

# LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL \*

Por

MARÍA DOMINGO GUTIÉRREZ  
Profesora Ayudante de Derecho Eclesiástico del Estado  
Universidad Complutense de Madrid

mdomingo@der.ucm.es

*Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 23 (2010)

SUMARIO: 1. Aspectos elementales de la objeción de conciencia.-1.1. Acerca de la noción de objeción de conciencia. 1.2. Su cobertura jurídica. 2. Los tribunales españoles ante la objeción de conciencia al aborto. 2.1. Consideraciones previas. 2.2. El Tribunal Constitucional. 2.3. El Tribunal Supremo. 2.4. Otros Tribunales. a) La Audiencia Nacional. b) Tribunales Superiores de Justicia. c) Audiencias Territoriales. 3. Conclusiones. 4. UN BREVE APUNTE SOBRE LA REGULACIÓN DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA VIGENTE REGULACIÓN DEL ABORTO.

## 1. ASPECTOS ELEMENTALES DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

### 1.1. Acerca de la noción de objeción de conciencia

La objeción de conciencia viene tradicionalmente definida como la negativa a obedecer una norma jurídica, debido a la existencia de otro imperativo en la conciencia contrario al comportamiento pretendido en la norma<sup>1</sup>.

Con relación a las causas de la objeción, desde una consideración amplia del derecho a la misma, abarcaría los aspectos culturales, teológico-filosóficos, estéticos, ideológicos y morales conexos al acto de fe<sup>2</sup>. En este sentido, Martínez- Torrón advertía una ampliación en las motivaciones de la objeción de conciencia, partiendo de la creencia estrictamente religiosa y extendiéndose su fundamento a convicciones de

---

\* La realización de este trabajo tiene por objeto su inclusión en un volumen en homenaje al Prof. Navarro-Valls pendiente de publicación.

<sup>1</sup> Vid.: R. BERTOLINO, "L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei", Torino, 1967, pp. 8-9.

<sup>2</sup> Vid.: P.J. VILADRICH, *Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución española de 1978*, en "Revista de Derecho Público", vol. IX-1, 1983, pp. 83-84;

distinta índole, tales que ocuparan en la vida del individuo un papel semejante al que Dios ocupa en el creyente de una determinada religión<sup>3</sup>.

Este mismo autor, al estudiar la jurisprudencia europea en materia de libertad de enseñanza, constataba una evolución hacia una concepción extensiva del derecho de libertad religiosa por parte de las instancias jurisdiccionales europeas. Así, ya en el caso *Campbell y Cosans*, de 25 de febrero de 1982, en el que dos madres se oponían a que sus hijos fueran sancionados en el centro escolar al que asistían con castigos físicos como medida disciplinaria, el Tribunal consideró que el centro había vulnerado el derecho del art. 2 del Protocolo, pues las ideas de las madres con relación a la disciplina se podrían considerar convicciones “*filosóficas*” a los efectos de este artículo, de modo que: “*se relacionan con un aspecto serio e importante de la vida y de la conducta del ser humano, en concreto la integridad de la persona, lo apropiado o no de infligir sanciones físicas, y la supresión de la angustia que provoca el riesgo de un trato así*”. Desde este argumento, el Tribunal falló con base en el art. 2 que el Estado estaba obligado a respetar las convicciones de los padres<sup>4</sup>.

Junto a la variedad de motivaciones o justificaciones del instituto de la objeción surgen nuevos supuestos en este fenómeno, produciéndose así una expansión del mismo, lo cual justifica que se hable de “*secularización de la objeción de conciencia*”<sup>5</sup>. De esta forma, González Moreno clasifica los ámbitos materiales de la objeción en cuatro sectores: en primer lugar, la objeción de conciencia científica, que incluye todas las opciones de conciencia en lo referente a la investigación biomédica, técnicas de reproducción asistida, clonación, manipulación genética -diagnóstico preimplantacional- y, todas las tecnologías genéticas -como por ejemplo, la manipulación con células madre de origen embrionario-. En un segundo grupo de ámbito más estrictamente sanitario se encuadrarían la objeción de conciencia al aborto y la objeción farmacéutica, así como lo relativo a la eutanasia y con ello la sedación y los cuidados paliativos. En tercer lugar, los supuestos de objeciones en materia educativa, configuradas principal pero no exclusivamente alrededor del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que han de recibir sus hijos. En un cuarto sector vendrían recogidas otras modalidades que afectan a la actividad jurídica ejecutiva, como la objeción de conciencia

---

<sup>3</sup> Vid.: J. MARTÍNEZ TORRÓN, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano*, en “Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado”, 1985, pp. 408-411.

<sup>4</sup> Cfr.: J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en V.V.A.A., “Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado”, Bilbao, 2001, p. 160.

<sup>5</sup> Vid.: R. NAVARRO-VALLS y J. MARTÍNEZ TORRÓN, *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, Madrid, 1997, p. 4.

al juramento, a formar parte de un jurado o la objeción de los jueces y funcionarios a celebrar matrimonios homosexuales; en este último espacio se encuadran las objeciones en las relaciones jurídico-laborales <sup>6</sup>.

La objeción de conciencia supone, en todo caso, una situación de crisis individual, un drama si se quiere, para quien se ve jurídicamente impelido a un proceder contrario a su propia identidad <sup>7</sup>.

## 1.2. Su cobertura jurídica

Conectada con la cuestión de los motivos o fundamentos de la objeción de conciencia se encuentra el problema de su cobertura jurídica. Al insertar este fenómeno dentro del ámbito de la libertad de conciencia, el conflicto se origina entre derechos fundamentales individuales y la misión estatal de mantener el orden social y democrático.

La Constitución menciona de modo explícito únicamente el supuesto de la objeción de conciencia al servicio militar en el art. 30. Sin embargo, la Constitución Europea *reconoce* el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio. A mi entender, la norma parte de la garantía acerca del derecho de objeción de conciencia, como integrante del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y, desde este punto de partida se encomienda a los Estados la regulación del concreto ejercicio del derecho <sup>8</sup>.

El Tribunal Supremo parece interpretar este precepto en otro sentido en los casos más recientes sobre objeción de conciencia, bien a la inscripción de matrimonios entre personas del mismo sexo, bien a la Educación para la Ciudadanía, deduciendo del art. 10.2 de la Carta que se requiere una expresa regulación legal para ejercitar el derecho

---

<sup>6</sup> Vid.: B. GONZÁLEZ MORENO, *La regulación legal de las opciones de conciencia y la LOLR*, en V.V.A.A., -R. NAVARRO-VALLS, J. MANTECÓN SANCHO y J. MARTÍNEZ TORRÓN, Coords.-, "La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa", Madrid, 2009, pp. 232-236.

<sup>7</sup> Acerca del papel de las creencias en la existencia personal, Naciones Unidas declara: *Considerando que la religión o las convicciones, para quien las profesa, constituyen uno de los elementos fundamentales de su concepción de la vida y que, por tanto, la libertad de religión o de convicciones debe ser íntegramente respetada y garantizada...*; en Preámbulo de la "Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones", Asamblea General de las Naciones Unidas, 25 de noviembre de 1981.

<sup>8</sup> El derecho de objeción de conciencia se inserta en el precepto que regula el derecho de 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, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.* Art. II-70, Parte II "Carta de Derechos Fundamentales de la Unión" del Tratado de la Unión Europea, sin modificar por el Tratado de Lisboa.

de objeción de conciencia, siendo inadmisibles el reconocimiento de tal derecho en ausencia de ley<sup>9</sup>.

En la doctrina jurídica los posicionamientos son diversos acerca de la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia y su comprensión dentro del ámbito objetivo de la libertad ideológica, religiosa o de conciencia. De la Hera ofrece un recorrido por las distintas corrientes doctrinales, agrupadas en torno a las siguientes posiciones: a) *la objeción consiste en una desobediencia a la norma, en el incumplimiento de una obligación*; b) *la objeción consiste en una tolerancia del legislador*; c) *la objeción es una excepción legal a la norma, una concesión del legislador*; d) *la objeción consiste en la sustitución de la moral social por la moral individual*; e) *la objeción es un derecho subjetivo que el Estado no crea, sino que reconoce*; f) *la objeción de conciencia es un derecho fundamental*<sup>10</sup>. Frente a quienes valoran negativamente el fenómeno de la objeción de conciencia por temor a que un progresivo aumento de reclamaciones acerca de su ejercicio dinamite el orden social<sup>11</sup>, este autor analiza la causa de su génesis y sitúa el valor del mismo en la ruptura del poder hegemónico del Estado sobre el Derecho secularizado<sup>12</sup>. En la misma línea, Bertolino concibe el instituto de la objeción de conciencia como la aportación de un bien para la sociedad, distinto a las posturas mayoritarias<sup>13</sup>. Incluso hay quienes a través de su garantía aprecian el grado de sensibilidad del Estado ante los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Vid.: L. RUANO ESPINA, *Las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009 sobre objeción de conciencia a EPC*, en "Revista Española de Derecho Canónico, vol. 66, nº 166, pp. 228-229.

<sup>10</sup> Cfr.: A. DE LA HERA, *Sobre la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia*, en V.V.A.A. (I. C. IBAN, Coord.), "Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa", Madrid, 1989, p. 151.

<sup>11</sup> Vid.: L. GUERZONI, *L'obiezione di coscienza tra politica, diritto e legislazione*, en V.V.A.A., "L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello statuto democratico", Milán, 1991, pp. 179-197; G. GEMMA, *Brevi note critiche contro l'obiezione di coscienza*, en *Ibidem.*, pp. 320, 333; cit. por R. NAVARRO-VALLS y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Las objeciones de conciencia en el derecho español...*, ob. cit. p. 7.

<sup>12</sup> *Es en tal sentido en el que valoro la incidencia de la objeción de conciencia en el mundo contemporáneo como una ruptura del poder hegemónico del Estado sobre el Derecho, que, privado de sus raíces morales, se había convertido en la expresión positiva de la voluntad del poder, un fenómeno tanto más grave cuanto se ha infiltrado en las democracias actuales a través precisamente de la secularización, que deja a la sociedad desvertebrada y fácil en consecuencia, para ser vertebrada por el poder al margen de la moral*; Cfr.: A. DE LA HERA, *Sobre la naturaleza jurídica...*, ob. cit., p. 160.

<sup>13</sup> *L'obiezione vera presenta una contrapartita positiva al rifiuto dei valori tradotti dalla norma giuridica. Al modello di vita sociale assunto dalla maggioranza, l'obietto intende sostituirla un altro e additare una via diversa per realizzare una più pacifica convivenza umana... L'obietto oppone alla norma giuridica rifiutata un bene diverso per la società; lungi dall'essere asociale, egli è in atteggiamento di effettiva solidarietà con gli altri consociati*. Cfr.: R. BERTOLINO, en V.V.A.A., *La objeción de conciencia en el Derecho Español e Italiano*, Murcia, 1990, pp. 43-44

<sup>14</sup> *Lo que es claro es que la objeción de conciencia plantea, en toda su radicalidad, el problema del choque entre norma y conciencia individual. Lo cual ya indica que la actitud de un*

Jurisprudencialmente, el más alto Tribunal oscila entre considerar la objeción de conciencia como un derecho garantizado por el art. 16 de la Constitución y de directa aplicación (STC 53/1985 de 11 de abril ; STC 15/1982, de 23 de abril ) y la exigencia de ejercitar la objeción sólo en presencia de una expresa regulación por vía legislativa (STC 160/1987, de 27 de octubre ) por el riesgo que para el Estado conlleva (STC 161/1987, de 27 de octubre ), dejando tan sólo lugar a la excepcional admisión de la objeción de conciencia respecto a un concreto deber y desprendiéndola del ámbito del derecho de libertad religiosa, el de conciencia y pensamiento <sup>15</sup>.

Por encima de consideraciones acerca de la concepción y naturaleza jurídica de esta figura, a mi juicio, lo imprescindible es la garantía de su ejercicio para quienes se encuentren ciertamente violentados en su conciencia por alguna disposición normativa <sup>16</sup>. La dificultad en el modo de llevar a cabo esta tarea resulta ser la fijación de los límites de este ejercicio del derecho de objeción de conciencia.

En este sentido, la jurisprudencia parece ser el ámbito donde preferencialmente deban resolverse los conflictos en la materia <sup>17</sup>, determinando cuándo tiene que prevalecer la opción asumida en conciencia y cuándo otros intereses generales o sociales enfrentados a la misma <sup>18</sup>. Este papel de ponderación en sede judicial, no obstante, no debiera ser impedimento para una regulación legal de la objeción de

---

*ordenamiento hacia las verdaderas objeciones de conciencia revela, en gran medida, su grado de sensibilidad hacia los derechos humanos, rescatándolos de la dictadura de las mayorías y colocándolos más allá del debate político; Cfr. R. NAVARRO-VALLS, Del poder y de la gloria, Madrid, 2004, p. 317.*

<sup>15</sup> Para una exposición acerca de la contradictoria doctrina acerca del derecho y el ejercicio de la objeción de conciencia en la jurisprudencia, puede verse: R. RODRÍGUEZ CHACÓN, *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1992, pp. 104-107.

<sup>16</sup> A este respecto, apunta Motilla que las Declaraciones de Derechos Humanos constitutivas del nuevo Derecho Natural positivizado en las Constituciones configuran la libertad de conciencia como una de las libertades públicas, de modo que *la garantía del Estado frente a la libertad de conciencia se resuelve, en la mayoría de los casos, en una actitud omisiva, deteniéndose ante lo que pertenece a la intimidad del hombre. Bien respetando la expresión de las ideas -libertad de expresión-. Bien admitiendo la posibilidad de actuar según conciencia aunque ello signifique la violación de un deber jurídico -objeción de conciencia-. Cfr.: A. MOTILLA, Consideraciones en torno a la objeción de conciencia en el Derecho español, "Ius Canonicum", XXXIII, nº 65, 1993, p. 142.*

<sup>17</sup> En su análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de objeción de conciencia López Guzmán se muestra acorde con De Lucas cuando afirma *que no se reconozca un derecho general a la objeción de conciencia no implica <<per se>> una postura restrictiva respecto a los casos que habrá de admitirse. Simplemente reconoce que cada clase de desobediencia habrá de articularse técnicamente de una manera individualizada y autónoma, ya que presentan una problemática específica. Cfr.: J. LÓPEZ GUZMÁN, La objeción de conciencia farmacéutica, Barcelona, 1997, p. 77.*

<sup>18</sup> Sobre esta cuestión puede verse, R. NAVARRO-VALLS, *Las objeciones de conciencia*, en V.V.A.A. -J. FERRER ORTIZ (Coord.), "Derecho Eclesiástico del Estado Español", Pamplona, 1996, p. 196.

conciencia<sup>19</sup>. De este modo, ante una eventual reforma de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, González Moreno ofrece una valoración crítica acerca de los distintos modos de materializarse tal ordenación, partiendo de la base de que la regulación por ley de la objeción de conciencia sería garantía básica de este derecho fundamental, al considerar la objeción como una derivación de la libertad ideológica, religiosa y de conciencia<sup>20</sup>.

## **2. LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES ANTE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO**

### **2.1. Consideraciones previas**

Acogemos la definición de la objeción de conciencia al aborto considerada como la negativa a llevar a cabo o cooperar directa o indirectamente en la realización de un aborto, debido a la consideración de dicha participación como una grave infracción de la ley moral, o de la norma religiosa para el creyente<sup>21</sup>.

La intervención en procesos abortivos no es incompatible únicamente con la mayoría de las creencias religiosas, éticas y morales. La colisión también se produce con el código deontológico de los profesionales sanitarios así como con posiciones científicas. A partir del estudio acerca de la regulación deontológica comparada y española de la objeción de conciencia al aborto, Sieira concluye: *Los Códigos deontológicos del mundo occidental, de inspiración hipocrática, consideraban tradicionalmente las prácticas abortivas como un comportamiento contrario a la deontología sanitaria. La despenalización o legalización del aborto ha introducido en ellos una suerte de ruptura entre deontología y legalidad*<sup>22</sup>.

Desde la Biología y la Genética se llega a la conclusión de que la fecundación constituye el hecho biológico fundador de la vida humana. Conforme a esta convicción,

---

<sup>19</sup> Acerca de esta cuestión, *una buena manera de lograr una situación de justicia y certidumbre consiste en que la objeción justamente planteada llegue a quedar plasmada en la ley... Así, lo que ha comenzado siendo una objeción de conciencia se convertiría en una opción de conciencia*. Cfr.: I. DURANY PICH, *Objeciones de conciencia*, Pamplona, 1998, p. 20.

<sup>20</sup> En opinión de González Moreno esta regulación debería revestir la forma de cláusula general, completándose con una lista de supuestos con valor ejemplificativo que contribuyese a precisar sus perfiles jurídicos. Vid.: B. GONZÁLEZ MORENO, *La regulación legal de las opciones de conciencia...*, *ob. cit.*, pp. 221-232.

<sup>21</sup> Vid.: C. CAFFARRA, *Aborto e obiezione di coscienza*, en V.V.A.A., "Obiezione de coscienza e aborto" (A. Fiori y E. Sgreccia, coords.), Milán, 1978, p. 60.

<sup>22</sup> S. SIEIRA MUCIENTES, *La objeción de conciencia sanitaria*, Madrid, 2000, p. 56.

la extinción de la vida del concebido equivale “científicamente” a la supresión de una vida humana, de ahí la oposición a prácticas abortivas en el espacio sanitario <sup>23</sup>.

La normativa española en materia de aborto se situaba entre aquellos países que no han regulan por ley el derecho a la objeción de conciencia en procesos abortivos, hasta la promulgación de la normativa actualmente en vigencia. Así, en el estudio que Durany nos ofrece acerca de esta cuestión, se pone de relieve que la inmensa mayoría de las legislaciones despenalizadoras del aborto reconocen expresamente la objeción de conciencia del personal que debe intervenir en tales prácticas, incluyendo muchas de ellas la prohibición de discriminación hacia el objetor. Vienen incluidos en este grupo de países: la legislación federal estadounidense -Health Programs Extensión 1973- y la de cuarenta y cuatro Estados -California e Illinois no aceptan la objeción en los casos de urgencia- <sup>24</sup>, Francia, Italia, Dinamarca, Portugal, Holanda, Alemania y Reino Unido -salvo que la intervención en el aborto fuese imprescindible para evitar un grave daño a la madre o salvar su vida-; frente al minoritario grupo de países, entre los que se encuentran Suecia, Noruega y Finlandia, que no reconocen la objeción <sup>25</sup>.

Atendiendo al caso concreto de nuestro país venía reclamándose la positivación normativa del derecho de objeción de conciencia en ámbito sanitario, al estar confiada su estimación a la jurisprudencia, por cuanto las particulares características de este modelo de objeción facilitan la recepción en las normas jurídicas <sup>26</sup>.

## 2.2. El Tribunal Constitucional

La sentencia 53/1985 de 11 de abril marca una línea jurisprudencial que se ha mantenido mayoritariamente constante en el tiempo, en la resolución de supuestos sobre objeción de conciencia al aborto. Este pronunciamiento resuelve un recurso de constitucionalidad contra la Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal, despenalizadora del aborto en determinados supuestos. El fallo, favorable a la constitucionalidad de la ley, resulta relevante en algunas de sus consideraciones para la

---

<sup>23</sup> Vid., por ejemplo: E. SGRECCIA, *Manual de Bioética*, Méjico, D.F., 1996, p. 337; A. SERRA, *Quando comincia un essere umano. In margine ad un recente documento*, en “Medicina e Morale”, vol. 3, 1987, pp. 388-389; J. LEJEUNE, *¿Qué es el embrión humano?*, en “Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia”, núm. 12, Madrid, 1993, p. 35.

<sup>24</sup> Un riguroso estudio sobre el tratamiento de la objeción de conciencia al aborto en el derecho estadounidense, puede verse en R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia*, Madrid, 1994, pp. 357-392.

<sup>25</sup> Vid.: I. DURANY PICH, *Objeciones de Conciencia...*, ob. cit., pp. 37-41.

<sup>26</sup> Vid.: A. GONZÁLEZ-VARAS, *Las objeciones de conciencia de los profesionales de la salud*, en V.V.A.A., -M. J., ROCA, coord.-, “Opciones de conciencia. Propuestas para una ley”, Valencia, 2008, pp. 283-324.

cuestión que nos ocupa, cuanto más porque se pronuncia acerca de la cobertura jurídica de la objeción de conciencia.

Entre las reprobaciones de los recurrentes a la Ley figuraba la ausencia en la misma de una cláusula de conciencia que amparase la objeción, para aquellos profesionales sanitarios a los que la intervención en prácticas abortivas les provocase un conflicto en conciencia. El Tribunal no toma en consideración la objeción de conciencia para enjuiciarla como posible causa de inconstitucionalidad de la norma impugnada, sino para señalar el especial interés de su regulación, así como para asentar la existencia del derecho a la objeción de conciencia y la posibilidad de su ejercicio con independencia de que se haya dictado o no una regulación a tal efecto. La objeción de conciencia, señala la sentencia, *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 el propio Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales*<sup>27</sup>.

La fundamentación jurídica del fallo de la sentencia se sostiene sobre algunos elementos sustanciales para el tratamiento de la objeción de conciencia al aborto. Así, el Tribunal considera inicialmente la función de los derechos fundamentales, partiendo del principio de obligatoriedad de carácter negativo y positivo, asumido constitucionalmente por los poderes públicos. La sentencia configura el deber de sometimiento de todos los poderes públicos a la ley, por un lado, como una omisión u obligación negativa del Estado, cual es no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, y, por otra parte, conlleva la obligación positiva de contribuir a la efectividad de esos derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano<sup>28</sup>.

Para la fijación de los derechos en juego en la hipótesis concreta -exclusión de la punibilidad del aborto- resulta imprescindible la reflexión acerca del estatuto jurídico del concebido no nacido, como también lo es para la resolución de los conflictos de objeción de conciencia al aborto. A este respecto, en la sentencia se define la vida del nasciturus como un bien jurídico objeto de protección, cuya cobertura jurídica se sitúa en el artículo 15 de la Constitución -por cuanto la vida del nasciturus encarna el valor fundamental de la vida humana garantizado en dicho precepto-; si bien no lo considera titular del derecho

---

<sup>27</sup> Cfr.: RJA - .

<sup>28</sup> Según la sentencia, la garantía de los derechos fundamentales no incluye solamente derechos subjetivos del ciudadano frente al Estado, sino también deberes positivos por parte de éste, según los artículos 9.2 , 17.4 , 18.1 y 4 , 20.3 , 27 de la Constitución. Vid.: F.J. 4º . Una interpretación contraria excluyente de la libertad religiosa en esta función promocional, puede verse: G. PECES-BARBA, en V.V.A.A. -I. C. IBÁN, coord.-, Libertad y derecho fundamental..., *ob. cit.*, p. 67.



fundamental a la vida <sup>29</sup>. Esta protección del nasciturus viene perfilada a través de la obligación del Estado de *no interrumpir o no obstaculizar el proceso natural de gestación y establecer un sistema legal para la defensa de la vida que incluya como última garantía las normas penales*.

Del otro lado, se situaría el valor jurídico constitucional de la dignidad de la persona, en este caso de la madre, conectado con derechos fundamentales tales como el libre desarrollo de la personalidad garantizado en el art. 10 de la Constitución, los derechos a la integridad física y moral (art. 15 ), la libertad de ideas y creencias (art. 16 ), el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen (art. 18 ). Queda concretado este derecho a la dignidad en *la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida*<sup>30</sup>.

Sentados estos extremos, el Tribunal acude a la técnica de la ponderación de los bienes jurídicos en disconformidad, para tratar de armonizarlos si es preciso, y en caso de imposibilidad de armonización precisar las condiciones y requisitos de la prevalencia de uno de ellos. Un principio conduce esta tarea: no puede absolutizarse la obligación de defensa de la vida del nasciturus frente al derecho de la vida y la dignidad de la mujer ni, viceversa, tampoco pueden prevalecer incondicionalmente estos derechos de la madre porque quedaría extinguido un valor central del ordenamiento <sup>31</sup>.

El Constitucional hace esta evaluación en cada uno de los supuestos de despenalización, para concluir que los casos en que el aborto se despenaliza delimitan el ámbito de protección penal del no nacido, excluyéndose ésta en tales situaciones y justificándolo sobre la base de la protección de derechos constitucionales de la mujer.

La argumentación transcurre en los siguientes términos: es constitucional, siempre según el Tribunal, otorgar prevalencia al derecho a la vida de la madre sobre el del hijo cuando existe un riesgo vital para ella, por cuanto lo contrario supone una “penalización a la mujer por defender su derecho” (derecho a la vida de un nacido prevalece sobre el derecho a la vida de un no nacido); de la misma manera, cuando es la salud la que entra en juego es “inexigible sacrificar este derecho propio de la mujer” a favor del derecho a la vida del nasciturus. Tampoco es inconstitucional la despenalización del aborto en los casos de violación porque “obligar a soportar las consecuencias de un acto tal es considerado contrario a la dignidad de la mujer”. Finalmente, el fundamento del supuesto

---

<sup>29</sup> Fundamentos Jurídicos 5º y 6º, RJA - .

<sup>30</sup> Fundamento Jurídico 7º, RJA - .

<sup>31</sup> Los órganos jurisdiccionales europeos no han mantenido una postura uniforme sobre el derecho a la vida del nasciturus, como pone de relieve I. MARTÍN SÁNCHEZ, en *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, Granada, 2002, pp. 159-162.

relativo a la existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto se encuentra en que se trata de casos límite cuya aceptación conlleva una “actitud por parte de la madre que excede a la que normalmente es exigible”, teniendo en cuenta las dificultades agravantes por falta de prestaciones estatales y sociales destinadas a *eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva*<sup>32</sup>.

Por mi parte, a la vista de las conclusiones del Tribunal aprecio en la argumentación jurídica un punto de partida, cual es la visión de los derechos ya referidos como opuestos. Se trata, en mi opinión, de un arranque erróneo, pues el derecho a la vida del concebido y los derechos de la madre (su propia vida, su dignidad, libre desarrollo de la personalidad, derecho a la integridad física, al honor, a la propia imagen, libertad de ideas y creencias, etc.) no debieran contemplarse como opuestos en ninguna circunstancia. Más bien al contrario, si bien los titulares de los derechos en cuestión son ontológicamente diferenciados y originales, los derechos del nasciturus se encuentran de algún modo insertados en todo derecho de la mujer por la particular relación de filiación. Podríamos expresarlo, en términos extrajurídicos, afirmando que la mujer acoge como parte de sí lo que al hijo incumbe.

Desde esta perspectiva, no se entiende cómo la vida del hijo -sano o insano- pueda percibirse como un “contrario” de la mujer, ni muchos menos de su dignidad, siendo esto así aun cuando se da una circunstancia de riesgo para la madre, pues no es el hijo quien voluntariamente determina tales condiciones. De igual modo, en los casos de “aborto ético”, en la medida en que no podemos considerar *contrario a la dignidad de la mujer soportar las consecuencias de un acto tal*, sino conforme a ella, no se opone a su dignidad tampoco la obligación de gestar al hijo.

Así pues, considero conforme con la dignidad de la madre la protección por su parte de la vida del hijo concebido y estimo que la situación de conflicto jurídico se produce objetivamente, en cuanto aparece la pretensión por parte de la madre de extinguir los derechos del hijo -ante determinadas circunstancias-; cuestión distinta será el juicio sobre la punibilidad en estos casos<sup>33</sup>.

Me permito apreciar una cierta afinidad con este enfoque, en la tesis que mantiene de la Hera sobre la objeción de conciencia al aborto. Según el autor, los objetores reales no

---

<sup>32</sup> Fundamento jurídico 11º, RJA - .

<sup>33</sup> En un estudio sobre la objeción de conciencia a la dispensación del fármaco RU 486, Turchi insiste en el carácter excepcional del aborto frente a la regla general del derecho a la vida: *Si consideri infatti che l'obiezione all'aborto non può essere ritenuta norma eccezionale del sistema giuridico, costituendo invece l'aborto eccezione rispetto al principio di tutela della vita: perciò la normativa sull'oc rappresenta un'eccezione all'eccezione (l'aborto) e quindi un ritorno alla regola (il diritto alla vita)*. Cfr.: V. TURCHI, *Nuevas formas de objeción de conciencia. La experiencia italiana*, en “Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado”, nº 15, octubre 2007, p. 9.

son los médicos sino las embarazadas, respondiendo en sentido afirmativo a la pregunta de si las embarazadas objetarían contra una ley que prohibiese absolutamente el aborto, en cuanto a aquellas que desearan abortar<sup>34</sup>.

### 2.3. El Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo, por su parte, ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del derecho a la vida y la objeción de conciencia a través de distintos pronunciamientos posteriores a la sentencia del Tribunal Constitucional previamente analizada. Se trata de sentencias resolutorias de recursos interpuestos por algunas Asociaciones y Colegios Profesionales, contra el “RD del Ministerio de Sanidad y Consumo sobre Centros sanitarios y acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo” de 21 de noviembre de 1986. De estas decisiones se deduce la adopción por parte del Supremo, de algunos de los principios sentados en la sentencia 53/1985<sup>35</sup>.

En todos los casos los recursos se interponen por el cauce del procedimiento especial, sumario y urgente previsto en la Ley 62/1978 sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, para los supuestos de afectación de derechos fundamentales por actos o disposiciones administrativas. Los actores solicitan declaración de nulidad del precepto en cuestión, estimándolo contrario a Derecho con base en los artículos 14 y 15 de la Constitución. Así, los recurrentes manifiestan, entre otros aspectos, que la disposición reglamentaria pone en riesgo a la mujer que aborta y se desentiende de la vida del feto<sup>36</sup>.

Con carácter previo, resulta oportuno poner de relieve la cuestión de la legitimación activa de los actores, cuya ausencia denuncia el Abogado del Estado, por carecer de la titularidad del derecho a la vida. El Tribunal se muestra invariable en el reconocimiento de tal legitimación por parte de Asociaciones en unos casos y Colegios profesionales en otros, por razón, bien de los fines estatutarios (tales como la defensa de la vida y respeto a la vida del ser humano no nacido); bien del interés profesional y las implicaciones

---

<sup>34</sup> Cfr.: A. DE LA HERA, *Sobre la naturaleza jurídica de la objeción...*, *ob. cit.*, pp. 155-158.

<sup>35</sup> Vid.: Sentencias RJA - ; RJA - #(\$ 240375)#.

<sup>36</sup> Además de violar el principio de igualdad por la diferencia de trato entre los centros públicos y privados en orden al automatismo de la acreditación de los primeros para la práctica de abortos, mientras que los segundos están condicionados por obtención de la misma previa solicitud. En todos los casos se rechaza la vulneración del art. 14 por venir justificada la diferencia de trato en la propia naturaleza pública o privada, en orden al control inmediato sobre los primeros y mediato sobre los segundos para la comprobación del cumplimiento de las prevenciones exigidas en los procesos abortivos. Vid.: Fundamento Jurídico 8º; Fundamento Jurídico 9º, #(\$ 318229)#; Fundamento Jurídico 6º, #(\$ 260079)#.

deontológicas de la norma recurrida para quienes tienen que llevar a cabo los procesos abortivos.

Apuntada esta cuestión previa, desde la sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional y conforme con ella, el Supremo razona en todos los casos que la vida del nasciturus es un bien jurídico protegible con cobertura en el artículo 15 de la Constitución pero no es titular del derecho fundamental a la vida. De este modo, desestima siempre las pretensiones de los recurrentes al afirmar que la norma impugnada, cuyo objeto es dar efectivo cumplimiento de la Ley Orgánica 9/1985 despenalizadora del aborto, ofrece una protección adecuada a los bienes jurídicos afectados por la misma y delimitando el ámbito de protección penal del nasciturus. Así, según la sentencia, queda salvaguardada la salud de las mujeres que quieran acogerse a alguno de los supuestos de aborto, regulando la acreditación de los correspondientes centros sanitarios frente al riesgo que para las mujeres supone la práctica de abortos clandestinos legalmente despenalizados<sup>37</sup>.

En las sentencias de 16 y 23 de enero de 1998, el Tribunal Supremo responde al reproche de los demandantes sobre la ausencia en el RD impugnado de regulación legal de la objeción de conciencia respecto de los abortos no punibles. Así, la sentencia de 23 de enero de 1988 niega la ilegalidad omisiva del precepto por cuanto éste no impone una obligación legal de practicar determinados abortos no punibles al personal sanitario, respecto de la cual pudiera plantearse la posibilidad de objetar en conciencia. En todo caso, el Supremo sostiene que esta objeción es un indudable derecho de los profesionales, una facultad que forma parte del contenido del derecho fundamental de libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución, cuyo ejercicio no resulta condicionado por ninguna regulación legal, debido a la aplicación directa del artículo constitucional. Afirma, además, que la regulación del derecho de objeción de conciencia no es encuadrable en el ámbito de una norma reglamentaria por su naturaleza de derecho fundamental.

En contradicción con estos criterios, en un fallo de 20 de enero de 1987, es desestimando el recurso interpuesto por varias enfermeras declaradas objetoras de conciencia al aborto, invocando los artículos 14 y 16 de la Constitución. Los antecedentes se sitúan en la negativa de ocho enfermeras manifestada a la dirección del centro hospitalario de la Seguridad Social en el que trabajan, a intervenir en dos abortos

---

<sup>37</sup> Mediante voto particular en las sentencias de 16 de enero y 23 del mismo mes, dos Magistrados se pronuncian, respectivamente, en contra de los fallos adoptados por el Tribunal, al considerar que el RD recurrido omite el deber de los poderes de protección de la vida del nasciturus en los supuestos de aborto no despenalizado, por cuanto no incluye garantías para evitar que se practiquen abortos en supuestos constitutivos de delito, omisión que no se observa en la garantía de los derechos de la mujer.

legales previstos y luego realizados en el servicio de Toco Ginecología. Amparándose en motivos de conciencia son, no obstante, amenazadas con el traslado de planta que es efectuado posteriormente a pesar del argumento de las objetoras según el cual su actitud no perjudica la actividad habitual del servicio, que continuarían desempeñando, por cuanto es abrumadoramente superior a la práctica de abortos.

De las ocho enfermeras referidas, cuatro plantean recurso contencioso-administrativo contra la orden administrativa de “cambio de servicio”, tras cuya desestimación acuden al Supremo alegando violación de los derechos garantizados en los artículos 14 y 16 de la Constitución. El Tribunal reconoció su derecho a la objeción de conciencia pero concluyó que la actitud negativa de las recurrentes es previsiblemente perturbadora del servicio al que pertenecen cuando se presenten casos de aborto<sup>38</sup>. No se aprecia en este caso, según el Tribunal, la afectación o disminución de los derechos alegados por las recurrentes si el cambio de planta no afecta al lugar de residencia ni a las categorías profesionales y salarios<sup>39</sup>.

## 2.4. Otros Tribunales

### a) *La Audiencia Nacional*

Con fecha 9 de febrero de 1998 la Audiencia Nacional estima un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un médico ginecólogo contra el Ministerio de Sanidad y Consumo y el INSALUD, por vulneración del artículo 16 de la Constitución<sup>40</sup>.

Los hechos hacen referencia a una resolución dictada por el INSALUD el 17 de junio de 1994 imponiendo una sanción de suspensión de empleo y sueldo al recurrente por tiempo de seis meses. Esta sanción se impone por la comisión de una falta grave del art. 66. 3 h del Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social. El recurrente habría incumplido una nota remitida al Servicio de Ginecología del hospital Can Misses de Ibiza, el 19 de abril de 1991 por el Director Médico del hospital, en la que se indicaba que *considerándose que la información relativa a las interrupciones terapéutica de embarazo de dos pacientes referenciados, que aconsejan dicha interrupción, se*

---

<sup>38</sup> Una regulación legal de la objeción de conciencia al aborto que, como la legislación polaca, incluyese la exigencia al médico objetor de garantizar la efectividad del servicio al que está adscrito, remitiendo a la mujer a otro médico para practicarle el aborto, se considera un uso condicional del instituto de la objeción, que *relativiza la objeción de conciencia y obviamente viola la conciencia del médico involucrado*. Cfr.: A. GRZESKOWIAK, *Objeción de conciencia por categorías profesionales específicas*, en V.V.A.A., -E. SGRECCIA y J. LAFFITTE-, “La conciencia cristiana como sustento del derecho a la vida”, Madrid, 2009, pp. 218-219.

<sup>39</sup> Vid. comentario en, R. NAVARRO-VALLS, *La objeción de conciencia*, en V.V.A.A., en “Bioética y justicia”, Madrid, 2000, pp. 322-323.

<sup>40</sup> Sentencia RJA - , de 9 de febrero de 1998.

*transmite al Servicio de Ginecología para su ejecución dentro de los plazos previstos por la ley.*

El médico recurre en reposición y el Director General del INSALUD dicta resolución de 24 de abril de 1995 desestimando el recurso, tras lo cual el afectado interpone recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional contra el Ministerio de Sanidad y Consumo y el INSALUD. La Audiencia estima la pretensión del actor y anula las resoluciones impugnadas por declararlas contrarias a Derecho mediante sentencia de 9 de febrero de 1998.

La Audiencia afirma que de la prueba practicada se deduce una animadversión personal del Director Médico del hospital hacia el actor, lo que ha influido en la incoación del expediente disciplinario que terminó con la sanción impugnada. También se considera probado que el Director sabía que el actor y gran parte de los médicos del Servicio de Ginecología se habían declarado objetores de conciencia para la realización de abortos, así como que precisamente por ello la práctica de los abortos venía siendo atendida por los médicos del Servicio no declarados objetores.

Declara la Audiencia que el derecho a la objeción de conciencia es un derecho de amparo constitucional y también reconocido por el art. 27 del Código de Ética y Deontología Médica aprobado por la Organización Médica Colegial, lo cual exime al involucrado no sólo de practicar materialmente abortos sino también de cualquier actuación que sea un acto de cooperación necesario para que las interrupciones de los embarazos se lleven a cabo.

Según la Audiencia, en la resolución impugnada que sanciona al actor, no se establecía una norma de comportamiento ni contenía una orden que permitiese tipificar la infracción por su incumplimiento, siendo que la resolución se basa en que el actor incumple la actuación ordenada por el Director Médico sobre la interrupción del embarazo de dos pacientes. Tendría que existir una orden o mandato concreto de actuación expreso, a persona concreta, habilitada para el cometido y una oposición a dicho incumplimiento, mediante una conducta que tienda de manera inequívoca y manifiesta a hacer ilusorio el mandato con desprestigio del principio jerárquico. En este caso, el actor no hace caso omiso de los abortos sino que consultó con los miembros del servicio que estaban presentes esos días en el hospital y como todos eran objetores llevó a cabo los abortos el propio Director Médico.

#### *b) Tribunales Superiores de Justicia*

En un supuesto con elementos fácticos similares a los contemplados, se había pronunciado anteriormente el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, mediante sentencia de 18 de diciembre de 1991, sobre objeción de conciencia al aborto, en el que

se denuncia discriminación en el trato de un profesional sanitario por razones ideológicas o religiosas vulnerando así el derecho fundamental de igualdad del artículo 14 de la Constitución.

En esta ocasión se trata de un anestesista, trasladado del servicio de medicina maternal al de traumatología por haber planteado objeción de conciencia a los abortos que se realizaban en el servicio de maternidad. El Tribunal Superior revoca la resolución de un Juzgado de lo Social de Zaragoza que juzgaba conforme a Derecho la orden de traslado del recurrente. En contra del criterio aplicado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de enero de 1987 el Tribunal Superior aprecia la violación del derecho fundamental a la no discriminación por razones ideológicas o religiosas aunque el traslado del servicio no afecte a la categoría o al salario del objetor.

Lo más destacable de la sentencia es, tal vez, la visión de la garantía de los derechos fundamentales como termómetro del Estado en su respeto al pluralismo ideológico. Concluye el Tribunal que *por hallarnos ante una materia que constituye una verdadera piedra de toque para constatar o columbrar la efectividad de un estado de derecho basado en el auténtico respeto al pluralismo ideológico que ampara la Constitución, las conductas sospechosas de encubrir un comportamiento antijurídico deben ser analizadas con especial rigor y cuidado para evitar, por todos los medios, que al socaire de actuaciones formalmente ajustadas al ordenamiento jurídico puedan filtrarse modos de proceder que reduzcan a papel mojado aquellas garantías destinadas a la protección de los derechos fundamentales*<sup>41</sup>.

A este respecto, Palomino Lozano afirma la inexistencia de un sistema de gestión del factor religioso ideal para la salvaguarda de la libertad religiosa, si bien es susceptible una protección efectiva en un *tramo virtual comprendido entre los Estados que propugnan la separación entre Estados y creencias, y los que promueven la cooperación, en lo que se denomina zona de ajuste y acomodación*<sup>42</sup>.

Pocos días después del referido fallo de la Audiencia Nacional, es el Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares el que resuelve un nuevo caso de objeción de

---

<sup>41</sup> Sentencia de 18 de diciembre de 1991, inédita, comentada en R. NARRO-VALLS, "*Bioética y...*", *ob. cit.*, p. 324.

<sup>42</sup> PALOMINO LOZANO, R., *Aconfesionalidad, laicidad y ética pública: los jueces ante el fenómeno religioso*, en V.V.A.A., "Estado aconfesional y laicidad", Cuadernos de Derecho Judicial I-2008, Madrid, p. 360. Conectada con esta cuestión, es relevante para el tratamiento de la objeción de conciencia la consideración de la laicidad como principio de actuación: Ibán califica al Estado de promocional en lugar de laico por la valoración positiva de lo religioso en general, mientras que Castellano prefiere hablar de una nueva concepción de la laicidad en la que se introduce esta actuación promocional. Vid.: I.C. IBÁN, en V.V.A.A., -A. DE LA HERA y R. M<sup>º</sup>. MARTÍNEZ DE CODES, Coords.-, *Encuentro sobre dignidad humana y libertad religiosa*, Madrid, 2000, pp. 119-120; P. CASTELLANO, en *cit.*, pp. 100-101.

conciencia al aborto, afirmando que este derecho forma parte del contenido del artículo 16 de la Constitución aun cuando no se encuentre expresamente recogido por el mismo.

Catorce matronas y un comadrón habían comunicado a la Dirección del hospital Son Dureta en el cual prestan sus servicios, su condición de objetores. El hospital les remite una propuesta de protocolo para solucionar el conflicto, en la cual se dice que en los casos de aborto deberán prestar su asistencia, concretamente, en la instauración de vía venosa y analgesia, si se precisa en control de dosis de oxitocina, control de dilatación del cuello del útero y de constantes vitales durante todo el proceso. Los afectados se oponen a esta propuesta por razones de conciencia.

La Dirección de Enfermería les comunica la intención de seguir estudiando posibles soluciones ante sus alegaciones aunque se ratifica en el protocolo. Ante esta situación, los demandantes presentan ante la Dirección de Enfermería un escrito solicitando el reconocimiento de su condición de objetores de conciencia y eximiéndoles de participar en toda fase del proceso de aborto, sin recibir respuesta alguna. Tal es así que presentan demanda ante el Juzgado de lo Social nº 3 de Palma de Mallorca contra el INSALUD sobre tutela del derecho de objeción de conciencia en materia de aborto en los supuestos despenalizados. El Fallo de la sentencia dice desestimar la demanda y absolver de la misma al INSALUD.

Es el recurso de suplicación contra esta resolución del Juzgado de lo Social el que resuelve el Tribunal Superior de Justicia de Baleares mediante sentencia de 13 de Febrero de 1998. Por nuestra parte, nos interesa el segundo motivo de la demanda, motivo que, según el T.S.J., origina el conflicto y sobre lo que debe versar el fallo. Argumenta la actora que no se ajusta a la realidad uno de los hechos que la sentencia en primera instancia tiene como probados, esto es, el que no conste acreditado que la Dirección del hospital haya forzado a los actores a tomar parte en prácticas concretas de interrupción de embarazo. El Tribunal Superior de Justicia considera que afirmar que los demandantes no han sido forzados, o bien es una afirmación inútil para resolver el conflicto por su indefinición, si se tiene en cuenta que la Dirección del hospital no desconoce formalmente la condición de objetores de los demandantes y declara seguir buscando soluciones armonizadoras al problema, o bien zanja la cuestión inadecuadamente por vía de hechos probados.

Los recurrentes reprochan a la sentencia de instancia no haberse pronunciado sobre su petición: que tras considerarse que la postura de la Dirección restringe ilícitamente el ámbito de ejercicio del derecho a la objeción, se declare que por su condición de objetores tienen derecho a no participar en ninguno de los actos del procedimiento de aborto.



En respuesta a tal pretensión de los recurrentes, el T.S.J. señala que la objeción de conciencia al aborto aun cuando no es un derecho consagrado ni regulado explícitamente en la Constitución ni en la legislación ordinaria, se trata de un derecho fundamental que forma parte del contenido del derecho a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1, según la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 11 de abril de 1985. Y lo que es más, todos los poderes públicos están obligados a adoptar cuantas medidas positivas fueran necesarias para procurar su efectividad.

Así, el Tribunal entiende que las tareas que la Dirección pretende que realicen los demandados son imprescindibles para que se lleve a cabo el aborto, por lo que son actos sanitarios de cuya ejecución están exentos quienes frente al aborto ejercen el derecho fundamental a la objeción de conciencia, sin perjuicio de la responsabilidad del centro sanitario de procurar los medios humanos necesarios para que el servicio se preste, pero no a costa de sacrificar derechos fundamentales que la Constitución garantiza. Por lo tanto, ordena el Tribunal Superior de Justicia revocar la sentencia en primera instancia y declara que los demandantes en su calidad de objetores de conciencia tienen derecho a no participar en ningún acto sanitario del proceso de interrupción voluntaria del embarazo<sup>43</sup>.

Más recientemente, otro Tribunal Superior de Justicia, el de Andalucía, se ocupa de un caso de objeción de conciencia con las mismas motivaciones que sustentan la objeción de conciencia al aborto. En esta ocasión el conflicto hace referencia a la oposición a la realización de pruebas de diagnóstico prenatal<sup>44</sup>.

El recurrente es un médico ginecólogo al que venía reconociéndosele su derecho de objeción de conciencia a la realización de pruebas de diagnóstico prenatal, hasta que el INSALUD le comunica su baja mediante resolución administrativa, tras cambiar el Jefe de Servicio donde desempeña su trabajo

El Juzgado Contencioso Administrativo nº 1 de Algeciras ante el que es recurrida dicha resolución, ordena la suspensión de la ejecución del acto administrativo, al adoptar mediante auto de 22 de mayo de 2008 la medida cautelar de eximir al médico de la realización de pruebas de diagnóstico prenatal y disponer que preste servicio en otra actividad del Servicio de Ginecología mientras se resuelve el procedimiento.

El actor había fundamentado la objeción de conciencia reclamada en su colaboración como médico provida y en calidad de ginecólogo en diferentes fundaciones con objetivo de prevención del aborto y sus secuelas, como también ofrecer ayuda a las madres.

---

<sup>43</sup> Vid.: Sentencia RJA - de 13 de febrero de 1998.

<sup>44</sup> Vid.: Sentencia RJA - de 30 de septiembre de 2009.

Para ello invoca el derecho de libertad ideológica y religiosa del art. 16.1 de la Constitución y la objeción de conciencia que formaría parte de este derecho. El INSALUD, por su parte, argumenta su decisión sobre la base de las necesidades derivadas del adecuado funcionamiento del servicio frente a los individuales o particulares intereses.

Es interesante la ponderación de los intereses en conflicto que lleva a cabo el Juez de primera instancia para resolver, indicando que si no se toma la medida cautelar de eximir al médico de la realización de las mencionadas pruebas, se puede hacer perder su finalidad al recurso, pues se sometería al actor a una situación profesional que podría finalmente ser declarada atentatoria de su derecho fundamental invocado, es por esto que acuerda dejar sin efecto la resolución administrativa del INSALUD y estima la objeción de conciencia del médico.

Hay que tener en cuenta la aportación para la fundamentación del derecho reclamado por parte del médico en esta fase del proceso, de un informe clínico que indica que padece un “trastorno adaptativo con sintomatología mixta ansioso depresiva y su posible derivación hacia un problema de salud mental más grave”. Con relación a esta circunstancia, el Servicio Andaluz de Salud sostiene su apelación en la injustificación de las motivaciones de la pretensión del médico, por consistir exclusivamente en existencia de un problema laboral, subyacente a la patología padecida por el médico y que justificó la baja.

Sobre el fallo del Tribunal Superior procede destacar que, reconociendo que la causa del conflicto es de índole laboral, parte sustancial de la problemática se refiere a la negativa del actor a la realización de las citadas pruebas de diagnóstico y el Tribunal se muestra acorde con la pretensión de exoneración por objeción de conciencia *al menos de forma indiciaria*. El Tribunal estima que se produciría una “irreparabilidad” de los intereses del actor de no adoptarse la medida cautelar, en caso de verse reconocida su pretensión en sentencia (sin olvidar la imposibilidad en la reparación de los perjuicios que pudiera general en la órbita personal del facultativo, pues nunca se lograría una íntegra restitución de su situación previa). Por el contrario, en cuanto a la reparabilidad de los intereses de organización y funcionamiento del Servicio, no está demostrado el perjuicio de la adopción de la medida. Además prueba la inexistencia de una razón apremiante para cambiar el criterio del Juzgado de Algeciras el hecho de que con anterioridad sí se venía reconociendo al médico su derecho a la objeción de conciencia con relación a las pruebas de diagnóstico prenatal.

De modo que, tras realizar la ponderación de los intereses en juego <sup>45</sup>, derecho individual de objeción de conciencia frente a los intereses generales -en este caso las necesidades del adecuado funcionamiento del servicio de Ginecología del Centro en cuestión-, y sin desatender lo previsto en el art. 130 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa -las medidas cautelares deben decidirse teniendo en cuenta todos los intereses en conflicto y siendo necesario respetar los intereses públicos prevalentes-, el Tribunal desestima el recurso y ordena el pago de costas en esta instancia a la parte apelante, con advertencia de que se le impondrán también las costas si en las demás instancias o grados se desestima totalmente el recurso.

### c) Audiencias Territoriales

Es destacable la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 29 de junio de 1988 <sup>46</sup> pronunciándose sobre recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio Oficial de Médicos de Asturias, contra la Dirección Médica del Centro Materno-Infantil del hospital "Ntra. Sra. De Covadonga" de Oviedo perteneciente al INSALUD, y la Dirección Provincial del INSALUD (concretamente, contra el acuerdo de 27 de enero de 1988 dictado por el primero y acuerdo de 9 de marzo de 1988, procedente de la segunda).

El Colegio Oficial de Médicos de Asturias recurre estos dos actos administrativos por el proceso excepcional, sumario y urgente de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre para la protección en vía contencioso-administrativa de las libertades y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Solicita la suspensión de la ejecutividad de los acuerdos recurridos, que se declaren contrarios a Derecho y nulos y se condene en costas a la Administración. Invoca en su argumentación el art. 16 de la Constitución.

Los actos recurridos son, por un lado, una orden interna de la Dirección del hospital, estableciendo normas para la asistencia por los facultativos del Centro en procesos de interrupción voluntaria del embarazo. Así, en su punto cuatro dice: *Una vez la IVE en*

---

<sup>45</sup> La doctrina reclama la aplicación de esta técnica importada de la práctica judicial norteamericana como vía de solución para los conflictos particulares de objeción de conciencia. Cañameres Arribas propone su incorporación en la futura ley orgánica: *sería oportuno incorporar en el texto de la futura ley orgánica una previsión general que sirviera de pauta para la resolución de estos conflictos por parte de nuestros tribunales. Se trata, en definitiva de acoger algo parecido a la solución norteamericana contenida en la Ley de restauración religiosa que garantiza la prevalencia del derecho de libertad religiosa incluso frente a normas de carácter general, salvo que su restricción esté justificada por atender a un interés prevalente del Estado y siempre que, en su consecución, se asegure la mínima restricción de la libertad religiosa.* Cfr.: S. CAÑAMERES ARRIBAS, *Ley Orgánica de Libertad Religiosa: fundamento y oportunidad de una reforma*, pro manuscrito.

<sup>46</sup> Vid.: V.V.A.A., -I. MARTÍN SÁNCHEZ coord.-, "Manual de Prácticas de Derecho Eclesiástico (Jurisprudencia española)", Cívitas, Madrid, 1996, pp. 210-212.

*curso y durante el tiempo de guardia, cualquier facultativo que sea requerido para una actuación puntual, tiene la obligación ineludible de prestar la asistencia que proceda, independientemente que sea objetor o no.* Por otro lado, el acuerdo de la Dirección Provincial del INSALUD establece instrucciones a este respecto a la Dirección del hospital y previene de la adopción de medidas disciplinarias en caso de no cumplirse, concluyendo que *es clara la obligación del facultativo de guardia de atender, como a un beneficiario más, a la mujer a quien se haya realizado o vaya a realizar una interrupción del embarazo.*

El Abogado del Estado y el representante legal del INSALUD que intervienen en el proceso solicitan la desestimación de la demanda, mientras que el Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso, es decir, la anulación de los acuerdos recurridos por ser contrarios a los derechos fundamentales de libertad ideológica y religiosa consagrados por el art. 16 de la Constitución.

Finalmente, la Audiencia estima en parte el recurso y ordena que los actos administrativos impugnados se adapten para no afectar a las libertades y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española y no fija condena en costas.

Es relevante la argumentación de la decisión de la Audiencia en cuanto perfila el objeto del derecho de libertad contemplado en el artículo 16 de la Constitución, señalando que la objeción de conciencia es una especificación del derecho a la libertad de conciencia y precisando el contenido de éste al aclarar que no sólo comprende el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también el derecho a acomodar el propio *canon de vida* a las propias convicciones, de manera que el sujeto no se vea obligado a *hacer cosa alguna contraria a ella*<sup>47</sup>.

Queda situada la cobertura jurídica de este derecho así considerado -aun cuando no haya una mención legal expresa para el supuesto de aborto-, en el art. 16, de aplicación directa para los médicos que por sus creencias *morales, culturales y sociales*, se opongan a intervenir en la práctica de abortos legales. La Audiencia, por tanto, entiende el derecho de libertad religiosa o de conciencia en sentido amplio al referirse a las motivaciones del mismo, pudiendo éstas tener carácter moral, cultural o social.

De esta forma, declara inadmisibile el razonamiento del acuerdo de la Dirección Provincial del INSALUD, compartido por el Abogado del Estado y, según el cual el derecho a la objeción de conciencia debe ser objeto de una interpretación restrictiva con

---

<sup>47</sup> Aun quienes conciben la objeción de conciencia como una excepción o privilegio ante el cumplimiento normativa por razones de conciencia, es admitida esta misma comprensión del derecho fundamental a la libertad de conciencia en el sentido de exigencia de libertad para actuar de acuerdo con las propias convicciones. Puede verse tal planteamiento en J.M. CONTRERAS MAZAIRO, *Libertad de conciencia, objeción de conciencia, insumisión y Derecho*, en V.V.A.A., - PECES-BARBA, G., ed.-, "Ley y conciencia. Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho", Madrid, 1993, p. 39.

base en la sentencia de 23 de abril de 1982 del Tribunal Constitucional sobre objeción de conciencia al servicio militar. La Audiencia rechaza esta interpretación, por cuanto considera que en el presente caso la objeción actúa como garantía jurídica de la *abstención* de una conducta determinada (intervenir en abortos despenalizados), mientras que en la sentencia mencionada del Constitucional lo que se contempla es una exención especial a un deber constitucional, como es el deber de la defensa de España. De estas consideraciones puede seguirse que a juicio de la Audiencia la objeción de conciencia al servicio militar está constitucionalmente contemplada, precisamente, porque ampara la exención de un deber de igual rango constitucional, mientras que no existe un derecho constitucional al aborto que requiera tal regulación específica.

En la consideración del supuesto particular de los actos impugnados, la Audiencia tiene en cuenta un dictamen emitido por la Real Academia de Medicina del Distrito Universitario de Oviedo, que refiere la distinción entre métodos inmediatos para las interrupciones voluntarias del embarazo y métodos indirectos que hacen del aborto, no tanto un acto sino más bien un proceso extendido a lo largo de horas o días en el que se requieren diversos actos de asistencia médica. En tales casos, este dictamen señala que la obligación de prestar asistencia a los facultativos de guardia, sean o no objetores *adolece de la indeterminación que certeramente se pone de relieve por el Ministerio Fiscal y que puede incidir en el vicio denunciado.*

En este sentido, la sentencia señala que no son discutibles los supuestos de urgencia o grave peligro por la vida, esto es, la exigencia de intervención de todo el personal médico para evitar o disminuir las consecuencias perjudiciales para la salud, aun cuando la causa de ello sea el internamiento voluntario para la práctica del aborto. Fuera de tales situaciones, los facultativos de guardia objetores de conciencia no pueden ser obligados a la realización de actos médicos cualquiera que sea su naturaleza, siempre que estén encaminados a la ejecución del aborto, tanto cuando éste vaya a realizarse como cuando se esté realizando.

Podemos concluir a partir de este pronunciamiento, que el derecho de objeción de conciencia es aplicable en todo caso en que el objetivo intencional del supuesto contemplado sea la provocación del aborto, con independencia de que este resultado se obtenga en un único acto médico con efecto inmediato o a través de varias intervenciones que se extienden en el tiempo. Considerando que en ambas situaciones cabe la posibilidad de complicaciones médicas, tanto para obtener el resultado pretendido como para garantía de salud para la madre, en esta última circunstancia es exigible la actuación por parte de los facultativos independientemente de su condición de objetores cuando existe una urgencia por riesgo grave para la vida de la paciente.

### 3. CONCLUSIONES

1ª.- Se observa una falta de uniformidad jurisprudencial acerca de la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia con carácter general: en algunos pronunciamientos la objeción de conciencia es contemplada como un derecho constitucional comprendido en el art. 16 , por tanto directamente aplicable, mientras que en otras decisiones se califica como “derecho constitucional autónomo pero no fundamental”, para cuyo ejercicio es precisa su expresa regulación legal.

2ª.- Las reclamaciones acerca del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia en la concreta modalidad de objeción al aborto surgen a partir de la despenalización del mismo en determinadas circunstancias por la Ley Orgánica 9/1985 de 5 de julio. Salvo puntuales excepciones ha sido reconocido este derecho en todas las instancias jurisdiccionales, como derecho fundamental de todos aquellos que se ven impelidos a colaborar directa o indirectamente en procesos abortivos, integrado en el contenido de los derechos constitucionales de libertad religiosa, ideológica y de conciencia, sin la exigencia de su previsión por ley.

3ª.- El deber constitucional de sometimiento a la ley por parte de los poderes públicos en lo relativo a la función de los derechos fundamentales se identifica con la obligación de carácter negativo, consistente en la no coacción de la esfera individual o institucional, junto con la obligación positiva de actuación para la efectividad de los derechos y valores constitucionales.

4ª.- De acuerdo con lo anterior, la garantía del derecho de objeción de conciencia en modo alguno puede juzgarse ajurídica, sino que, integrado este derecho en el ordenamiento jurídico, da cumplimiento al mandato constitucional del art. 9.2 , en lo relativo a procurar la efectividad de los derechos y valores fundamentales. Conforme a ello, el marco objetivo del derecho de libertad de creencias incluye los derechos de formar libremente la conciencia, acomodar el actuar a la creencia y no ser coaccionado a ningún proceder en contra de ella.

5ª.- En las situaciones de conflicto entre bienes jurídicos constitucionalmente protegidos la solución se adopta mediante la técnica jurídica de “ponderación” de los intereses en juego, que consiste en tratar en todo caso de armonizarlos o precisar los requisitos de prevalencia de uno de ellos cuando tal armonización resulta imposible y evitando la absolutización de cualquiera.

6ª.- La regulación jurídica del aborto y la del derecho de objeción de conciencia a la que aquella da paso, supone conflictos jurídicos con distintos matices, llamados a ser resueltos por el legislador o el órgano jurisdiccional a través de la indicada ponderación de los bienes que se encuentran en juego.

7ª.- En la regulación del aborto se ha apreciado conflicto jurídico en concurrencia de la voluntad de la madre dirigida a suprimir la vida del hijo concebido y no nacido, junto con alguna de las tres situaciones específicamente recogidas en la norma -riesgo para la vida o salud materna, embarazo resultante de un delito de aborto o previsión de nacimiento del hijo con graves taras físicas o psíquicas-. Así, a falta de esta pretensión por parte de la mujer aun en presencia de las circunstancias tipificadas no se produciría conflicto alguno. De igual forma, tampoco habría controversia cuando la voluntad de abortar se sitúe fuera de los supuestos referidos, por cuanto el legislador del 85 no encontró en tales hipótesis bienes jurídicos susceptibles de tutela frente al derecho de protección del nasciturus.

8ª.- La ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal mantenía la excepcionalidad de la despenalización del aborto frente a la regla general de su punibilidad.

9ª.- Los bienes jurídicos en conflicto han sido especificados en el derecho de protección de la vida del no nacido, al amparo del art. 15 de la Constitución (materializado en la obligación de no interrumpir ni obstaculizar el proceso natural de gestación, así como de establecer un sistema legal para la defensa de la vida con última garantía en las normas penales); frente a diversos derechos fundamentales de la mujer, como el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 ), derecho a la vida e integridad física y moral (art. 15), libertad de ideas y creencias (art. 16 ), derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18 ) -reconducidos a la expresión "autodeterminación consciente y responsable de la propia vida"-.

10ª.- En la tarea de ponderación desempeñada por los órganos judiciales se ha optado por el criterio de privilegiar los derechos mencionados de la mujer, plasmados en el derecho de acceso a los servicios médicos para la práctica del aborto legalizado, sobre el derecho del concebido, llamado a ceder. De esta forma, el límite a la protección del derecho aludido del no nacido viene fijado en los derechos de la mujer.

11.ª.- La necesaria justificación de la adopción de este criterio ha sido la imposibilidad de penalización a la mujer ante un riesgo vital para ella -situación equivalente al estado de necesidad-, inexigibilidad a la mujer de sacrificar su derecho a la salud, inexigibilidad de asumir el embarazo consecuente de un acto delictivo causado a la mujer en contra de su dignidad personal como es la violación, inexigibilidad a la madre de aceptar la vida de un hijo con graves taras físicas o psíquicas -en consideración de la inseguridad y angustia de los padres acerca de la suerte del hijo ante el supuesto caso de que éste les sobreviva-.

12ª.- Los intereses jurídicos en juego en los casos de objeción de conciencia al aborto son, de un lado, el derecho de libertad de creencias -independientemente de su

naturaleza- y derecho a cumplir con la obligación deontológica de procurar la salud en el ejercicio de la profesión sanitaria. Del otro lado, el interés del Estado de velar por el cumplimiento del ordenamiento, esto es, procurar que en las ocasiones en que la madre se acoja a los excepcionales casos de aborto legitimado sea proporcionado un adecuado funcionamiento de los servicios sanitarios.

13ª.- La modalidad de objeción de conciencia al aborto reviste un particular carácter en cuanto las convicciones del objetor se dirigen a cumplir un mandato constitucional, el deber de protección de la vida del nasciturus, frente a la observancia de la norma de carácter excepcional.

14ª.- La legitimación activa para la reclamación de este derecho ha sido reconocida en la práctica judicial, tanto individualmente como a Colegios Profesionales y Asociaciones con fines estatutarios dirigidos a la protección de la vida.

15ª.- El ejercicio del derecho de objeción de conciencia al aborto comprende la exención de todas aquellas actuaciones que responden a la intencionalidad de abortar, cuyo resultado sea obtenido en una única actuación clínica o bien a través de varios actos desarrollados a lo largo de un proceso. En consecuencia es susceptible de reclamación el derecho del objetor en cualquier momento del proceso abortivo. Quedarían excluidos del ámbito de aplicación del derecho de objeción los actos médicos precisos en casos de urgencia vital o grave riesgo de la salud de la madre a pesar de ser consecuencia de una práctica abortiva.

16ª.- Las actuaciones dirigidas al objetor de conciencia al aborto en orden a modificar su situación laboral -tales como el cambio de servicio, traslado, suspensión de empleo, etc.- han sido consideradas como una discriminación y por tanto vulneración del art. 14 de la Constitución, por más que no afecten al lugar de residencia, categoría profesional o salario de los objetores-.

17ª.- En los supuestos de objeción individual a colaborar en procesos abortivos, recae sobre el centro sanitario la obligación de procurar la realización de los abortos requeridos al Servicio al que el objetor está adscrito, como por cuanto de la negativa del mismo no se sigue una intención perturbadora de la organización ni funcionamiento de dicho Servicio.

#### **4. BREVE APUNTE SOBRE LA REGULACIÓN DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA VIGENTE LEY DEL ABORTO**

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, modifica sustancialmente la hasta entonces vigente regulación jurídica del aborto. En el Capítulo I del Título II “De la interrupción voluntaria del embarazo” se fijan las condiciones para el acceso a procesos abortivos. La



novedad de la norma merece una atención singularizada, lejos de toda pretensión de llevar a cabo un exhaustivo análisis de cada uno de los aspectos relevantes del texto <sup>48</sup>.

Sintetizando, se puede practicar el aborto <sup>49</sup>: a petición de la mujer dentro de las primeras catorce semanas de la vida del concebido <sup>50</sup>; dentro de las veintidós semanas de gestación cuando exista un grave riesgo para la vida o la salud de la madre <sup>51</sup>, así como cuando haya riesgo de graves anomalías en el hijo <sup>52</sup>; fuera de plazo en caso de detectarse anomalías fetales incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable <sup>53</sup>.

La nueva ley del aborto en el sistema de plazos que establece es reprobada, por encontrarla contraria al orden constitucional, por la doctrina que parte de la titularidad del derecho a la vida del concebido y no nacido. Se argumenta que este sistema conculca las exigencias constitucionales de protección eficaz del concebido y no nacido derivadas del art. 15 de tal Constitución, al absolutizar los derechos de la mujer, en una visión unilateral del problema. Ruano Espina lo expresa de este modo: *Salvo en el conflicto entre la vida del feto y la vida de la madre, al que cabría aplicar la eximente del estado de necesidad, todos los demás supuestos chocan frontalmente con la Constitución, al prevalecer el derecho a la vida del concebido y no nacido sobre los derechos de la embarazada que entran en conflicto* <sup>54</sup>.

En la misma línea, Sieira aprecia una incompatibilidad del sistema de plazos con la Constitución, entendiendo que el pronunciamiento 53/1985 del Tribunal Constitucional apuntaba en una dirección opuesta, y en la medida en que las ventajas esgrimidas

---

<sup>48</sup> Para un análisis completo de la Ley, puede verse, R. NAVARRO-VALLS, en *Análisis jurídico del Proyecto de Ley del aborto*, en Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico, nº. 22, enero, 2010, Portal jurídico [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

<sup>49</sup> Por un médico especialista o bajo su dirección, en un centro sanitario público o privado acreditado, con el consentimiento expreso de la mujer (prescindible cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica y no es posible conseguir su consentimiento, consultando, en todo caso cuando las circunstancias lo permitan a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a la paciente), previa información del padre o la madre o uno de los representantes legales en caso de mujeres de 16 y 17 años (prescindible cuando la menor alegue que dicha información le provocaría un conflicto grave). Cfr.: Art. 13 Ley 2/2010 de 3 de marzo.

<sup>50</sup> Transcurridos tres días desde el previo informe a la mujer sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad. Cfr.: art. 14 Ley 2/2010 de 3 de marzo.

<sup>51</sup> Con el requisito de dictamen previo a la intervención por un médico especialista distinto del que practique o dirija el aborto, prescindible en caso de urgencia vital para la madre. Cfr.: art. 15.a ). Ley 2/2010 de 3 de marzo.

<sup>52</sup> Tras preceptivo dictamen por dos médicos especialistas distintos al que practique o dirija el aborto. Cfr.: Art. 15.b ). Ley 2/2010 de 3 de marzo.

<sup>53</sup> Y así conste en un dictamen previo por un médico especialista distinto del que practique o dirija la intervención, confirmado por un comité clínico. Cfr.: art. 15.c ). Ley 2/2010 de 3 de marzo.

<sup>54</sup> L. RUANO ESPINA, *Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 sobre despenalización de algunos casos de aborto*, en "Ius Canonicum", vol 25, 1985, pp. 667-699.

acerca de este sistema (mayor seguridad jurídica y menor responsabilidad decisoria del médico) resultan desproporcionadas cuando la decisión consiste en la desprotección total de la vida humana durante un período de tiempo<sup>55</sup>.

Esta tesis dista de la sostenida por quienes, defendiendo la regulación del aborto mediante el sistema de plazos, niegan que la protección penal deba alcanzar al no nacido desde el momento de la concepción, por cuanto el aborto se encontraría justificado en la consideración de que el hijo no deseado afecta a la dignidad y autonomía de la mujer<sup>56</sup>.

Siendo el elemento medular de la regulación jurídica del aborto el riesgo de desprotección y supresión de la vida del no nacido, consagrado como un valor central del ordenamiento, resulta particularmente grave, a mi modo de ver, que se haya obviado cualquier ponderación cuando el legislador o el juez aprecian un conflicto entre bienes jurídicos, alejándose la actual regulación del marco jurídico establecido.

El legislador de 2010 hace una elección *a priori* sin valoración de ningún orden, adoptando el criterio de privilegiar la pretensión de aborto. Así, se afirma en el Preámbulo que *la tutela del bien jurídico en el momento inicial de la gestación se articula a través de la voluntad de la mujer, y no contra ella*. De modo que si la voluntad de la mujer es contraria a la vida del concebido no cabe tutelar el derecho de protección debido al mismo. También se desprende esta conclusión cuando en el art. 12 viene a fijarse como principio interpretativo de las condiciones de acceso al aborto, el *modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación*. La adopción de esta postura viene confirmada en la garantía del acceso al aborto cuando así lo decida la mujer sin exigencia de requisito alguno (a salvo, la observancia del plazo fijado de tres meses y medio de gestación). En definitiva, la ley evita la atención hacia el bien jurídico que queda extinguido.

Señalada esta contradicción de la Ley 2/2010 con el orden constitucional, se puede apreciar, sin embargo, una sintonía con la ley derogada. El enfoque que intuíamos en la ley de 1985 acerca de la consideración del embarazo como una amenaza para la madre,

---

<sup>55</sup> Vid.: S. SIEIRA MUCIENTES, *La objeción de conciencia...*, *ob. cit.*, p. 74.

<sup>56</sup> Sobre la base de extensión del criterio de despenalización del aborto en el supuesto de violación considerado contrario a la dignidad de la mujer llega Ruiz Miguel a tal conclusión. *El valor que así se otorga a la libertad de la mujer, entendida como autonomía o autodeterminación para decidir sobre un aspecto tan trascendente en su vida, no se refiere al mero consentimiento en el acto sexual que origina el embarazo.. sino al consentimiento sobre el embarazo y sus consecuencias en la propia vida futura de la mujer: es decir, que no es sólo el acto de la violación en cuanto tal el que justifica el aborto, sino el hecho de que el hijo así concebido, por no deseado, afecta a la dignidad y autonomía de la mujer*. Cfr.: A. RUIZ MIGUEL, *El aborto: problemas constitucionales*, Madrid, 1990, pp. 94-95.

sustenta ahora, abiertamente, la opción por la libre disposición de acceso al aborto. La promulgación del nuevo texto normativo encierra, según Navarro-Valls, una visión negativa del embarazo al que se equipara con una enfermedad, toda vez que se justifica sobre la base del acceso al aborto como método anticonceptivo<sup>57</sup>.

Para sostener la liberalización del aborto ha sido precisa, a mi juicio, la construcción de una suerte de artificio aparentemente jurídico. La legislación derogada, como se ha señalado, veía en la cuestión del aborto un conflicto entre bienes jurídicos que reclamaba su consideración. Tras la evaluación pertinente sea adoptó un criterio a favor de la madre que pretende abortar, eximiéndola de sanción penal en las situaciones en que era apreciada la desavenencia. Bajo mi perspectiva, en el caso de aborto no se da un conflicto jurídico entre los derechos de la mujer y la gestación del hijo, entendiendo por conflicto jurídico la presencia de bienes jurídicos confrontados susceptibles ambos de tutela. Lo que se produce, en sentido estricto, es una agresión contra el bien jurídico de la vida del hijo concebido en la medida en que se pretende la supresión de la misma. No estamos, por tanto, ante una confrontación sino ante una agresión unilateral.

El punto de partida, por tanto, resultaba desenfocado por cuanto una situación de confrontación se confunde con una realidad que cabe definir en términos extrajurídicos como de sufrimiento o dificultad vital... (*sacrificio, inseguridad o angustia*, son algunas de las expresiones que emplea el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985 #(\$ 100433)#). En mi opinión, la atención que requiere tal contexto por parte del Derecho es una valoración, no tanto sobre un conflicto entre bienes jurídicos tutelables (por cuanto el concebido y no nacido no provoca una restricción de los derechos de la mujer), cuanto acerca de la posible exención de sanción penal cuando se produce la agresión hacia la vida del nasciturus. De manera que el tratamiento jurídico correcto consistiría en la aplicación de la eximente del estado de necesidad en los casos de riesgo vital para la madre.

Partiendo de estas consideraciones, el artificio que atribuíamos a la ley 2/2010 se articula del siguiente modo. La legislación vigente no plantea un conflicto entre la protección de la vida y otros bienes jurídicos, sino que improvisa un nuevo derecho bajo la denominación “maternidad libremente decidida” que incluye el derecho a la decisión sobre la continuidad o extinción de la vida, esto es, el derecho al aborto. Los derechos de la mujer que venían invocándose como justificación del aborto son ahora reemplazados por el pretendido derecho sobre el término de la gestación. Teniendo en cuenta, además, la existencia de referente jurídico nacional o internacional en este sentido, no puede considerarse el derecho al aborto un interés susceptible de tutela. En

---

<sup>57</sup> R. NAVARRO-VALLS, *Análisis jurídico...*, ob. cit.

definitiva, se construye toda una regulación normativa enfrentando un bien establecido constitucionalmente con un título desierto; he aquí la componenda de que hablábamos.

Finalmente, podría advertirse que en la introducción de una cláusula de conciencia en esta ley del aborto subyace un reconocimiento de la quiebra que provoca en el sistema legal al dejar vía libre a la completa desprotección de la vida. Sin embargo, la regulación de la objeción de conciencia que dispone el artículo 19.2 resulta ser raquílica en la garantía del ejercicio del derecho<sup>58</sup>. Lo que se extrae de la literalidad de la disposición es la atribución del derecho a los profesionales sanitarios implicados directamente en el proceso de aborto, excluyéndose a aquellos cuya intervención es necesaria pero indirecta. En el aspecto material la objeción abarca la negativa a ejecutar el aborto, no así a practicar otros actos médicos precisos para obtener el resultado pretendido distinto de la propia intervención. Formalmente, no se reconoce la objeción sobrevenida sino que se exige la manifestación previa y por escrito de la misma.

A pesar del tenor literal de la fórmula empleada sería previsible así como deseable que los jueces hicieran una interpretación amplia del derecho de objeción de conciencia al aborto en la resolución de conflictos particulares, tal y como han venido haciendo casi sin excepción, en garantía del sistema democrático pluralista, para amparar en este caso el derecho fundamental a no ser obligado a actuar contra las propias convicciones, considerando además que el rechazo del objetor se concreta en todo en caso en la oposición a destruir un bien jurídico constitucionalmente reconocido y tutelado.

---

<sup>58</sup> *La prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo se realizará en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma. Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo...* Art. 19.2. Ley 2/2010 de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria de embarazo.