

LA OBJECION DE CONCIENCIA AL ABORTO: DERECHO COMPARADO Y DERECHO ESPAÑOL

RAFAEL NAVARRO-VALLS
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

- I. *Introducción.*
- II. *Fundamentación de la objeción de conciencia al aborto.*
- III. *Su especificidad.*
- IV. *La objeción de conciencia al aborto en U.S.A.*
 1. El inicio de la cuestión: *Roe v. Wade.*
 2. La legislación sobre objeción de conciencia al aborto.
 - A) La protección de los objetores a través del *Civil Rights Act.*
 - B) Las cláusulas de conciencia.
 3. La jurisprudencia norteamericana en materia de objeción de conciencia al aborto.
 - A) La constitucionalidad de las restricciones de fondos públicos para los procedimientos abortivos: los casos *Harris y Williams.*
 - B) El radio de acción de la protección a los objetores y la participación indirecta en el aborto: los casos *Haring, Spellacy y Erzinger.*
 - C) Una protección a la inversa: el caso *Watkins.*
 - D) La utilización de las instalaciones hospitalarias para abortos y la cláusula institucional de objeción de conciencia: los casos *Nyberg y Poelker.*
 - E) 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.*
- V. *La objeción de conciencia al aborto en el Derecho europeo.*
 1. La regulación francesa.
 2. La legislación de la R.F.A.
 3. La Ley italiana de 22 de mayo de 1978.
 4. La legislación de los países nórdicos.
 5. Otras legislaciones.
- VI. *La objeción de conciencia al aborto en el Derecho español.*
 1. Los antecedentes: el Decreto de 26 de diciembre de 1936 de la Generalitat de Catalunya.
 2. La Ley de 5 de julio de 1985.
 3. Propositiones parlamentarias sobre objeción de conciencia al aborto.
 4. La objeción de conciencia al aborto en la sentencia del Tribunal Constitucional.
 5. La primera jurisprudencia.
 6. La llamada objeción de legalidad.
 7. Bases para una futura regulación de la objeción de conciencia al aborto en el Derecho español.

I. INTRODUCCIÓN

Suele decirse que el respeto a la vida del *nasciturus* y, por tanto, el rechazo del aborto provocado, es un patrimonio de la tradición judeo-cristiana que, a la postre, fue imponiéndose en todo Occidente¹.

Este aserto —parcialmente exacto en el plano de los hechos²— no contradice lo que la lógica más estricta debería reclamar, esto es, la potenciación del sentido *sacral* de la vida humana en la sociedad secularizada. Como ha hecho notar D'AGOSTINO³, en la *societas christiana* 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, precisamente 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: es la *única* vida de la cual el hombre cree disponer, su pérdida nada puede sustituirla. El mismo hecho de que hoy la paz sea un valor difusamente superior a la justicia explica la orientación de toda una cultura a la potenciación y exaltación de la vida.

En este contexto —el propio D'AGOSTINO⁴ agudamente lo señala— el avance de las legislaciones permisivas del aborto inducido es una paradoja 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. Es decir, en la medida en que la vida deviene un *hecho disponible*, legalmente autorizado, desaparece del mundo «laico», del mundo que sur-

¹ Sobre la evolución histórica del problema, vid. C. A. MASCHIA, «Il concepito ed il procurato aborto nell'esperienza antica», en *Ius*, 1975, págs. 383 y sigs.; G. GARANCINI, «Materiali per la storia del procurato aborto nel Diritto intermedio», *Ibidem*, págs. 395 y sigs.

² Digo parcialmente exacto, porque no cabe desconocer los intentos defensivos de la vida del *nasciturus* en civilizaciones desarrolladas extramuros de la tradición judeo-cristiana. Tal es el caso, por ejemplo, de la tradición islámica.

³ F. D'AGOSTINO, «Accoglienza alla vita in una epoca di secolarizzazione», en su vol. *Diritto e secolarizzazione*, Milano 1982, págs. 305-307.

⁴ *Ibidem*, págs. 307-310.

ge de la secularización, el único elemento de *sacralidad* ante el que se detenia quien niega todos los otros valores sacrales.

Es posiblemente ésta una de las razones, aunque no la única, que explica el que paralelamente a las leyes despenalizadoras del aborto alcance idéntica amplitud la regulación legal a su objeción de conciencia. De este modo, junto a lo que ROUSSEAU llamaba «el instinto divino», la voz de Dios en el hombre, la objeción de conciencia aparece hoy como una exigencia laica de justicia, de libertad y de dignidad humana⁵.

Antes, sin embargo, de explicitar algo más esta observación, que apunta directamente al fundamento mismo de la objeción de conciencia al aborto, conviene añadir que su esencial temática no es tanto abstracta cuanto empírica. Esto es, la casuística que plantea en un ordenamiento es mejor captada por el juego de la jurisprudencia que por la propia enunciación de las leyes. Y en este sentido despliega toda su potencialidad no tanto en la casuística «legal» cuanto en la jurisprudencial. De ahí que, a falta de una sólida tradición continental en el uso de los precedentes para precisar mejor los principios, será necesario echar una ojeada a algún sistema anglosajón que nos ayude a definir los principios partiendo de los precedentes.

En este sentido, la parte de este trabajo que se refiere al tratamiento jurídico-legal y jurisprudencial de la objeción de conciencia al aborto en el sistema nortamericano se justifica en cuanto la riqueza casuística que el secular pluralismo U.S.A. impone, diseña, desde el caso concreto, modelos de actuación que enriquecen la perspectiva de la legislación continental europea en el tema que nos ocupa⁶.

No conviene olvidar con ESSER⁷ que el principio posee en el Derecho del caso la significación de un pensamiento directivo material, que determina la norma. Es punto de partida y justificación de la *ratio decidendi* y de la regla integrada con ella. Incluso en la norma su alcance no aparece claro, ya que en virtud del *stare decisis* incumbe a la *lex artis* judicial acuñar la regla (la norma), del modo más estricto y menos doctrinario posible, para mantener abierta la puerta a resoluciones futuras de casos. De este modo sólo las deducciones casuísticas de una jurisprudencia constante proporcionan la base positiva sobre la cual el principio posee una autoridad legal vinculante⁸.

Naturalmente, la inclusión de nuestro ordenamiento en el contexto

⁵ Cfr. J. P. CATTELAINE, *La objeción de conciencia*, trad. esp., Barcelona 1973, pág. 174.

⁶ Coincido, en parte, con F. ONIDA (*Separatismo e libertà religiosa negli Stati Uniti*, Milano 1984, pág. 117) cuando rechaza en el tratamiento de la objeción de conciencia los planteamientos puramente abstractos para descender a los supuestos empíricos. Sin embargo, este criterio, válido para el Derecho positivo, no lo es siempre para el marco suprapositivo en el que a veces se mueve la objeción de conciencia.

⁷ J. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad. esp., Barcelona 1961, pág. 249.

⁸ *Ibidem*, pág. 340.

del Derecho continental hace necesario, además, completar el estudio de la objeción de conciencia con una aproximación a las soluciones legales que, en idéntica materia, aporta el Derecho comparado europeo. Precisamente la inexistencia en el Derecho español de una definida normativa acerca de la objeción de conciencia al aborto reclama este análisis comparado que, en este trabajo, se completa con el estudio de los «vestigios» legales que marcan las pautas de dicha objeción en el marco del Derecho español, así como las bases para una futura regulación.

II. FUNDAMENTACIÓN DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO

No es decir nada nuevo que la objeción de conciencia constituye un conflicto impropio de normas. De una parte, la norma jurídica que impone un deber, fundamentalmente un *facere*⁹; de otra, la norma moral, que se opone al cumplimiento del mismo. Es rehusar a obedecer un mandato de la autoridad legítima que se entiende radicalmente injusto o delictuoso por entrar en colisión con una norma moral¹⁰.

Trasladando esta elemental definición al concreto campo del aborto, la objeción de conciencia al mismo cabe definirla 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 religiosa¹¹.

Apresurémonos a decir que en tal definición la objeción aludida no se

⁹ Digo fundamentalmente un *facere*, porque, 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. El comportamiento del objetor tiene así carácter fundamentalmente abstencionista. Sin embargo, esta noción (que es la acuñada por ONIDA, *op. cit.*, pág. 119) no agota las virtualidades de la figura, que a veces lleva al objetor a la realización de comportamientos *comisivos* contrastantes con una norma estatal que contiene una prohibición. Estos últimos comportamientos, por su nivel de peligrosidad mayor que los primeros, no suelen ser acogidos por las normas, lo cual no quiere decir que no deban incluirse en el radio de acción de la objeción de conciencia. Lo que caracteriza radicalmente a ésta no es tanto su aceptación por las leyes positivas cuanto la efectiva colisión, en la conciencia del individuo, entre la norma jurídica y la norma moral, ya sea el comportamiento a que obliga la primera un *facere*, un *dare* o un *pati*.

¹⁰ Cfr. P. MARTINI, «La obiezione di coscienza», en el vol. *L'aborto: aspetti medico-legali della nuova disciplina*, Milano 1974, pág. 29. Otras definiciones pueden cotejarse en V. REINA y A. REINA, *Lecciones de Derecho eclesiástico español*, Barcelona 1983; L. PRIETO SANCHÍS, «La objeción de conciencia como forma de desobediencia al Derecho», en *Il diritto ecclesiastico*, 1984, págs. 14 y 15 (estratto); M. A. MONTORO, «La objeción de conciencia», en *Anales de la Universidad de Murcia*, vol. XXV, 1966/67, págs. 31 y sigs.; F. AMÉRIGO, «La objeción de conciencia al servicio militar», en *Anuario de Derechos Humanos*, 1985, páginas 11 y sigs.; R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, Torino 1967.

¹¹ C. CAFFARRA, «Aborto e obiezione di coscienza», en el vol. *Obiezione di coscienza e aborto*, Milano 1978, pág. 60.

inscribe propiamente en el marco de la libertad de pensamiento o religiosa, sino más bien en la de conciencia. De acuerdo con HERVADA¹², hay que precisar que 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. De ahí que 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 un credo religioso), no de conciencia. Esta operará cuando al médico o al personal sanitario se le solicita la realización o la cooperación con un aborto o la propia mujer encinta se plantea la posibilidad de interrumpir su embarazo.

Con lo cual quiere decirse que así como el acto de objetar es un problema de libertad de conciencia, el fundamento mismo y último de las razones que llevan a esa objeción se inscribe en un marco distinto al del dictamen de la propia conciencia, es decir, se inscribe en el marco de la libertad de pensamiento o religiosa. A su vez, el ordenamiento jurídico que la acepta, junto a esas motivaciones, suele tener en cuenta otras de carácter puramente utilitario o de conveniencia, lo que conecta directamente con la doble fundamentación que es detectable en la actitud de los ordenamientos jurídicos que la admiten. Por un lado, una razón de simple política legislativa; por otro, razones que conectan con derechos fundamentales¹³.

Desde el punto de vista de la *prudentia iuris* en su nivel más utilitario, el legislador prevé fuertes resistencias en los destinatarios directos de las leyes de aborto (el personal sanitario), que por tradición multi-secular ha establecido en sus códigos dentológicos la no inclusión del procedimiento abortivo entre los actos exigidos por la *lex artis ad hoc*. Ante la alternativa de ver el mandato sistemáticamente eludido o admitir el derecho a no obedecer la ley, opta por esta última solución, de modo que renuncia a sancionar a los objetores «fuertes» como medida disuasoria contra los débiles, lo que simplemente propiciaría una obediencia formal y pasiva. Avanzando un paso más en la axiología jerárquica de las motivaciones, es claro que de una u otra forma los distintos ordenamientos suelen otorgar una cobertura constitucional¹⁴ a la tutela de la vida

¹² J. HERVADA, «Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica», en *Persona y Derecho*, 1984, pág. 43.

¹³ Sobre este extremo, ONIDA, *op. cit.*, págs. 128-130.

¹⁴ En este sentido la sentencia de 11 de octubre de 1974 del Tribunal Constitucional de la R.F.A. (texto en el vol. *L'aborto nelle sentenze delle Corti Costituzionali*, Milano 1976, páginas 161 y sigs.) hace notar en uno de sus considerandos que «la tutela de la vida humana

humana, lo cual se refleja en las leyes ordinarias que suelen despenalizar de un modo tan 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 de algún modo encuentra en la propia norma constitucional una justificación de su actitud. Es decir, al contrario de la objeción de conciencia al servicio militar —que supone una excepción al general deber constitucional de defender a la Patria a través de un servicio militar armado—, la objeción de conciencia al aborto no supone una excepción, sino un «ir a favor de la Constitución», lo cual exige la máxima recepción de su juego en el ordenamiento jurídico¹⁵.

Sin embargo, tal recepción encuentra su fundamento último en razones más de fondo que las puramente lógico-constitucionales, razones que los ordenamientos —las compartan o no— entienden han de respetar. Me refiero a la triple conexión de la objeción de conciencia al aborto con la moral natural, la moral deontológica y la moral religiosa.

Respecto al primer orden de cosas no ha dejado de observarse que en el problema del aborto la *cronología* no modifica la *ontología*, es decir, que el derecho a la existencia de todo ser humano, abstracción hecha del momento en que se plantea, es un derecho fundamental, precisamente porque *funda* todos los otros derechos en cuanto a su misma posibilidad de ejercicio¹⁶. Lo cual conecta directamente con los problemas que el aborto plantea desde la perspectiva deontológico-médica.

No hay duda que el personal sanitario —en especial el ginecólogo— 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 coloquio bioquímico con la madre»¹⁷ y, en definitiva, el grado de su independencia ontológica con ella. De ahí que numerosos códigos deontológicos establezcan el derecho del personal sanitario a objetar la realización o cooperación con el aborto.

Por limitarnos a algunas de estas declaraciones, la de Oslo de 1970, del Congreso Médico Mundial, proclama el derecho de los médicos a negarse a aconsejar o ejecutar un aborto si su conciencia se lo prohíbe. Una resolución de la American Medical Association hace notar «que a ningún hospital, médico o personal sanitario se le puede obligar a realizar actos contrarios a sus principios morales». El Código deontológico aprobado en 1953 por la Federación de las Ordenes médicas dispone en la declaración de principios número 2 que el médico viene obligado a dedicar

es un valor central de todo ordenamiento» (pág. 277). Sobre este extremo: C. EMILIO TRAVERSO, *La tutela costituzionale della persona humana prima della nascita*, Milano 1977.

¹⁵ Un desarrollo de este razonamiento en C. CASINI-F. CIERI, *La nuova disciplina dell' aborto*, Padova 1979, págs. 149-151.

¹⁶ Cfr. D. TETAMANZI, «Aborto e obiezione di coscienza: considerazioni di etica umana e cristiana», en el vol. *Obiezione di coscienza e aborto*, cit., pág. 77.

¹⁷ A. BOMPIANI, «Il ginecologo, l'aborto e l'obiezione di coscienza», en *Obiezione di coscienza e aborto*, cit., pág. 13.

su actividad a «la prevención y cura de las enfermedades, a la mitigación del dolor, a la defensa de la vida desde su concepción, en el respeto a la persona humana». En cuanto al concreto comportamiento ante el aborto, el artículo 57 del mismo Código establece que incluso en caso de aborto terapéutico, necesario para salvar la vida de la madre, el médico «que por propias convicciones entiende que no debe ser en ningún caso provocado, deberá proveer urgentemente, trasladando a la gestante a otro colega». Por su parte, y con motivo de la discusión en España de la reciente Ley despenalizadora del aborto, una declaración del Consejo de Colegios Oficiales Médicos de España expresa su identificación con el contenido de una reciente resolución de la Asamblea del Consejo de Europa, donde de forma explícita se reconoce el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Igualmente, una declaración de la Real Academia de Medicina hacía notar que «la vida humana da comienzo en el momento mismo de la fecundación y, por tanto, la interrupción de la misma, en cualquier momento que se realice, conlleva la supresión de una vida y constituye formalmente un homicidio»¹⁸.

En fin, 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.

Así, es bien conocida la posición de la Iglesia católica en el tema¹⁹. Limitándonos a algunas de las múltiples declaraciones sobre objeción de conciencia, los obispos de Alemania Oriental (1 de noviembre de 1965) observaban que «los médicos, obstetras, enfermeras que por motivos de fe cristiana o de ética profesional no pueden colaborar en el aborto, deberán estar dispuestos a sufrir discriminaciones profesionales y personales», añadiendo que la Iglesia «debe exigir que médicos, obstetras y enfermeras puedan obrar según la propia conciencia»; el episcopado de Inglaterra y Gales (21 de octubre de 1966): «Los católicos no exigen que sus convicciones sean impuestas por ley a todos los ciudadanos. Lo que piden es que no se imponga a los médicos, enfermeras y a cuantos

¹⁸ Sobre el problema del aborto desde el punto de vista de la deontología médica, puede verse: C. LEGA, «Deontologia medica e legislazione abortista», en el vol. cit. *Obiezione di coscienza e aborto*, págs. 38-59; S. SPISANTI, «Implicazioni etiche dell'obiezione di coscienza nella professione medica», en el mismo vol., págs. 103-125; A. FIORI, «Medicina ippocratica, medicina ideologica, obiezione di coscienza», *Idem*, págs. 125-144.

¹⁹ Una relación de los documentos del Magisterio pontificio y de las diversas Conferencias Episcopales en el tema puede cotejarse en G. CAPRILE, *Non uccidere. Il magistero della Chiesa nell'aborto*, Roma 1973; O. FUMAGALLI CARULLI, «L'intervento della Chiesa e la legislazione statale nell'aborto», en *Ius*, 1975, págs. 129 y sigs.; A. ARZA, «Aspectos éticos de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley del aborto», en *Ley del aborto. Un informe universitario*, Bilbao 1985, págs. 207-213. Respecto a la posición del Derecho Canónico ante el aborto: O. GIACCHI, «Le norme penali canoniche sull'aborto e le loro fonti», en *Ius*, 1975, págs. 537-543; A. MOLINA MELIÁ, «Estudio jurídico-canónico de la reciente ley abortista en España», en *Revista Española de Derecho Canónico*, 1985, en especial páginas 471-474.

pueden estar comprendidos en la propuesta de ley, el obrar contra la propia conciencia»; la declaración de la Conferencia Episcopal de Escandinavia (julio de 1971) hacía notar: «declaramos firmemente que nadie, ninguna autoridad legislativa de ningún país, tiene el derecho de obligar a un médico a obrar contra las propias convicciones en materia tan seria»; en fin, la Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal española (11 de mayo de 1985) observaba: «... en nombre de las personas afectadas gravemente en su conciencia, sean o no católicas, pedimos el derecho a obrar en conciencia para los parlamentarios, los funcionarios y los profesionales de la medicina».

Por su parte, el Derecho judío (tanto en la Mischna como en el Código Noachida), partiendo del valor sagrado de todas las formas de vida humana, rechaza los llamados abortos eugenésicos y éticos, no habiendo unanimidad en la doctrina sobre el aborto terapéutico²⁰. Más estricto es el Derecho islámico²¹, lo que llevó, por ejemplo, a la Asociación Musulmana de España a adherirse expresamente al Manifiesto de la Unión de Movimientos en favor del Prenacido, firmado también por la Iglesia Anglicana de España y la Iglesia Ortodoxa Griega, al igual que la Conferencia Episcopal Española²².

Menor unanimidad se detecta en las Iglesias protestantes, aunque también en ellas se observa —en especial entre los Evangelistas y Fundamentalistas— un claro movimiento en favor de la vida humana y, en todo caso, reconocen el derecho de objeción de conciencia con notable extensión²³.

²⁰ Cfr. D. BLEICH, «Abortion in Jewish Law», en *New Perspectives on Human Abortion*, U.P. of America, 1981.

²¹ En el Corán se alude en varios pasajes a la formación de la vida humana como precedente directamente de Dios. Así, el Sura XXII, 5: «Nosotros os hemos creado de polvo; luego de una gota de esperma; luego de un coágulo de sangre; luego de un embrión formado o informe...» En el mismo sentido, XIX, 9 y 67; XXXV, 1; XL, 67. De ahí que en el Derecho musulmán tradicionalmente estuviera condenado el aborto. En el Primer Congreso Panislámico (Rabat 1969) se adoptó un documento base en el que se reconocía que el Islam prohíbe categóricamente el aborto en todos los momentos del embarazo, excluyendo únicamente el aborto terapéutico en sentido estricto. Sobre este extremo, vid. F. TRILLO-FIGUEROA, «La legalización del aborto en el Derecho Comparado», en el vol. *En defensa de la vida*, Madrid 1983, en especial págs. 132 y sigs.

²² Citado por R. DE ANGEL y M. ZORRILLA, «El recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del aborto, la sentencia del T.C. y posterior proceso parlamentario», en el vol. cit. *Ley del aborto...*, pág. 26.

²³ Sobre la posición de las Iglesias protestantes, cfr. J. C. WILKE, *Abortion and Slavery*, Ohio 1984, págs. 55-59. También H. O. J. BROWN, *El aborto: morir antes de nacer*, trad. esp., Barcelona 1983, págs. 92 y sigs. En este último trabajo se describen las reacciones de los teólogos protestantes ante la sentencia *Roe v. Wade* del T.S. norteamericano, ciertamente no elogiosas para la Corte Suprema.

III. SU ESPECIFICIDAD

Aunque la historia de objeción de conciencia es muy anterior a su acuñación doctrinal en la *típica* forma de objeción al servicio militar —piénsese que ya en la obra de Sófocles, Antígona da sepultura a su hermano violando un mandato de Creonte y objetando que «no pienso en absoluto que los decretos de un mortal como tú tengan suficiente autoridad para prevalecer contra las leyes no escritas, que son obra inmortal de los dioses»²⁴—, todas sus aplicaciones, sin embargo, son claramente tributarias de lo que la doctrina entiende como su forma paradigmática, esto es, la objeción de conciencia al servicio militar.

Ello ha llevado a que la objeción de conciencia al aborto aparezca gravada por su aparente, o real, dependencia de la del servicio militar. De modo que, en la medida en que los perfiles básicos de aquélla no coincidan con las de ésta, se ha dado en calificarla como objeción de conciencia *atípica*²⁵.

En efecto, 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 la 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.

Al cotejar estas directrices con la regulación que el Derecho comparado otorga a la objeción de conciencia al aborto —regulación que se verá con detalle más adelante, limitándonos ahora a sentar sus básicas características— inmediatamente se observa una serie de disimilitudes que especifican a la forma de objeción que vamos considerando²⁶.

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 otro, 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 adu-

²⁴ Una visión histórica de la objeción de conciencia en J. P. CATTELAİN, *op. cit.*, páginas 12 y sigs.

²⁵ Vid., por ejemplo, las observaciones de F. ONIDA, *op. cit.*, págs. 132 y sigs.

²⁶ Sobre este extremo: C. CASINI-F. CIERI, *op. cit.*, págs. 155 y sigs.; P. MARTINI, *op. cit.*, págs. 31-33; S. LENER, «Il dovere-diritto degli obiettori di coscienza», en *La Civiltà Cattolica*, 1981, págs. 400-402.

cidos 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. Sin embargo, la objeción de conciencia al aborto en la totalidad de los ordenamientos no es *concedida*, sino simplemente *declarada*, sin que, en muchos supuestos, haya que aducirse motivaciones específicas. En todo caso, tales motivaciones —cuando se exigen— no requieren indagaciones complementarias, bastando su simple exposición. En fin, la objeción de conciencia al servicio militar requiere su planteamiento en un plazo preclusivo (ya sea antes de iniciada la fase activa de servicio militar o bien al finalizar ésta y en relación con la fase de reserva, como ocurre en España), 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, por ejemplo, no una preclusión del derecho, sino más bien su suspensión durante un breve lapso de tiempo ²⁷.

Estas características propias, y muy en especial la ausencia de prestación social sustitutoria, ha preocupado a algún sector de la doctrina, sobre todo al más influido por una visión excesivamente formalista de la objeción de conciencia. Así, ONIDA ²⁸, al acentuar la atipicidad de la objeción de conciencia al aborto, observa que el buen funcionamiento de la Ley (en este caso, la de aborto) 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 categoría 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.

Ya se entiende que esta visión del problema —aparte de estar claramente influenciado por una rígida concepción formal de la objeción de conciencia, tributaria, como se ha dicho, de la objeción de conciencia al servicio militar— es tan bien intencionada como técnica, sociológica y ontológicamente desenfocada.

En efecto, desde un punto de vista sociológico la ausencia de una prestación sustitutoria no ha llevado en ningún ordenamiento a la crisis de las finalidades de las leyes de interrupción del embarazo, precisamen-

²⁷ Como se verá más detenidamente, el plazo de un mes —a partir de la entrada en vigor de la Ley de 1978 o a partir de obtenida la habilitación para trabajar en un ente hospitalario autorizado para realizar abortos— en que la objeción de conciencia ha de ser declarada en Italia, no significa que no pueda plantearse en cualquier momento posterior, significa, tan sólo que, una vez planteada, la eficacia de la misma opera un mes después de su planteamiento.

²⁸ *Op. cit.*, págs. 132 y sigs.

te por la existencia de otros no objetores que desarrollan normalmente las actividades refutadas por los objetores. Otra cosa es que, inicialmente, alguna ley de aborto, al principio de su introducción, sufra las naturales disfuncionalidades que a toda ley precedida y acompañada de fuertes resistencias inevitablemente acompañan, lo que es el tributo mínimo a pagar por una legislación que encuentra dura oposición para su implantación en un tejido social sensible.

Desde un punto de vista técnico-jurídico, no hay que olvidar que, 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, si estamos de acuerdo, como ya se vio, en que el objetor en el caso del aborto goza de una protección constitucional con especial cobertura y distinta, claro está, de la protección constitucional que acompaña a la objeción al servicio militar. Sin que pueda olvidarse, además, que la obligación de organizar los servicios médicos abortivos recae sobre los entes hospitalarios y no sobre los objetores *uti singuli*²⁹.

En fin, no conviene prescindir de la lógica de fondo de la objeción de conciencia, que especialmente se agudiza en materia de aborto. Me refero a la función *social* de la misma. Como se ha hecho notar, el objetor de conciencia no es un ser asocial 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 la que es miembro. En el caso de la objeción de conciencia al aborto no se trata tan sólo de un deber ético, profesional o religioso de índole estrictamente personal y sólo como tal reconocido por la ley. Se trata, al contrario, de un deber también y sobre todo social. Es decir, a la propia sociedad le interesa proteger a aquellos profesionales preocupados por el bien común que den claro testimonio de valores que están no sólo en la raíz de la propia sociedad civil, sino también de eso que llamamos civilización humana³⁰.

Lo cual no quiere decir que la lógica interna de la objeción de conciencia al aborto choque siempre con la posibilidad de una especial prestación social sustitutoria, pero siempre que ésta se inserte en la misma línea de los intereses del objetor que, en este punto, coinciden con los de la propia sociedad en su conjunto.

Efectivamente, 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 aborto³¹, finalidad que suele coincidir con los intereses de los objetores.

²⁹ Cfr. CASINI-CIERI, *op. cit.*, pág. 173.

³⁰ Cfr. S. LENER, *op. cit.*, pág. 402.

³¹ Así ocurre, por ejemplo, con la Ley italiana de 1978.

De ahí que parezca congruente el imponer como prestación social sustitutoria la posible intervención del objetor en el procedimiento de aborto, en el que suelen insertarse actividades destinadas a su disuasión. Naturalmente, siempre que tal intervención no implique —como, al parecer, sucede en la ley italiana³²— el contradictorio efecto de hacer decaer en su derecho al propio objetor.

IV. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO EN U.S.A.

1. *El inicio de la cuestión: Roe versus Wade*

La progresiva liberalización de las leyes de aborto en U.S.A. comienza a mediados de la década de los 60. Hasta entonces la mayoría de las legislaciones estatales preveían la interrupción del embarazo solamente en caso de peligro para la vida de la madre. En 1967 California, Colorado y Carolina de Norte liberalizaron el aborto también para los supuestos de incesto, violación y previsible deformación fetal; y, en 1970, Nueva York lo amplió a simple petición dentro de las primeras veinticuatro semanas³³.

Sin embargo, el hito decisivo que provoca una liberalización en cadena de las leyes estatales fue la decisión de 22 de junio de 1973, *Roe v. Wade*, del T.S. norteamericano, a la que acompañaba la sentencia del mismo día *Doe v. Bolton*³⁴.

En *Roe*, el T.S. conoció el recurso de una gestante núbil (que en el proceso aparece bajo el seudónimo de «Jean Roe») contra la legitimidad constitucional de los 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 al primer trimestre, las legislaciones estatales pueden regular, si lo estiman oportuno, el procedimiento de aborto, de modo 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 po-

³² El artículo 9 de la Ley citada hace notar, en su último párrafo: «L'obiezione di coscienza si intende revocata, con effetto immediato, se chi l'ha sollevata prende parte a procedure o a interventi per l'interruzione della gravidanza previsti dalla presente legge...».

³³ Cfr. J. HERRMANN, «La Suprema Corte degli Stati Uniti e la liberalizzazione dell'aborto», en *Rivista Internazionale di Diritto Penale*, 1974, págs. 378-379.

³⁴ Ambas sentencias (inglés-italiano) en *L'aborto nelle sentenze delle Corti Costituzionali*, Milano 1976, págs. 115-143.

tencial, 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. La sentencia incidentalmente hace notar que «el derecho de *personal privacy* comprende la decisión de abortar, pero tal derecho no es ilimitado y debe ser considerado en conexión con importantes intereses del Estado en regularlo».

La sentencia —en la que fue ponente el juez Blackmun— fue adoptada por mayoría, con dos *dissenting opinions*, las de los jueces White y Rehnquist. Este último hacía 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 constitucionalmente protegido de exterminarla».

A su vez, en *Doe* el T.S. decidió acerca de la constitucionalidad de la ley de aborto de Georgia, Estado en el que 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. Al declarar la inconstitucionalidad de la citada ley, el T.S., entre otras cuestiones de menor entidad, interpretó la noción de «salud de la madre» en un sentido amplísimo, incluyendo en ella «los factores psicológicos, emocionales, familiares y otros similares». Por lo demás, también incidentalmente se confirma en *Doe* la norma de Georgia que confiere al hospital la facultad de no admitir pacientes que deseen abortar, así como la facultad de todo médico, personal sanitario o miembro del cuerpo directivo de no intervenir en un proceso abortivo por razones religiosas o morales. «Estas normas —según la sentencia— tienen por finalidad ofrecer protección idónea al individuo y a los hospitales confesionales.»

Antes de entrar, sin embargo, en el análisis jurisprudencial y legal de las cláusulas de conciencia en la legislación norteamericana conviene analizar las últimas sentencias del T.S. en materia de aborto y que completan las dos de 1973.

Las más destacables son tres sentencias dictadas diez años más tarde y en la misma fecha: 15 de junio de 1983. En estos pronunciamientos el T.S. sigue la línea marcada en *Roe* y *Doe*, aunque ahora al voto con-

trario de White y Rehnquist se unirá el de la única mujer que forma parte del T.S.: la juez Sandra Day O'Connor. De ahí que se haya observado que «dos votos más a favor de la vida asegurarán el declinar de Roe»³⁵.

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*³⁶, en las cuales el T.S. dictaminó la regulación del aborto en los Estados de Missouri, Ohio y Virginia.

En ellas el T.S. resolvió en realidad hasta nueve cuestiones distintas, de las cuales sintetizamos a continuación las principales:

a) El consentimiento de la mujer para abortar con conocimiento de causa. Respecto a esta cuestión 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 llevan a cabo la función de asesoramiento inicial³⁷.

b) Períodos de espera. La legislación de Akron exigía que, una vez prestado a la mujer el asesoramiento previsto, la intervención abortiva no podía realizarse antes de las veinticuatro horas, de modo que la decisión fuera más reflexiva. El T.S. declaró que era inconstitucional ese plazo, «pues cualquier provisión que pudiera disuadir o retrasar la decisión de abortar es inadmisibles, ya que ese período de tiempo incrementaría tanto el coste económico como el riesgo del aborto».

c) Eliminación humanitaria de los restos fetales. 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. No obstante, la doctrina

³⁵ P. C. CUNNINGHAM, T. J. MARZEN y M. K. QUINLAN, «Where are we now: The Supreme Court Decisions Ten Years After Roe v. Wade», en *Studies in Law and Medicine*, 1983, pág. 1.

³⁶ Un extracto amplio de las mismas puede verse también en el trabajo citado en nota anterior, páginas 1-16.

³⁷ La regulación del aborto en Akron exigía que antes de pedirse el consentimiento a la mujer, ésta, obligatoriamente, había de recibir información sobre posibles características del *nasciturus*, peligros físicos y psicológicos del aborto y otras posibles alternativas al procedimiento abortivo.

ha estimado³⁸ que prosperaría una norma que precisara que «eliminación humana» significa que «no sean echados en los vertederos».

d) El consentimiento paterno. El T.S. rechazó la ley que requería que las menores de quince años obtuvieran, antes de la intervención abortiva, el consentimiento paterno. La ciudad de Akron no preveía un procedimiento judicial sustitutorio a través del que estas menores pudieran sustituir el consentimiento paterno por autorización judicial³⁹. 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) La reglamentación del supuesto del «niño viable» (*Viable Children*). Aunque la mayoría reiteró la postura mantenida en *Roe* acerca de que el aborto debe ser permitido si «es necesario para conservar la vida o la salud de la madre», en *Ashcroft* entendió constitucional el requisito establecido en la legislación de Missouri de que en la operación abortiva estuviera presente un segundo facultativo (aparte del que directamente ejecuta el aborto) en aquellos casos en que se prevé que la intervención puede dar lugar a un niño vivo. Este segundo facultativo se encargaría de proveer médicamente su viabilidad y ello porque es interés del Estado «proporcionar protección a los niños nacidos vivos». Lo cual supone dejar una puerta abierta para algún tipo de protección estatal del feto viable, que puede implicar la posibilidad de que los Estados reglamenten minuciosamente el procedimiento de aborto en aquellos supuestos en que es factible la supervivencia del feto expulsado, siempre que esta reglamentación no aumente los riesgos para la vida de la madre.

No obstante este último y tímido intento de vuelta atrás en la doctrina sentada en *Roe*, es claro que el T.S., aunque expresamente reconoció que en el tema del aborto inciden consideraciones morales y religiosas de entidad, ha hecho de sus sentencias una cuestión de pura política constitucional y formal adoptando unilateralmente el punto de vista de una de las escuelas de pensamiento, eliminando las otras como base para futuras decisiones políticas de los Estados⁴⁰. De ahí que en su *dissent* a las sentencias de 1983, la juez O'Connor haga 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

³⁸ Cfr. CUNNINGHAM, MARZEN y QUINLAN, *op. cit.*, pág. 10.

³⁹ De algún modo es la reiteración de la doctrina sentada por el T.S. en la sentencia anterior *Planned Parenthood v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976).

⁴⁰ Cfr. R. A. DESTRO, «Religion: Establishment, Free Exercise and Abortion», en *New Perspectives on Human Abortion*, cit., pág. 237.

arbitraria que elegir cualquier momento anterior a la viabilidad o cualquier otro posterior».

En fin, la última sentencia del Tribunal Supremo norteamericano en materia de aborto lleva fecha de 11 de junio de 1986. En esta ocasión la sentencia es 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 algunas de las disposiciones de la citada ley. El Tribunal Supremo, ante la apelación del Estado, confirma la sentencia de la Corte de Apelación⁴¹.

En síntesis, las disposiciones decretadas como inconstitucionales vienen a confirmar las sentencias de 1983, pues las cuestiones son muy similares: *a*) inconstitucionalidad del plazo de espera de veinticuatro horas después de la información acerca de los posibles perjuicios del aborto; *b*) inconstitucionalidad de la necesidad de utilizar los procedimientos abortivos menos peligrosos para el feto, en los supuestos de interrupción del embarazo posteriores al tercer trimestre del embarazo; *c*) inconstitucionalidad de la norma que exige la asistencia de un segundo médico, en los casos posibles de feto viable, pero sin prever excepciones en los supuestos de emergencia⁴².

Lo interesante de esta sentencia es que fue adoptada por cinco votos contra cuatro. En esta ocasión, la minoría se incrementó con el voto del presidente juez Burger, que se unió a los votos contrarios de O'Connor, Rehnquist y White, de modo que se acentúa la división en el seno del Tribunal, bastando solamente un voto a favor de la vida para que se produzca la definitiva marcha atrás con respecto a *Roe*. Como dice White en su *dissent*: la sentencia de 1986 «muestra sintomáticamente la propia inseguridad del Tribunal acerca de la doctrina sentada en *Roe*».

El caso es que la permisiva doctrina sentada por las sentencias del T.S. en materia de aborto propició, junto a una modificación de las restrictivas legislaciones estatales, una espiral de normas sobre objeción de conciencia, tanto federales como estatales, de las cuales conviene dejar constancia aquí.

⁴¹ Un resumen del texto —aún no publicado en las colecciones oficiales norteamericanas— puede verse en *International Herald Tribune*, de 12 de junio de 1986, pág. 3.

⁴² Repárese que lo declarado inconstitucional no es la presencia de un segundo médico —lo cual había sido declarado constitucional en las sentencias de 1983—, sino más bien el no establecer excepciones en los casos de emergencia.

2. La legislación sobre objeción de conciencia al aborto

A) La protección a los objetores a través del Civil Rights Act

A la hora de hacer un análisis del complejo panorama estadounidense en materia de objeción de conciencia al aborto es preciso no olvidar que, aparte las *conscience clauses*, la legislación norteamericana contiene todavía otro vehículo de protección para los que vean amenazada su situación profesional por una posible discriminación laboral debido a sus escrúpulos de conciencia (motivaciones religiosas o morales) para participar en procedimientos abortivos. Me refiero al Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 (*Civil Rights Act*), en la que se establece⁴³:

«It shall be an unlawful employment practice for an employer (1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin; or (2) to limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin.»

Sin embargo, 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 seriamente recortado 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 (*undue hardship*)⁴⁴.

Por contraste, el propio concepto de «creencia religiosa» ha sido interpretado —a los efectos de protección por el Tít. VII— de forma ciertamente amplia. Por una parte, se entiende que sería incorrecto aplicar al Tít. VII una definición de creencia religiosa más estricta que la realizada por el Tribunal Supremo al analizar los casos de objeción de con-

⁴³ 42 U.S.C., parágrafo 20000-2, 1976.

⁴⁴ La interpretación clave es la realizada por el Tribunal Supremo en *T.W.A. v. Hardison* [432 U.S. 63 (1977)]. En esta sentencia considera la Corte que sería *undue hardship* soportar algo más que un coste mínimo para conseguir que un objetor de conciencia, perteneciente a la «Iglesia Universal de Dios», dispusiera —de acuerdo con las normas de su confesión— de los sábados libres. Sobre esta sentencia vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «La objeción de conciencia en la jurisprudencia del T.S. norteamericano», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1985, págs. 439 y 440.

ciencia a los efectos de la *Universal Military Training and Service Act*⁴⁵. Por otra, la construcción judicial que se ha hecho del Tít. VII ha sido igualmente amplia. Así, por ejemplo, en el caso *Cooper v. General Dynamics*⁴⁶ se estableció que «todas las formas y aspectos de la religión, por excéntricas que sean, son protegidas, excepto aquellas que no pueden ser conciliadas, en la práctica, y con un esfuerzo razonable, con una actividad necesaria para la empresa»⁴⁷.

Como se ha hecho notar⁴⁸, esta amplia noción de creencia religiosa es poco probable que constituya un obstáculo para acogerse a la protección que, implícitamente, para los objetores de conciencia al aborto proporciona el Título VII del Act mencionada. Incluso si se sigue el enfoque relativamente restrictivo del Tribunal en el caso *Pena*⁴⁹, las objeciones al aborto —ciertamente en nada semejantes a la excéntrica afición por «la comida de gato»— no podrán ser descalificadas como simples cuestiones de mera «preferencia personal».

En todo caso, lo que sí es cierto es que la mayor protección a los objetores de conciencia al aborto en U.S.A. provienen de la compleja legislación que específicamente se ha dictado para ellos y cuyas líneas generales se resumen a continuación.

B) *Las cláusulas de conciencia*

Como directa consecuencia de la tormenta política que desencadenó en el decenio anterior la sentencia *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 abortivos⁵⁰. Tal vez estas cláusulas han

⁴⁵ El Tribunal Supremo en el caso *United States v. Seeger* [380 U.S. 163 (1965)] interpretó el Act sobre servicio militar en el sentido de que el Congreso no deseaba restringir el concepto de creencia religiosa a las religiones tradicionales que mantienen una relación con un Dios personal. Es decir, supone que la voluntad del poder legislativo es atribuir el carácter de religiosas —a los efectos de conceder la exención del servicio militar armado— «a todas aquellas creencias que ocupan en la vida de las personas un papel de importancia semejante al que ocupa Dios en la vida de quienes practican una religión tradicional». Cfr. MARTÍNEZ-TORRÓN, *op. cit.*, pág. 409.

⁴⁶ 533 F.2.º 163 (5.º Cir 1976), cert. den., 433 U.S. 908 (1977). Es decir: vol. 533, *Federal Reporter* 2.º, pág. 163 (5th Circuit, año 1976), certiorari denied, vol. 433, *United States Reports*, pág. 908, año 1977.

⁴⁷ Hay que observar, sin embargo, que los Tribunales han rechazado reclamaciones en que la discriminación estaba basada en motivos religiosos, aunque ciertamente discutibles. Tal es el caso de *Brown v. Pena* (cit. por W. C. DURHAM, M. A. Q. WOOD y S. J. CONDIE, «Accommodation of Conscientious Objection to Abortion: A Case Study of the Nursing Profession», en *Brigham Young University Law Review*, 1982, pág. 292) en que se rehusó como creencia religiosa digna de protección (se calificó de «simple preferencia personal») la alegada por un empleado «de que comer comida de gato» («Kozy Kitten People/Cat Food...») contribuía significativamente a «su situación de bienestar».

⁴⁸ Obra citada en nota anterior, pág. 295.

⁴⁹ Vid. nota 47.

⁵⁰ En la síntesis que de dicha legislación hago, sigo en sus líneas generales los datos

llevado a SZARTZ a decir que «el aborto es un problema moral y no una cuestión exclusivamente médica. Ciertamente el procedimiento es quirúrgico, pero eso no convierte al aborto en un problema médico, como tampoco el uso de la silla eléctrica hace que la pena de muerte se convierta en un problema de electrotecnia»⁵¹.

La cláusula de conciencia federal —también conocida como «enmienda de la Iglesia»— fue adoptada en 1973 al aprobarse la *Health Programs Extension Act*. 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.

En lo que respecta a las legislaciones estatales, más de 40 Estados han establecido cláusulas de conciencia en materia de abortos⁵². Todos ellos prohíben la discriminación contra cualquier persona que se niegue a participar en procedimientos abortivos. Seis de ellos amplían el ámbito de protección para incluir también las posibles discriminaciones por sus actitudes proabortistas: California, Iowa, Kentucky, Pennsylvania, Texas y Michigan.

Aunque muchas de estas cláusulas de conciencia han sido adoptadas como parte de la legislación sobre aborto después del caso *Roe*, un grupo de Estados extiende la protección también a los objetores que se oponen a otros procedimientos médicos. Tal es el caso de Maryland, que ampara también la objeción de conciencia a la esterilización e inseminación artificial; el de Illinois, que la extiende a la objeción a recibir prestaciones de ciertos servicios médicos (transfusiones de sangre, por ejemplo), o el de Wyoming, que incluye la eutanasia⁵³.

que aportan DURHAM, WOOD y CONDIE, *op. cit.*, págs. 306 y sigs. Incidentalmente diré que este trabajo es el más minucioso y completo que conozco sobre objeción de conciencia al aborto en U.S.A.

⁵¹ *The Ethics of Abortion*, cit. por J. M. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, «Aspectos jurídicos y morales de la despenalización del aborto en los supuestos de posibles anomalías del feto», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1984, pág. 182.

⁵² Concretamente 44. La relación de los mismos puede verse en DURHAM, WOOD y CONDIE, *op. cit.*, págs. 308-309, nota 179.

⁵³ Respecto a la problemática doctrinal y jurisprudencial creada en U.S.A. por la objeción de conciencia en estos supuestos, vid. H. L. HIRSH-H. PHIFER, «The Interface of Medicine, Religion and the Law: Religious Objections to Medical Treatment», en *Medicine and Law*, 1985, págs. 121-139.

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. Así, la legislación de Kansas dispondrá: «Ninguna persona será requerida para ejecutar o participar en procedimientos médicos que tengan por objeto la finalización de la vida intrauterina, y el rechazo de cualquier persona a ejecutarlos o participar en ellos no dará lugar a responsabilidad civil de éstas. Ningún hospital, administrador del mismo o Junta administrativa de ellos cesará en su empleo, impedirá o perjudicará la práctica o trabajo o impondrá ninguna otra sanción a persona alguna por el hecho de que ésta se niegue a ejecutar o participar en la interrupción de un embarazo.» Y Michigan incluye entre los protegidos por la cláusula de conciencia no sólo a los médicos, enfermeras, personal o empleados del hospital, sino también a los estudiantes de medicina o enfermería.

Muchos Estados —prácticamente todos, a excepción de Kansas, Nueva York, Oregón, Massachusetts y Rhode Island— expresamente cubren con la cláusula de conciencia, a demás 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 (entre ellos Arizona, Idaho, Nevada y Georgia) condicionan la protección a que el solicitante realice la objeción por escrito; en los restantes la objeción basta plantearla de cualquier modo. Veintitrés Estados (así, por ejemplo, Florida, Indiana, Utah y Virginia) concretan la objeción en motivaciones morales, éticas 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 protegidas por las cláusulas de conciencia, las leyes utilizan habitualmente las expresiones «asistir o participar» en un procedimiento abortivo. Sin embargo, algunos Estados concretan algo más esta indeterminación inicial. Tal es el caso de Texas, que pospone a la fórmula habitual las expresiones «directa o indirectamente», o el de Missouri, que protege al personal médico que «trate o admita a tratamiento», lo que se interpreta también como protección a todos aquellos que puedan intervenir en la preparación (incluida la recepción administrativa de los casos) o atención posterior al aborto. 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 cualquiera 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 («emergency situations and spontaneous abortion», California; o «emergency medical care», Illinois). Algunos Estados, en fin, establecen sanciones concretas contra las instituciones o personas que violen los derechos protegidos por las cláusulas de conciencia (Alaska); otros Estados exigen, además de las indemnizaciones que procedan, la restitución en su empleo del objetor discriminado (Nebraska). Aunque la doctrina es concorde en admitir que las legislaciones que no prevén expresamente las indemnizaciones, éstas, desde luego, podrán exigirse, partiendo de la base de que una vez aceptada la cláusula de conciencia, ésta no puede considerarse como «simple súplica»⁵⁴.

Como es natural —dada la especial estructura del ordenamiento estadounidense— la compleja red de legislaciones estatales y federales sobre objeción de conciencia ha propiciado numerosas intervenciones de los Tribunales estatales y federales^{54bis}. A continuación sintetizamos los princi-

⁵⁴ Cfr. DURHAM, WOOD y CONDIE, *op. cit.*, pág. 313.

^{54bis} Conviene dejar aquí constancia de la organización judicial norteamericana, de modo que sean inteligibles las referencias jurisprudenciales que más adelante se hacen.

En U.S.A. existen dos sistemas judiciales diversos: el estatal, integrado por los tribunales establecidos en cada estado y que ejercen «plena» jurisdicción dentro de sus respectivos límites territoriales, salvo aquella que la Constitución concede exclusivamente a la Federación o niega de modo expreso a los estados; el federal, compuesto por los tribunales de la Federación, que sólo tienen la jurisdicción «especial» que la Constitución y las leyes del Congreso le señalan en todo el territorio de la Nación.

En cada estado el poder judicial está organizado de la siguiente manera: 1.º) Por un tribunal de última instancia que ordinariamente revisa las resoluciones de los tribunales inferiores del mismo estado y dicta sentencia ejecutoria en tercera instancia. En algunos estados se llama «Suprema Corte» (*Supreme Court*) y, en otros, «Corte de Apelación». 2.º) En una tercera parte de los estados existen tribunales de apelación intermedia entre los de primera y última instancia, cuyos fallos unas veces son ejecutivos y en otros recurribles ante la Suprema Corte del mismo estado. 3.º) Los tribunales de primera instancia, que tienen asiento en las cabeceras de los condados —entidades geográficas y políticas que abarcan varios municipios y ciudades de un mismo estado— y que se denominan «tribunales de circuito», de «distrito» y también *courts of common pleas*, es decir, tribunales que conocen de asuntos ordinarios. 4.º) En fin, la última categoría de tribunales está compuesta por los «juzgados de paz» o «municipales», que conocen de cuestiones de ínfima categoría.

La esfera de autonomía de la Federación en materia judicial la fija la Constitución en su artículo III, sección 2: «El poder judicial se extenderá a todos los casos, en ley y equidad, que surjan de la Constitución, las leyes de los Estados Unidos y tratados hechos o que se hagan bajo su autoridad; a todos los casos que afecten a los embajadores, otros ministros públicos y cónsules; a las controversias en que los Estados Unidos sean parte; a las controversias entre dos o más estados, entre un estado y ciudadanos de otro, entre ciudadanos de diferentes estados... y entre un estado o sus ciudadanos y estados, ciudadanos o súbditos extranjeros.»

Prescindiendo de los Tribunales especiales (Militares, Consulares, etc.) y de los administrativos (*Boards and Commissions*), los que integran el poder judicial federal son: 1.º) La «Suprema Corte de los Estados Unidos» (Tribunal Supremo), que ejerce jurisdicción solamente en apelación (aunque, a veces, tiene jurisdicción «originaria»), pues conoce en alzada de todas las causas vistas o falladas en instancias inferiores por los tribunales federales o, incluso, estatales, como tribunal revisor de última instancia. Se compone de un *Chief Justice* (Presidente) y ocho *Associate Justices* (ministros o vocales), que son nombrados por el Presidente de los Estados Unidos, con la aprobación del Senado. 2.º) Los «Tribunales de Circuito de Apelación» (*Courts of Appeals*), creados para descargar a la Suprema Corte de una gran

pales pronunciamientos en los que directa o indirectamente se abordan cuestiones relacionadas con la materia de que se trata.

3. *La jurisprudencia norteamericana en materia de objeción de conciencia al aborto*

A) *La constitucionalidad de la restricción de fondos públicos para los procedimientos abortivos: los casos Harris y Williams*

Aunque esta cuestión sólo tangencialmente afecta al tema de fondo de la objeción de conciencia, las sentencias que a continuación se sintetizan, al suponer una cierta limitación de la doctrina sentada en *Roe* y *Doe*, han propiciado actitudes de entes hospitalarios cercanas a las objeciones institucionales de conciencia.

En 1980, en *Harris v. McRae* y *Williams v. Zbaraz*, sentencias dictadas conjuntamente⁵⁵, el T.S. fue llamado a decidir si el rechazo del Congreso a proveer fondos federales —rechazo acordado por la aprobación de la enmienda *Hyde*, que encabeza el *Labor-Health and Human Services Appropriation Act*— para sufragar los gastos de aborto era una decisión inconstitucional basada en «una visión religiosa del *nasciturus*»⁵⁶.

La síntesis de la argumentación por la que el T.S. declaró constitucional tal restricción de fondos fue que el hecho de que las religiones judeo-cristianas estén en contra del aborto no significa que cualquier oposición al mismo sea una cuestión religiosa, «al igual que el que dichas religiones estén en contra del robo no significa que el Gobierno Federal o los Estados no puedan dictar leyes prohibiendo el latrocinio». De este modo, el T.S. concluyó que «no es misión de este Tribunal o de cualquier otro decidir si el balance de intereses presentes en la enmienda *Hyde* es una política sabia..., (pues) no podemos en nombre de la Constitución derogar esta-

parte de su labor. Conoce en vía de apelación, de todos los asuntos de orden federal vistos y fallados por los Juzgados federales de Distrito. Sus sentencias son definitivas e inapelables, salvo posibilidad de apelación ante la Corte Suprema cuando ésta así lo decide o el propio Tribunal de Circuito decide someterla a ella. 3.º) Los «Juzgados de Distrito» (*Districts Courts*) o tribunales federales de primera instancia. Contra sus decisiones cabe apelación ante los Tribunales de Circuito y, en algunos supuestos, ante la misma Corte Suprema.

Sobre la organización judicial en U.S.A., vid. O. RABASSA, *El Derecho angloamericano*, 2.ª ed., México 1982, págs. 459-517; J. F. SPANIOL, *The United States Courts. Their jurisdiction and work*, Washington, D.C., 1982.

⁵⁵ Texto en 100 United States Supreme Court Digest (S.Ct.) 2.671 y 2.694 (1980). Un comentario a las mismas en D. J. HORAN-T. J. MARZEN, «The Supreme Court of Abortion Funding: The Second Time Around», en el vol. *New Perspectives on Human Abortion*, cit., páginas 217 y sigs.; R. DESTRO, «Religion: Establishment, Free Exercise and Abortion», *Idem*, en especial págs. 240 y sigs.

⁵⁶ Hay que hacer la observación de que en *Harris* se discutió la constitucionalidad de la enmienda *Hyde* y en *Williams* la constitucionalidad de la análoga enmienda Illinois a su ley médica estatal.

tutos debidamente aprobados simplemente porque no sintonicen con una escuela de pensamiento. Cuando un caso envuelve elecciones políticas tan sensibles como las implicadas aquí..., el lugar correcto de discusión en una democracia es la legislatura».

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 donde penaliza la actuación privada, 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. Es decir, reconoció que el problema suscitado por las leyes que restringen los fondos públicos destinados a ayudar en procedimientos abortivos por motivos de salud no es si son «justas», sino más bien a quién asigna la Constitución el poder de distribuir los fondos públicos. El T.S. sostuvo correctamente que la competencia la tiene, en este caso, la legislación y no la mujer embarazada o su médico o la magistratura. O, en otras palabras, 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 derecho⁵⁷. Esa decisión corresponde al Congreso, que puede en sus programas sociales y económicos proteger la vida fetal antes que el derecho de la mujer a abortar.

Como ha hecho notar DESTRO⁵⁸ 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, lo que directamente conecta con la directa jurisprudencia en materia de objeción de conciencia.

B) *El radio de acción de la protección a los objetores y la participación indirecta en el aborto: los casos Haring, Spellacy y Erzinger*

Como ya se vio anteriormente no todos los Estados explícitamente protegen la participación indirecta en los procedimientos abortivos. De ahí que, en ocasiones, la jurisprudencia estatal ha debido pronunciarse sobre el ámbito en que las cláusulas de conciencia podrían aducirse.

⁵⁷ Conviene advertir que ya en el caso *Maier v. Roe*, fallado tres años antes [432 U.S. 464 (1979)], la Corte había defendido que el rechazo del Gobierno a subvencionar el aborto no suponía un menoscabo del derecho de abortar establecido en *Roe v. Wade* y, por tanto, no violaba derecho constitucional alguno. La diferencia estriba en que en *Maier* se refiere solamente a restricciones de fondos para el aborto *libre*, mientras que *Harris* se refiere a restricciones de fondos por motivos de salud, a excepción de peligro para la vida de la madre.

⁵⁸ *Op. cit.*, pág. 44.

Tres sentencias (*Haring v. Blumenthal*; *Spellacy v. Try-County Hospital* y *Erzinger v. Regents of the University of California*) abordan, entre otras, el problema que ahora se estudia.

En el caso *Haring*⁵⁹, la Corte del Distrito de Columbia —sentencia de 10 de abril de 1979— resolvió el siguiente supuesto. Paul Byrne Haring, empleado del Servicio Interno de Rentas Públicas (Internal Revenue Service) desempeñaba el puesto de especialista de impuestos legales, concretamente en la rama técnica de la División de Organizaciones exentas de impuestos. Tal División es la responsable de revisar, entre otras, las propuestas de organizaciones que pretenden estar exentas de impuestos, y aprobarlas si cumplen con los requisitos de la correspondiente sección del Código de Rentas Públicas. Haring solicitó el ascenso para el cargo de inspector en la especialización de impuestos legales, ascenso que 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. Concretamente, se negaba a revisar las peticiones de exención de impuestos de aquellas organizaciones que practicaban el aborto. Ante la decisión del I.R.S., Haring recusó la política del I.R.S. (que concede la exención de impuestos a tales organizaciones) solicitando ante la Corte, además, que le fuera concedido el ascenso, negado, según, él, por «discriminación religiosa».

En la sentencia, la Corte de Columbia entiende que la primera petición del demandante es absolutamente infundada, pues si se concediese, es decir, si se prohibiera la política del I.R.S. de conceder exención de impuestos a las instituciones u organizaciones que favorecen el aborto se conculcaría la primera Enmienda⁶⁰, «enredando» (*entangle*) al Gobierno en cuestiones referentes a dogmas religiosos. Sin embargo, respecto al denegado ascenso de Haring entiende que la mala disposición del demandante a manejar las mencionadas solicitudes de exención de impuestos, por cuestiones de conciencia, no es motivo suficiente para negarle el ascenso al que por antigüedad es acreedor⁶¹.

A la argumentación del Gobierno de que el ejemplo de Haring podría «seducir» a otros empleados, y que si ahora objeta al aborto más tarde puede objetar a cualquier otra actividad, la Corte contesta diciendo que el mayor número de casos que previsiblemente manejará Haring serán pu-

⁵⁹ 471 F.Supp. 1172 (D.D.C. 1979). Es decir: vol. 471, *Federal Supplement*, pág. 1172 (District of Columbia), año 1979.

⁶⁰ Como es sabido, la Enmienda 1.ª veta al Congreso de los Estados Unidos la posibilidad de dictar leyes estableciendo una religión (*establishment clause*) o prohibiendo su libre ejercicio (*free exercise clause*). Sobre el sentido de esta Enmienda puede verse J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *op. cit.*, págs. 401 y sigs.; M. TEDESCHI, «Alle radici del separatismo americano», en *Il diritto ecclesiastico*, 1984, en especial págs. 103-113.

⁶¹ En su petición Haring aduce como normas conculcadas no tanto las específicas estatales sobre objeción de conciencia cuanto las incluidas —y ya vistas— en el Tít. VII del *Civil Rights Act*.

ramente financieros y sin conexión con sus escrúpulos de conciencia. Por lo demás, el demandante —aducirá la Corte— no asegura que emitirá sus decisiones profesionales en su nuevo puesto de acuerdo con sus creencias religiosas, sino que cuando hay un supuesto en conflicto con ellas él se descalificará a sí mismo, solicitando que la cuestión se asigne a otro inspector.

En síntesis, en el caso *Haring*, la Corte sentará la siguiente doctrina: 1) El I.R.S., como cualquier otra empresa, debe acomodarse a los disonamientos de sus empleados basados en creencias religiosas («accommodate itself to dissent based on religious belief»). 2) Incluso aunque el lenguaje de *Haring* pueda considerarse duro o sus creencias religiosas dotadas de cierta originalidad⁶², ello no es base suficiente para privarle de la protección de la primera Enmienda, pues la Constitución está diseñada también para ofrecer amparo «a las conductas excéntricas». 3) Precisamente los Estados Unidos pueden tener pluralismo cultural en la medida en que se respeten también las ocasionales actitudes fuera de lo común. Tales conductas, cuando no son dañinas para los Estados o para otros sujetos, han de ser protegidas, porque la libertad no está limitada a las cosas que son importantes: eso sería tan sólo «una sombra de libertad»⁶³.

En el caso *Spellacy*⁶⁴, la demandante —administrativa de admisiones a tiempo parcial en el Tri-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 diferentes, 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*.

Desde mi punto de vista —coincido con DURHAM, WOOD y CONDIE⁶⁵— el criterio de la sentencia aludida no es acertado, sobre todo si se conviene en que el objetivo de la cláusula de conciencia es proteger a los sujetos que experimentan conflictos laborales como resultado de sus actitudes profesionales frente al aborto y, desde esta base, la protección debería defi-

⁶² En la sentencia se dice que *Haring* observaba que el *Treasury Department* está propiciando «el asesinato de mucha gente inocente en diversas partes del mundo» y que las decisiones del Tribunal Supremo sobre el aborto «están basadas en fraudes perpetrados en el mismo Tribunal».

⁶³ Textualmente la Corte dirá: «Si hay alguna estrella fija en nuestra constelación constitucional es aquella que dice que ningún oficial, de mayor o menor rango, puede decidir qué es lo que es ortodoxo en política, nacionalismo, religión o en otras materias u obligar a los ciudadanos a confesar de palabra o de hecho sus creencias. Si hay alguna circunstancia que permite una excepción a esta regla ahora no se nos ocurre.»

⁶⁴ La sentencia, dictada por la Corte de Common Pleas del Condado de Delaware, fue posteriormente confirmada por la Corte Suprema de Pennsylvania el 2 de octubre de 1978. Cfr. 261 pa. Super., 395 A.2d 998 (1978). Es decir: vol. 261, *Pennsylvania Superior*, vol. 395, *Atlantic 2.*, pág. 998, año 1978. Un comentario a la misma en DURHAM, WOOD y CONDIE, *op. cit.*, págs. 318 y sigs.

⁶⁵ *Ibidem*, pág. 319.

nirse 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.

El caso más reciente en que se ha discutido el tema de la participación indirecta en abortos y el grado de su protección admisible es el caso *Erzinger*⁶⁶. En él, el Tribunal Supremo de California sentó la doctrina de que los estudiantes deben ser obligados —no obstante su objeción de conciencia— a contribuir a los gastos de los abortos de sus compañeras, como condición de entrada en una Universidad estatal. Los estudiantes objetores se negaban a pagar una parte de las tasas académicas por su ingreso en la Universidad de California aduciendo que esos fondos públicos se destinaban a sufragar los abortos de sus compañeras de Universidad. El T.S. decidió que esos pagos no contradicen la primera Enmienda y que la Universidad estatal tenía un interés legítimo en la salud de sus estudiantes como para exigir a todos los estudiantes las tasas destinadas a sufragar los gastos sanitarios del aborto.

C) *Una protección a la inversa: el caso Watkins*

Ya quedó dicho que algunos Estados no sólo protegen al objetor de conciencia contrario a los procedimientos abortivos, sino también a aquellos médicos favorables al aborto. La sentencia en el caso *Watkins v. Mercy Medical Center*⁶⁷ establece el alcance y los límites de dicha protección.

El doctor Wilfred E. Watkins, que ejercía como médico en el citado hospital, vio rechazada su solicitud para un segundo nombramiento en dicho centro, fundamentalmente por aducir que determinadas prácticas abortivas y esterilizaciones debían ser allí practicadas. Watkins demandó al hospital, exigiéndole 100.000 dólares como indemnización por daños generales y la reincorporación en su puesto médico. La Corte del Distrito de Idaho entendió que al ser el hospital una instalación privada (era un centro hospitalario adscrito ideológicamente a la Iglesia Católica Romana y, por tanto, había adoptado las directrices éticas y religiosas del *Catholic Health Care Facilities*; por lo demás, el Mercy recibía fondos federales) no aprobada por ley estatal, no tenía competencia para conceder la indemnización solicitada. Sin embargo, acordó la reinstauración de Watkins en su puesto médico, aduciendo violación por parte del hospital de las creencias de su personal sanitario, aunque con la condición de que no realizaría abortos o esterilizaciones, por ser actividades contrarias a los estatutos del Mercy. El doctor Watkins apeló ante la Corte de Apelación de los Estados

⁶⁶ Caso núm. 408.559 (Super. Ct. Cali., filed april 25, 1980). Cit. por DESTRO, *op. cit.*, página 45.

⁶⁷ Tiene fecha de 23 de octubre de 1973, 364 F. Supp. 799 (1973), confirmada en F. 2d 894 (1975). Es decir: vol. 364, *Federal Supplement*, pág. 799, año 1973, confirmada en *Federal Reporter*, 2.º, pág. 894, año 1975.

Unidos (Distrito 9) que, en síntesis, confirmó la sentencia de la Corte de Idaho.

La sentencia viene a establecer que «el Congreso (*Health Programs Extension Act* de 1973) 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 simplemente 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: hospital y médico. El hospital puede prohibir a su personal ejecutar procedimientos de esterilización o aborto en sus dependencias, pero no puede exigir a su personal adherirse a las creencias religiosas o morales que sustentan la política del hospital como una condición de empleo... El Tribunal estima que debe recalcar que M.M.C. tiene el derecho de adherirse a unas concretas creencias religiosas y a no ser forzado a poner sus instalaciones a disposición de servicios que encuentra repugnantes para sus creencias. El hospital no puede discriminar a aquellos que piensan de otra forma, pero puede establecer protecciones razonables para asegurar que otros no utilizan sus instalaciones para servicios que considera, en conciencia, que no debían ser ofrecidos. El doctor Watkins es libre para creer (lo contrario)..., pero no puede forzar al M.M.C. a que le permita ejecutarlos en sus dependencias. Sostener otra cosa violaría los derechos religiosos del hospital».

D) *La utilización de las instalaciones hospitalarias para abortos y la cláusula institucional de objeción de conciencia: los casos Nyberg y Poelker*

Según los datos aportados por DURHAM, WOOD y CONDIE⁶⁸, cuarenta y dos Estados han establecido expresamente en su legislación que los hospitales privados pueden establecer en sus estatutos, y aunque reciban fondos públicos, cláusulas de conciencia contrarias a la utilización de sus instalaciones para procedimientos abortivos. Lo cual, como se ha visto en *Watkins*, ha encontrado la correspondiente confirmación jurisprudencial. Sin embargo, el problema —que fue abordado en *Poelker* y *Nyberg*— es si también las instituciones públicas pueden establecer cláusulas similares.

En *Poelker v. Doe*⁶⁹ 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 instalacio-

⁶⁸ *Op. cit.*, págs. 357 y 358.

⁶⁹ *Cit. por* DURHAM, WOOD y CONDIE, págs. 358-359.

nes, excepto en los supuestos de graves daños o peligro de muerte para la madre. A esa prohibición se unía el dato de hecho de que los médicos del Departamento de Obstetricia de dicho hospital provenían en su totalidad 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 necesita gastar fondos públicos para contratar médicos que realicen abortos o de otra forma se provea a los servicios hospitalarios de fondos públicos para atender abortos de mujeres indigentes.

Los hechos en *Nyberg v. The City of Virginia*⁷⁰ difieren del caso anterior. En este supuesto la ciudad apeló ante la Corte de Apelación de los Estados Unidos una sentencia del Tribunal de Minnessota, 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 entendiendo anticonstitucional la política hospitalaria.

Los hechos son los siguientes. Mock y Tietz eran médicos de plantilla del hospital municipal de Virginia. La comisión del hospital prohibió el uso por parte de ambos de las instalaciones hospitalarias para realizar abortos en pacientes privados. La Corte de Distrito, como ya se dijo, entendió inconstitucional la medida, y la Corte de Apelación confirmó la sentencia haciendo notar que los hechos en *Nyberg* diferían significativamente de los casos *Harris*, *Williams* y *Poelker*, pues la comisión del hospital de Virginia no era requerida para permitir abortos libres, contratar médicos que los realicen o subvencionar de algún modo con fondos públicos prestaciones de aborto, sino más bien era requerida para permitir el simple uso del hospital municipal por parte del personal para sus pacientes privados, y a su costa, sin desembolso, por tanto, de fondos públicos⁷¹.

⁷⁰ 667 F. 2d, 754 (8 Cir. 1982). Es decir: vol. 667, *Federal Reporter*, 2.º, pág. 754 (8th Circuit, año 1982).

⁷¹ No obstante la relativa discrepancia entre *Poelker* y *Nyberg* —y cualquiera que sea el punto de vista que prevalezca al final— la doctrina norteamericana (por toda, vid. DURHAM, WOOD y CONDIE, *op. cit.*, pág. 362) 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 puntos de vista sólo por su consideración de hospital público.

E) *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*

Al analizar la protección que el *Civil Rights Act* confiere a los objetores de conciencia, incidentalmente se hizo notar que tal protección perdía algo de su fuerza ante la doctrina jurisprudencial sentada en *T.W.A. v. Hardison*, que hizo una interpretación *de minimis* acerca de la obligación del empresario de adecuarse a las creencias de sus empleados, cuando tal acoplamiento le supusiera un gravamen excesivo. Al tiempo, sin embargo, se observó también que las legislaciones estatales habían establecido grados de protección más amplia en los supuestos de objeción de conciencia al aborto.

Tal interpretación favorable al objetor se deduce, entre otros, del caso *Kenny v. Ambulatory Centre of Miami*⁷², fallado el 28 de julio de 1981 por el Tribunal del Distrito de Apelación de Florida.

La enfermera M. Kenny comenzó a trabajar como enfermera de quirófano para el Ambulatorio Central de Miami. Posteriormente, y debido a sus creencias religiosas, objetó a su colaboración en procedimientos de aborto. Otra enfermera cambió su puesto por ella durante algún tiempo, pero, posteriormente, las compañeras de Kenny se negaron a intercambiar con ella sus deberes. La dirección del Ambulatorio conminó a la enfermera objetora a que renunciara a su empleo en el hospital si continuaba negándose a participar en abortos, a lo que ella no accedió. Posteriormente fue trasladada de su condición de enfermera de planta a una situación laboral en la que solamente trabajaba una parte de su jornada, con notable reducción de sus derechos económicos. Inicialmente la Corte del Distrito de Dade falló en favor del Ambulatorio, justificando las medidas laborales de éste contra Kenny. Habiendo apelado ésta ante el Tribunal de Apelación de Florida, la demandante fue confirmada en sus derechos, es decir, se decidió que se rehabilitara a Kenny, dedicando de nuevo todo su tiempo a enfermera de quirófano, reembolsándole sus últimos sueldos e indemnizándole por daños y perjuicios así como en las costas judiciales y honorarios de sus abogados.

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». De los hechos se deduce que la enfermera era apta para colaborar aproximadamente en el 84 por 100 de las operaciones realizadas en el centro (casi todas ellas de cirugía plástica), mientras que solamente el 16 por 100 eran operaciones dedicadas a abor-

⁷² 400 So. 2d, 1262 Flo. Dist. Ct. App. 1981. Es decir: vol. 400, *Southern*, 2.º, pág. 1262 (*Florida District Court Appeal*, año 1981).

tos, con lo que no cabía hablar de grave perjuicio para el Ambulatorio. De ahí que aunque el centro hiciera algunos esfuerzos para adaptar sus servicios médicos a las creencias de Kenny, no aparece demostrado que la prosecución en esos esfuerzos de adaptación le hubieran perjudicado gravemente ⁷³.

El problema de la adecuación de un empresario (jefe médico) a las creencias religiosas de sus empleados se complica en el caso *Swanson v. St. John's Lutheran Hospital* ⁷⁴, fallado el 9 de agosto de 1979, con el tema de los cambios de creencias en relación con los procedimientos de aborto y las esterilizaciones.

Marjorie C. Swanson era una enfermera anestesista que durante cuatro años había intervenido profesionalmente en más de veinte procesos quirúrgicos de esterilización. En agosto de 1977 actuó como anestesista en un procedimiento de aborto. La observación de cómo el feto humano era extirpado del útero de la paciente a través de instrumentos quirúrgicos la horrorizó. Sabiendo que cuatro días después debía intervenir en una ligadura de trompas se dirigió al administrador del hospital comunicándole su negativa a participar en esa operación. Ante esta negativa fue destituida de su cargo de enfermera anestesista en el hospital.

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 (lo que no ocurrió en el proceso) 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 pueden ser extendidos o limitados por la experiencia, parece lógico que el concepto que una determinada persona tenga sobre la conveniencia o moralidad de una situación puede cambiar ocasionalmente. El derecho protegido por la ley no está condicionado, independientemente de lo acontecido anteriormente.» *c)* El hecho de que

⁷³ Todavía esta sentencia se mueve en la órbita de *Hardison*, sin poner expresamente por delante los derechos del objetor. Pero es evidente su interpretación más favorable a este último.

⁷⁴ 597 P. 2d, 702 (Mont. 1979). Es decir: vol. 597, *Pacific*, 2.º, pág. 702 (Montana case, año 1979).

la sustitución de Swanson en la operación hubiera supuesto un costoso gravamen para el hospital (la enfermera sustituta disponible habría de desplazarse más de 90 millas desde su lugar habitual de trabajo) no altera los términos de la legislación: «todas las personas tienen el derecho de rehusar su participación en una esterilización o aborto». Lo que en este caso significa —según la sentencia— «que se aplica a todas las personas, independientemente de su localización geográfica y de los inconvenientes que pudieran resultar de la aplicación del derecho protegido».

El caso Swanson, aunque referido a una esterilización y sólo incidentalmente a un aborto, es sintomático de la evolución de la jurisprudencia norteamericana en punto a la protección a otorgar a un objetor de conciencia. Así como la *Civil Rights Act* y su interpretación jurisprudencial han supuesto una valoración restrictiva de la noción de *undue hardship*, idéntica interpretación, pero referida a las cláusulas de conciencia estatales en materia de aborto y esterilización, ha establecido unos márgenes mucho más amplios de protección. De tal modo que se ha producido una inversión de protecciones: si en el caso *Hardison* el conflicto de intereses entre el gravamen para la empresa y los derechos del objetor se resolvió a favor del primero, en *Swanson* (y en menor medida en *Kenny*) la protección se decantó a favor del segundo.

V. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO EN EL DERECHO EUROPEO

1. *La regulación francesa*

La normativa francesa sobre aborto —que incluye cláusulas sobre objeción de conciencia— viene recogida en la Ley núm. 75-17, de 17 de enero de 1975, relativa a la «interrupción voluntaria del embarazo»⁷⁵, posteriormente modificada por la Ley núm. 79-1.204, de 31 de diciembre de 1979⁷⁶.

Esta última Ley, en lo que concierne a la objeción de conciencia, modifica en su artículo 9 el primer párrafo del artículo L.162-8 del Código de la Salud Pública, dejándolo redactado en los siguientes términos: «Ningún médico podrá ser obligado a practicar una interrupción voluntaria del embarazo, pero debe informar, lo más tarde después de la primera visita, a la interesada de su posición negativa.» Por otra parte, viene obligado a informarla de los riesgos del aborto, derechos y deberes de la madre, etcétera⁷⁷.

⁷⁵ *Journal Officiel de la République Française*, 18 de enero de 1975, págs. 739-741.

⁷⁶ *Journal Officiel de la République Française*, 1 de enero de 1980, págs. 3-5.

⁷⁷ «Un mecedin n'est jamais tenu de pratiquer une interruption volontaire de la grossesse

A su vez, la Ley de 1975 prevé el mismo derecho (art. L.162,8, párrafo segundo) para todo enfermero o enfermera así como para cualquier auxiliar médico. Y admite, igualmente, la objeción de conciencia por parte de los hospitales privados, los cuales pueden rehusar que los abortos sean realizados en sus locales (L.162-8, pár. 3.º). Respecto a los hospitales públicos, la objeción de conciencia es admitida siempre que existan otras estructuras sanitarias locales que puedan hacer frente a la interrupción del embarazo (L.162-8, pár. 4.º). Estableciéndose (art. 9 de la Ley de 1979, que modifica el art. L.162-8 en sus últimos párrafos) que cuando el jefe de servicio de un hospital público rehúsa asumir la responsabilidad de una interrupción del embarazo, el consejo de administración del hospital debe crear una unidad dotada de medios que permitan la práctica de las interrupciones del embarazo.

Por lo demás, la ley francesa establece todo un sistema disuasorio del aborto solicitado —que implica la visita obligatoria a un instituto de información o consultorio, en el que la gestante participará en un coloquio a través del que se le prestará la ayuda y el consejo necesario para resolver sus problemas sociales y orientarla a recibir el hijo (art. L.162-3, reformado en 1979)— al término del cual, si persiste en su intención de abortar y habiendo transcurrido una semana desde la primera visita al médico, puede repetir la petición al mismo, el cual puede practicar entonces el aborto o negarse a realizarlo.

Como se ve, la legislación francesa 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. Naturalmente, no se exige ninguna prestación sustitutiva.

2. *La legislación de la R.F.A.*

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 sobriamente 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»⁷⁸.

mais il doit informer, au plus tard lors de la première visite, l'intéressée de son refus. Il est, en outre, tenu de se conformer aux obligations mentionnées aux articles L. 162-3 et L.162-5.»

⁷⁸ 1. Niemand ist verpflichtet, an einem Schwangerschaftsabbruch mitzuwirken.

2. Absatz I gilt nicht, wenn die Mitwirkung notwendig ist, um von der Frau eine anders nicht abwendbare Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung abzuwenden.

Como ha precisado la doctrina⁷⁹, si el Derecho alemán confiere a la mujer la plena autonomía en su decisión de interrumpir el embarazo —naturalmente, si se dan los presupuestos legales— ello no quiere decir que el ordenamiento le confiera también el poder de decidir por otras personas que puedan intervenir en la ejecución de su deseo: a la renuncia por parte de la ley de perseguir el aborto en los casos previstos por ella no corresponde un *derecho* a la interrupción del embarazo que la mujer pueda exigir frente a un determinado facultativo o un concreto ente hospitalario. Si así fuera, el espacio de autonomía reconocido a la gestante se traduciría en una paralela restricción de la autonomía del personal médico, es decir, de sujetos cuya libertad de conciencia es reconocida por el ordenamiento.

Lo característico de la legislación alemana son sus «elocuentes silencios»⁸⁰. Es decir, no menciona ninguna obligación por parte del médico objetor de emitir declaración preventiva alguna ante la autoridad pública u órganos sanitarios acerca de su intención de no participar en un aborto. Lo que sugiere que la objeción de conciencia puede ser opuesta en cada caso concreto; que puede ser revocada en cualquier momento, sin preaviso o particulares formalidades y, a la inversa, puede ser también revocada la precedente decisión de participar en una interrupción del embarazo; y que no existe ningún deber de motivar la propia objeción.

Respecto a los sujetos legitimados para oponerla, el silencio de la ley alemana ha proporcionado un amplísimo reconocimiento del derecho a la objeción. No hay duda que bajo el término «cooperar» se incluyen no sólo el personal médico llamado a ejecutar el aborto, sino también todo el personal sanitario, médico o paramédico, que a tal intervención pueda dar su contribución directa o indirecta. Tan ampliamente se ha planteado la doctrina alemana el ámbito de los potenciales objetores de conciencia, que se ha discutido si puede ser invocada por el personal administrativo o incluso por «los técnicos reguladores de la climatización del hospital»⁸¹.

3. *La Ley italiana de 22 de mayo de 1978*

La Ley italiana núm. 194, de 22 de mayo de 1978, es, de todas las europeas, la que regula más detalladamente la objeción de conciencia al aborto. Minuciosidad, por lo demás, que la convierte, paradójicamente, en una de las más restrictivas, si se excluye la sueca o la noruega que no admiten claramente la objeción de conciencia.

⁷⁹ Cfr. HIRSH-WEISSBAUER, *Rechtliche Probleme des Schwangerschaftsabbruch*, Erlangen 1977, pág. 85, cit. por F. STELLA, «La situazione legislativa in merito alla obiezione sanitaria in Europa», en *Medicina e Morale*, 1985, pág. 285.

⁸⁰ STELLA, *op. cit.*, pág. 286.

⁸¹ Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 218 a, VIII, 68, ed. 1982, pág. 1413, cit. por STELLA, *op. cit.*, pág. 289.

Efectivamente, el artículo 9 de la Ley citada regula la materia de que aquí se viene hablando en seis apartados, algunos de los cuales han planteado diversos problemas a los que se aludirá en seguida⁸².

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.»

Dos problemas plantea este párrafo: el de los sujetos que pueden objetar y el de la forma de la declaración preventiva de la misma objeción. A su vez, el primer problema implícitamente plantea el de las personas que están excluidas de la objeción.

Según la doctrina italiana⁸³ las expresiones utilizadas por el artículo 9 abonan la conclusión de que 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). Es decir, el criterio orientativo debe hacer referencia no tanto a la cualificación profesional cuanto a la actividad que en concreto se postula de cada persona en relación a la eficacia causal de las conductas a los fines de la intervención abortiva y con referencia a la conciencia individual.

⁸² «Il personale sanitario ad esercente de attività ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli artt. 5 e 7 ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza quando sollevi obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione. La dichiarazione aell' obiettoe deve essere comunicata al medico provincial e, nel caso di personale dipendente dall'ospedale o dalla casa di cura, anche al direttore sanitario, entro un mese dall'entrata in vigore della presente legge o dal conseguimento dell'abilitazione o dall'assunzione presso un ente tenuto a fornire prestazioni dirette all'interruzione della gravidanza o dalla stipulazione di una convenzione con enti previdenzial che comporti l'esecuzione di tali prestazioni.

L'obiezione può sempre essere revocata o venire proposta anche al di fuori dei termini di cui al precedente comma, ma il tale caso la dichiarazione produce effetto dopo un mese dalla sua presentazione al medico provinciale.

L'obiezione di coscienza esonera al personale sanitario ed esercente la attività ausiliari del compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza, e non dall'assistenza antecedente e conseguente all'intervento.

Gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare l'espletamento delle procedure previste dall'art. 7 e l'effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti secondo le modalità previste dagli artt. 5, 7 e 8. La Regione ne controlla e garantisce l'attuazione anche attraverso la mobilità del personale.

L'obiezione di coscienza non può essere invocata dal personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie quando, data la particolarità delle circostanze, il loro personale intervento è indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo.

L'obiezione di coscienza si intende revocata, con effetto immediato, se chi l'ha sollevata prende parte a procedure o a interventi per l'interruzione della gravidanza previsti dalla presente legge, al di fuori dei casi di cui al comma precedente.»

⁸³ Cfr. C. CASINI-F. CIERI, *La nuove disciplina dell'aborto*, Padova 1978, págs. 161-163.

A su vez, 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, es decir, a aquellas personas que vienen obligadas a asegurar la realización de las interrupciones del embarazo. Pero el problema más delicado es el de los jueces tutelares de menores. En el caso de mujer menor de dieciocho años y en la sometida a interdicción, el juez tutelar, con su autorización, completa el consentimiento de las mismas, que en sí sería insuficiente. De esta forma, el juez tutelar contrario al aborto se encuentra en una situación delicada al tener que autorizar algo que repugna a su propia conciencia⁸⁴.

Respecto a la forma en que ha de plantearse la declaración preventiva, la Ley no prevé que tal declaración —que no *petición*— deba hacerse en forma determinada, de lo que se deduce que es admisible la forma oral. No obstante —y a efectos de prueba—, parece razonable que sea la forma escrita la más usual a través de la que se sustancie la declaración. Declaración —como establece el apartado 1.º del art. 9— que habrá de ser comunicada al médico provincial o, en el caso de personal dependiente de hospital o de casa de salud, también al director sanitario, dentro de un mes desde la entrada en vigor de la Ley de 1978 o a partir del momento de obtener la habilitación o de ser contratado por un hospital autorizado a prestaciones abortivas o de la estipulación de una convención con entes que comporte la ejecución de tales prestaciones.

Por su parte, el párrafo 3.º del artículo 9 añade que «la objeción puede ser siempre revocada o propuesta también fuera de plazo, pero en tal caso la declaración produce efectos solamente después de un mes de su presentación al médico provincial».

En cuanto a los límites de la objeción son detectables dos supuestos. El primero viene previsto en el párrafo 5.º del artículo 9, que prevé la obligación —también para los objetores— de participar en la intervención abortiva cuando tal participación sea necesaria «para salvar la vida de la mujer en inminente peligro». Como ha precisado la doctrina⁸⁵ el problema no reviste particular importancia práctica en cuanto tal supuesto tiene más bien el sabor de hipótesis de escuela, dado que con frecuencia la intervención abortiva puede ser más peligrosa que los medios normales que la medicina permite.

Un segundo límite se contempla en el tercer apartado del propio artículo 9, que establece que la objeción de conciencia exonera al personal sanitario y auxiliar tan sólo de las actividades específicas necesariamente

⁸⁴ Con fecha 24 de septiembre de 1984 el Juez tutelar de Nápoles ha planteado cuestión de inconstitucionalidad respecto a los artículos 9 y 12 de la Ley italiana de 1978 en la medida en que no autoriza a los Jueces tutelares a plantear objeción de conciencia respecto a la facultad de autorizar a la menor a interrumpir el embarazo. Cfr. STELLA, *op. cit.*, pág. 283, nota 4.

⁸⁵ Cfr. CASINI-CIERI, *op. cit.*, pág. 167.

orientadas a la interrupción del embarazo, pero no de la asistencia antecedente y consiguiente a la intervención. Por ello es factible la intervención de un objetor en la fase preliminar del encuentro entre médico y gestante, el subsiguiente coloquio clarificador y eventual tarea disuasoria, aunque con el matiz a que luego se aludirá.

Esta observación conecta con uno de los puntos más discutidos del artículo 9 de la Ley italiana, esto es, la revocación tácita de la objeción. En efecto, el último apartado del artículo 9 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)». Dos problemas plantea esta disposición: el de la intervención del médico en el procedimiento administrativo previo y el de la nueva proposición de la objeción.

Respecto al primer problema, es notoria la anomalía que supone que la participación de un médico objetor en el coloquio previo a la emisión del certificado que habilita el aborto de la mujer traiga como consecuencia la revocación tácita de la objeción. De ahí que se haya planteado⁸⁶ la modificación de la Ley italiana en la línea de restituir al coloquio previo una connotación verdaderamente preventiva desvinculándolo de la posterior fase de emisión del certificado, ahora unidas en el artículo 5 de la Ley italiana.

Incluso la Relación al Congreso del Ministro Degan sobre la aplicación de la Ley italiana de aborto en el año 1983 explícitamente propone «desvincular el momento del coloquio del de la certificación, permitiendo así que en el ámbito de la estructura sanitaria estén presentes operadores sanitarios de orientaciones diversas y, en concreto, admitiendo a los objetores en el momento coloquial»^{86bis}.

En lo que concierne al problema del nuevo planteamiento de la objeción, no obstante su previa revocación, parece que nada se opone a ello, ya que la ley no excluye tal supuesto. La única consecuencia negativa para el objetor, en caso de objeción vuelta a proponer después de su revocación, será la de tener que esperar el plazo de un mes para que la nueva objeción sea operativa⁸⁷.

4. *La legislación de los países nórdicos*

Del conjunto de estos países conviene destacar, antes que nada, el dato de que el único ordenamiento que claramente reconoce la objeción de conciencia al aborto es el de Dinamarca.

⁸⁶ Cfr. LENER, *op. cit.*, pág. 404; STELLA, *op. cit.*, pág. 300.

^{86bis} DEGAN, «Relazione sull'attuazione della legge n. 194/78 rispetto all'anno 1983», en *Il Regno-Documenti*, 15, 1984, pág. 513.

⁸⁷ Cfr. CASINI-CIERI, *op. cit.*, pág. 171.

Efectivamente, la Ley de 13 de junio de 1973, núm. 350, establece dos cláusulas de objeción de conciencia en el artículo 10, apartados 2 y 3⁸⁸. En el apartado 2 se lee: «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.»

Como se ve, la legislación danesa establece un amplio régimen de objeción de conciencia para los facultativos médicos. Por un lado, la negativa a la realización del aborto no está sometida a una especial formalidad ni es necesario aducir motivaciones especiales. Por otro, incluso parece que la objeción de conciencia puede plantearse por el director del centro hospitalario para todos los médicos que forman parte de él. Por lo demás, no hay limitación alguna, tampoco para los abortos de emergencia o aquellos en los que pelagra la vida de la madre.

A su vez, el apartado 3 se refiere a la objeción de conciencia del personal sanitario auxiliar en estos términos: «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». No se entiende bien por qué en el caso de los facultativos no se exige motivación alguna y, sin embargo, en el supuesto de personal auxiliar se exige petición motivada.

La ley sueca vigente, que entró en vigor el 1 de enero de 1975 y que introdujo profundas reformas en la regulación precedente, desconoce la objeción de conciencia. A la pregunta de si el médico y el personal hospitalario en general tienen derecho a abstenerse de participar en un aborto se contestó negativamente en los trabajos preparatorios de la ley, no obstante la violenta controversia. Un médico —según la legislación sueca— solamente puede negarse a la realización de un aborto si tiene dudas fundadas acerca de si, física o psíquicamente, la gestante podrá resistir la intervención.

La única matización a la dureza de la ley es que los directores de los hospitales —que son los que deciden a qué unidad médica se asignará la intervención— *pueden* tener en cuenta las convicciones morales y religiosas del personal hospitalario. Cláusula que en la ley noruega —que si-

⁸⁸ § 10. Svangerskabsafbrydelse må kun foretages af en læge på et statsligt eller kommunalt sygehus eller et dertil knyttet ambulatorium.

Stk. 2. Nægter overlægen på vedkommende sygehus eller sygehusafdeling at foretage indgreb, selv om betingelserne i § 1 eller §2 er opfyldt eller tilladelse til svangerskabsafbrydelse foreligger, skal kvinden henvises til et andet sygehus eller en anden sygehusafdeling, hvor indgrebet kan foretages.

Stk. 3. Sygeplejersker eller sygeplejeelever, for hvem det strider mod deres etiske eller religiøse opfattelse at medvirke til afbrydelse af svangerskab, skal efter anmodning fritages herfor.

que las líneas generales de la sueca— se convierte de potestativa en imperativa, pues se establece que los directores de los hospitales *deberán* tener en cuenta tales convicciones⁸⁹.

5. Otras legislaciones

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 objetor, decisión que ha de ser comunicada a la mujer gestante o a quien en su lugar deba dar el consentimiento para el aborto⁹⁰.

Se prevé, pues, una objeción de conciencia que opera caso a caso sin necesidad de una declaración preventiva general que abarque todos los supuestos.

Por lo que respecta a la legislación sobre aborto del *Reino Unido*, viene recogida en la *Abortion Act* de 1967 (27 de octubre) y las sucesivas modificaciones de 1968 (27 de abril), 1969 (1 de junio), 1976 (1 de marzo) y 1980 (19 de noviembre). La cláusula de conciencia viene contemplada en la Sección 4 del Act de 1967, sin que las posteriores regulaciones la hayan modificado⁹¹.

En dicha Sección (párrafo 1) 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». Y en el párrafo 2 de dicha Sección se matizan los límites del derecho a la objeción de conciencia, pues ésta no podrá

⁸⁹ Cfr. STELLA, *op. cit.*, pág. 295.

⁹⁰ «(1) É assegurado aos médicos e demais profissionais de saúde, relativamente a quaisquer actos respeitantes à interrupção da gravidez voluntária e lícita, o direito à objecção de consciência.

(2) A obecção de consciência é manifesta em documento assinado pelo objector e a sua decisão deve ser imediatamente comunicada à mulher grávida ou a quem no seu lugar pode prestar o consentimento, nos termos do artigo 141.º do Código Penal.»

⁹¹ 4.—(1) Subject to subsection (2) of this section, no person shall be under any duty, whether by contract or by any statutory or other legal requirement, to participate in any treatment authorised by this Act to which he has a conscientious objection:

Provided that in any legal proceedings the burden of proof of conscientious objection shall rest of the person claiming to rely on it.

(2) Nothing in subsection (1) of this section shall affect any duty to participate in treatment which is necessary to save the life or to prevent grave permanent injury to the physical or mental health of a pregnant woman.

(3) In any proceedings before a court in Scotland, a statement on oath by any person to the effect that he has a conscientious objection to participating in any treatment authorised by this Act shall be sufficient evidence for the purpose of discharging the burden of proof imposed upon him by subsection (1) of this section.

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».

Salvo esta limitación, la legislación británica no establece la obligación de plantear declaración preventiva ni establece plazo alguno para presentar la objeción.

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, siendo posible su oposición caso a caso. 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»⁹².

En fin, la Ley de 15 de noviembre de 1978, de *Luxemburgo*, igualmente prevé 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»^{92bis}.

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

1. *Los antecedentes: el Decreto de 26 de diciembre de 1936 de la Generalitat de Catalunya*

Contra lo que pudiera creerse, la primera legislación sobre aborto en España no lleva fecha de 5 de julio de 1985, sino de 25 de diciembre de 1936.

⁹² «4. Geen enkele arts of andere medewerker is verplicht een vrouw een behandeling gericht op het afbreken van zwangerschap te geven, dan wel daaraan medewerking te verlenen. Indien de arts geen medewerking wenst te verlenen, stelt hij de vrouw daarvan onverwijld in kennis.

5. De vrouw die het voornemen heeft tot afbreking van de zwangerschap en zich daartoe tot een arts richt, moet worden bijgestaan. In het bijzonder door het verstrekken van verantwoorde voorlichting over andere oplossingen van haar noodsituatie dan het afbreken van haar zwangerschap.»

^{92bis} «Aucun médecin ne sera tenu... de pratiquer une interruption volontaire de la grossesse, sauf en cas de danger imminent pour la vie de la femme enceinte. De même, aucun auxiliaire médical ne sera tenu de concourir à une telle intervention, sauf en cas de danger imminent pour la vie de la femme enceinte» (artículo 12 de la Ley de 15 de noviembre de 1978 relativa a la información sexual, la prevención del aborto clandestino y la interrupción del embarazo, que deja así redactado el art. 353, 1, del Código penal del Gran Ducado de Luxemburgo).

Efectivamente, en esa fecha, un Decreto de la Presidencia de la Generalitat de Catalunya⁹³ promulgó la primera ley de interrupción del embarazo que, aunque circunscrita a una parte del territorio nacional, implicó la vigencia de una ley de aborto en España.

En dicho Decreto se establecían como motivos justificadores para la práctica del aborto razones de orden «terapéutico, eugenésico o ético», sin ulteriores especificaciones. Y su artículo 6.º preveía la creación de organismos oficialmente autorizados para efectuar «la interrupción artificial del embarazo». Estos organismos, disponía dicho artículo, serían «Dispensarios y salas anexas a los centros sanitarios, hospitalarios y clínicos de Cataluña». Puntualizándose que «en todos aquellos casos en los cuales, sin justificación expresa, no se procediera a la organización de las dependencias mencionadas, se aplicarán las sanciones a que hubiere lugar».

Por su parte, el artículo 7 disponía: «El personal facultativo que integrará los Dispensarios y salas para la interrupción del embarazo, será propuesto a la Consellería de Sanitat por los Consejos directivos de cada institución sanitaria. El estamento personal será seleccionado entre el que actualmente figura en los Dispensarios y salas de obstetricia y ginecología. Este personal no tendrá derecho a ninguna remuneración por estos servicios.»

Para el cumplimiento del Decreto mencionado, y en uso de la facultad que le confería su artículo 14, el Conseller de Sanitat i Assitència Social dictó el 1 de marzo de 1937 una Orden⁹⁴ en cuyo anexo a su única disposición se establecían normas más precisas que las del Decreto «para la interrupción artificial del embarazo», por utilizar la misma terminología de la Orden.

En ella, entre otras, destaca por su radicalidad y contundencia la norma establecida en su artículo 4.º, que textualmente decía: «Todos los médicos de la especialidad toco-ginecológica de Cataluña que residan en poblaciones en las cuales existan uno o más Hospitales Generales, Comarcales o Municipales en los cuales estén organizados estos servicios (los de interrupción del embarazo) *estarán obligados a prestarlos*, según la ordenación y turnos establecidos por esta Consellería de Sanitat i Assitència Social.»

A su vez, el artículo 8 dividía los servicios de interrupción del embarazo en «servicios de exploración» y «servicios de clínica». Los primeros —que se efectuarían en todos los Dispensarios de obstetricia y ginecología correspondientes a instituciones sanitarias dependientes de la Generalitat— tenían como finalidad dictaminar acerca de la conveniencia

⁹³ *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 9, 9 de enero de 1937, páginas 114-115.

⁹⁴ *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 64, 5 de marzo de 1937, páginas 995-996.

o no de la intervención abortiva. En el supuesto primero, el plazo máximo entre la salida de los servicios de exploración y la entrada en los de intervención sería de dos días (art. 18).

Los servicios de intervención, que ejecutarían la interrupción del embarazo, se realizarían exclusivamente en el Hospital Clínico, Hospital General de Cataluña, Hospital Cardenal, Casa de Maternidad de Barcelona, Hospitales Intercomarcales y Comarcales de Cataluña, siempre que poseyeran o pudieran organizar salas o habitaciones exclusivamente dedicadas a estos servicios.

Y, a lo que ahora interesa, conviene recalcar que ninguna disposición de esta Orden u Ordenes posteriores permitía la objeción de conciencia, sobre todo si se tiene en cuenta el carácter imperativo con que venía redactado el ya citado artículo 4. Lo que se confirma en el artículo 9, que exigía que todos los actuales servicios de obstetricia y ginecología de los Hospitales de Barcelona hicieran llegar a la Conselleria de Sanitat i Assistència Social una relación del personal facultativo y auxiliar que atendería los servicios de exploración; estableciendo idéntica obligación, pero referida a los servicios de intervención, para todos los establecimientos que efectuaran servicios clínicos.

Revisando los Diarios de la Generalitat de Catalunya no se encuentra norma alguna que permita deducir la posible admisión de la objeción de conciencia, ya en los servicios de exploración, ya en los de intervención, lo que ciertamente arroja una valoración negativa sobre el respeto de las libertades en el contexto de las de religión o conciencia. Por lo demás —y dado el momento político que vivía España en los años 37— no se dispone de datos fiables sobre la concreta ejecución del Decreto ni sobre los posibles planteamientos de hecho de cuestiones relacionadas con la objeción de conciencia y su desenlace. De ahí que, de *lege data*, habrá que concluir que la primera legislación dictada en territorio español sobre aborto supone una pobre muestra del escaso respeto a la objeción de conciencia.

2. *La Ley de 5 de julio de 1985*

Para entender las bases de una futura regulación de la objeción de conciencia al aborto en España, conviene resumir las distintas fases por las que transitó la aprobación del texto definitivo del artículo 417 bis del Código penal, que despenalizó el 5 de julio de 1985 algunos supuestos de aborto⁹⁵.

Los hitos más importantes de su fase de elaboración son: a) Presentación, el 23 de marzo de 1983, en el Congreso de los Diputados de un Proyecto de Ley Orgánica de Reforma urgente y parcial del Código pe-

⁹⁵ B.O.E. de 12 de julio.

nal⁹⁶. b) Abierto el plazo de enmiendas, se rechazaron todas las presentadas a la totalidad del Proyecto. c) Debate del texto sucesivamente en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados y en el Pleno del mismo Congreso⁹⁸. d) El texto aprobado por el Congreso se remitió al Senado, aprobándose sin modificaciones el 30 de noviembre de 1983⁹⁹.

Este primer 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 intervenga a la embarazada.»

Contra este texto, el Grupo Popular del Congreso presentó el 2 de diciembre de 1983 recurso previo de inconstitucional ante el Tribunal Constitucional. 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 regulación 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 décimosegundo de la presente sentencia»¹⁰⁰.

Tras esta sentencia¹⁰¹, la Presidencia del Congreso de los Diputados

⁹⁶ B.O.C.G., Serie A, 10-3, de 25 de febrero de 1983.

⁹⁷ *Diario de Sesiones del Congreso de Diputados* de 25 de marzo de 1983, núm. 40, páginas 1842 y 1879.

⁹⁸ D.S.C.D. de 7 de septiembre de 1983, núm. 61, págs. 2114-2173; *Ibidem*, núm. 61, de 4 de octubre de 1983, págs. 2885-2898; núm. 62, de 5 de octubre de 1983, páginas 2926-2948; núm. 63, de 6 de octubre de 1983, págs. 2966-2970.

⁹⁹ B.O.C.G. de 17 octubre 1983, núm. 50, 6 de diciembre de 1983.

¹⁰⁰ B.O.E. de 18 de mayo de 1985, núm. 119, Suplemento, pág. 10.

¹⁰¹ Comentarios extensos a la misma, vid. en R. DE ANGEL y M. ZORILLA, «El recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del aborto, la sentencia del Tribunal Constitucional y posterior proceso parlamentario», en el vol. cit. *Ley del aborto*, págs. 11 y sigs.; A. MOLINA MELIÁ, *Estudio jurídico-canónico de la reciente legislación abortista en España*, cit.,

dictó resolución de 23 de abril de 1985 por la que se establecía un procedimiento de enmiendas al nuevo texto del artículo 417 bis del Código penal, remitido al Congreso de los Diputados en cumplimiento del fallo del Tribunal Constitucional. Debatido en el Congreso, se aprobó el 30 de mayo de 1985¹⁰². Remitido al Senado, se aprobó en la Alta Cámara el 25 de junio con una modificación; modificación que fue debatida y aprobada por el Congreso el 5 de julio de 1985, pasando definitivamente a ser Ley con este texto:

«El artículo 417 bis del Código penal queda 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 concurra 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 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 con la Orden Ministerial de 31 de julio de 1985¹⁰³.

páginas 457 y sigs.; L. RUANO, «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1945 sobre despenalización de algunos casos de aborto», en *Ius Canonicum*, 1985, págs. 667-702.

¹⁰² D.S.C. de 30 de mayo de 1985, núm. 213, pág. 9735.

¹⁰³ B.O.E. de 2 de agosto de 1985.

Como se ve, ninguna referencia se hará a la objeción de conciencia, que será aludida solamente en el fundamento jurídico 14 de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional. Antes de analizar esta última conviene dejar constancia de los textos sobre objeción de conciencia que, sin llegar a ser leyes, se incluyeron en Propositiones de Ley anteriores y posteriores a la de 5 de julio de 1985.

3. *Propositiones parlamentarias sobre objeción de conciencia al aborto*

Dos textos se presentaron para su debate al Congreso, sin que llegaran a prosperar.

El primero se 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 1981¹⁰⁴.

En su artículo 6 se leía:

«1. El médico y demás personal facultativo podrá, a título individual, formular reserva de no participación en interrupciones voluntarias del embarazo ante la Delegación de Sanidad u organismo autonómico correspondiente.

Salvo en los supuestos establecidos en el artículo 5, la formulación de la reserva releva de la obligación de asistencia profesional en los procedimientos y actividades dirigidas, específica y necesariamente, a determinar la interrupción del embarazo, pero no de la asistencia anterior y subsiguiente a la intervención.

La formulación de la reserva conlleva la prohibición de practicar esta clase de intervenciones fuera de las instituciones sanitarias públicas.

La reserva se entiende revocada cuando quien la presentó toma parte, fuera de los casos establecidos en el artículo 5, en procedimientos o intervenciones para interrumpir el embarazo realizadas en centros sanitarios públicos.

Los directivos de las instituciones sanitarias públicas habilitarán los medios personales y materiales necesarios para garantizar la prestación del servicio a que se refiere esta Ley.»

Tal propuesta fue reiterada, exactamente en los mismos términos, el 17 de abril de 1985, esta vez presentada por el Grupo Mixto —de su sector comunista— y dentro de su nueva Proposición de Ley sobre «interrupción voluntaria del embarazo»¹⁰⁵.

¹⁰⁴ B.O.C.G., *Congreso de los Diputados*, 14 de julio de 1982, núm. 145-I, págs. 259 y siguientes.

¹⁰⁵ Cfr. L. MARTÍNEZ CALCERRADA, «La objeción de conciencia al aborto», en el vol. cit. *Ley del aborto*, págs. 325-326.

Por su parte, el Grupo Popular del Congreso presentó el 3 de mayo de 1985 una Proposición de Ley sobre objeción de conciencia al aborto¹⁰⁶, cuya Exposición de Motivos y articulado decía así:

«Exposición de Motivos:

La sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, en su fundamento jurídico decimocuarto, establece claramente la posibilidad de que los médicos y demás personal sanitario puedan acogerse al derecho reconocido expresamente en la Constitución Española, de alegar la objeción de conciencia para inhibirse de actuar en cualquier tipo de intervención relativa a la práctica del aborto.

No existiendo en la actualidad una ley general reguladora del derecho de objeción de conciencia, procede, con el mismo carácter de urgencia con que se ha tramitado la despenalización de determinados supuestos, especificar legislativamente este derecho fundamental para que, de forma expresa e indubitada, pueda ser ejercido inmediatamente en tales casos.

En su virtud, el Grupo Parlamentario Popular presenta la siguiente

PROPOSICION DE LEY

Artículo único. El derecho a la objeción de conciencia previsto en la Constitución Española se reconoce expresamente a los médicos y demás personal colaborador en toda su extensión, para que pueda ser alegado por los mismos y, en consecuencia, inhibirse de cualquier tipo de colaboración en los supuestos del aborto que la legislación española establece como despenalizados.

Este derecho podrá ser ejercido en cada caso y de ninguna forma podrá ser exigida declaración alguna al respecto con carácter general ni previo.

El ejercicio de la objeción de conciencia en estos casos no prejuzgará de ninguna forma la promoción o acceso a puestos de trabajo en hospitales o centros públicos y privados, ni podrá fundar ningún tipo de dicriminación directa ni indirecta.»

4. *La objeción de conciencia al aborto en la sentencia del Tribunal Constitucional*

Como es sabido, la consagración del juego de la objeción de conciencia en el ordenamiento español —aunque no por vía legal, sino jurisprudencial—

¹⁰⁶ *Ibidem*, págs. 324-325.

dencial— se produce en un *obiter dictum* de la sentencia de 11 de abril de 1985 del Tribunal Constitucional.

Tal inciso trae su causa en una argumentación contenida en el recurso de inconstitucionalidad presentado contra el Proyecto de Ley de 1983 por el Grupo Popular. En dicho recurso, los motivos de inconstitucionalidad alegados fueron siete. Y en el motivo séptimo, al aludirse a las ambigüedades constitucionales del Proyecto (que, al sentir de los recurrentes, suponían una violación del principio de seguridad jurídica reconocido en el artículo 9, 3, de la Constitución), se mencionaba entre ellos: «El médico autor del aborto se verá obligado a una tarea de calificación jurídica (conurrencia de un estado de necesidad, de un delito de violación) o de calificación médica (dictamen emitido por los médicos especialistas), que implican el ejercicio de funciones públicas o casi judiciales, pero no se prevé que dicho médico o en general el personal sanitario pueda abstenerse de intervenir por razones de objeción de conciencia, que la Constitución admite para el servicio militar (art. 30, 2); con mayor razón debe aplicarse a estos supuestos. Como contempla, por ejemplo, la Ley italiana de 22 de mayo de 1978 (art. 9), y en cualquier caso amparable en el artículo 16 de la Constitución sobre libertad religiosa.»

Refiriéndose a dicha argumentación, el Tribunal Constitucional, en su fundamento jurídico 14, aduce: «Finalmente los recurrentes alegan que el proyecto no contiene previsión alguna sobre las consecuencias que la norma penal origina en otros ámbitos jurídicos, aludiendo en concreto a la objeción de conciencia. Al Tribunal no se le oculta la especial relevancia de estas cuestiones..., pero las mismas son ajenas a la constitucionalidad del proyecto... No obstante, cabe señalar, por lo que se refiere a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercida con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el 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.»

Más adelante —al tratar de las bases para una futura regulación en España— tendremos ocasión de volver sobre esta importante sentencia.

5. *La primera jurisprudencia*

Ya se entiende que la cercanía cronológica de la Ley de 1985 y la inexistencia de una concreta legislación sobre objeción de conciencia al aborto (no obstante el pronunciamiento del Tribunal Constitucional) no favorece demasiado la existencia de una jurisprudencia sobre el tema.

Sin embargo, el auto de 17 de marzo de 1986 (inédito) de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Valladolid

supone un primer hito, naturalmente con todas las limitaciones que implica una decisión judicial dictada en un incidente tramitado como pieza separada en un proceso contencioso-administrativo.

Los antecedentes de hecho son los siguientes. En noviembre de 1985 se efectuaron en el Hospital «Camino de Santiago», de la Seguridad Social, en Ponferrada (León), dos abortos, con los requisitos legales que amparan su no penalización, en el servicio de Toco-Ginecología del mismo. Antes de su realización, ocho enfermeras (A.T.S.) pertenecientes a dicho servicio manifestaron a la dirección del centro su deseo de no intervenir en tales actuaciones, amparándose en razones ideológicas y de conciencia. Ya entonces, la dirección del hospital anunció a dichas enfermeras que serían trasladadas a un servicio distinto.

Ante tal anuncio, las A.T.S. afectadas dirigieron un escrito a la directora del hospital en el que dejaban constancia de su determinación de ejercer, en materia de prácticas abortivas, su legítimo derecho a la objeción de conciencia, derivada de la libertad ideológica, tutelada en la Constitución. Al tiempo manifestaron su deseo de no intervenir en actividades de auxilio y colaboración con el facultativo que llevara a cabo el aborto, si bien anunciaron su deseo de prestar la atención precisa a las enfermas en el estado postoperatorio, una vez efectuado el aborto. Añadiendo, en fin, que con su negativa a esas concretas actividades abortivas no sufría especial disminución la intensidad y dedicación a su trabajo en el servicio mencionado, ya que efectuarían todas las restantes actividades correspondientes al servicio de Toco-Ginecología, las cuales constituían un porcentaje abrumadoramente superior al que pudieran representar algunos supuestos de interrupción del embarazo. Concluyendo su escrito advirtiendo que si se llevaba a cabo el traslado anunciado, tal decisión supondría una violación de la legislación vigente, al discriminar, con clara intención de represalia, a quienes habían simplemente ejercido su derecho constitucional a la objeción de conciencia.

En febrero de 1986, la Dirección de Enfermería del Hospital, comunicó a las A.T.S. objetantes lo que denominó un «cambio de servicio», es decir, un traslado a otros servicios diversos del de Toco-Ginecología.

Ante este traslado, cuatro de las enfermeras interpusieron recurso contencioso-administrativo contra los mencionados actos de la Administración Pública, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.º de la Ley de 26 de diciembre de 1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. En la demanda se invocan los artículos 14 y 16 de la Constitución, el artículo 1, 2, de la Ley 62/1978 citada y el artículo 47, párrafo c), de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958. En resumen, se solicitó que fueran declarados nulos los actos recurridos por conculcar los derechos de libertad religiosa, libertad ideológica y libertad de expresión de las demandantes, por no permitir-

seles objetar en conciencia a los abortos provocados y también por haberse prescindido al decretarlos del procedimiento legalmente establecido. Al tiempo, y por otrosí, se solicitaba la suspensión de la ejecutividad de los actos recurridos.

El auto ya mencionado, que dimana como pieza separada del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, acuerda suspender la ejecución de los actos impugnados a tenor del artículo 7, 4, de la Ley 62/1978, al no haberse demostrado la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general.

Cuando se escribe este trabajo, aún no se ha dictado sentencia en el proceso contencioso-administrativo, aunque es sintomático la suspensión de la ejecutividad de los actos de traslado; suspensión que parece traer su causa en una provisional admisión de los razonamientos jurídicos de las demandantes.

6. *La llamada objeción de legalidad*

Todavía no regulada la objeción de conciencia al aborto, por lo menos en sus desarrollos particularizados, el personal sanitario, y más en concreto los médicos, tiene como posible modo de eludir la realización de abortos lo que ha dado en llamarse «objeción de legalidad».

Se entiende por ella la minuciosa verificación de que en el pretendido supuesto de aborto que se plantea a un facultativo concurren todos los requisitos que la Ley Orgánica de 5 de julio de 1985 y la O.M. de 31 de julio de 1985 exigen para poder estimarlo «legal». Y en este punto conviene recordar que si no concurrieran todos los requisitos legales el aborto sería delictuoso y, por tanto, el médico puede negarse a su realización así como que lo realice personal bajo sus órdenes¹⁰⁷.

Limitándonos a los requisitos legales más de nota en la vigente legislación, y que el facultativo debe exigir, serían éstos los siguientes:

a) Requisitos generales, que deben cumplirse en todo supuesto de aborto despenalizado. Entre ellos destaca el que sólo puede practicarse en un centro acreditado, entendiéndose por tal aquel que cuenta, al menos, con los siguientes medios: médico especializado en Obstetricia y Ginecología así como personal de enfermería y auxiliares sanitarios suficientes; locales, instalaciones y material sanitario adecuado; las unidades correspondientes de laboratorio de análisis, anestesia y reanimación y banco o depósito de sangre; unidades e instalaciones de enfermería y hospitalización, así como las de servicio social en el propio centro o en otro de referencia.

¹⁰⁷ Sobre este punto, vid. «Objeción de legalidad al aborto», en A.D.E.P.S., Madrid 1986.

Junto a este requisito convienen reseñar otros dos: el consentimiento expreso de la embarazada y la suficiente información de la misma. Respecto al consentimiento expreso, éste debe constar en documento firmado por la interesada, con expresión de sus circunstancias personales y de su deseo de someterse al aborto. Si la embarazada tiene uso de razón, ella y nadie más puede prestar el consentimiento, y esto aunque sea menor. Si padeciere enfermedad que la privara o disminuyera en sus facultades mentales, el consentimiento habrá de prestarse, además, por su representante legal, quien deberá acreditar que ha puesto esta decisión en conocimiento del Ministerio Fiscal, mediante exhibición del correspondiente escrito sellado por la Fiscalía de la provincia¹⁰⁸. Sólo puede prescindirse del consentimiento expreso en caso de urgencia por riesgo vital para la gestante.

En lo que concierne a la suficiente información de la mujer, ésta deberá ser informada «sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo»¹⁰⁹. En consecuencia, debe exigirse por el facultativo presentación de un certificado, librado por la Comisión de Evaluación existente en cada centro acreditando de que tal información ha sido prestada a la gestante.

b) Requisitos particulares exigidos en cada supuesto de aborto:

1. *Aborto terapéutico*. Debe exigirse dictamen emitido por un médico de la especialidad correspondiente, en que conste que el aborto es necesario para evitar un peligro grave para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada. Tal especialista ha de ser distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practicará el aborto.

2. *El llamado aborto «ético»*. Ha de exigirse dictamen de un ginecólogo en que conste que el embarazo se halla en sus primeras doce semanas. Igualmente se exigirá testimonio judicial, firmado por el Secretario del Juzgado con el visto bueno del Juez, en que conste la denuncia de la violación, lugar y fecha de ésta. Es claro que habrá que prestar atención especial a las fechas de la supuesta violación y denuncia, para confirmar la posibilidad real del embarazo como consecuencia de la violación y el cumplimiento del plazo de las doce semanas.

3. *Aborto eugenésico*. Habrá de presentarse dictamen del ginecólogo en que conste que el embarazo no ha rebasado las veintidós primeras semanas. Igualmente ha de exigirse el dictamen firmado por dos especialistas en que conste su presunción de que el feto nacerá con graves taras físicas o psíquicas. Todavía deberá exigirse un tercer certificado expedido por la Dirección del centro o establecimiento al que pertenezcan los dos

¹⁰⁸ Cfr. artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, aplicable por analogía.

¹⁰⁹ Cfr. O.M. de 31 de julio de 1985, Disposición final primera.

especialistas del dictamen anterior, acreditativo de que centro o establecimiento en cuestión cuenta con los medios y métodos de diagnóstico especificados para cada caso en el artículo 2, número 1, letras a), b), c), d) y e) de la O.M. de 31 de julio de 1985¹¹⁰.

Es claro que si el médico tiene dudas fundadas de que los antedichos requisitos —los generales y los específicos para cada aborto— concurren en el caso de aborto a él solicitado, deberá negarse a realizarlo o permitir que sus subordinados lo realicen, alegando incumplimiento de ley, que convertiría el aborto pretendido en un delito.

En fin, para corroborar su postura de «objeción legal» —y si se insistiera en que efectivamente procediera a la realización de la interrupción del embarazo— puede invitar a los solicitantes a presentar toda la documentación del caso en el Juzgado y a recabar autorización expresa del Juez.

Agotadas todas las posibilidades que permiten la objeción legal, sólo le quedará ejercer su derecho, reconocido en la Constitución y por el Tribunal Constitucional, de objetar en conciencia a la realización del aborto requerido.

7. Bases para una futura regulación sobre objeción de conciencia al aborto en España

A la hora de proponer unas bases de actuación para el Poder legislativo, se precisa, antes que nada, aclarar una cuestión previa. Me refiero a la conveniencia o no de regular específicamente esta forma de objeción.

Podría aducirse que el fundamento jurídico 14 de la sentencia del Tribunal Constitucional 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, tal apreciación desconocería que la posible casuística en tal materia —apuntada en los supuestos contemplados por la jurisprudencia estadounidense— es de tal complejidad y variedad que exige una cierta normativa que marque a la jurisprudencia los cauces mínimos de modalidades del derecho en ejercicio. Tal vez por ello, el propio Tribunal Constitucional, al enjuiciar la inexistencia de su regulación en el Proyecto de Ley recurrido en su momento, hizo notar que «no se le oculta la especial relevancia de estas cuestiones» (entre ellas, la objeción de conciencia), añadiendo que «su regulación puede revestir singular interés».

¹¹⁰ Para el diagnóstico de malformaciones deberán disponer de las técnicas de ecografía o similares; para el diagnóstico de enfermedades metabólicas deberán existir las técnicas bioquímicas apropiadas a cada caso; para el diagnóstico de alteraciones cromosómicas deberán contar con las técnicas de citogenética; para el diagnóstico de posibles malformaciones de origen infeccioso deberán disponer de las técnicas analíticas precisas para cada caso.

A esta inicial conveniencia se añade la experiencia del Derecho comparado. Efectivamente —como se ha visto— tanto en la órbita de los sistemas anglosajones (dotados de un sistema judicial especialmente facultado para sentar precedentes y dotado de especial protagonismo en la tarea de suplir las lagunas legales) como en los continentales (que tienden a limitar en aras de la seguridad jurídica los poderes normativos de la misma) se aprecia una idéntica coincidencia en su regulación positivo-legal; regulación que suele insertarse en la propia normativa sobre aborto o, al menos, en una legislación paralela muy cercana en el tiempo. Quizás para recalcar que toda despenalización del aborto lleva inseparablemente unida la admisión de un correlativo derecho a su objeción de conciencia.

Esto firme, conviene recalcar lo ya aludido al referirme a la fundamentación general del derecho, es decir, su doble engarce constitucional. Por un lado —moviéndonos dentro del marco constitucional español—, no cabe desconocer en su regulación, como el propio Tribunal Constitucional ha hecho notar, que «la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16, 1, de la Constitución»¹¹¹. Por otro, 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. Por decirlo con palabras de la sentencia de abril de 1985, la vida del *nasciturus* «es un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional»¹¹², pues «la vida del *nasciturus*... es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra Constitución»¹¹³.

Esta duplicidad de inserciones de la objeción de conciencia al aborto —en sí misma y respecto al objeto en que recae— en nuestro ordenamiento constitucional postula que la regulación que de ella se haga en el Derecho español asegure el mayor grado e intensidad de protección a los objetores, precisamente porque sus «escrúpulos de conciencia» se orientan en la misma línea de protección que asegura a la vida la Constitución española. Sin que a ello se pueda objetar que, como el grado de protección del *nasciturus* (siempre al sentir del Tribunal Constitucional español) no llega a la cualificación de «titularidad de un derecho fundamental»¹¹⁴, la objeción de conciencia no exige un alto nivel de protección. Una cosa es que, al sentir del Tribunal Constitucional, la vida intrauterina sea susceptible de matizaciones en su protección y otra que a la renuncia por parte de la ley de sancionar el aborto en algunos supuestos corresponda la exis-

¹¹¹ Fundamento jurídico 14.

¹¹² Fundamento jurídico 9.

¹¹³ Fundamento jurídico 7.

¹¹⁴ Fundamento jurídico 5.

tencia de un derecho absoluto a interrumpir su embarazo que la mujer pueda exigir frente a un determinado facultativo o un concreto ente hospitalario. Si así fuera —ya se vio al analizar el Derecho alemán— el espacio de autonomía reconocido a la gestante se traduciría en una paralela restricción de autonomía del personal médico, es decir, de sujetos cuya libertad de conciencia aparece reconocida por una doble vía en el ordenamiento constitucional.

Por lo demás, conviene añadir que, en mi opinión, la regulación ordinaria de ese derecho fundamental que analizamos no puede ser tan minuciosa que sofoque, de algún modo, su eventual ejercicio. De ahí que me parezca más adecuada la amplia regulación alemana u holandesa que la italiana. Y ello 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 que lo ha hecho la jurisprudencia norteamericana.

Así las cosas, la futura regulación debería afrontar los siguientes extremos:

a) *Sujetos*. En este punto conviene precisar que los objetores pueden ser tanto personas físicas como entes institucionales. Es decir, tanto toda persona (médico o personal paramédico o auxiliar) como cualquier institución hospitalaria privada y, en su caso, pública que expresamente establezca en sus estatutos la restricción de utilización de sus instalaciones para prácticas abortivas.

b) *Actividades susceptibles de objeción*. Entre ellas habría que incluir tanto la participación directa como indirecta en la interrupción del embarazo, incluida la atención clínica antecedente o subsiguiente. El médico objetor —sin que por ello decaiga su derecho— debe participar en las actividades antecedentes orientadas a prestar información a las gestantes acerca de las soluciones alternativas al aborto. Naturalmente, el radio de acción de la objeción abarca igualmente la emisión de certificados que habiliten a la gestante a someterse a una interrupción del embarazo.

c) *Forma de la declaración*. Ningún facultativo o personal paramédico o auxiliar vendrá obligado a hacer una declaración preventiva general de su intención de no participar en procedimientos de interrupción del embarazo. Siguiendo a la mayoría de las legislaciones, su negativa podrá plantearla caso a caso. Lo cual supone la no exigibilidad de plazos para la aposición de la objeción, salvo el eventual de comunicar a la gestante en la primera visita su objeción al aborto solicitado.

d) *Límites*. Como se ha visto, la mayoría de las legislaciones no establecen cláusula de emergencia sobre abortos terapéuticos, tal vez por ser ya este supuesto una hipótesis de escuela. De ahí que no parezca nece-

sario insertar dicha cláusula en la futura legislación española, entre otras razones, por la dificultad de precisar en términos médicos cuándo un aborto es necesario para salvaguardar la vida de la madre.

e) *Discriminación.* Conviene añadir una cláusula expresa que prohíba la discriminación de los objetores en materia laboral, ascensos, traslados, etc.