Consideraciones relativas al derecho a la objeción de conciencia en el ámbito sanitario

Diciembre 2009

Consejo General de Enfermería

El presente documento, relacionado con el ejercicio del "**Derecho a la Objeción de Conciencia en el ámbito sanitario**", encuentra su origen en el debate abierto por las declaraciones efectuadas por el Ministro de Justicia, mediante las que, en síntesis, se rechazaba la creación de un registro de médicos y sanitarios que quieran objetar a la futura Ley del Aborto por motivos éticos o morales, por entender que "no cabe la objeción de conciencia en relación con este asunto porque conllevaría un acto de "desobediencia civil", añadiendo que "en nuestro país no hay más objeción de conciencia que aquélla que está expresamente establecida en la Constitución o por el legislador en las Cortes Generales".

CONSIDERACIOES PREVIAS

En síntesis, puede definirse la "Objeción de conciencia", como **la negativa de una persona a realizar ciertos actos o a participar en determinadas actividades** ordenadas por la Ley o una autoridad competente, **en base a sus principios o convicciones morales**. En definitiva, el objetor no persigue el cambio o derogación de la norma, sino que se le exima de su cumplimiento por razones de conciencia.

En el ámbito sanitario las convicciones religiosas, ideológicas o científicas, pueden causar situaciones de incompatibilidad con el tratamiento o la asistencia a aplicar, dando lugar a conflictos que en ocasiones colocan a los actores en situaciones de incumplimiento de la norma por razones de conciencia, en relación con el aborto, las transfusiones sanguíneas a los testigos de Jehová o, como ha sucedido más recientemente, a la práctica de determinadas pruebas a mujeres embarazadas que dan lugar al llamado "consejo genético ", y que pueden originar que la mujer embarazada decida abortar, además de los problemas surgidos como consecuencia de la decisión gubernamental de facilitar la "píldora poscoital" en centros de atención primaria.

La Constitución Española, únicamente se refiere de manera expresa a la objeción de conciencia en sus artículos 30.2) y 53.2), en ambos casos en relación con la objeción de conciencia respecto del deber de prestar el servicio militar, regulado por la Ley 22/1998, de 6 de julio y su Reglamento aprobado por Real Decreto 700/1999, de 30 de abril, y en el artículo 20.I.d) respecto de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información, desarrollado por la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio. Tras la supresión del servicio militar obligatorio, dentro del ordenamiento jurídico español únicamente cuenta con regulación específica, por el momento, la cláusula de conciencia de los profesionales de la información.

Fuente del Rey, 2. (Esquina Ctra. de Castilla) 28023 Madrid. Tel.: 91 334 55 20 Fax: 91 334 55 03

Fuera de dichos ámbitos, la objeción de conciencia no tiene un reconocimiento constitucional expreso, ni cuenta con regulación normativa específica dentro del Derecho español por lo que constituye aún en la actualidad, su "asignatura pendiente", y ello precisamente porque, sin negar que pueda existir fuera del caso recogido en el artículo 30.2 de la Constitución y del derecho reconocido para el personal sanitario por el Tribunal Constitucional, en su conocida sentencia de 11 de abril de 1985 en relación con el aborto, en la que establecía expresamente que: "Por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación, **la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa** reconocido en el art. 16.1 C.E y, como este Tribunal ha indicado en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales".

La sentencia de 1985 constituye el basamento de la objeción de conciencia en España, de tal suerte que todas las objeciones de conciencia planteadas hasta el momento en nuestro país lo han sido tomando como base la doctrina contenida en la misma, que ya se ha aplicado al caso del aborto y a otros supuestos no regulados explícitamente pues como también el propio Tribunal Constitucional ha reiterado, la objeción de conciencia es un verdadero derecho constitucional, esté o no regulado en leyes positivas.

En todo caso y sin perjuicio de lo anterior debe añadirse que la doctrina de nuestro Alto Tribunal sufre un cambio brusco con las sentencias 160/1987 y 161/1987, ambas de 27 de octubre, que vienen a corregir la posición de la sentencia 53/1985. La sentencia 160/1987 rechaza que la objeción forme parte de la libertad ideológica y religiosa del artículo 16.1, de la Constitución, y la sentencia 161/1987, aún es más rotunda al señalar que la objeción de conciencia supone, en efecto, una concreción de la libertad ideológica, pero de ello no puede deducirse que estemos ante una pura y simple aplicación de dicha libertad, añadiendo que "la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales, por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea de Estado».

Parece evidente que con estas nuevas sentencias, el Tribunal Constitucional ha querido cerrar toda posibilidad de concebir la objeción de conciencia como un derecho general derivado de la libertad ideológica, religiosa o de conciencia. De tal suerte que, hoy por hoy, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no la ha admitido en ningún otro

supuesto,-salvo en el caso de los farmacéuticos-, al dirimir conflictos surgidos entre el derecho a la libertad de conciencia, reconocido en el artículo 16.1) de la Constitución, y un mandato legal que impone un deber contrario a aquél.

No obstante, a los efectos finales que nos interesan y en lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia por parte de los profesionales sanitarios, recordar que el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 11 de mayo de 2009, reiterando lo ya declarado en las anteriores de fecha 11 de Febrero de 2009 (recursos de casación 905, 948, 949 Y JOB de 2008, dictadas en relación con la implantación de la asignatura de Educación para la Ciudadanía), tras establecer la preeminencia absoluta del artículo 9.1 de la Constitución para no admitir excepciones a la objeción de conciencia expresa:

"Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Y en su fundamento jurídico octavo señala: "es importante aclarar que esta Sala no excluye de raíz que, en circunstancias verdaderamente excepcionales, no pueda entenderse que de la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido. Pero esas circunstancias verdaderamente excepcionales no han quedado acreditadas en el presente caso: aquí no cabe advertir un conflicto semejante al que se produce en los casos en que la Constitución -o el Tribunal Constitucional al interpretarla-han reconocido el derecho a objetar. En efecto, tanto cuando se trata del servicio militar obligatorio, como de la intervención en el aborto en los supuestos despenalizados, se percibe con absoluta nitidez la contraposición radical entre la conciencia de quienes pretenden ser eximidos de su cumplimiento y unos deberes jurídicos bien precisos.. ."

En su más reciente sentencia de 5 de junio de 2009, dictada también en relación con la objeción a la asignatura de educación para la ciudadanía, el Tribunal Supremo señala,

"Es indiscutible que la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, relativa a la despenalización del aborto en ciertas circunstancias, afirma que **el personal sanitario puede oponer razones de conciencia para abstenerse de participar en intervenciones dirigidas a la interrupción del embarazo**..."

Por tanto, **resulta incuestionable que la Sala de forma reiterada y sin excepción, sí reconoce la objeción de conciencia por parte del personal sanitario en el supuesto del aborto** porque le parece verdaderamente claro y excepcional, mientras que lo niega respecto al adoctrinamiento en la Educación para la Ciudadanía porque no le parece ni claro ni verdaderamente excepcional.

EL ABORTO NO PUNIBLE

Su regulación en el Código Penal:

Como cuestión previa es preciso recordar que, **con carácter general, en la actualidad el aborto continúa siendo ilegal en España.** El artículo 417. bis del Código Penal, incorporado por la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, que mantiene su vigencia tras la promulgación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el nuevo Código Penal, únicamente reconoce el aborto no punible, en los siguientes supuestos:

"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:

• **Que sea necesario para evitar un grave peligro para 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 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.

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

• **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 del 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 aún 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. "

El Tribunal Constitucional en su citada sentencia de 11 de abril de 1985, (fundamento jurídico 7°), señalaba que, **"La vida del nasciturus es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestro Norma Fundamental**...Esta protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado, con carácter general, dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía. las normas penales. Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aún debe estar sujeta a limitaciones... "

2.2. Aborto no punible. Negativa a practicarlo

Resulta evidente que, al producirse la despenalización del aborto en los supuestos a que se refiere el artículo 417. bis) del Código Penal, se viene a delimitar también el ámbito concreto de protección penal del nasciturus que queda así excluido en tales casos como consecuencia de la protección de derechos constitucionales de la mujer y de las circunstancias que concurren en determinadas situaciones. Ello no obstante, cuando alguno de los requisitos generales o particulares mencionados no concurran, o se tengan fundadas dudas acerca de su concurrencia, **el personal sanitario en general y el médico en particular, podrá ejercer lo que se denomina "objeción de legalidad ", alegando el incumplimiento de la ley, lo que convertiría el aborto en ilegal**.

El problema puede plantearse cuando se cumplen todos los requisitos mencionados puesto que, aunque en tales casos la práctica del aborto está despenalizada, el personal sanitario puede negarse por motivos de conciencia a practicarlos. **Aparece así la objeción de conciencia al aborto que se manifiesta como una actitud abstencionista planteada por el personal sanitario cuando, por razones de su profesión, son requeridos para ejecutar o colaborar en la interrupción voluntaria de un embarazo, abstención motivada en la convicción de que tal colaboración constituye una grave infracción de la ley moral, de las normas deontológicas o de la propia religión**.

Como se ha dicho en otro momento, en el ordenamiento jurídico español la objeción de conciencia no prevé una regulación específica, lo que ha conducido a una situación controvertida por afectar contradictoriamente distintos derechos positivos. Si, en el caso del personal sanitario, el ejercicio de la libertad de conciencia se traduce en su derecho a poder objetar su participación en un determinado acto sanitario, -en este

caso, el aborto no punible-, frente a ello nos encontramos con el derecho de la mujer a recibir una asistencia sanitaria legalmente establecida, -el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos contemplados en la ley.

Pues bien, en la medida en que la mujer puede abortar en estos supuestos, **el Estado deberá prever que los hospitales dispongan de los servicios para que ningún aborto voluntario y no punible quede sin realizar, momento en que entra en juego la actitud del personal sanitario que, aunque no exista una ley concreta que le obligue a practicar abortos, puede negarse a prestar la asistencia que constituye la realización del acto material de la interrupción voluntaria del embarazo, pero está obligado, en términos generales, a prestar asistencia sanitaria a sus pacientes**. Y es que la objeción de conciencia al aborto se plantea siempre de modo indirecto puesto que, en definitiva, lo que el personal sanitario objeta no es la Ley que permite el aborto, sino los estatutos, reglamentos y demás normativa que rige su actividad profesional, en la medida en que de su aplicación se derive una obligación de realizar o cooperar en la realización de abortos legales.

Por todo ello, **parece obligado llegar a cohonestar el derecho fundamental del personal sanitario a cumplir los dictados de su conciencia, con el derecho reconocido a la mujer para interrumpir voluntariamente su embarazo** en los supuestos tasados por la ley; una obligación que podría cumplirse con la aplicación puntual de lo previsto en el artículo 8 del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, en cuyas virtud, "En el ámbito de cada Comunidad Autónoma, la autoridad sanitaria competente garantizar á que en sus dependencias públicas y centros sanitarios esté disponible y actualizada una relación de centros y establecimientos públicos o privados acreditados para la práctica del aborto ".

FALTA DE REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA ANTE EL ABORTO

Derecho Comparado:

En congruencia con lo previsto en los correspondientes Códigos Deontológicos de las respectivas profesiones sanitarias, las leyes despenalizadoras del aborto vigentes en la mayoría de los países occidentales, han incluido en su articulado previsiones relativas al reconocimiento del derecho del personal sanitario a objetar su realización. Así, **en el Derecho europeo, salvo excepciones, todas las legislaciones contienen disposiciones reguladoras del derecho de objeción de conciencia.**

Refiriéndonos a nuestro entorno más próximo, decir que, en Francia, su Ley de 17 de enero de 1975, determina que "ningún médico o auxiliar sanitario está obligado a cooperar o ejecutar un aborto". Por su parte, la legislación alemana de reforma del Código Penal de 18 de mayo de 1976, establece que "nadie puede ser obligado a cooperar en una interrupción de embarazo". La Ley holandesa de I de noviembre de 1984, señala que "ningún personal del servicio sanitario puede ser discriminado por su negativa a la realización de prácticas abortivas", Por último, en Italia, su Ley de 22 de mayo de 1978, hace notar que "el personal sanitario y el que ejerce actividades auxiliares no vendrá obligado a las intervenciones para la interrupción del embarazo cuando planteen objeción de conciencia con declaración preventiva", declaración preventiva que tiene efectos inmediatos y que ha de realizarse en el plazo de un mes desde la habilitación profesional y desde la incorporación a un centro en el que se exija al personal médico o sanitario la práctica del aborto.

Trasladándonos al ámbito de la moral religiosa, es sobradamente conocida la posición de la Iglesia Católica sobre el aborto. Por su parte, el Derecho Judío, partiendo del valor sagrado de todas las formas de vida humana, rechaza el aborto eugenésico y el ético, no habiendo unanimidad sobre la interrupción del embarazo por razones terapéuticas. Las confesiones islámicas son mucho más estrictas al respecto en coherencia con el Corán que en varios pasajes se refiere a la vida humana como procedente directamente de Dios. Menor unanimidad existe sobre el aborto en las iglesias protestantes, sin perjuicio de que, con carácter casi general, defiendan el derecho de los profesionales sanitarios a la objeción de conciencia.

Por el contrario, como se ha dicho en otro momento, **España constituye una excepción por lo que se refiere a las leyes reguladoras del derecho a la objeción de conciencia en relación con el aborto. En efecto, este derecho ni está explícitamente consagrado ni regulado en la Constitución, ni previsto legalmente en nuestro ordenamiento jurídico**. Ni la Ley Despenalizadora del Aborto de 1985, ni la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ni el Código Penal de 1995, ni la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, ni tampoco la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarías, incluyen entre sus preceptos una cláusula de conciencia.

Por ello, resulta llamativo que la orden de 31 de julio de 1985, del Ministerio de Sanidad y Consumo, y el Real Decreto 2409/1985, de 21 de noviembre, sobre Centros sanitarios acreditados y Dictámenes Preceptivos para la Práctica Legal de la interrupción voluntaria del embarazo, sí prevea la posibilidad de que el personal sanitario pueda negarse a practicar abortos voluntarios cuando no concurran todos los supuestos legalmente establecidos, pero, contradictoriamente, no establezca previsión

alguna sobre la posibilidad de que el personal sanitario pueda ejercer la objeción de conciencia cuando sí concurran tales presupuestos.

En cualquier caso, es oportuno volver a la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, que en su artículo 4.5) establece que: **"Los profesionales tendrán como guía de su actuación el servicio a la sociedad, el interés y salud del ciudadano a quien se le presta el servicio, y el cumplimiento riguroso de las obligaciones deontológicas, determinadas por las propios profesiones conforme a la legislación vigente, y de los criterios de normopraxis o, en su caso, los usos generales propios de su profesión".**

Aunque se trate de un texto que carece de naturaleza de norma jurídica, señalar que a este tipo de objeción de conciencia se refiere el Código de Ética y Deontología de la Organización Médica Colegial de España, cuyo artículo 26, señala que "El médico tiene el derecho a negarse por razones de conciencia a aconsejar alguno de los métodos de regulación y de asistencia a la reproducción, a practicar la esterilización o a interrumpir embarazo. Informará sin demora de su abstención y ofrecerá, en su caso, el tratamiento oportuno al problema por el que se le consultó.

El médico podrá comunicar al Colegio de Médicos su condición de objetor de conciencia a los efectos que considere procedentes, especialmente si dicha condición le produce conflictos de tipo administrativo o en su ejercicio profesional. El Colegio le prestará el asesoramiento y la ayuda necesaria.

En términos similares se manifiesta el artículo 22 del Código Deontológico de la Organización Colegial de Enfermería, -también sin naturaleza de norma jurídica- aprobado por Resoluciones núms., 32/89 y 2/98:

"De conformidad con el artículo 16.1 de la Constitución Española, **la enfermera/o tiene, en el ejercicio de su profesión, el derecho a la objeción de conciencia que deberá ser debidamente explicitado ante cada caso concreto. El Consejo General y los Colegios velarán para que ninguna/o enfermera/o pueda sufrir discriminación o perjuicio a causa del uso de ese derecho** ".

E, igualmente, lo hace el **Código Ético y Deontológico de la Enfermería europea** en su apartado relativo a los conflictos con creencias morales y éticas:

"En caso de conflicto causado por profundas creencias morales, éticas o de otra índole derivado de una solicitud de servicios de enfermería, se alienta a las enfermeras/os a que encuentren una solución a través del diálogo con las partes en

cuestión, como por ejemplo el paciente, el empleador, el órgano regulador o la organización profesional.

- En caso de que una enfermera/o no logre encontrar una solución al caso anterior o si desea plantear una objeción de conciencia, debe hacer referencia al marco legal vigente en el país en el que esté ejerciendo y utilizarlo como guía.

- En una situación de emergencia o en la que haya un riesgo inminente para la vida del paciente, las enfermeras/os deben proporcionarle cuidados independientemente de que haya algún conflicto con sus creencias morales o éticas.

La Doctrina Constitucional

La doctrina sentada por la Sentencia de 11 de abril de 1985, del Tribunal Constitucional, citada, que en aras de la brevedad informativa damos por reproducida, que conceptúa. la objeción de conciencia al aborto como un derecho fundamental, ha sido posteriormente reiterada por el Tribunal Supremo en sentencias, entre otras no menos conocidas, de 16 y 23 de enero de 1998, al resolver los recursos interpuestos contra el Real Decreto 2409íl986, de 21 de noviembre, sobre Centros Sanitarios Acreditados y Dictámenes Preceptivos para la Práctica Legal de Interrupción Voluntaria del Embarazo, por considerar que dicha norma no respeta expresamente: la cláusula de conciencia del personal de enfermería, médico y de asistencia social para la práctica de abortos.

En concordancia con dicha doctrina, la Sentencia de 16 de enero de 1998, el Tribunal Supremo, al referirse a la cláusula de conciencia, señala que "...su existencia y ejercicio no resulta condicionado por el/techo de que se haya dictado o no tal regulación, sino que al formar parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución española, resulta directamente aplicable".

Por su parte, en su Sentencia de 23 de enero de 1998, el Tribunal Supremo establece "...ni en el artículo 1.1.1 ni ningún otro del Reglamento se impone una obligación legal de practicar determinados abortos no punibles al personal de enfermería (tampoco al médico o de asistencia social), respecto de la cual pudiera siquiera plantearse la posibilidad de esgrimir una exención a su cumplimiento por razón de las propias

convicciones religiosas, éticas, morales o filosóficas, en las que se traduce la objeción de conciencia. Pero además, en todo caso, tal exención consistiría, como ha señalado el TC S5311985 (FJ 14) y esta misma Sala (I'S. S. 16 enero 1998), una indudable facultad de enfermeros y médicos que formaría parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art.16.1 C.E., directamente aplicable, por tanto, cuya existencia y ejercicio no está condicionado por la regulación del Real Decreto, por otra parte de imposible utilización, por su naturaleza reglamentaria, para una auténtica regulación o desarrollo de tal derecho (art. 81 C.E)".

La objeción de conciencia al aborto, por tanto, debe considerarse, por una parte, como un derecho reconocido explícita o implícitamente en el ordenamiento constitucional español del que, por consiguiente, puede hacer uso el personal sanitario que por sus creencias y convicciones morales, sociales o culturales se oponga a prestar su colaboración en una interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos declarados no punibles legalmente. Por otro lado, se trata de un derecho que como fundamental, a tenor de lo establecido en el artículo 53.1) de la Constitución Española, **vincula a todos los poderes públicos, de tal suerte que éstos no sólo vienen obligados a respetarlo en todo su contenido, sin merma o menoscabo, sino también a adoptar cuantas medidas positivas resulten necesarias para garantizar su efectividad, lo que hace que los Códigos Deontológicos de las profesiones sanitarias, aunque no tengan la naturaleza de normas jurídicas, tengan plena efectividad al contar con respaldo constitucional al afectar sus declaraciones a derechos fundamentales**.

Debe añadirse que, **aún en el supuesto de que el personal sanitario suscribiese un contrato o aceptase una relación funcionarial o estatutaria asumiendo la hipotética obligación de practicar abortos legales, en el supuesto de que se planteara la objeción de conciencia como sobrevenida, deberá prevalecer el derecho del objetor al tratarse de un derecho fundamental que, como tal, goza de una protección constitucional reforzada**.

EJERCICIO DEL DERECHO A LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

¿Quiénes pueden ejercerlo?

Dada la pluralidad de las personas que por su profesión intervienen en el proceso de interrupción de un embarazo, la primera cuestión a dilucidar se refiere a quien o quienes pueden ejercer el derecho de objeción de conciencia al aborto, habida cuenta por otra parte que el Tribunal Constitucional en su Sentencia de II de abril de 1985, citada, no concretó nada sobre el particular, salvo a través del voto particular emitido

por dos Magistrados en relación con la misma, manifestando que "la cláusula de conciencia es un derecho constitucional solamente del médico y demás personal sanitario al que se pretenda que actúe de una manera directa en 1a realización del acto abortivo ".

De acuerdo con tal planteamiento, **el derecho a la objeción de conciencia al aborto únicamente corresponderá al personal sanitario (médicos, enfermeras o matronas) que de una forma u otra, intervienen directamente en la realización del mismo sin que, en principio, proceda reconocer este derecho al resto del personal, celador, mantenimiento, auxiliares de cocina, administración, etc., que tienen una participación meramente indirecta.**

En su momento, el Ministerio de Sanidad y Consumo dictó instrucciones a sus Centros, establecimientos y servicios sanitarios en relación con el ejercicio de este derecho por médicos, enfermeras y matronas, exigiendo de éstos una declaración formal e inmediata ante la Dirección del Centro de destino de la imposibilidad de participar en abortos por motivos de conciencia con el fin de que la embaraza pudiera acudir a otro facultativo o centro sanitario antes de cumplirse los plazos correspondientes, pues como manifestó el Tribunal Superior de Justicia de Baleares en su sentencia de 13 de febrero de 1998, "al centro sanitario le incumbe la responsabilidad de procurar los medios humanos necesarios para que el servicio se preste, lo que nunca puede hacer empero a costa de sacrificar derechos fundamentales que la Constitución garantiza".

En lo que se refiere a la negativa a la participación indirecta en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo de personal no sanitario (aunque en España y hasta dónde conocemos, no parece haberse planteado la cuestión salvo en el supuesto a que más adelante se hará referencia), el Derecho comparado parece contradictorio.

En 1989, la jurisprudencia inglesa estableció que la cláusula de conciencia no podía extenderse al personal de administración de una clínica. En Francia, determinados farmacéuticos alegaron objeción de conciencia a la dispensa de la píldora abortiva, pero el ordenamiento jurídico francés que atribuye en exclusividad a los farmacéuticos la capacidad para dispensar productos abortivos bajo prescripción facultativa, sólo reconoce la cláusula de conciencia a la hora de practicar abortos a los médicos, enfermeros y personal auxiliar, no incluyendo a los farmacéuticos.

En Italia, un grupo de jueces planteó la posible inconstitucionalidad de la ley de aborto italiana, al no prever la posibilidad de que los jueces se abstengan de decidir, por motivos de conciencia, en los casos en que deben sustituir con su consentimiento la

petición de interrupción del embarazo solicitada por las menores de edad. Mediante sentencia de 25 de mayo de 1987, la Corte Constitucional italiana desestimó la demanda. No obstante, una interpretación extensiva del artículo 51 del Código de Procedimiento Civil, permite al juez abstenerse, aduciendo "graves razones de conveniencia", haciendo posible así, trasladar a otro juez la concesión de la autorización prevista en el artículo 12 de la ley de aborto italiana.

En España, la cláusula de conciencia en los supuestos de participación indirecta de profesionales sanitarios, afecta especialmente a los profesionales farmacéuticos, cuyo derecho de objeción de conciencia se ve condicionado de entrada por lo previsto en la Ley 29/2006, de 26 de julio, del Medicamento, que en su artículo 101.15), le impone la obligación de suministro y dispensación, castigando como infracción muy grave, "la negativa a dispensar medicamentos sin causa justificada".

La cuestión fue resuelta por el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de abril de 2005, al resolver el recurso planteado contra la resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de julio de 2002, al reconocer expresamente la objeción de conciencia no sólo para los médicos sino también para aquellos profesionales sanitarios con competencias en materia de dispensación de medicamentos. En su fundamento quinto la sentencia señala, "En el caso de la objeción de conciencia, su contenido constitucional forma parte de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la CE (STC n" 53/85), en estrecha relación con la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la CE) y el derecho a la integridad física y moral (art. 15delaCE), lo que no excluye la reserva de una acción en garantía de este derecho para aquellos profesionales sanitarios con competencias en materia de prescripción y dispensación de medicamentos", es decir, no sólo para los médicos y restante personal sanitario, sino también para los farmacéuticos.

Posteriormente el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en sentencia firme de 8 de enero de 2007, no sólo reconoce, sino que abordó extensamente la prevalencia que en determinados casos procede reconocer al derecho a la objeción, frente al deber de dispensación, cuando exista la posible lesión del artículo 16.1) de la Constitución. En este punto la sentencia admite que este derecho sí puede ejercitarse individualmente por el objetor, cuando del incumplimiento de la norma se pueda derivar perjuicio o sanciones. Igualmente reconoce que los farmacéuticos que la esgriman, incumpliendo la obligación impuesta legalmente, lo podrían hacer en base al derecho reconocido en el artículo 28 de su Código de Ética Farmacéutica, y que en este ejercicio deberán estar respaldados por la Organización Colegial, comprometida por su Código Ético a la Defensa de quienes hayan decidido declararse objetores.

Si el derecho a la objeción de conciencia al aborto corresponde al personal sanitario que, de forma directa, debe intervenir en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, **la cuestión a plantear ahora debe centrarse en determinar qué actos están exentos de realizar en cuanto pudieran afectar a las interrupciones voluntarias del embarazo**.

A este respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares en la sentencia de 13 de febrero de 1988, citada, relativa a la determinación de los actos que relacionados con las interrupciones voluntarias del embarazo no estaban obligados a efectuar los objetores de conciencia, matrón y matrona en el Hospital Son Dureta, estableció que "**La satisfacción del derecho fundamental ... comporta que no cabe exigir del profesional sanitario que por razones de conciencia objeta al aborto que en el proceso de interrupción del embarazo tenga la intervención que corresponde a la esfera de sus competencias propias**; intervención que por hipótesis se endereza causalmente a conseguir, sea con actos de eficacia directa, sea de colaboración finalista, según el cometido asignado a cada cual, el resultado que la conciencia del objetor rechaza, cual es la expulsión del feto sin vida."

Por su parte, la Audiencia Territorial de Oviedo, en sentencia de 29 de junio de 1988, abordó las funciones que el personal sanitario objetor de conciencia estaba obligado a asumir en los procesos de interrupción del embarazo dentro de los servicios de guardia, estimó parcialmente el recurso interpuesto al entender que era procedente "...matizar las normas impugnadas en el sentido de que los facultativos de guardia objetores de conciencia no pueden ser obligados a la realización de actos médicos, cualquiera que sea su naturaleza, que directa o indirectamente estén encaminados a la producción del aborto, tanto cuando éste vaya a realizarse como cuando se esté realizando la interrupción del embarazo, **debiendo, por el contrario, prestar la asistencia para la que sean requeridos a las pacientes internadas con aquél objeto en todas las otras incidencias o estados patológicos que se produzcan, aunque tengan su origen en las prácticas abortivas realizadas**. "

A la vista de las sentencias expuestas, el Consejo General adoptó en su día la Resolución nº 27/96, de 20 de noviembre, en virtud de la cual, y al amparo del artículo 16.1 de la Constitución, conforme a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, se reiteró y ratificó el derecho de los profesionales de enfermería a la objeción de conciencia, destacando que, en los procesos respecto de los cuales ésta se produjeses, habrían de considerarse comprendidos en la misma tanto los actos directos de asistencia que los profesionales de enfermería realicen, como los indirectos pero necesariamente vinculados con dichos procesos.

Por ello, **cabe concluir que la objeción de conciencia a practicar abortos, conlleva el derecho a no participar en ninguno de los actos sanitarios de la competencia del personal objetor que, directa o indirectamente, integren el proceso de aborto, es decir, en aquellos actos que resulten imprescindibles para que la interrupción del embarazo tenga efectividad**. Ello no obstante, es preciso recordar que parte de la doctrina ha entendido que **dentro de este proceso no se pueden incluir las pruebas sobre las que se basan los dictámenes preceptivos previos en el caso del aborto terapéutico y eugenésico, ya que estas pruebas no son definitivas**, pero si la emisión de los dictámenes preceptivos.

Como se ha dicho en otro momento, las indicaciones establecidas en el artículo 4l 7.bis del Código Penal incluyen como necesarias dos conductas: el dictamen del especialista o especialistas distintos al que practica materialmente el aborto y la de este último, y ambas realizan el tipo exento de pena en estricta aplicación del mismo. A este respecto el Tribunal Supremo, en su Sentencia de de 6 de febrero de 1996, ha señalado que "constituye un acto médico complejo en el que no bastaría para darle apariencia de legalidad con la existencia de una sola de ambas conductas, que se presenta así normativamente con un simple reparto de papeles en la realización del tipo de injusto si no se dan los presupuestos legales ", En consecuencia, no parece que se pudiera obligar al facultativo objetor a la elaboración de dichos dictámenes.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que al tratarse la objeción de conciencia de un derecho que forma parte de los derechos fundamentales a la libertad ideológica y a la libertad religiosa, también estará sometido a sus propios límites, y dentro de ellos será el derecho fundamental a la vida de la madre el que puede colisionar con el derecho del objetor, cuando la vida de la embarazada esté en urgente y grave peligro, situación en la que, si no es posible sustituir al personal sanitario objetor y si de acuerdo con la lex artis el aborto es absolutamente necesario para salvar la vida de la madre, dicho personal deberá realizarlo, siempre, por supuesto, si la embarazada se encuentra inconsciente o estando consciente se cuenta con su consentimiento. Todo ello sin olvidar que la madre también puede negarse por motivos de conciencia o por otros a que se le practique el aborto, aunque su vida peligre. En este sentido se manifestó la Audiencia Territorial de Oviedo en su sentencia de 29 de junio de 1988 (FJ 4°).

La negativa del médico a practicar el aborto cuando se den las circunstancias señaladas anteriormente, podría dar lugar, bien a un homicidio en cometido por omisión recogido en el artículo 138 del Código Penal, bien a unas omisión del deber de socorro (artículo 195 del Código penal), o a denegación de asistencia (artículo 196 del Código penal), según si concurre o no la posición de garante del médico.

Traslado de objetores a servicios no relacionados con la práctica de abortos

La posibilidad de traslado de puesto de trabajo al personal objetor ha constituido uno de los temas más controvertidos en el ámbito sanitario desde la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo y ello, precisamente, por cuanto que **el ejercicio a la objeción al aborto no puede comportar para quien lo ejerce una discriminación**. Se ha planteado si el traslado del personal objetor a servicios no relacionados con las prácticas abortivas por razones de organización del centro, manteniéndole la categoría profesional, puede dar lugar a una discriminación del objetor por motivos de conciencia.

En principio parece oportuno recordar que, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de julio de 1981, (FJ 4°), sólo existe discriminación cuando la diferencia de trato jurídico carece de una justificación objetiva y razonable. El Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de enero de 1987, resolviendo el caso planteado por un grupo de enfermeras de la Seguridad Social trasladadas a un servicio distinto dentro del hospital en que trabajaban por negarse a prestar su cooperación en dos abortos, sostuvo que "La Constitución proclama y garantiza la libertad ideológica y religiosa (art. 16), libertad de pensamiento no menoscabada ni negada por el traslado de las Ayudantes Técnicos Sanitarios a servicios distintos a los ginecológicos dentro del mismo centro médico. Efectivamente, existe en principio un fundamento jurídico notorio, expuesto por las mismas interesadas, para tal decisión, y es, precisamente, su deseo de no intervenir en interrupciones de embarazos (por lo demás, tan legítima como la contraria). Tal actitud negativa implica la imposibilidad de colaborar en tareas normales del departamento en el cual se hallaban adscritas, con perturbación previsible del servicio cuando se presentan tales casos. No cabe hablar pues de "represalia" si el cambio de destino se hace sin afectar el lugar de residencia..., a las categorías profesionales y a los salarios o sueldos, que en ningún momento han sido degradadas o disminuidas. "

Por su parte, el Tribunal Superior de-Justicia de Aragón, en sentencia de 18 de diciembre de 1991, separándose de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, revocó una resolución del Juzgado de lo Social n° 4 de los de Zaragoza que consideró ajustado a derecho el traslado de un anestesista del servicio de maternidad al de traumatología por plantear objeción de conciencia al aborto, por apreciar "la existencia de una vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razones ideológicas o religiosas del objetor ", aunque el traslado de servicio no implique cambio de la categoría profesional ni disminución del sueldo. Según los fundamentos de derecho de la mencionada sentencia, el traslado impuesto al actor, "...tuvo como causa efectiva y determinante la negativa que había expresado de no intervenir en la práctica de abortos terapéuticos, acogiéndose a su derecho a la objeción de

conciencia, y ello es así porque sí se les consultó a los médicos objetores por la Dirección del Hospital Miguel Servet, "que de su postura (sobre el Tema de la objeción) dependía el que fuesen o no desplazados a otros centros del Hospital Miguel Servet" y como manifestó la Jefatura del Servicio, "no existen razones estrictamente médicas o profesionales que justifiquen el Traslado "..

No obstante, el mismo Tribunal Superior de Justicia de Aragón, con los mismos ponentes, en sentencia de 23 de septiembre de 1992, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo, ratificó el traslado de otra anestesista objetora, por entender que no se había producido discriminación por razones ideológicas, discriminación que se hubiera producido, según el Tribunal, "si se la hubiera situado en un puesto de menor categoría, si se le hubiesen menguado las retribuciones o trasladado de centro de Trabajo o de puesto deforma arbitraria ".

CONCLUSIONES

1. **La objeción de conciencia constituye un derecho fundamental explícitamente reconocido al personal sanitario por la jurisprudencia constitucional** al amparo del artículo 16.1) de la Constitución Española del que, por consiguiente, puede hacer uso el personal sanitario que por sus creencias y convicciones morales, sociales o culturales se oponga a prestar su colaboración en una interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos declarados no punibles legalmente.

2. Los Tribunales han tratado de solventar los problemas que ha ido planteando el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia y también la doctrina científica, acudiendo a la lógica o la coherencia en unos casos y a la analogía en otros, dando respuesta a algunas cuestiones. Pero todo ello es insuficiente por cuanto que ni la jurisprudencia es reiterada ni tampoco ha existido unidad de criterios en determinados aspectos.

3. Los problemas que en la actualidad se siguen planteando en relación con la objeción de conciencia, pueden incrementarse con los nuevos supuestos que prevé la Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del embarazo, puesto que, en definitiva, lo que se plantea es pasar de la actual situación de ilegalidad del aborto a la consagración del derecho a abortar, salto tremendamente importante si se tiene en cuenta que el derecho a abortar pasará a ser una prestación sanitaria pública y gratuita, previsión que hace más necesaria, si cabe, la inclusión en dicha Ley de la regulación explícita del derecho de objeción de conciencia del personal sanitario siguiendo las pautas de los países de nuestro entorno.

4. La falta de regulación específica del derecho del personal sanitario al ejercicio de la cláusula de conciencia produce una cierta inseguridad tanto en el personal objetor como en los centros sanitarios llegado el momento de respetar este derecho sin detrimento de la prestación de la asistencia sanitaria. La normativa vigente sí prevé la posibilidad de que el personal sanitario pueda negarse a practicar abortos voluntarios cuando no concurran todos los presupuestos legalmente establecidos, pero no establece previsión alguna sobre la posibilidad de pueda ejercer la objeción de conciencia cuando sí concurran tales presupuestos.

5. Para ello, debería procederse a la creación en cada centro, público o privado, acreditado para llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo, de un registro riguroso de personal sanitario objetor, lo que permitiría facilitarle el ejercicio de este derecho con plena seguridad jurídica y, al propio tiempo, la organización de los centros sanitarios para dar efectividad al cumplimiento de la normativa vigente sobre el aborto.

6. Cuando alguno de los requisitos generales o particulares mencionados en el artículo 417 bis) del Código penal al regular el aborto no punible no concurran, o se tengan fundadas dudas acerca de su concurrencia, el personal sanitario en general y el médico en particular, podrá ejercer lo que se denomina "objeción de legalidad", alegando el incumplimiento de la ley lo cual convertiría el aborto en delito.

7. **La objeción de conciencia a practicar abortos, conlleva el derecho del personal objetor a no participar en ninguno de los actos sanitarios que resulten imprescindibles directa o indirectamente para que la interrupción del embarazo tenga efectividad**. No obstante, parte de la doctrina ha entendido que dentro de este proceso no se pueden incluir las pruebas sobre las que se basan los dictámenes preceptivos previos en el caso del aborto terapéutico y eugenésico, ya que estas pruebas no son definitivas, pero sí la emisión de los dictámenes preceptivos a que se refiere el Real Decreto 240911986, de 21de noviembre.

8. **La objeción de conciencia como parte del derecho fundamental a la libertad ideológica y a la libertad religiosa, está sometido a sus propios límites, y entre ellos será el derecho fundamental a la vida de la madre el que se enfrente con el derecho del objetor**. Cuando la vida de la embarazada esté en urgente y grave peligro, y de acuerdo con la lex artis el

aborto sea absolutamente necesario para salvar su vida, y no fuera posible sustituir al personal sanitario objetor, este personal vendrá obligado a realizarlo, siempre, por supuesto, que la embarazada se encuentre inconsciente o estando consciente se cuente con su consentimiento, dando lugar la negativa del médico a practicar el aborto bien a un homicidio en cometido por omisión recogido en el artículo 138 del Código Penal, bien a una omisión del deber de socorro (artículo 195 del Código penal), o a denegación de asistencia (artículo 196 del Código penal), según si concurre o no la posición de garante del médico.

9. El personal objetor en situación de guardia no puede ser obligado a la realización de actos sanitarios cualquiera que sea su naturaleza, que directa o indirectamente estén encaminados a la producción del aborto, tanto cuando éste vaya a realizarse como cuando se esté realizando. Si vienen obligados, por el contrario, prestar la asistencia sanitaria para la que sean requeridos a las pacientes internadas con aquél objeto, así como en todas las otras incidencias o estados patológicos que se produzcan, aunque tengan su origen en las prácticas abortivas realizadas.

10. El ejercicio a la objeción de conciencia al aborto por parte del personal sanitario no puede comportar para quien lo ejerce una discriminación profesional, (traslado de puesto de trabajo, cambio de categoría profesional, disminución de retribuciones, etc.) por razones ideológicas, morales o religiosas.

A este respecto, la jurisprudencia ha declarado que sólo existe discriminación cuando la diferencia de trato jurídico carece de una justificación objetiva y razonable, declaración que hadado lugar a resoluciones judiciales dispares, casi siempre basadas en la existencia o no de razones organizativas justificadas por la Administración.