

La objeción de conciencia al aborto

MARÍA JESÚS GARCÍA TORRES
Universidad de La Coruña

ABREVIATURAS

- ADEE Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado
Art. Artículo
C.E. Constitución Española de 1978.
L.O. Ley Orgánica
O.M. Orden Ministerial
T.C. Tribunal Constitucional
T.S. Tribunal Supremo
V. Versus

1. INTRODUCCIÓN

El respeto a la vida del *nasciturus* y, por tanto, el rechazo del aborto provocado, suele considerarse como patrimonio de la tradición judeo-cristiana que, posteriormente, fue imponiéndose en todo Occidente ⁽¹⁾. Esta información sólo puede considerarse parcialmente exacta porque la vida del *nasciturus* se intentó defender también en civilizaciones desarrolladas extramuros de la tradición judeo-cristiana, como sucedió, por ejemplo, en la tradición islámica ⁽²⁾.

En la *societas christiana*, como destaca D'AGOSTINO ⁽³⁾, la defensa de la vida era un imperativo absoluto en el caso de tutela del no nacido; en otros aspectos, la vida humana no tenía

tantos mecanismos de defensa, porque su pérdida no suponía un mal absoluto, siempre quedaba el recuerdo de otra vida ultraterrena. Sin embargo, en la sociedad secularizada la vida humana adquiere una terrible seriedad, pues es la única vida de la cual el hombre cree disponer, y su pérdida, al oscurecerse el recuerdo de la vida ultraterrena, nada puede sustituirla.

De ahí que, como señala este mismo autor, la cultura moderna se oriente a la potenciación y exaltación de la vida humana, resultando paradójico en este contexto el avance de las legislaciones permisivas del aborto inducido, que no sólo repudia la secular concepción cristiana que impone el respeto a la vida inocente, sino también que niega en profundidad la imagen de sí mismo que el hombre moderno ha construido durante los dos últimos siglos ⁽⁴⁾.

Esta puede ser una de las razones, aunque no la única, de que el avance de las leyes permisivas de interrupción del embarazo vayan acompañadas en todo el mundo —con la excepción de España— de leyes tuteladoras de la objeción de conciencia.

La amplitud del tema, la cantidad y entidad de los problemas relacionados con el mismo no permiten ser abarcados

⁽¹⁾ Sobre la evolución histórica del problema, vid., MASCHIA, C.A.: "Il concetto ed il procurato aborto nell'esperienza antica", en *Ius*, 1975, pp. 383 y ss.; GARANCINI, G.: "Materiali per la storia del procurato aborto nel Diritto intermediario", *Ibidem.*, pp. 395 y ss.

⁽²⁾ Cfr. NAVARRO-VALLS, R.: "La objeción de conciencia al aborto: derecho comparado y derecho español", en *ADEE*, Vol. II, 1986, p. 259 (nota 2).

⁽³⁾ D'AGOSTINO, F.: "Accoglienza alla vita in una epoca di secolarizzazione", en su vol. *Diritto e secolarizzazione*, Milano, 1982, pp. 305-307.

⁽⁴⁾ Vid. D'AGOSTINO, F.: op. cit., pp. 307-310.

(⁴) Cfr. TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La libertad ideológica en el Derecho penal*, Barcelona, 1989, p. 37.

(⁵) El artículo 10.1 de la C.E. establece: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

con detalle en un trabajo de estas características. No obstante, consciente de las dificultades, he intentado reflejar las cuestiones fundamentales que en relación con el mismo plantean la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como extranjera.

La inexistencia en el derecho español de una definida normativa acerca de la objeción de conciencia al aborto hace necesario, para intentar establecer las bases de una futura regularización, el estudio de la cuestión en el ámbito del Derecho comparado.

En este sentido, resulta interesante la observación de las soluciones legales que al problema aporta el Derecho de los países de Europa, dada la inclusión de nuestro Ordenamiento en el contexto del Derecho continental.

Por otra parte, el sistema anglosajón, también tiene mucho que aportarnos. La riqueza casuística existente en Estados Unidos de América debida a la discutida y permisiva legislación de aborto promulgada en este país después de la sentencia *Roe versus Wade* del Tribunal Supremo Norteamericano de 22 de junio de 1973 diseña, desde el caso concreto, modelos de actuación que enriquecen la perspectiva de la legislación continental europea.

2. LA LIBERTAD IDEOLÓGICA, RELIGIOSA Y DE CONCIENCIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Antes de entrar en el tema de la objeción de conciencia, y más en concreto de la objeción de conciencia al aborto, conviene precisar una serie de términos que inevitablemente irán surgiendo a lo largo de la exposición, así como establecer la base constitucional del derecho a la objeción de conciencia.

La Constitución Española de 1978 (C.E.) reconoce la libertad ideológica y

de creencias en el artículo 16.1 según el cual: "Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley".

El reconocimiento de las libertades que garantiza el artículo 16 de la C.E. constituye un pilar fundamental de todo el edificio de derechos y libertades.

El Estado español se define en el artículo 1.1 de la C.E. como un "Estado social y democrático de Derecho" que propugna como uno de los valores fundamentales de su ordenamiento jurídico "la libertad". Pues bien, como señala TAMARIT, esto no sería posible "sin el presupuesto de la libertad ideológica y de pensamiento de los ciudadanos y la renuncia del Estado a definir con carácter monolítico una determinada visión del mundo o un sistema de valores acabado. Esta es la principal diferencia con el Estado totalitario, donde el Estado pretende asumir la raíz más íntima de la persona humana, estableciendo una dinámica de identidades o una "mística de las unidades" (⁶). Esta era el modelo de Estado existente con anterioridad a la Constitución, una única "verdad", una única fe religiosa, un partido único y una única nación.

Además, la libertad de pensamiento concreta el principio de dignidad humana establecido en el artículo 10 de la C.E. como "fundamento del orden político y de la paz social" (⁶). Si dignidad humana es el respeto que merece el ser humano por el hecho de ser persona, éste se realiza como tal en su naturaleza racional, en su capacidad de pensar y formarse su propia visión del mundo. En este sentido, las libertades reconocidas y garantizadas por el artículo 16 participan de las funciones indicadas en el artículo 10—función legitimadora del orden político y de la paz social, función promocional y función hermenéutica.

La "libertad ideológica y de culto" a que alude el artículo 16 de la C.E. ha de ponerse en relación con la definición de "libertad de pensamiento, de conciencia y de religión" reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 ⁽⁷⁾ así como en las demás convenciones sobre la misma materia ratificadas por el Estado español ⁽⁸⁾, ya que, según el artículo 10.2 de la C.E., los preceptos de dichas normas internacionales no sólo constituyen la base interpretativa de nuestra legislación, sino que además, al formar parte de nuestro ordenamiento jurídico se convierten en normas jurídicas directamente aplicables y en consecuencia podrían fundamentar un recurso de amparo ⁽⁹⁾.

Llegados a este punto, resulta conveniente matizar y delimitar los diferentes conceptos contenidos tanto en el artículo 16 como en los textos internacionales.

Este conjunto de libertades plasmadas en la Constitución en forma de libertad ideológica y de creencias es conocida por la doctrina francesa con el título genérico de "libertad de pensamiento". RIVERO define la libertad de pensamiento como la posibilidad que tiene el hombre de escoger o de elaborar por sí mismo las respuestas que considere acertadas a todas las preguntas que le planteará su vida personal y social, de adaptar a tales respuestas su comportamiento y de comunicar a los demás lo que considera verdadero ⁽¹⁰⁾.

Llegar a esta conclusión sería algo precipitado ya que aun siendo en gran parte verdad, la especificación de las otras libertades no puede subestimarse como reiterativa, sino que apura más la protección e introduce aspectos nuevos, como las potestades de ejercicio positivo del derecho ⁽¹¹⁾.

Por creencia se entiende el firme sentimiento y conformidad con alguna cosa. De esta forma en la *libertad de creencia* quedaría integrada la *libertad ideológica*, entendiéndose por *libertad de*

creencia aquellas convicciones que tienen los individuos sobre la posición del hombre en el mundo y su relación con los poderes supremos y lo más profundo de su ser y entraña la prohibición de que el Estado influya sobre la formación y existencia de aquellas convicciones ⁽¹²⁾.

No obstante, se puede establecer una distinción básica entre ambos conceptos. La *libertad ideológica* concreta la libertad de pensamiento en la concepción del individuo sobre el mundo y las relaciones con la comunidad. El término *creencias* acentúa más el aspecto de la posición individual sobre la relación con la trascendencia y lo más profundo de su ser, en la dimensión menos *racional* ⁽¹³⁾.

El concepto de *libertad de conciencia* ha sido objeto de interpretaciones diversas. A menudo se la ha entendido como una parte del contenido de la libertad religiosa, concretamente en lo que hace referencia al aspecto interno, diferenciándolo de la libertad de culto ⁽¹⁴⁾. Esta configuración de la *libertad de conciencia* estaría en contradicción con lo que expresan el artículo 18 de la Declaración de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de 1966, ya que la libertad de conciencia se especifica como una cosa diferente de la libertad religiosa, así como de la libertad de pensamiento. El concepto de libertad de conciencia aporta contenidos y dimensiones diferentes. Por una parte, incorpora un componente ético fundamental, acentuando las convicciones de cada individuo sobre la conducta moralmente debida; la Academia de la Lengua Española define la conciencia como "Conocimiento interior del bien que debemos hacer y del mal que debemos evitar" ⁽¹⁵⁾. Por otra parte, tiene unas resonancias en la actuación exterior del sujeto como proyección de aquella conciencia ética. Así como establece algún autor, mientras la libertad de creencias protegería especialmente la vida interior del hombre, la libertad de conciencia protege las convicciones de los individuos de las con-

⁽⁷⁾ La fórmula "libertad de pensamiento, de conciencia y de religión" se recoge en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

⁽⁸⁾ Además del artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, reconoce de manera amplia la libertad religiosa junto con la libertad de pensamiento y de conciencia. Igualmente, en el ámbito europeo, está regulada esta libertad en el artículo 9.º de la Convención de Salvaguarda de los Derechos del hombre y de las libertades fundamentales, de Roma, de 1950, que establece también una definición de los límites de la misma. Este artículo establece: "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. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que previstas por la ley, constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud, de la moral pública o la protección de los derechos o las libertades de los demás".

⁽⁹⁾ El artículo 10.2 de la C.E. dispone expresamente que: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

⁽¹⁰⁾ RIVERO: *Les libertés publiques*, II, París, 1977, p. 120, citado por J.M. SERRANO ALBERCA en el comentario que hace al artículo 16 de la C.E., en la obra *Comentarios a la Constitución* dirigida por F. GARRIDO FALLA, 2.ª ed., Madrid, 1985, p. 287.

(11) Cfr. TAMARIT SUMALLA, J.M.^o: op. cit., p. 39.

(12) Cfr. SERRANO ALBERCA, J.M.: op. cit., p. 287.

(13) Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M.^o: op. cit., p. 40. La doctrina alemana entiende por creencia las internas convicciones del hombre sobre Dios y el más allá; éstas pueden ser de naturaleza positiva o negativa, incluso contrarias a la fe.

(14) Así lo estructura en Italia, P. Agostino d'Avack, en "libertà di coscienza, di culpo e di propaganda", en *Enciclopedia del Diritto*, XXIV, p. 593.

(15) *Diccionario de la Lengua española*. Vigésima ed., 1984, T. I, p. 352.

(16) Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M.^o: op. cit., p. 41.

(17) BENEYTO, J.M.^o: *Comentarios al artículo 16 C.E.* de la obra *Comentarios a la Constitución*, dirigida por Óscar Alzaga, Madrid, 1984, T. II, p. 347.

(18) GARCÍA ARÁN, M.: "Objeción de conciencia del médico en relación a la interrupción del embarazo", en *El aborto, un tema para debate*, Madrid, 1982, p. 123.

(19) TAMARIT SUMALLA, J.M.^o: op. cit., pp. 46 y ss.

(20) *Ibidem*.

(21) Vid. GARCÍA ARÁN, M.: op. cit., p. 123.

(22) Vid. RIUS, X.: *La objeción de conciencia. Motivaciones, Historia y legislación actual*, Barcelona, 1988, p. 31.

secuencias de un comportamiento de acuerdo con estas convicciones o creencias (16). De la misma forma, BENEYTO considera que la libertad de conciencia "alude al elemento ético o de compromiso de la actuación personal con las propias convicciones; es la traducción del sistema ideológico o de pensamiento en pautas coherentes del comportamiento" (17).

La libertad de conciencia queda constitucionalizada implícitamente en el párrafo primero del artículo 16 de la C.E., en la medida que el concepto "libertad ideológica" ha de interpretarse y llenarse de contenido con los Convenios sobre Derechos Humanos por la vía del artículo 10.2 C.E., los cuales, haciendo referencia a la "libertad de pensamiento y de conciencia" amplían el contenido de la libertad ideológica.

Los diferentes matices que aportan los conceptos estudiados no han de servir para creer que se han constituido una diversidad de libertades, sino para remarcar toda la diversidad de contenidos y proyecciones concretas que abarca un único derecho fundamental, el derecho fundamental a la libertad individual. Así pues, como señala GARCÍA ARÁN, este derecho fundamental se presentaría como un *bien jurídico constitucional* con distintas manifestaciones: libertad ideológica, libre desarrollo de la personalidad, derecho a la intimidad, etc. (18).

El profesor TAMARIT distingue tres niveles de manifestación: 1. la libertad de pensamiento en el fuero interno de la persona; 2. libertad de comunicación y expresión y 3. *libertad de actuación consecuente con las propias convicciones: libertad de conciencia* (19).

Las Declaraciones internacionales de derechos humanos no aluden a este tercer nivel. No obstante, atendiendo a posteriores textos internacionales y de derecho comparado, así como a la interpretación de los derechos y libertades de la C.E. de 1978 bajo la pauta de

los principios y valores constitucionales, se puede considerar que la garantía del derecho reconocido en el artículo 16 llega hasta la libertad del individuo para adecuar su comportamiento exterior a sus convicciones (20).

El hecho de que la libertad genérica tenga distintas manifestaciones no quiere decir que la libertad sea "parcelable" y que puedan protegerse unos aspectos en detrimento de otros.

Por el contrario, la auténtica protección de la libertad sólo se produce si afecta a todas sus manifestaciones de modo que la violación de una de ellas es un atentado contra la libertad individual genérica que queda así desprotegida y que redundan en perjuicio de quienes pretenden la defensa de otro aspecto de esa libertad (21).

3. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

3.1. CONCEPTO

El profesor RIUS, después de advertir de la dificultad que supone definir con una frase un concepto tan amplio y complejo como el de objeción de conciencia, existiendo casi tantas objeciones como objetores, la conceptúa como "la negativa a cumplir un mandato, una norma o una imposición que entra en contradicción con el código de conducta subjetivo de cada uno" (22).

NAVARRO-VALLS, por su parte, al tratar el tema más específico de la objeción de conciencia al aborto, considera que la objeción de conciencia consiste en un "conflicto impropio de normas". Lo que caracteriza es la colisión que se produce en la conciencia del individuo entre la norma jurídica y la norma moral, ya sea el comportamiento a que obliga la primera una *facere*, un *dare* o un *pati* (23).

Se produce, pues, un conflicto, entre la norma jurídica que impone un

deber y la norma moral que se opone al cumplimiento del mismo. Así pues, la objeción de conciencia consiste en "rehusar a obedecer un mandato de la autoridad legítima que se entiende radicalmente injusto o delictuoso por entrar en colisión con una norma moral" (24).

3.2. NATURALEZA JURÍDICA

Al hablar de la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia, se trata de establecer si estamos ante un *derecho fundamental* o si, por el contrario, se tratará de una simple causa de exención del deber que impone una norma jurídica.

El artículo 30.2 de la C.E. regula la objeción de conciencia al servicio militar como una causa de exención (25), pero además la considera como un derecho cuya violación puede ser objeto de recurso de amparo. Es el único derecho de la Sección segunda del Capítulo II del Título I que tiene esta posibilidad según el artículo 53.2 C.E. (26) equiparándole a los derechos y libertades reconocidos en el artículo 14 y en la Sección primera "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas", todo ello viene a confirmar la naturaleza de *derecho fundamental* de la objeción de conciencia en cuanto proyección dinámica de la libertad de conciencia.

El carácter de derecho fundamental de la objeción de conciencia se reconoce también en numerosas Declaraciones internacionales tanto de ámbito mundial como europeo (27).

El T.C. en la Sentencia del 23 de abril de 1982 establece que "*la libertad de conciencia supone no solamente el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de manera conforme a los imperativos de la misma*", partiendo de esta premisa el T.C. obtiene la conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia citando la Ley Fundamental

de Bonn —que explícitamente reconoce la objeción de conciencia como un derecho ligado a la libertad de conciencia— y la resolución 337 de 1967 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa y deduciendo que "siendo la libertad de conciencia una concreción de la libertad ideológica, que la C.E. reconoce en el artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español".

En la Sentencia de 11 de abril de 1985 el T.C. declara que "la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa, reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución" (28).

Sin embargo, con la Sentencia de 27 de octubre de 1987, el T.C. desestima en su totalidad el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la Ley de objeción de conciencia, produciéndose una restricción en la configuración del derecho a la objeción de conciencia al negársele el carácter de derecho fundamental "habida cuenta que el fundamento de aquel derecho no se halla tanto en el artículo 16 como en la exención al cumplimiento de un deber general permitido por el artículo 30.2 C.E., protegido, sí, por el recurso de amparo, pero cuya relación con el artículo 16 no autoriza ni permite calificarlo de fundamental". "A ello obsta la consideración de que su núcleo o contenido esencial (...) consiste en constituir un derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar". Añade todavía el T.C. que el derecho a la "libertad ideológica o de conciencia, por sí mismo no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o "subconstitucionales" por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos".

El Magistrado Sr. Carlos de la Vega Benayas, en su voto particular a la indi-

(24) Vid. NAVARRO-VALLS, R.: op. cit., p. 261 y nota 9. Considera este autor que el deber impuesto por la norma jurídica consistirá fundamentalmente en un *facere*, ya que, desde el punto de vista empírico, lo que caracteriza al fenómeno de la objeción de conciencia es que se trata de una desobediencia a una obligación, el rechazo a comportarse activamente allí donde el Estado impone esa obligación, revistiendo el comportamiento del objetor un carácter fundamentalmente abstencionista. Con independencia de que la figura de la objeción de conciencia sea más amplia, llevando al objetor, a la realización de comportamientos *comisivos* contrastantes con una norma estatal que contiene una prohibición, a pesar de que estos comportamientos, por su mayor nivel de peligrosidad que los primeros, no suelen estar acogidos por las normas.

(25) *Ibidem.*, p. 261.

(26) El artículo 30.2 establece: "La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la *objeción de conciencia, así como las demás causas de exención* al Servicio Militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria". (subrayado mío).

(27) El artículo 53.3 dispone: "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. *Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30*". (subrayado mío).

(27) Entre estos instrumentos se pueden citar: la Resolución 2.17 a) de 20 de diciembre de 1978 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en relación con fuerzas militares que practiquen el apartheid; la Resolución 337 de 22 de enero de 1967 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, que deriva del artículo 9 de la Convención Europea de los Derechos del hombre. Reiterando los principios de esta última Resolución, y viendo la necesidad de profundizar en ellos, el Parlamento Europeo de la C.E.E. aprueba una Resolución de fecha 7 de febrero de 1983 donde señala que "la protección de la libertad de conciencia implica el derecho a negarse a realizar el servicio militar armado y a separarse del servicio por motivos de conciencia".

(28) Fundamento jurídico 14.

(29) GARCÍA ARÁN, M.: op. cit., p. 124.

(30) Vid. GARCÍA ARÁN, M.: op. cit., p. 126.

cada Sentencia, se declara partidario de considerar que el derecho a la objeción de conciencia, "participa de la naturaleza de derecho fundamental, "per se", es decir, con categoría autónoma, relacionado con el derecho de libertad ideológica (art. 16.1)". Dicha conclusión se deriva a juicio de dicho Magistrado, de la misma doctrina jurisprudencial que concebía la objeción de conciencia como una "especificación de libertad de conciencia", siendo ésta a su vez "una concreción de libertad ideológica", por lo cual se describe como "el derecho del individuo a ser respetado por el Estado en sus escrúpulos o convicciones de conciencia".

4. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO

4.1. PLANTEAMIENTO GENERAL AL PROBLEMA

Con la despenalización de tres supuestos de aborto introducida por la Ley Orgánica 9/1985 de uno de julio, se plantea la problemática de la posible objeción de conciencia alegada por el personal sanitario de los centros acreditados para la práctica legal de abortos.

Teniendo en cuenta las matizaciones hechas en los epígrafes anteriores, se puede afirmar que el tratamiento de la objeción de conciencia al aborto en el plano constitucional se asienta en dos grupos de declaraciones del texto fundamental: la garantía de la libertad ideológica —de la que la libertad de conciencia sería una concreción— a alegar por el médico y personal sanitario (art. 16) y la protección de la libertad y dignidad de la mujer (arts. 17 y 10 C.E.) por la que se le reconocería el derecho a abortar, así como la protección de la salud que se proclama en el artículo 43 C.E. en la que debe caber la interrupción del embarazo si se acepta el concepto de salud establecido por la O.M.S.: "estado de completo bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad o invalidez".

Además el artículo 41 de la C.E., obliga a los poderes públicos a mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos "que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad".

Plantear la objeción de conciencia del médico como un derecho que colisiona con el de la mujer, sería plantear un falso problema, más propio del individualismo clásico que de nuestro actual modelo de Estado, que aparece obligado a intervenir para garantizar la plena efectividad de todos los derechos fundamentales, en lugar de dejar su resolución al enfrentamiento entre unos y otros.

Así pues, como indica GARCÍA ARÁN, la cuestión de la objeción de conciencia del personal interviniente en la práctica del aborto es un problema a resolver entre el individuo que objeta y el Estado que se compromete a la prestación o facilitación de un servicio que implica a su vez, el ejercicio de otro derecho fundamental (29).

Los compromisos a la prestación sanitaria no pueden ir en detrimento del objetor de conciencia, como ya se ha indicado, la protección de la libertad implica la protección de la libertad en todas sus manifestaciones.

La caracterización de la objeción de conciencia en el médico se resuelve en el reconocimiento de un derecho subjetivo y no en un problema de concesión de dispensa particularizada a adoptar por los poderes públicos (30).

Así como los compromisos a la prestación sanitaria no puede ir en detrimento del derecho del objetor, tampoco el reconocimiento de la objeción de conciencia debe redundar en detrimento de la prestación concreta de la interrupción del embarazo, que implica el ejercicio del derecho reconocido a la mujer. Los poderes públicos deben asegurarse de que el reconocimiento de la libertad de unos no va a impedir la

prestación social y por tanto la libertad de otros.

Las condiciones del ejercicio de la objeción de conciencia deberían ser objeto de una mínima regulación jurídica expresa, inexistente por el momento en nuestro ordenamiento. Como se verá al realizar el estudio del Derecho comparado, en la práctica totalidad de los países en que se ha producido alguna forma de despenalización del aborto, ha venido acompañada de un tratamiento legal de la objeción de conciencia, con la única excepción de Suecia.

Por otra parte, el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia deberá ir acompañado de algún mecanismo de control que evite los abusos que se puedan producir en el ejercicio del mismo, como la prohibición para quien alegue la objeción de conciencia de realizar abortos en el ámbito de la medicina privada con el simple procedimiento anejo de considerar automáticamente nula la objeción al comprobarse la falsedad de la alegación de las creencias personales, o como mínimo, la renuncia a ellas en el objeto que lleve a cabo tales intervenciones ⁽³¹⁾.

En el estudio del Derecho comparado, veremos como se resuelven estos y otros problemas que pueden surgir en relación con la objeción de conciencia al aborto, como el relativo al ámbito de actividades cubiertas por la objeción, o el círculo de personas a las cuales se puede aceptar la objeción.

4.2. CONCEPTO

Hechas las consideraciones anteriores se puede definir la objeción de conciencia al aborto como "la negativa a ejecutar o cooperar directa o indirectamente en la realización de un aborto, negativa motivada por la convicción de que tal actuación constituye una grave infracción de la Ley moral, de las normas deontológicas o, en el caso del creyente, de la norma religiosa" ⁽³²⁾.

La objeción de conciencia al aborto no se inscribe propiamente en el marco de la libertad religiosa o de pensamiento sin más bien en el de la conciencia.

La conciencia no es ni una *potencia* ni un *sentimiento*. Lo que llamamos conciencia es el dictamen de lo que moralmente puede hacerse u omitirse en una situación concreta en la que se encuentra la persona humana. No consiste en enunciados generales, sino en el juicio del deber respecto a la conducta concreta que el sujeto esté en trance de realizar, está realizando o ha realizado ⁽³³⁾. De ahí que, como señala HERVADA, haber comprendido intelectualmente que el aborto es un homicidio y defender esta concepción moral puede ser objeto de "pensamiento" —si el convencimiento procede de razones biológicas, filosóficas, etc.— o de religión (si se advierte por los dictados de su hecho religioso), no de conciencia ⁽³⁴⁾.

4.3. FUNDAMENTO

Si bien el acto de objetar es un problema de libertad de conciencia, el fundamento mismo y último de esa objeción se inscribe en el marco de la libertad de pensamiento o religiosa.

La admisión por los ordenamientos jurídicos de la objeción de conciencia (en los casos en que esto sucede), se fundamenta en dos razones básicas:

Por una parte existe una razón de política legislativa. En este sentido, el legislador prevé fuertes resistencias en los destinatarios directos de las leyes de aborto —nos referimos al personal sanitario—, que por tradición multiseccular ha establecido en sus códigos deontológicos la no inclusión del procedimiento abortivo entre los actos exigidos por la *lex artis ad hoc*. Así pues, ante la alternativa de ver el mandato sistemáticamente eludido o admitir el derecho a no obedecer la ley, opta por esta última solución.

⁽³¹⁾ Cfr. GARCÍA ARÁN, M.: op. cit., p. 128.

⁽³²⁾ Vid. CAFFARRA, C.: "Aborto e obiezione di coscienza", en el vol. *Obiezione di coscienza e aborto*, Milano, 1978, p. 60.

⁽³³⁾ Cfr. NAVARRO-VALLS, R.: op. cit., p. 262.

⁽³⁴⁾ Vid. HERVADA, J.: "Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica", en *Persona y Derecho*, 1984, p. 43.

(³⁵) Cfr. TETAMANZI, D.: "Aborto e obiezione di coscienza: considerazioni di etica umana e cristiana", en el vol. *Obiezione di coscienza e aborto*, cit., p. 77.

(³⁶) BOMPIANI, A.: "Il ginecologo, l'aborto e l'obiezione di coscienza", en el vol. *Obiezione di coscienza e aborto*, cit., p. 13.

Por otra parte, los ordenamientos que admiten la objeción se basan en razones que conectan con derechos fundamentales. El derecho a la vida es el primero de los derechos humanos. El tema de la objeción de conciencia suele mostrar su faz más resolutiva en esta materia, precisamente por apuntar al valor más nuclear de la sociedad humana.

Los distintos Ordenamientos jurídicos suelen tutelar la vida humana en sus constituciones, lo cual se refleja en las leyes ordinarias que suelen despenalizar de un modo sólo parcial el aborto, manteniéndolo como delictuoso en otros supuestos. De este modo el personal sanitario que objeta a la realización o cooperación en un aborto encuentra en la propia norma constitucional una justificación de su actitud.

A parte de estas dos razones, la objeción de conciencia al aborto mantiene una triple conexión con la moral *natural*, la moral *deontológica* y la moral *religiosa*, razones que los Ordenamientos entienden que han de respetar con independencia de que las compartan o no y que constituyen el fundamento último de su recepción.

En relación con la moral *natural*, se dice que el derecho a la existencia de todo ser humano es un derecho fundamental porque *funda* todos los otros derechos en cuanto a su misma posibilidad de ejercicio (³⁵).

En conexión con ésta, desde el punto de vista de la moral *deontológica*, numerosos códigos *deontológicos* establecen el derecho del personal sanitario a objetar la realización o cooperación con el aborto.

El personal sanitario, especialmente el ginecológico, conoce mejor que nadie la singularidad del patrimonio genético del embrión, la continuidad de su crecimiento somático, los mecanismos de lo que se ha llamado "el colquio bioquímico con la madre" (³⁶) y, en definitiva, el grado de su independencia ontológica con ella.

Por último, desde el punto de vista de la moral religiosa, una gran mayoría de Confesiones, —en especial, cristianas, hebreas e islámicas—, han visto en el aborto, o al menos en alguna de sus formas, un acto de supresión de la vida humana inocente, un grave ilícito moral.

4.4. DIFERENCIAS CON LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR

Aunque la objeción de conciencia es muy anterior a su acuñación doctrinal en la *típica* forma de objeción al servicio militar, todas sus atribuciones son tributarias de ésta. Así, la objeción de conciencia al aborto se califica de *atípica* en la medida en que las características básicas de aquella no coinciden con las de ésta.

Tomando como modelo de objeción de conciencia la del servicio militar, la doctrina suele observar que los principios que han de informar toda regulación positiva de la objeción de conciencia han de ser:

- a) debe regularse de modo que su reconocimiento no conlleve la crisis de la Ley, evitando que la excepción a ésta no se resuelva en un sustancial privilegio.
- b) Ha de garantizarse el control de buena fe del objetor, de modo que se prevenga adecuadamente un posible *fraus legis*.
- c) En consecuencia, ha de establecerse, junto a la verificación de los motivos del objetor, una prestación sustitutoria que haga difícil el mismo fraude.
- d) No puede implicar ninguna discriminación para el objetor mismo.

Del contraste entre estas directrices y la regulación que se hace en el Derecho comparado de la objeción de conciencia al aborto, se desprende diferen-

cias claras que dotan de especificidad propia a esta última ⁽³⁷⁾.

Por un lado, la exención del servicio militar va siempre acompañada del establecimiento de una prestación social sustitutoria, lo que en ningún caso ocurre en el supuesto de objeción de conciencia al aborto.

Por otra parte, la mayoría de los Ordenamientos que reconocen la objeción de conciencia al servicio militar condicionan su reconocimiento, caso por caso, a una previa verificación de la seriedad y congruencia de los motivos aducidos por el objetor, atribuyéndose a un organismo *ad hoc* la misión de filtrar las motivaciones, lo que presupone que la exención ha de ser tramitada a través de una solicitud formal. Por el contrario, la objeción de conciencia al aborto en la totalidad de los ordenamientos no es concedida sino simplemente declarada, sin que, en muchos supuestos, haya de aducirse motivaciones específicas y en casos de exigirse tales motivaciones basta su simple exposición.

La objeción de conciencia al servicio militar requiere su planteamiento en un plazo preclusivo, mientras que la objeción de conciencia al aborto puede ser declarada en cualquier momento, implicando los plazos que a veces imponen algunos ordenamientos, como el italiano, no una preclusión del derecho, sino más bien su suspensión durante un breve lapso de tiempo.

Un sector de la doctrina influido por una visión excesivamente formalista de la objeción de conciencia se siente preocupado por estas características propias de la objeción al aborto, especialmente la ausencia de prestación social sustitutoria. Así, ONIDA ⁽³⁸⁾ al acen- tuar la atipicidad de la objeción de conciencia al aborto, observa que el buen funcionamiento de la Ley no depende de que sea aceptada por la mayoría de los ciudadanos, sino del hecho de que sea aceptada por una parte suficientemente amplia de una restringida cate-

goría dotada de una particular capacidad técnica, —fundamentalmente la clase médica—. De ahí concluirá en la urgencia de utilizar instrumentos técnicos adecuados, para evitar el recurso a la objeción de “personas insinceras o, al menos, no dispuestas a algún sacrificio para salvaguardar sus principios morales o religiosos”, siendo el instrumento más útil la prestación social sustitutoria, que debería ser tanto más gravosa cuanto más grave aparezca el riesgo de disfunción del Ordenamiento.

Esta visión del problema es considerada por NAVARRO-VALLS ⁽³⁹⁾ desenfocada, tanto desde un punto de vista técnico-jurídico como sociológico y ontológico.

Desde el punto de vista sociológico la ausencia de una prestación sustitutoria no ha llevado a ningún Ordenamiento a la crisis de las finalidades de las leyes de interrupción del embarazo, precisamente por la existencia de otros *no objetores* que desarrollan normalmente las actividades refutadas por los objetores.

Desde un punto de vista de técnica jurídica, en caso de colisión entre el hipotético derecho de la madre gestante a la utilización de los mecanismos que le confiere la ley y el derecho del objetor a no ser discriminado por el hecho de su objeción, prevalece este último, ya que el objetor en caso de aborto goza de una protección constitucional con especial cobertura y distinta de la protección constitucional que acompaña a la objeción al servicio militar.

Añade este autor, como argumento de su posición, la función social que cumple la objeción de conciencia y que se ve agudizada en el aborto. El objetor de conciencia no es un ser asociar que pretende privilegiarse en un contexto social impositivo; al contrario, es una persona esencialmente social que, a través de su objeción, pretende enseñar un camino distinto a la comunidad de que es miembro.

⁽³⁷⁾ A este respecto, Vid., MARTINI, P.: “La obiezione di coscienza”, en *L'aborto: aspetti medico-legali della nuova disciplina*, Milano, 1974, pp. 31-33; LENER, S.: “Il dovere-diritto degli obiettori di coscienza”, en *La Civiltà Cattolica*, 1981, pp. 400-402; NAVARRO-VALLS, R.: op. cit., pp. 26 y ss.

⁽³⁸⁾ ONIDA, F.: *Separatismo e libertà religiosa negli Stati Uniti*, Milano, 1984, pp. 132 y ss.

⁽³⁹⁾ NAVARRO-VALLS, R.: Op. cit., pp. 267 y s.

(40) NAVARRO-VALLS, R.: Op. cit., pp. 268.

(41) En 1967 California, Colorado y Carolina del Norte liberalizaron el aborto también para los supuestos de incesto, violación y previsible deformación fetal. En 1970, Nueva York lo amplió a simple petición dentro de las primeras veinticuatro semanas.

Así, no es infrecuente que las propias leyes de interrupción del embarazo hagan notar en su articulado o en su Exposición de motivos que una de las finalidades de la ley es la propia prevención del aborto, como ocurre, por ejemplo, en la Ley italiana de 1978 (40).

que quede asegurada la salud de la madre, sin que exista ninguna protección específica para el *nasciturus*.

c) En la etapa posterior a la viabilidad del feto —a partir del sexto mes—, los Estados, teniendo en cuenta el interés de defensa de la vida potencial, pueden, si lo estiman oportuno, regular y también prohibir la interrupción del embarazo, excepto en los casos en que ésta sea necesaria, a juicio médico, para preservar la salud o la vida de la madre.

5. DERECHO COMPARADO

5.1. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO EN EE.UU.

5.1.1. EL INICIO DE LA CUESTIÓN

A mediados de la década de los 60 se inicia en U.S.A. la progresiva liberación de las leyes de aborto. Hasta entonces la mayoría de las legislaciones estatales prevenían la interrupción del embarazo solamente en caso de peligro para la vida de la madre (41).

Sin embargo, el hito decisivo que provoca una liberación en cadena de las leyes estatales fue la decisión de 22 de junio de 1973, *Roe v. Wade*, del T.S. norteamericano, a lo que acompañaba la sentencia del mismo día *Doe v. Bolton*.

En *Roe*, el T.S. conoció el recurso de una gestante núbil contra la legitimidad constitucional de las normas penales tejanas sobre aborto, que lo prohibían excepto en los supuestos de peligro para la vida de la madre. En dicha sentencia, la Corte Suprema decidirá, en síntesis:

a) Que en el primer trimestre de embarazo la decisión de abortar y su concreta ejecución corresponde al juicio del médico que asiste a la gestante, sin que el Estado esté obligado a regular este aborto a petición.

b) En la fase subsiguiente el primer trimestre, las legislaciones estatales pueden regular, si lo estiman oportuno, el procedimiento de aborto, de modo

La sentencia fue adoptada por mayoría, con dos *dissenting opinions*, las de los jueces White y Rehnquist. Este último hará notar que “el hecho de que la mayoría de los Estados, que después de todo reflejan el sentimiento de la mayoría de la población, hayan mantenido restricciones al aborto al menos durante un siglo, me parece es un fuerte indicio de que el afirmado derecho al aborto no está radicado en las tradiciones y en la conciencia de nuestro pueblo como para ser considerado un derecho fundamental”. Por su parte, White, en su *dissent* a la mayoría en la paralela sentencia *Doe v. Bolton*, hará notar que no está de acuerdo con la Corte cuando ésta establece “una barrera constitucional a los esfuerzos de los Estados para proteger la vida humana, confiriendo a las madres y a los médicos el derecho constitucional protegido de exterminarla”.

En *Doe* el T.S. declara la inconstitucionalidad de la ley de aborto en Georgia. En este Estado se prohibía el aborto salvo que fuera aconsejado por un médico georgiano cuando, según su juicio, fuera necesario para preservar la vida de la madre o prevenir un daño para su salud o el feto previsiblemente nacería con serias deformaciones o el embarazo derivara de violencia carnal.

El 15 de junio de 1983 se dictan tres sentencias en las que el T.S. sigue la línea marcada por las anteriores, aunque al voto contrario de White y Rehnquist se une ahora otro más (42).

Las principales cuestiones que el T.S. resolvió en estas sentencias son:

a) El consentimiento de la mujer para abortar con conocimiento de causa. El T.S. decidió que los Estados no pueden regular minuciosamente la información específica que ha de prestarse a la mujer respecto a los riesgos médicos del procedimiento abortivo, ya que al médico que realiza el aborto se le debe facultar para determinar libremente la cantidad precisa de información que habrá de facilitarse a la mujer. Lo único que la legislación estatal puede hacer es definir la responsabilidad del facultativo para que compruebe que se ha facilitado a la mujer un adecuado asesoramiento, así como establecer una titulación mínima razonable para las personas que lleven a cabo la función de asesoramiento inicial.

b) El T.S. declaró inconstitucional el plazo de veinticuatro horas después del asesoramiento de la mujer que exigía la legislación de Akron.

c) La ciudad de Akron exigía que los médicos que practicaran abortos debían poner los medios para asegurar que los restos del niño fueran inhumados de forma "humana y sanitaria". El T.S. rechaza esta norma por entender que el término *humane* es impreciso y, como tal, inconstitucional.

d) E. T.S. rechazó la ley que requería que las menores de quince años obtuvieran, antes de la intervención abortiva, el consentimiento paterno. Sin embargo, en *Ashcroft* el propio T.S. defenderá la Ley de Missouri que contenía un mecanismo judicial sustitutorio del consentimiento paterno, si la menor demostraba ser *mature* o que abortar era lo más favorable para ella.

e) En *Ashcroft* el T.S. entendió constitucional el requisito establecido en la legislación de Missouri de que en la operación abortiva estuviera presente un segundo facultativo en aquellos casos en que se prevé que la intervención puede dar lugar a un niño vivo.

La juez O'Connor, en su *dissent* a las sentencias de 1983, hace notar que "no hay justificación legal o lógica para la estructura trimestral adoptada en *Roe* y empleada hoy por el T.S. sobre la base del *stare decisis*", pues "la vida potencial no lo es menos en las primeras semanas de embarazo de lo que es a partir de entonces. La elección de la viabilidad como el momento en que los intereses del Estado en la vida potencial comienzan a obligar, no es menos arbitraria que elegir cualquier momento anterior a la viabilidad o cualquier otro posterior".

Por último la sentencia de 11 de junio de 1986, dictada con motivo del análisis por el Tribunal de la ley de aborto del Estado de Pennsylvania y después de que la Corte de Apelación de los Estados Unidos decretara la inconstitucionalidad de alguna de las disposiciones de la citada ley. El T.S., ante la apelación del Estado, confirma la sentencia de la corte de Apelación.

Las disposiciones decretadas como inconstitucionales vienen a confirmar las sentencias de 1983. No obstante, esta sentencia fue adoptada por cinco votos contra cuatro, mostrando la inseguridad del Tribunal acerca de la doctrina sentada en *Roe*.

La permisiva doctrina sentada por las sentencias del T.S. en materia de aborto propició, junto a una modificación de las restrictivas legislaciones estatales, la aparición de normas sobre objeción de conciencia, tanto federales como estatales.

5.1.2. LEGISLACION SOBRE OBJECIÓN DE CONCIENCIA

5.1.2.1. INTRODUCCIÓN: EL CIVIL RIGHTS ACT.

La Ley de derechos Civiles de 1964 (*Civil Rights Act*), en su título VII, ya ofrecía protección para los que veían amenazada su situación profesional por una posible discriminación laboral de-

(42) Tales sentencias son las dictadas en los casos *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health; Planned Parenthood Ass'n of Kansas City Mo v. Ashcroft* y *Simopoulos v. Virginia*, en las cuales el T.S. dictaminó la regulación del aborto en los Estados de Missouri, Ohio y Virginia.

(43) Vid., al respecto, NAVARRO-VALLS, R.: "la objeción de conciencia al aborto en la legislación y jurisprudencia norteamericanas", en *Aspectos jurídicos de lo religioso en una sociedad plural. Estudios en honor del Dr. D. Lamberto de Echevarria*, Salamanca, 1987, pp. 427-429.

(44) Seis de esos Estados amplían el ámbito de protección para incluir también las posibles discriminaciones por sus actitudes proabortivas: California, Iowa, Kentucky, Pennsylvania, Texas y Michigan.

(45) Con las excepciones de Kansas, Nueva York, Oregón, Massachusetts y Rhode Island.

bido a sus escrúpulos de conciencia para participar en procedimientos abortivos.

En contraste con la interpretación amplia que se hace del concepto de "creencia religiosa", la significación práctica de esta norma legal respecto al personal sanitario que ha sufrido dificultades en su empleo como resultado de sus creencias sobre aborto, ha sido recortada por el criterio del T.S. de que los empleadores o empresarios tienen sólo una *mínima obligación* según el mencionado Título VII de respetar las creencias religiosas de sus empleados, cuando este respeto puede acarrearles un gravamen excesivo (45).

No obstante, la mayor protección a los objetores de conciencia al aborto en U.S.A. proviene de la compleja legislación que específicamente se ha dictado para ellos.

5.1.2.2. LAS CLÁUSULAS DE CONCIENCIA

Como consecuencia directa de la tormenta política que desencadenó la sentencia de *Roe v. Wade*, tanto el Congreso como los Estados aprobaron una legislación sobre objeción de conciencia orientada a proteger a las personas físicas y a los entes hospitalarios que se niegan a intervenir en procesos abortivos.

Así, en 1973 al aprobarse la *Health Programs Extension Act*, fue adoptada la cláusula de conciencia federal —también conocida como "enmienda de la Iglesia"—. En ella se confiere una amplia protección a los objetores al aborto, pues, por un lado, se garantiza que la recepción de subvenciones, contratos, préstamos o garantías de préstamos no autoriza a exigir a una persona que reciba cualquiera de esas ayudas a participar en los abortos o en las esterilizaciones o a exigir a cualquier institución destinataria de dichas ayudas que permita utilizar sus instalaciones para realizar abortos o esterilizaciones que sean contrarias a sus creencias religiosas; por

otro, dispone que ninguna entidad que reciba específicas ayudas federales para el cuidado de la salud puede discriminar en el trabajo a cualquiera de sus empleados que rehúse participar en abortos o esterilizaciones por razones de conciencia.

Por lo que respecta a las legislaciones estatales, 44 Estados han establecido cláusulas de conciencia en materia de abortos. Todos ellos prohíben la discriminación contra cualquier persona que se niegue a participar en procedimientos abortivos (46).

Un grupo de Estados extiende la protección también a los objetores que se oponen a otros procedimientos médicos. Así Maryland ampara también la objeción de conciencia a la esterilización e inseminación artificial; Illinois la extiende a las transfusiones de sangre y Wyoming incluye la eutanasia.

La mayoría de las leyes están redactadas de modo amplio desde el punto de vista del derecho de un empleado de hospital o de otra persona que se niega a asistir a prácticas abortivas, y proporciona protección contra la discriminación al objetor, sea cual sea el momento de plantearla.

Prácticamente todos los Estados (47) cubren con la cláusula de conciencia, además de a las personas físicas, a los hospitales u otras instituciones médicas que rehúsen facilitar sus instalaciones para la ejecución de tales procedimientos.

Sólo quince Estados condicionan la protección a que el solicitante realice la objeción por escrito; en los restantes la objeción basta plantearla de cualquier modo. Veintitrés Estados concretan la objeción en motivaciones morales, ética o religiosas; en los otros veintinueve la protección al objetor es dispensada con independencia de la base de sus objeciones personales.

Respecto al radio de acción de las actividades que se consideran protegi-

das por las cláusulas de conciencia, las leyes utilizan habitualmente las expresiones "asistir o participar" en un procedimiento abortivo. La mayor protección se otorga en Illinois, en cuya legislación la protección se extiende a las actividades encaminadas a "recibir, obtener, aceptar, realizar, asistir, aconsejar, sugerir, recomendar o participar de cualquier manera en toda forma de cuidados médicos contrarios a la conciencia de una persona".

Presentada la objeción, la mayoría de los Estados conceden al objetor un derecho legal incondicional para no asistir a ninguna práctica abortiva. Sin embargo, un pequeño grupo de Estados no acepta la objeción en las situaciones de emergencia. Algunos Estados establecen sanciones concretas contra las instituciones o personas que violen los derechos protegidos por las cláusulas de conciencia; otros Estados exigen, además de las indemnizaciones que procedan, la restitución en su empleo del objetor discriminado.

5.1.3. LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA EN MATERIA DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO

5.1.3.1. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA RESTRICCIÓN DE FONDOS PÚBLICOS PARA LOS PROCEDIMIENTOS ABORTIVOS: LOS CASOS HARRIS Y WILLIAMS

En 1980, en *Harris v. McRae* y *Williams v. Zbaraz*, el T.S. fue llamado a decidir si el rechazo del congreso a proveer fondos federales para sufragar los gastos de aborto era una decisión inconstitucional basada en "una visión religiosa del *nasciturus*".

En síntesis, lo que el T.S. vino a distinguir en *Harris* y *Williams* son aquellas situaciones en que el Gobierno está bajo el deber positivo de actuar o don-

de penaliza la actuación privativa, de aquellas otras en las que juega un papel puramente pasivo mediante la negativa a intervenir, facilitar o animar la toma de decisiones privadas. La negativa del Congreso a sufragar abortos fue entendida como un simple caso de acción pasiva y su clara preferencia a favor de la vida fue considerada por el Tribunal como constitucional. El que la mujer tenga, según *Roe*, un derecho a abortar no significa que tenga derecho a disponer de los fondos públicos para la actuación de ese derecho.

Así pues, el caso *Harris* intenta resolver la confrontación de dos derechos aparentemente irreconciliables: el derecho de la mujer a decidir un aborto y el derecho de los individuos incluidos los contribuyentes— a negarse a participar en actividades que ofenden una sincera creencia religiosa ⁽⁴⁶⁾.

5.1.3.2. EL RADIO DE ACCIÓN DE LA PROTECCIÓN A LOS OBJETORES Y LA PARTICIPACIÓN INDIRECTA EN EL ABORTO: LOS CASOS HARING, SPELLACY Y ERZINGER ⁽⁴⁷⁾

En el caso *Haring*, la Corte de Distrito de Columbia resolvió el caso de un inspector de Hacienda que se negaba sistemáticamente a calificar las peticiones de exención de impuestos de organizaciones abortistas. Cuando *Haring* solicitó el ascenso para el cargo de inspector en la especialización de impuestos legales, le fue denegado alegándose que *Haring* compartía creencias y actuaba, de acuerdo con ellas, en una línea contraria a las competencias que desarrollaría en su nuevo cargo. *Haring* recurrió y la Corte de Columbia le dio la razón con la siguiente motivación: primero, toda empresa incluidas las públicas, debe acomodarse razonablemente a los dissentimientos de sus empleados basado en motivaciones éticas, morales o religiosas. Aunque la postura de *Haring* pueda calificarse de excéntrica, también ha de ser tutelado,

⁽⁴⁶⁾ Vid. DESTRO, R.A.: "Religion: Establishment, Free Exercise and Abortion", en *New Perspectives on Human Abortion*, U.P. of América, 1981, p. 244.

⁽⁴⁷⁾ Sentencias *Haring v. Blumenthal*; *Spellacy v. Try-County Hospital* y *Erzinger v. Regents of the University of California*.

(48) Cfr. NAVARRO-VALLS, R.: *La objeción de conciencia al aborto: Derecho comparado y Derecho español*, cit., pp. 282 y s.

pues, cuando tales conductas no perjudican a un tercero han de ser protegidas. La libertad de conciencia no está limitada a las cuestiones que parecen importantes, "eso sería tan sólo una sombra de libertad".

En el caso *Spellacy*, la demandante—administrativa de admisiones a tiempo parcial en el Try-County Hospital del Condado de Delaware—fue despedida de su trabajo por negarse a tener ningún tipo de contacto personal en el procedimiento de admisión de gestantes que pretendían abortar. El hospital trató de acomodarse a las objeciones de *Spellacy*, ofreciéndole cuatro puestos de trabajo distintos, que ella rechazó. El juez, entendiendo que las tareas auxiliares, administrativas o de archivo no constituyen cooperación al aborto y, por tanto, no se encontraban bajo la protección de la Ley de Pennsylvania, rechazó la demanda de *Spellacy*.

NAVARRO-VALLS considera desahogado el criterio de esta sentencia. Entiende este autor, que si se conviene en que el objeto de la cláusula de conciencia es proteger a los sujetos que experimentan conflictos laborales como resultado de sus actitudes profesionales frente al aborto, desde esta base, la protección debería definirse en referencia a lo que el empleado considera como conflicto de conciencia y no en referencia a lo que una oficina administrativa precisa que es el ámbito legítimo de situaciones protegibles (48).

Por último, en el caso *Erzinger*, el T.S. de California sentó la doctrina de que los estudiantes deben ser obligados a contribuir a los gastos de los abortos de sus compañeras, como condición de entrada en una Universidad estatal.

5.1.3.3. UNA PROTECCIÓN A LA INVERSA: EL CASO WATKINS

La sentencia en el caso *Watkins v. Mercy Medical Center*, establece el alcance y los límites de la protección que

debe dispensarse a los médicos favorables al aborto.

La sentencia viene a establecer que "el Congreso ha tomado la posición de que un hospital que reciba fondos federales no viene obligado a la ejecución de procedimientos de esterilización o aborto, si el hospital se niega por razones religiosas o morales. Pero, al mismo tiempo, el hospital no puede separar a un miembro de su plantilla siempre porque, por sus convicciones religiosas o morales, entienda que tales servicios deberían ser prestados. La legislación está orientada a proteger los derechos de ambos en materia religiosa...".

5.1.3.4. LA UTILIZACIÓN DE INSTALACIONES HOSPITALARIAS PARA ABORTOS Y CLÁUSULA INSTITUCIONAL DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: LOS CASOS NYBERG Y POELKER

Cuarenta y dos Estados han establecido expresamente en sus legislación que los hospitales *privados* pueden establecer en sus estatutos, y aunque reciba fondos públicos, cláusulas de conciencia contrarias a la utilización de sus instalaciones para procedimientos abortivos.

En los casos *Poelker* y *Nyberg*, se aborda el tema de si también las instituciones públicas pueden establecer cláusulas similares.

En *Poelker* el T.S. resolvió la cuestión planteada por una gestante indigente contra la política del hospital público de St. Louis, que establecía que los abortos no podían ser llevados a cabo en sus instalaciones, excepto en los supuestos de graves daños o peligro de muerte para la madre. Además, los médicos del Departamento de Obstetricia de dicho hospital provenían de la Universidad de St. Louis, encomendada a la Compañía de Jesús, y se oponían en bloque a la realización de prácticas

abortivas. El T.S. concluyó que un hospital municipal no viene obligado a destinar fondos públicos para contratar médicos que realicen abortos, denegando la solicitud de la gestante que pidió un médico distinto, que fuera contratado con el único fin de realizar su aborto.

En Nyberg la ciudad apeló ante la Corte de Apelación de los Estados Unidos una sentencia del Tribunal de Minnesota, que denegaba la facultad de prohibir a los médicos de su plantilla utilizar las instalaciones del hospital público municipal para todo aborto, excepto los necesarios para salvar la vida de la madre. El Tribunal de Apelación confirmó la sentencia de la Corte de Distrito entendiéndola anticonstitucional la política hospitalaria. En este caso, a diferencia del anterior, no se requiere un desembolso de fondos públicos, sino simplemente que se permita la utilización de las instalaciones del hospital⁽⁴⁹⁾.

5.1.3.5. LA ADAPTACIÓN DE LOS ENTES HOSPITALARIOS A LAS CREENCIAS DE SUS EMPLEADOS Y LOS CAMBIOS DE ACTITUD EN DICHAS CREENCIAS: LOS CASOS KENNY Y SWANSON

En el caso *Kenny v. Ambulatory Centre of Miami*, fallado el 28 de julio de 1981, el Tribunal del Distrito de Apelación de Florida, hizo una interpretación a favor del objetor. El Tribunal basó su decisión en que "un jefe debe razonablemente adaptarse a las creencias religiosas de sus empleados, a menos que acredite que esto le causa graves perjuicios". En este caso, según los hechos, no cabía hablar de grave perjuicio para el Ambulatorio, dado que la enfermera era apta para colaborar en el 84 por 100 de las operaciones realizadas en el centro.

El problema de la adecuación de un empresario a las creencias religiosas de

sus empleados y de los cambios de conciencia se planteó con una especial virulencia en el caso *Swanson v. St. John's Lutheran Hospital*, fallado el 9 de agosto de 1979.

En él, una enfermera anestesista, habitualmente realizaba esterilizaciones sin mayores problemas, hasta que, un día actuó como anestesista en un aborto provocado. La observación de como el feto humano era extirpado del útero de la paciente la horrorizó, y a partir de entonces se negó a participar en operaciones de aborto o esterilización. Ante esta negativa fue destituida de su cargo en el hospital, aduciendo que su anterior participación en operaciones de esa índole la descalificaba para plantear posterior objeción de conciencia.

Inicialmente el Tribunal de Distrito de Lincoln dio la razón al hospital. Sin embargo, la Corte Suprema de Montana falló en apelación en favor de Swanson, reconociendo su objeción de conciencia.

La doctrina sentada en la sentencia es la siguiente: a) Aunque la legislación de Montana protege la objeción de conciencia a intervenciones quirúrgicas sobre la base de "creencias religiosas o convicciones morales", y aun dando por demostrado que Swanson obrara por otras motivaciones, hay que convenir que "la conciencia de una persona respecto a la esterilización —o al aborto— no debe necesariamente estar relacionada con ninguna religión, culto o secta en particular, sino que puede formar parte de un indefinido concepto como el de *natural law*. b) La participación de Swanson en anteriores procesos de esterilización no la descalifica para objetar por un cambio posterior de creencias. "Dada la propensión de la conciencia humana a definir sus propios límites y dado que tales límites puedan ser extendidos o limitados por la experiencia, parece lógico que el concepto que una determinada persona tenga sobre la convivencia o moralidad de una situación puede cambiar ocasionalmente. El derecho protegido por la ley no está condicionado, independiente-

(49) La doctrina norteamericana ha observado que hay fundadas razones para pensar que los hospitales públicos, en especial los situados en áreas geográficas en las que cabría acudir a centros alternativos para realizar interrupciones del embarazo sin excesivas dificultades, podrían llevar a cabo políticas restrictivas. En todo caso, cuando un hospital no proporciona servicios para realizar abortos debido no tanto a la expresa política hospitalaria como a las preferencias unánimes de su personal sanitario, no se podrá judicialmente obligarle a participar o a contratar personal con distintos grupos de vista sólo por su consideración de hospital público. Vid. DURHAM, W.C. / WOOD, M.A.Q. y CONDIE, S.J.: "Accommodation of conscientious objection to abortion: A Case Study of the Nursing Profession", en *Brigham Young University Law Review*, 1982, p. 362.

(50) La normativa francesa sobre aborto —que incluye cláusulas sobre objeción de conciencia— se recoge en la Ley n.º 75-17, de 17 de enero de 1975, relativa a la interrupción voluntaria del embarazo (vid. *Journal Officiel de la République Française*, 18 de enero de 1975, pp. 739-741), posteriormente modificada por la Ley n.º 79-1.204, de 31 de diciembre de 1979 (vid. *Journal Officiel de la République Française*, 1 de enero de 1980, pp. 3-5).

(51) Vid. CASINI, C. / CIERI F.: *La nuove disciplina dell'aborto*. Padova, 1978, pp. 161-163.

mente de lo acontecido anteriormente".
c) El hecho de que la sustitución de Swanson en la operación hubiera supuesto un costoso gravamen para el hospital no altera los términos de la legislación.

5.2. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA.

5.2.1. FRANCIA

La legislación francesa (50) configura la objeción de conciencia al aborto como un derecho absoluto, irrenunciable y no sometido a condición, del cual goza todo médico, incluido quien haya participado anteriormente en abortos. No requiere declaración previa por escrito ni exige la emisión de determinadas motivaciones. No se exige ninguna prestación sustitutoria.

5.2.2. ALEMANIA

El artículo 2 de la Ley de Reforma del Derecho penal de 18 de junio de 1974, modificada el 18 de mayo de 1976, afirma que "nadie puede ser obligado a cooperar en una interrupción del embarazo", estableciendo como único límite el que la colaboración para la interrupción del embarazo "sea necesaria para salvar a la mujer de un peligro, no evitable de otro modo, de muerte o de grave daño a su salud".

La extensión con que se recoge la objeción de conciencia al aborto en Alemania lleva a la doctrina a plantearse si puede ser invocada por el personal administrativo a la hora de recepción de personas que soliciten el aborto o incluso por los técnicos reguladores de la climatización del hospital.

5.2.3. ITALIA

La Ley italiana n.º 194, de 22 de mayo de 1978, es, de todas las europas,

la que regula más detalladamente la objeción de conciencia al aborto.

El artículo 9 de la citada Ley regula esta materia en seis apartados.

En su primer apartado establece: "El personal sanitario y el que ejerce las actividades auxiliares no vendrá obligado a tomar parte en el procedimiento a que se refieren los artículos 6 y 7 ni a las intervenciones para la interrupción del embarazo cuando planteen objeción de conciencia con declaración preventiva".

Este párrafo da lugar a dos problemas:

Primero, el de los sujetos que pueden objetar. Según la doctrina italiana (51), bajo el concepto de "personal sanitario y el que ejerce las actividades auxiliares" se incluyen no sólo las profesiones sanitarias *stricto sensu* (medicina, cirugía, farmacia) o las profesiones sanitarias auxiliares (asistente sanitario, enfermera diplomada), sino también todas las categorías de personal que prestan su concurso complementario a aquellas otras que ejercen las profesiones sanitarias (por ejemplo, el celador que transporta la camilla desde la habitación al quirófano). Los términos de la ley italiana excluyen de la objeción de conciencia a los órganos de gestión administrativa de los entes hospitalarios y a los directores sanitarios.

Segundo, la Ley no prevé que la declaración preventiva tenga que hacerse de una forma determinada, de lo que se deduce que es admisible la forma oral.

En cuanto a los límites son detectables dos supuestos:

El primero, previsto en el párrafo 5.º del artículo 9, dispone la obligación de participar en la intervención abortiva cuando tal participación sea necesaria "para salvar la vida de la mujer en inminente peligro".

El segundo, previsto en el párrafo 3.º, según el cual, la objeción de conciencia exonera al personal sanitario y auxiliar tan sólo de las actividades específicas necesarias orientadas a la interrupción del embarazo, pero no de la asistencia antecedente y consiguiente a la intervención.

El último apartado del artículo 9 se refiere a la revocación tácita de la objeción, en él se prevé que "la objeción de conciencia se entiende revocada, con efecto inmediato, si quien la ha planteado toma parte en procedimiento o intervenciones para la interrupción del embarazo previstos en la presente Ley, fuera de los casos del apartado anterior -aborto de emergencia-", nada se opone a un nuevo planteamiento de la objeción después de haber sido revocada.

5.2.4. OTRAS LEGISLACIONES

Por lo que se refiere a los países nórdicos, la Ley sueca que entró en vigor el 1 de enero de 1975, desconoce la objeción de conciencia. La única matización a la dureza de la Ley es que los directores de los hospitales pueden tener en cuenta las convicciones morales y religiosas del personal hospitalario. Cláusula que en la ley noruega se convierte de potestativa en imperativa.

Dinamarca, por el contrario, en la ley 13 de junio de 1973, n.º 350, establece dos cláusulas de objeción de conciencia en el artículo 10, apartados 2 y 3 (52).

El artículo 4.º de la Ley portuguesa de 11 de mayo de 1984 establece que "se asegura a los médicos y demás profesionales de la salud el derecho a la objeción de conciencia respecto a cualesquiera actos relativos a la interrupción del embarazo voluntario y lícito". El párrafo 2.º del mismo artículo establece como único requisito formal el que la objeción de conciencia se manifieste a través de documento firmado por el objeto, decisión que ha de ser comunicada a la mujer gestante o a

quien en su lugar deba dar el consentimiento para el aborto.

Por lo que se refiere al Reino Unido, la legislación sobre aborto viene recogida en la *Abortion Act* de 27 de octubre de 1967, modificada por última vez el 19 de noviembre de 1980. La cláusula de conciencia viene contemplada en la sección 4 del Act de 1967, sin que las posteriores regulaciones la hayan modificado (53).

La Ley holandesa de 1 de noviembre de 1984 establece una amplísima cláusula de objeción de conciencia, en la que se prevé que no hay obligación de motivarla ni exige declaración preventiva general (54).

La Ley de Luxemburgo, de 15 de noviembre de 1978, prevé igualmente una amplia cláusula de conciencia para los médicos y personal sanitario auxiliar, aunque con el límite de peligro "inminente para la vida de la mujer gestante".

6. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO EN EL DERECHO ESPAÑOL

La primera legislación dictada en territorio español, si bien circunscrita a Cataluña, sobre aborto fue el Decreto de la Presidencia de la Generalitat de Catalunya de 26 de diciembre de 1936 (55).

Para el cumplimiento de dicho Decreto y en uso de la facultad que le confería su artículo 14, el *Conseller de sanitat i Assistència Social*, dictó el 1 de marzo de 1937 una Orden (56).

Ninguna disposición de esta Orden u Ordenes posteriores permitía la objeción de conciencia (57).

El 23 de marzo de 1983 se presentó en el Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código penal.

(52) El texto de los apartados 2 y 3 del artículo 10 es el siguiente: apartado 2: "si se negare el director del correspondiente centro hospitalario o el departamento del hospital a practicar el aborto, aunque se cumplan las condiciones legales o existiera el consentimiento para el aborto, la mujer debe dirigirse a otro hospital u otro departamento del hospital donde se pueda realizar el aborto". El apartado 3 establece: "Las enfermeras o aprendices de enfermeras para quienes la intervención en un aborto produzca un conflicto con sus convicciones éticas o religiosas deben, a través de petición, ser libres de participar en él".

(53) En dicha Sección se establece que "ninguna persona estará obligada, ni por contrato ni por otro acto o reglamento, a participar en cualquier tratamiento autorizado por esta Ley, siempre que plantee objeción de conciencia". En el párrafo 2 de la misma Sección se establecen los límites del derecho a la objeción de conciencia, pues ésta no podrá oponerse cuando la interrupción del embarazo "sea necesaria para salvar la vida o evitar daño grave y permanente a la salud física o mental de la gestante".

(54) Según dicha Ley "Ningún médico u otro cooperador viene obligado a interrumpir el embarazo de una mujer o cooperar a él, si el médico no desea prestar su cooperación debe hacerlo saber inmediatamente a la mujer". La única intervención exigible por la ley a todo facultativo es la de proporcionar a la mujer "información responsable sobre otras soluciones alternativas a la interrupción del embarazo".

(55) *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, n.º 9, de 9 de enero de 1937, pp. 114-115.

(56) *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, n.º 64, de 5 de marzo de 1937, pp. 995-996.

(57) El carácter imperativo en que estaba redactado el artículo 4 de la orden de 1937 obligando a los médicos de la especialidad tocoginecológica de Cataluña a prestar los servicios de interrupción del embarazo confirmado por lo dispuesto en el artículo 9 evidenciaba claramente la falta de permisibilidad a la objeción de conciencia. El artículo 4 disponía que "Todos los médicos de la especialidad tocoginecológica de Cataluña que residen en poblaciones en las cuales estén organizados estos servicios estarán obligados a prestarlos, según la ordenación y turnos establecidos por esta Conselleria de Sanitat i Assistència Social".

(58) Este texto establecía: "El aborto no será punible si se practica por un médico con el consentimiento de la mujer, cuando concurren algunas de las circunstancias siguientes:

1.ª Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.

2.ª Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de la gestación, y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3.ª Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervienga a la embarazada".

(59) L.O. 9/1985, de 5 de julio (BOE nº 9.366).

(60) B.O.E. de 2 de agosto de 1985.

(61) El T.C. en el fundamento jurídico 14 acogió la objeción de conciencia en estos términos: "Cabe señalar por lo que se refiere a la objeción de conciencia al aborto, que existe y puede ser ejercitada con independencia, que se haya dictado o no, tal regulación".

Aprobado por el Congreso se remitió al Senado aprobándose sin modificaciones el 30 de noviembre de 1983 (58).

Contra este texto el Grupo Popular del Congreso presentó el 2 de diciembre de 1983 recurso de inconstitucionalidad ante el T.C. y éste, el 11 de abril de 1985, declaraba que "el Proyecto de Ley Orgánica por el que se introduce el artículo 417 bis del Código penal es *disconforme con la Constitución*, no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regularización exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado, en los términos y con el alcance que se expresan en el fundamento jurídico decimosegundo de la presente sentencia".

Tras esta sentencia se introduce una modificación en el texto que pasa definitivamente a ser Ley (59). En virtud de ésta el artículo 417 bis del Código penal quedaba redactado de la siguiente manera:

"1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando ocurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2.ª Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las

doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3.ª Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos".

Dicha Ley fue completada por Orden Ministerial de 31 de julio de 1985 (60).

En ninguno de los textos se hace referencia a la objeción de conciencia, que será aludida sólo en el fundamento jurídico 14 de la mencionada sentencia del T.C. (61).

Sí existieron una serie de Proposiciones parlamentarias sobre objeción de conciencia al aborto sin que ninguna de ellas llegara a prosperar (62).

Dada la falta de regulación de la objeción de conciencia al aborto, el personal sanitario y más en concreto los médicos, para eludir la realización de abortos, pueden aferrarse a la verificación minuciosa de que en el pretendido supuesto de aborto concurren todos los requisitos que la Ley Orgánica de 5 de julio de 1985 y la O.M. de 31 de julio del mismo año exige para poder estimarlo "legal". Esto es lo que ha dado en llamarse *objeción de legalidad*.

Por lo que se refiere a la conveniencia o no de regulación específica de esta

materia, podría aducirse que el fundamento jurídico 14 de la Sentencia del T.C. de 11 de abril de 1985, al referirse a la existencia y posibilidad de ejercicio de la objeción de conciencia al aborto, ya establece un marco genérico dentro del cual podría ejercitarse en toda su extensión la mencionada objeción, haciendo innecesaria su concreta regulación. Sin embargo, la generalidad del mismo junto con la experiencia del Derecho comparado aconsejan un tratamiento normativo particularizado que marque a la Jurisprudencia los cauces mínimos de modalidades del derecho en ejercicio ⁽⁶³⁾.

Por otro lado, no puede olvidarse el doble engarce constitucional de este derecho: por una parte, el propio T.C. lo conceptúa como un derecho *fundamental* al disponer que "la objeción de conciencia forma parte del contenido de derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución" ⁽⁶⁴⁾. Y, por otro lado, el mismo objeto que crea los "escrúpulos de conciencia", es decir, la destrucción de la vida intrauterina, es también especialmente protegida por el Ordenamiento constitucional. Así se dispone en la sentencia que "la vida del *nasciturus* es un bien bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del Ordenamiento constitucional" ⁽⁶⁵⁾, pues "la vida del *nasciturus*... es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra Constitución" ⁽⁶⁶⁾.

Este doble entronque constitucional de la objeción de conciencia postula que la futura regulación que de ella se haga en el Derecho español asegure el mayor grado de intensidad de protección posible a los objetores. Si no fuera así, el espacio de autonomía reconocido a la gestante que demanda abortar, se traduciría en una recusable restricción de autonomía del personal sanitario, es decir, de sujetos cuya libertad de conciencia aparece reconocida por una doble vía en el Derecho constitucional español ⁽⁶⁷⁾.

CONCLUSIONES

Entendemos por libertad de conciencia, la libertad de actuación consecuen-te con las propias convicciones, o lo que es lo mismo, la traducción del sistema ideológico o de pensamiento en pautas coherentes de comportamiento.

La libertad de conciencia queda constitucionalizada implícitamente en el párrafo primero del artículo 16 de la C.E., en la medida en que el concepto "libertad ideológica" ha de interpretarse en función de lo dispuesto en los Convenios sobre Derechos Humanos por la vía del artículo 10.2 C.E., los cuales, haciendo referencia a la "libertad de pensamiento y de conciencia" amplían el contenido de la libertad ideológica.

Estamos ante un único Derecho fundamental a la libertad individual, con diversidad de contenidos —libertad de creencias, libre desarrollo con la personalidad, etc.—. La adecuada protección del Derecho a la libertad individual debe abarcar todas y cada una de sus manifestaciones.

Siguiendo a NAVARRO-VALLS, podemos establecer que la objeción de conciencia consiste en rehusar a obedecer un mandato de la Autoridad legítima que se entiende radicalmente injusto o delictuoso por entrar en colisión con una norma moral.

Basándonos en los argumentos que nos facilita la C.E., así como lo dispuesto en numerosas Declaraciones internacionales se puede afirmar el carácter de Derecho fundamental de la objeción de conciencia.

El T.C. en Sentencia de 23 de abril de 1982 y en la Sentencia de 11 de abril de 1985, confirma el carácter de Derecho fundamental de la objeción de conciencia. Criterio que rectificará en la Sentencia de 27 de octubre de 1987.

El tratamiento de la objeción de conciencia al aborto en el plano constitucional se asienta en dos grupos de

"La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa, reconocida en el artículo 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".

⁽⁶²⁾ La primera incluía en una Proposición de Ley sobre regulación de la interrupción voluntaria del embarazo presentada por el Grupo Parlamentario Comunista el 26 de junio de 1981. Tal Propuesta fue reiterada el 17 de abril de 1985 por el Grupo Mixto.

El 3 de mayo de 1985 el Grupo Popular del Congreso presentó otra Proposición de ley sobre objeción de conciencia al aborto.

⁽⁶³⁾ Vid. NAVARRO-VALLS, R.: *La objeción de conciencia al aborto: Derecho comparado y Derecho español*, cit., p. 307.

⁽⁶⁴⁾ Fundamento jurídico 14.

⁽⁶⁵⁾ Fundamento jurídico 9.

⁽⁶⁶⁾ Fundamento jurídico 7.

⁽⁶⁷⁾ Vid. NAVARRO-VALLS, R.: *La objeción de conciencia al aborto: Derecho comparado y Derecho español*, cit., pp. 308 y s. Añade este autor, que la regulación ordinaria de ese derecho fundamental no puede ser tan minuciosa que sofoque, de algún modo su eventual ejercicio. De ahí que, en su opinión, sea más adecuado el modelo alemán u holandés que el italiano, aunque la jurisprudencia, a la vista de las concretas circunstancias de cada supuesto, haya de concretar el alcance, extensión y límites del derecho, al modo de la jurisprudencia norteamericana.

declaraciones del texto fundamental: la garantía de la libertad ideológica a alegar por el médico y personal sanitario (art. 16) y la protección de la libertad y dignidad de la mujer (arts. 17 y 10 C.E.).

El problema de la objeción de conciencia del personal interviniente en la práctica del aborto es un problema a resolver entre el individuo que objeta y el Estado que se compromete a la prestación o facilitación de un servicio (art. 43 C.E.) que implica a su vez, el ejercicio de otro derecho fundamental —el derecho de la mujer—.

No obstante, el compromiso de los poderes públicos a la prestación sanitaria no puede ir en detrimento del derecho del objetor de conciencia, así como, tampoco el reconocimiento de la objeción de conciencia debe redundar en detrimento de la prestación concreta de la interrupción del embarazo. Los poderes públicos deben asegurarse de que el reconocimiento de la libertad de unos no va a impedir la libertad de otros.

La objeción de conciencia al aborto se puede definir como “la negativa a ejecutar o cooperar directamente o indirectamente en la realización de un aborto, negativa motivada por la convicción de que tal actuación constituye una gran infracción de la Ley moral, de las normas deontológicas o, en el caso del creyente, de la norma religiosa”.

La objeción de conciencia al aborto presenta claras diferencias en relación a la objeción de conciencia al servicio militar que la dotan de especificidad propia, especialmente la ausencia de prestación social sustitutoria.

Con las únicas excepciones de España y de Suecia, el avance de las leyes permisivas de interrupción del embarazo van acompañadas en todo el mundo de leyes tuteladoras de la objeción de conciencia.

En los EE.UU. de América, la Sentencia *Roe v. Wade* del T.S. Norteamericano desencadenará la aparición de

una legislación permisiva del aborto y paralelamente surgirá una legislación sobre objeción de conciencia orientada a proteger a las personas físicas y a los entes hospitalarios que se niegan a intervenir en procesos abortivos, desencadenándose una rica e interesante jurisprudencia al respecto.

En el ámbito de Derecho europeo, a excepción de Suecia, que reconoce a medias sólo la objeción de conciencia y de España que la reconocen pero no la regula, todos los países de Europa tienen una normativa definida y ampliamente acogedora de la objeción de conciencia al aborto.

La primera legislación dictada en territorio español sobre aborto, si bien circunscrita a Cataluña, fue el Decreto de la Presidencia de la Generalitat de Catalunya de 26 de diciembre de 1936. La L.O. 9/1985 de 5 de julio establece la regulación del aborto en España.

En ninguno de los textos se hace referencia a la objeción de conciencia, que sólo será aludida en el fundamento jurídico 14 de la Sentencia del T.C. de 11 de abril de 1985, por la que se declaraba inconstitucional el art. 417 bis del Proyecto de L.O. de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal presentado al Congreso el 23 de marzo de 1983.

Dada la falta de regulación de la objeción de conciencia al aborto, el personal sanitario para eludir la realización de abortos, puede aferrarse a la verificación minuciosa de que en el pretendido supuesto de ahorro concurren todos los requisitos que la L.O. de 5 de julio de 1985 y la O.M. de 31 de julio del mismo año exigen para poder estimarlo legal. Esto es lo que ha dado en llamarse “objeción de legalidad”.

Por un lado, la generalidad de la objeción de conciencia y la experiencia del Derecho comparado y por otro el doble engarce constitucional de este derecho: de una parte el propio T.C. lo conceptúa como un derecho fundamental como parte del contenido del

derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 C.E., de otra, la consideración de la vida del nasciturus como un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 C.E., aconseja la regulación de la objeción de forma que marque a la jurisprudencia los cauces mínimos de modalidad del derecho en ejercicio y asegure el mayor grado de intensidad de protección posible a los objetores.

BIBLIOGRAFÍA

- AGOSTINO, F.D.: "Accoglienza alla vita in una epoca di secolarizzazione", en *Diritto e Secolarizzazione*, Milano, 1982.
- AVACK, P.A. D.: "Libertà di coscienza, di culto e di propaganda", en *Enciclopedia del Diritto*, XXIV.
- BENEYTO, J.M.^a: "Comentario al artículo 16 C.E.", en la obra *Comentarios a la Constitución*, dirigida por O. Alzaga, Madrid, 1984, T. II.
- BOMPIANI, A.: "Il ginecologo, l'aborto e l'obiezione di coscienza", en *Obiezione di coscienza e aborto*, Milano, 1978.
- CAFARRA, C.: "Aborto e obiezione di coscienza", en *Obiezione di coscienza e aborto*, Milano, 1978.
- CASINI, C/CIERI, F.: *La nuove disciplina dell'aborto*, Padova, 1978.
- CIAURRIZ, M.^a J.: "La objeción de conciencia", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. III, Madrid, 1987.
- DESTRO, R.A.: "Religion: Establishment, Free Exercise and Abortion", en *New Perspectives on Human Abortion*, U.P. of América, 1981.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 20.^a ed., 1984, T. I.
- DURHAM, W.C./WOOD, M.A.Q./CONDIE, S.J.: "Accommodation of Conscientions Objection to Abortion: A Case Study of the Nursing Profession", en *Brigham Young University Law Review*, 1982.
- GARANCINI, G.: "Materiali per la storia del procurato aborto nel Diritto intermedio", en *IUS*, 1975.
- GARCÍA ARÁN, M.: "Objeción de conciencia del médico en relación a la interpretación del embarazo", en *El aborto, un tema para debate*, Madrid, 1982.
- HERVADA, J.: "Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica", en *Persona y Derecho*, 1984.
- LENER, S.: "Il dovere-diritto degli obiettori di coscienza", en *La Civiltà Cattolica*, 1981.
- MARTINI, P.: "La obiezione di coscienza", en *L'aborto: aspetti medico-legali della nuova disciplina*, Milano, 1974.
- MASCHIA, C.A.: "Il concepito ed il procurato aborto nell'esperienza antica", en *IUS*, 1975.
- NAVARRO-VALLS, R.: "La objeción de conciencia al aborto: derecho comparado y derecho español", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. II, 1986.
- "La objeción de conciencia al aborto en la legislación y jurisprudencia norteamericanas", en *Aspectos jurídicos de lo religioso en una sociedad plural. Estudios en honor del Dr. D. Lamberto de Echeverría*, Salamanca, 1987.
- "La objeción de conciencia al aborto y a tratamientos médicos", en *La objeción de conciencia en el Derecho español e italiano* (Jornadas celebradas en Murcia los días 12 al 14 de abril de 1989), Murcia, 1990.

ONIDA, F.: *Separatismo e libertà religiosa negli Stati Uniti*, Milano, 1984.

RIUS, X.: *La objeción de conciencia. Motivaciones, Historia y Legislación actual*. Barcelona, 1988.

RIVERO: *Les libertés publiques*, II, París, 1977.

SERRANO ALBERCA, J.M.: "Comentario al artículo 16 C.E.", en la obra *Comentarios a la Constitución*, dirigida por F. GARRIDO FALLA, 2.ª ed., Madrid, 1985.

TAMARIT SUMALLA, J.M.ª: *La libertad ideológica en el Derecho penal*, Barcelona, 1989.

TETAMANZI, D.: "Aborto e obiezione di coscienza: considerazioni di etica umana e cristiana", en *Obiezione di coscienza e aborto*, Milano, 1978.