libertad de tránsito, por lo cual considero que constitucionalmente no es aceptable.

¿La objeción en conciencia y el condicionamiento cultural, tienen alguna vinculación?.

Por supuesto que consideramos que la libertad de conciencia y el error culturalmente condicionado, tienen en común la firme creencia de que su posición es la correcta dentro de la vertiente que se decante. No obstante, podríamos decir que la diferencia podría ser que en la primera se conoce la prohibición normativa, pero por cuestiones éticas o religiosas no se hace mientras que la segunda el entorno hace que se disipe cualquier otra posibilidad ante lo normal de la conducta.

¿Tiene la objeción en conciencia, a su juicio, algún impacto en la teoría del delito?

Por supuesto que ha tenido una incidencia en la teoría del delito, pese a que algunas legislaciones como la colombiana estatuye en su constitución la Agrega la Constitución que “nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias, ni tampoco podrá ser compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”. Derivados, además, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 12. En otras convenciones internacionales, así tenemos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , artículo 18; Resolución 77 del 22/04/1998, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas , No obstante, y esto es relevante, no se trata de un derecho fundamental absoluto sino relativo, que se divide en varias instituciones y garantías que deben distinguirse , adecuadamente, de la siguiente manera, así es que se comienzan a diluir tal derecho cuando se tiene que instrumentalizar en el derecho interno.

¿Ha tenido usted la ocasión de conocer casos donde se aplique alegue la objeción en conciencia, ya sea bajo este nombre u otro?

Por supuesto que se ha tenido, casos en que se ha alegado: casos en las que no aceptan la atención médica por cuanto no consideran la transfusión de sangre como posible.

¿A su juicio, que factores concurren para la formación de la conciencia disidente, podría ser uno de ellos el cultural?.

Si admitimos como afirmativa dicha pregunta tendríamos que arribar a la conclusión de que no hay diferencia entre: una conciencia disidente; que atañe a una particularidad personal del sujeto que por su costumbre comete un hecho delictuoso sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión o su capacidad se encuentra disminuida. Y en el otro supuesto cuando el sujeto que por su cultura comete el hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto

Entrevista 4.**FORMULARIO DE LA ENTREVISTA**

Nombre: Edwin Duarte Delgado

Sexo: Masculino

Edad: 51 años

Grado académico: Maestría y estudios de doctorado.

Actividad laboral: Derecho Penal

Años de ejercicio profesional: 25 años

Área de desempeño de sus funciones laborales: Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional

En la oficina del entrevistado en Ciudad Neily. A las 13 horas del 20 de mayo del 2020, Lic Duarte Delgado la dinámica consiste en la realización de una serie de preguntas sobre el tema ya indicado, las cuales le estaré formulando en forma ordenada, y grabando su posición al respecto.

Preguntas.**¿Cómo concibe usted la objeción en conciencia?**

Desde mi punto de vista, proviene del reconocimiento de la dignidad humana. Desde una perspectiva antropológica, la persona es un ser autónomo, como criatura hija de Dios con fines propios, lo cual le garantiza una zona de franquía. En esta zona de libertad, anida la de libertad de conciencia. El ser humano, como ser social, va formando su visión del mundo a partir de su cultura. Ahí nacen sus creencias religiosas, filosóficas, sobre lo que debe ser. En este sentido, no encontramos en la Constitución Política o en las leyes nacionales, definición alguna del concepto. En el código procesal penal, por ejemplo y solo para citar un caso, encontramos referencias a la libertad de creencia - diría yo de conciencia - a la hora de aplicar medidas de coerción sobre el cuerpo de la persona imputada, esto en el artículo 88. Lo mismo que a la hora de prestar juramento, manda a legislación procesal penal a respetar la libertad de credo del declarante. Como se ve, existen referencias, las cuales dicen sobre la existencia de dicho derecho. Eso es, un derecho.

Ahora bien, como concibo la objeción en conciencia, que es lo que me pregunta. Cuando existe una disensión grave en un caso concreto, entre el cumplimiento de un mandato legal y las creencias de una persona, y cuando esa persona pone por encima de la ley esas creencias, es ahí cuando hablamos de objeción en conciencia.

Pero no es simplemente cualquier creencia. Es una pauta de conducta, de pensamiento. Parte del principio de autodeterminación ética. En un país como Costa Rica que es refugio para personas perseguidas políticas, de que huyen de la violencia de sus países y de los que la atraviesan constantemente en búsqueda del sueño americano y que terminan quedándose en Costa Rica por alguna razón, la convierten en una nación pluricultural.

Y es ahí, creo yo que adquiere significado o relevancia analizar los temas de la objeción de conciencia, sobre todo cuando ello tiene alguna implicación punitiva. Solo pienso en la cultura Rastafari. Pensemos en esta comunidad donde no solo consumen el “Ganja” o marihuana, entre ellos en sus reuniones, se hacen pequeñas donaciones de droga para consumirlas en el acto, lo que eventualmente podría encajar en algún tipo delictivo de tráfico de drogas, dentro del tráfico no se descarta la donación. ¿Me planteo, es esto objeción en conciencia?

No digamos ya, un error culturalmente condicionado. Pues supongamos y partimos del hecho de Rastafarios radicados en Costa Rica. Pero su religión, su cultura rinde culto al consumo del cannabis. Bueno, eso da que pensar.

¿Desde su perspectiva, podría considerarse un derecho constitucional?

Hay un tema que me gusta y es el de autodeterminación ética. Esa esfera de las personas, donde goza de libertad, en la medida que no dañen la moral, ni las buenas costumbres o a terceros.

Las personas pueden tener preferencias sexuales. Mantener relaciones con personas del mismo sexo, siempre y cuando no involucre de ninguna manera a menores de edad. Una persona puede consumir marihuana, en el ámbito de su hogar, solo, sin la presencia de menores. Las relaciones sexuales contra natura, consentidas entre personas adultas. Esos son preferencias sexuales, derivados de la libertad de conciencia. Incluso, protegidas en el más absoluto ámbito de intimidad por leyes nacionales que lo identifican como datos sensibles.

El derecho a pensar de si el matrimonio homosexual es correcto o no, forma parte de la libertad de conciencia.

Como tal, con el nomen iuris, no encontraremos definido o reglada la objeción en conciencia en la Constitución Política. Pero ello dimana de la lectura armoniosa de los artículos 75 que establece la libertad de culto, el 28 que regula la libertad general.

Entonces la objeción en conciencia, es un haz del amplio derecho a la libertad de conciencia establecido en ambos dispositivos legales. El derecho del alumno a recibir lecciones que atenten contra su ideología, el derecho del paciente de negarse a transfusiones sanguíneas derivados de su creencia religiosa. En fin, muchos casos podrían encontrarse.

Ahí donde la ley dice esto se hace de este modo, la persona por sus convicciones, elige conforme a las últimas.

Pienso que el derecho a la objeción en conciencia, es eso, un derecho y de rango constitucional. Es el derecho a objetar el mandato legal, cuando ambos se encuentren en fricción grave. Pero es un derecho que no es absoluto, se relativiza según las circunstancias, según los casos concretos.

¿La objeción en conciencia y el condicionamiento cultural, tienen alguna vinculación?

Desde el punto de vista penal, de la culpabilidad, que asumo va su investigación. Lo cultural puede determinar la objeción en conciencia, pero no siempre. Pues esta objeción puede estar relacionada con la libertad de religión o bien por la filosofía de las personas. En ocasiones se confunden uno y otro.

Por ejemplo, en los casos de los testigos de Jehová, que dejan morir al hijo, por omisión, al no permitir que se le haga la transfusión sanguínea, no entra en un caso de error de prohibición culturalmente condicionado, sino que se trata de un supuesto de objeción en conciencia, pues anteponen sus creencias religiosas frente a la ley.

Un error que es condicionado culturalmente, es cuando la persona no cree que está cometiendo delito. Cree que la conducta no es penada. Entretanto, en la objeción en conciencia, la persona sabe que la conducta es prohibida.

¿Tiene la objeción en conciencia, a su juicio, algún impacto en la teoría del delito?

Pienso que podría analizarse desde la culpabilidad, como dosis punitiva. Al analizar las razones por las cuales la persona delinque. Si se admite como un derecho constitucional, podría analizarse desde el punto de vista del ejercicio de un derecho, para algunos, una causa de justificación, para otros. No creo que la objeción en conciencia, afecta el conocimiento de la antijuridicidad. Por ello descarto que desde el punto de vista de la teoría del delito, no afecta de manera importante la culpabilidad.

Se ha dicho, incluso que no solo se estaría en conflicto entre dos órdenes normativos distintos; uno de carácter axiológico y otro jurídico, sino ante un conflicto de dos derechos amparados por el mismo orden jurídico.

Ello plantea entonces, la posibilidad de que, en el caso concreto, podría estarse en presencia de una colisión de deberes o ejercicio de un derecho.

Ahora bien, si me pregunta el impacto que se tiene en la teoría del delito; le puedo decir, que la objeción en conciencia, es a mi juicio, apenas tolerable en ciertos casos donde no hay lesión a derechos fundamentales.

¿Ha tenido usted la ocasión de conocer casos donde se aplique alegue la objeción en conciencia, ya sea bajo este nombre u otro?

En el caso de los testigos de Jehová, que fue tratado por la Sala Tercer como un supuesto de error de prohibición culturalmente condicionado, cuando en realidad se trataba de un supuesto de objeción en conciencia. De ese fallo hay un pequeño comentario por parte del profesor Francisco Castillo. Ahora bien, he conocido el caso de un supuesto resuelto por el Tribunal de Apelación Penal Juvenil, donde se discutió sobre el tema, sin sentar doctrina, relativo a la aplicación de una medida coercitiva contra el imputado, que se identificó como testigo de Jehová, pero en alzada se determinó que en los supuestos de obtención de sangre no encajan dentro de la proscripción religiosa de este grupo.

¿A su juicio, que factores concurren para la formación de la conciencia disidente, podría ser uno de ellos el cultura?

A mi juicio podría ser. Como por ejemplo me referí a los Rastafaris.

Le agradezco nuevamente el espacio y la importancia dada a nuestra entrevista en esta investigación.

Entrevista 5.**FORMULARIO DE LA ENTREVISTA**

Se agradece el espacio de tiempo concedido para esta entrevista, la cual es de importancia total para la investigación que desarrollamos.

Nombre: Jose Pablo Badilla Villanueva

Sexo: Masculino

Edad: 49 años

Grado académico: Licenciatura en Derecho, Master en Derecho Público, Master en Sociología Jurídico Penal, Doctor en Derecho Penal Administrativo y Doctor en Derecho Penal

Actividad laboral: Abogado

Años de ejercicio profesional: 26 años

Área de desempeño de sus funciones laborales: Litigio

En la oficina del entrevistado en La Sabana, San Jose. A las 13 horas del 26 de mayo del 2020, LicJose Pablo Badilla la dinámica consiste en la realización de una serie de preguntas sobre el tema ya indicado, las cuales le estaré formulando en forma ordenada, y grabando su posición al respecto.

Preguntas.**¿Cómo concibe usted la objeción en conciencia?**

Se trata de un verdadero derecho humano de primera generación que forma parte de la vida del individuo; es la garantía que le asiste a toda persona de apartarse de preceptos normativos, de autoridad pública y cualquier otro lineamiento de coacción o coerción social por ir contra de su derrotero axiológico

¿Desde su perspectiva, podría considerarse un derecho constitucional?

Efectivamente se trata de un verdadero derecho humano y de regulación constitucional por su mismo contenido *pro homine*. Incluso podríamos pensar que en Costa Rica encuentra regulación como una extensión lógica del derecho de opinión (o derecho en juicio y elección); pero además de ello por inclusión indirecta constitucional encuentra regulación fundamental.

Recordar que la sala constitucional ha señalado que los instrumentos normativos supra nacionales en tanto desarrollen temas de derechos humanos tienen rango superior a la misma Carta Magna (inclusión indirecta constitucional) y esto es importante porque el Pacto Internacional de

Derechos Políticos y Civiles y la convención de derechos humanos regulan la objeción en conciencia.

¿La objeción en conciencia y el condicionamiento cultural, tienen alguna vinculación?

Según mi criterio sí; el individuo está definido por su entorno cultural, y definitivamente estos aspectos de su "marco cultural" definirán aspectos tan íntimos como el "juicio en conciencia". Así no será igual la apreciación de una persona que ha crecido en una sociedad teocéntrica (por ejemplo, la musulmana) de un instituto como la poligamia que el formado y enseñado por una sociedad marcadamente cristiana. De esta forma podríamos encontrar un vínculo antropológico y sociológico entre los valores íntimos de una persona- juicios de conciencia- y la causal de justificación de error culturalmente condicionado.

¿Tiene la objeción en conciencia, a su juicio, algún impacto en la teoría del delito?

Claro que sí, le corresponde a los estudiosos de la parte general del derecho penal no solo examinar sino determinar la incidencia de la objeción en conciencia al momento de verificar la existencia del delito. Es mi criterio que este análisis corresponde al juicio de reproche exactamente y siguiendo la teoría normativa de la culpabilidad, verificar si el sujeto reconoce que esta actuando en forma contraria al ordenamiento jurídico: caso típico el testigo de Jehová que objeta la transfusión de sangre que salvaría a su pariente.

¿Ha tenido usted la ocasión de conocer casos donde se aplique alegue la objeción en conciencia, ya sea bajo este nombre u otro?

Realmente en lo personal no he participado en casos donde se de esta discusión mas que académicos; si recuerdo que en nuestro país hubo un proyecto de ley para regular el tema empero fue calificado como inconstitucional por la Procuraduría General de la Republica al ser consultado por el Poder Ejecutivo

¿A su juicio, que factores concurren para la formación de la conciencia disidente, podría ser uno de ellos el cultural?

Si claro ese factor es uno, sin embargo, habría que abonar ítems de carácter sociológico, étnico, antropológico e incluso religioso (bajo un concepto restrictivo de cultura que no involucre religión).

Apéndice D. Consentimiento informado

APÉNDICE. D

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Quien suscribe, Rodrigo Araya Solano, mayor, abogado litigante, cédula de identidad número 1-0815-0122, manifiesto que estoy de acuerdo en participar en la investigación del Estudiante Luis Eduardo Venegas Mora denominada "Un Análisis de la Objeción en Conciencia desde los Derechos Fundamentales y el Derecho Penal en Costa Rica", para optar por el título de Maestría en derecho con énfasis en derecho Penal de la UIA.

Manifiesto que he sido informado por el estudiante Luis Eduardo Venegas Mora de la finalidad de esta investigación así como se trata de una entrevista para abordar acerca del tema " Un Análisis de la Objeción en Conciencia desde los Derechos Fundamentales y el Derecho Penal en Costa Rica"

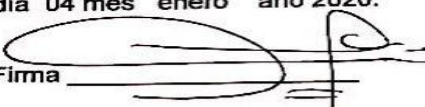
Autorizo que esta entrevista sea grabada mi voz (solo con carácter académico).

Solicito el anonimato o en su defecto que se cuente con la autorización para mencionar el nombre.

Leído lo anterior lo encuentro conforme y firmo en San José a las 10 horas de día 04 mes enero año 2020.

Firma

Cedula


108150122

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Yo Luis Guillermo Araya Vallejos cédula de identidad 205130021 profesión abogado-Juez de Juicio, estoy de acuerdo en participar en la investigación del Estudiante Luis Eduardo Venegas Mora denominada "Un Análisis de la Objeción en Conciencia desde los Derechos Fundamentales y el Derecho Penal en Costa Rica" para optar por el título de Maestría en derecho con énfasis en derecho Penal de la UIA.

Manifiesto que he sido informado por el estudiante Luis Eduardo Venegas Mora de la finalidad de esta investigación, así como se trata de una entrevista para abordar acerca del tema "Un Análisis de la Objeción en Conciencia desde los Derechos Fundamentales y el Derecho Penal en Costa Rica"

Autorizo que esta entrevista sea grabada mi voz (solo con carácter académico).

Solicito el anonimato o en su defecto que se cuente con la autorización para mencionar el nombre.

Leído lo anterior lo encuentro conforme y firmo en San José a las 17 horas del 16 de enero del año 2020.

Firma



Cedula

2-513-021

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Yo Edwin Duarte Delgado cédula de identidad 700900562 profesión Abogado - Académico estoy de acuerdo en participar en la investigación del Estudiante Luis Eduardo Venegas Mora denominada “ Un Análisis de la Objeción en Conciencia desde los Derechos Fundamentales y el Derecho Penal en Costa Rica” para optar por el título de Maestría en derecho con énfasis en derecho Penal de la UIA.

Manifiesto que he sido informado por el estudiante Luis Eduardo Venegas Mora de la finalidad de esta investigación así como se trata de una entrevista para abordar acerca del tema “ Un Análisis de la Objeción en Conciencia desde los Derechos Fundamentales y el Derecho Penal en Costa Rica”

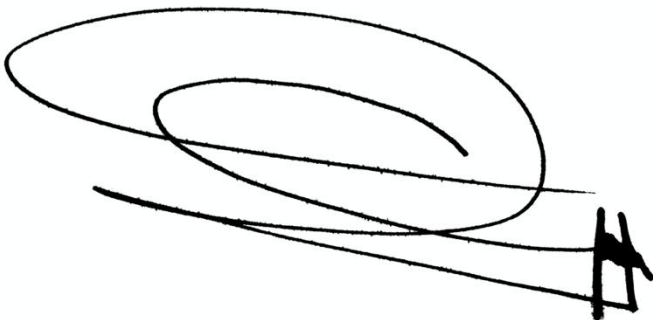
Autorizo que en esta entrevista sea grabada mi voz (solo con carácter académico).

Solicito el anonimato o en su defecto que se cuente con la autorización para mencionar el nombre.

Leído lo anterior lo encuentro conforme y firmo en San José a las 13 horas del 20 de mayo del año 2020.

Firma

Cedula 700900562

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'E' followed by a horizontal line and a vertical stroke at the end.

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Yo Jose Pablo Badilla Villanueva cédula de identidad 107890284 profesión Abogado y Academico estoy de acuerdo en participar en la investigación del Estudiante Luis Eduardo Venegas Mora denominada “ Un Análisis de la Objeción en Conciencia desde los Derechos Fundamentales y el Derecho Penal en Costa Rica” para optar por el título de Maestría en derecho con énfasis en derecho Penal de la UIA.

Manifiesto que he sido informado por el estudiante Luis Eduardo Venegas Mora de la finalidad de esta investigación así como se trata de una entrevista para abordar acerca del tema “ Un Análisis de la Objeción en Conciencia desde los Derechos Fundamentales y el Derecho Penal en Costa Rica”

Autorizo que esta entrevista sea grabada mi voz (solo con carácter académico).

Solicito el anonimato o en su defecto que se cuente con la autorización para mencionar el nombre.

Leído lo anterior lo encuentro conforme y firmo en San José a las 13 horas del 26 de mayo del año 2020.

Firma

Cedula 1-0789-0284

