

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL ÁMBITO SANITARIO: TRATAMIENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL EN UNA PERSPECTIVA COMPARADA

Claudia PECORELLA *

Resumen

Con respecto a la objeción de conciencia en el ámbito sanitario, el aspecto más complicado se centra en las intervenciones para interrumpir el embarazo, o bien para prevenirlo a través del suministro de anticonceptivos o, por el contrario, en las actuaciones dirigidas a lograr el embarazo a través de las técnicas de fecundación asistida. En algunos países, como Italia y Estados Unidos, el porcentaje de objetores es tan alto que a las mujeres se les impide el acceso a tales intervenciones. El Estado puede considerarse el principal responsable de situaciones como ésta cuando no prevé la necesaria regulación de la objeción de conciencia o cuando no impone el respeto de la legislación existente. En el trabajo se presta atención a las condiciones de legitimidad de las leyes sobre la objeción de conciencia que, a su vez, permiten evaluar la posible responsabilidad penal del sanitario que rechace una intervención debida, fuera de las condiciones en que el rechazo puede ser autorizado.

Abstract

Concerning the conscientious clauses regarding health services, a very worrying situation is found in performing abortions or providing contraception or, at the opposite, infertility treatments. In some countries like Italy and the United States, the percentage of objectors is so high that women are denied access to those medical services. Greater responsible for the situation is the State that fails to regulate the moral and religious objections of health care provider as well as to require compliance with the existing legislation. This work addresses the conditions that legitimate the recognition of the right to conscientious objection by the law; conditions that are also used to assess the potential criminal liability of physicians, due to their refusal to provide treatments outside the conditions under which rejection can be authorized by the law.

Palabras clave

Objeción de conciencia, interrupción del embarazo, reproducción asistida, contraceptivo de emergencia, violación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, responsabilidad penal.

* Catedrática de Derecho Penal, Università degli Studi di Milano-Bicocca (IT), claudia.pecorella@unimib.it

Key words

Conscientious clause, abortion, infertility treatments, emergency contraception, violation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, criminal liability.

SUMARIO: I. El problema más urgente: la negación por razones de conciencia de los derechos reconocidos a las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva; II. ¿Existe un derecho general a la objeción de conciencia?; III. Las condiciones para la legitimidad del tratamiento legal de la objeción de conciencia; 1. El respeto del principio de laicidad; 2. Ninguna lesión al paciente; 3. Rechazo individual y no institucional; 4. La publicidad de la objeción; 5. Obligación de intervención en caso de necesidad; IV. Conclusión.

I. EL PROBLEMA MÁS URGENTE: LA NEGACIÓN POR RAZONES DE CONCIENCIA DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS A LAS MUJERES EN MATERIA DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

EN su sentido originario, la expresión «objeción de conciencia» se refiere a aquella forma de rebelión contra la ley que se fundamenta en la confrontación entre la conducta impuesta por una norma jurídica y las propias creencias religiosas o éticas. Para obedecer al imperativo interior, el objetor está dispuesto a ser sancionado por la violación de esa ley que considera injusta: caso emblemático es el de la objeción de conciencia al servicio militar, por la que muchos jóvenes han sido condenados y han probado la dura experiencia de la cárcel.

Sin embargo es evidente que frente a estos casos el Derecho penal no logra desarrollar su función disuasoria, porque sobre las cuestiones de principio es difícil transigir, ni puede aspirar a la reinserción social del culpable promoviendo el respeto de la norma violada, porque la imposición de la pena constituye para el objetor la mejor confirmación de la injusticia del sistema contra el que su conciencia le obliga a rebelarse (1). Por esta razón y por la creciente sensibilidad hacia las exigencias morales y espirituales de la persona –ampliamente compartidas en este contexto– se ha llegado al reconocimiento casi generalizado del derecho a rechazar la prestación del servicio militar, aunque en tiempos y modos diferentes en cada jurisdicción.

Es precisamente el ámbito de las obligaciones militares en el que, a partir de la mitad de los años 60, las instituciones supranacionales, y *en primis* el Consejo de Europa, se han interesado por la objeción de conciencia y han solicitado su recono-

(1) Consideraciones análogas han llevado al Tribunal Constitucional italiano a declarar ilegítima la sumisión del desertor a la reclusión militar, por la elevada posibilidad de que durante la ejecución de la pena cometa ulteriores crímenes, negándose a obedecer las órdenes de los superiores jerárquicos, con la consiguiente «espiral de condenas», tan injusta como contraria a la finalidad de reinserción social del condenado perseguida por la pena. Cfr. *Corte Costituzionale*, 26 julio 1993, n.º 358, www.cortecostituzionale.it

cimiento a todos los Estados miembros (2). También recientemente en este ámbito, en la resolución de un recurso interpuesto por un ciudadano de Armenia, testigo de Jehová, que había sido condenado por negarse a prestar el servicio militar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sostenido, cambiando su doctrina anterior, que el derecho a la objeción de conciencia está garantizado por el artículo 9 del Convenio Europeo como forma de expresión de la más amplia libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (3). Se ha reconocido por lo tanto la protección convencional a la objeción de conciencia, con independencia del alcance que a ella se otorga en el derecho nacional de cada Estado miembro; esta conclusión ha sido reiterada por el Tribunal un año más tarde en un supuesto semejante, planteado por un ciudadano turco (4).

Diferente de esta forma «clásica» de objeción de conciencia [que ya no es tal, cuando la ley reconoce el derecho a ser exonerado de una determinada obligación jurídica (5)] es la que se encuentra en el campo sanitario, con respecto a cualquier tipo de intervención resultante del ejercicio de la profesión. A diferencia del servicio militar, que la ley impone a todos en modo indistinto, la intervención médica que genera el conflicto moral forma parte de las tareas propias del profesional que normalmente ha elegido el tipo de estudio y de especialización, así como el ámbito laboral (6): «¿cómo admitir la solicitud de ser exonerados por lo que se elige?» (7). El rechazo a ejecutar lo establecido en la ley repercute, en definitiva, directamente en la esfera jurídica de otras personas: aquellas que tienen derecho a beneficiarse de la intervención prevista por la ley.

En esta situación el papel del Derecho penal se convierte en decisivo, porque además de cumplir su función básica e indispensable para el mantenimiento del sistema, que no puede dejar la observancia de sus leyes a la evaluación de la conciencia individual, constituye también la necesaria defensa de aquellos derechos individuales que se ven amenazados en la práctica, en los supuestos en los que no puedan ser facilitadas las prestaciones sanitarias que hayan sido denegadas por razones de conciencia.

Con respecto a la objeción de conciencia en el ámbito sanitario, el aspecto más complicado se centra en las intervenciones para interrumpir el embarazo (por medio del aborto), en las dirigidas a prevenirlo (a través del suministro de anticonceptivos) o bien, por el contrario, en aquellas cuyo objetivo es lograr el embarazo (a través de las técnicas de fecundación asistida). El elevado número

(2) El primer texto en este ámbito se remonta a la Resolución 337 de 1967 de la Asamblea del Consejo de Europa, traducido en la Recomendación 478 de 1967.

(3) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, 7 julio 2011, Bayatyan c. Armenia.

(4) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 12 junio 2012, Savda c. Turquía.

(5) En sentido contrario, creyendo preferible distinguir entre objeción de conciencia contra *legem* y aquella *secundum legem*, PUGIOTTO A., «Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale», *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, vol. X, 1995, p. 244.

(6) Aunque se refiere a otras situaciones, considera que debería excluirse la objeción de conciencia «cuando el ejercicio de una profesión determinada tenga como prioridad la disponibilidad de asumir el comportamiento ofensivo solicitado, en ciertos casos de la ley y no exista ninguna obligación de realizar esta profesión», EUSEBI L., «Obiezione di coscienza del professionista sanitario», en RODO-TA' S., ZATTI P., *Trattato di biodiritto*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2011, p. 175.

(7) Así LALLI C., *C'è chi dice no. Dalla leva all'aborto. Come cambia l'obiezione di coscienza*, Il Saggiatore, Milano, 2011, p. 70. En el mismo sentido, COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (CBE), *Opinión sobre la objeción de conciencia en sanidad*, 13 octubre 2011, p. 9.

de objetores y el aumento de las prácticas para las que se demanda la objeción, incluso en ausencia de una expresa previsión legal, a menudo implican una inaceptable negación de los derechos reconocidos a la salud sexual y reproductiva de las mujeres.

En Italia, por ejemplo, de acuerdo con los datos contenidos en el informe del Ministro de la Salud sobre la aplicación de la ley 194/1978 relativa a la interrupción voluntaria del embarazo, hubo un aumento significativo de la objeción de conciencia entre los años 2005 y 2009, que ha llevado el porcentaje a nivel nacional de ginecólogos objetores del 58,7% en 2005 al 70,7% en 2009, el de los anestesistas del 45,7% al 51,7% y el de personal no médico del 38,6% al 44,4%. En 2009, un porcentaje de objetores superior al 80% se registró entre los ginecólogos en muchas regiones del centro-sur de Italia (85,2% en Basilicata, 83,9% en Campania, de 82,8% en Molise y 81,7% en Sicilia), así como en la provincia de Bolzano (81,3%); un porcentaje mayor que la media nacional se registró también entre los anestesistas (más del 77% en Molise y Campania y 75,6% en Sicilia) y el personal no médico (87% de los objetores en Sicilia y el 82% en Molise). Una tendencia que no parece haberse detenido, teniendo en cuenta los datos de la tabla siguiente, relativos al año 2011.

REGIONE	GINECÓLOGO	ANESTESISTA	NON MEDICO
Piemonte	65.7	37.7	22.7
Valle d' Aosta	15.4	7.5	4.4
Lombardia	63.6	41.3	43.1
Bolzano	81.8	41.4	68.3
Trento	58.3	36.0	19.5
Veneto	77.9	38.3	52.0
Friuli VG	59.1	33.1	30.2
Liguria	65.4	34.0	15.6
Emilia Romagna	51.9	33.4	28.4
Toscana	65.8	32.9	41.6
Umbria	69.0	64.8	54.7
Marche	67.2	51.1	43.3
Lazio	80.7	72.4	46.4
Abruzzo	83.8	62.7	71.8
Molise	87.9	74.5	85.3
Campania (dato incompleto)	88.4	71.4	75.9
Puglia	69.7	68.3	74.7
Basilicata	85.2	63.4	27.1
Calabria	68.3	72.8	75.7
Sicilia	84.6	78.1	81.4
Sardegna	56.5	37.8	47.0

En el arco de dos años, si bien la situación parece haberse estabilizado en algunas regiones (sobre porcentajes en todo caso elevados), se ha registrado un nuevo aumento en el número de objetores entre los ginecólogos en Campania (de 83% a

88,4%), en Molise (de 82% a 87,9%), en Sicilia (de 81,7% a 84,6%) y también, pero en medida claramente inferior, en la provincia autónoma de Bolzano (donde el aumento ha sido de un 0,5%).

Estando así las cosas, no sorprende que en un texto dedicado al *feminicidio* también sea considerada expresión del fenómeno «la muerte de las mujeres obligadas a practicar aborto clandestino porque (...) como en algunas regiones italianas ocurre, los objetores de conciencia representan casi el 100% del personal y el aborto se vuelve impracticable» (8).

El Estado puede considerarse el principal responsable de situaciones como esta cuando no prevé la necesaria regulación de la objeción de conciencia (que permita el ejercicio de este derecho dentro de límites razonables) o cuando no impone el respeto de la legislación existente. Recientemente, la Corte Europea –en la perspectiva opuesta a la que se ha mencionado anteriormente en relación con la objeción de conciencia al servicio militar– ha condenado el Estado polaco por la situación de abandono y humillación en la que se encontró una mujer embarazada, a la que se negó *de facto* el acceso a las pruebas genéticas disponibles para conocer el estado de la salud del embrión, para evitar de ese modo que, en el caso de que se hubiese verificado la existencia de una grave patología en el *nasciturus*, la mujer hiciese uso de su derecho a abortar (9). Ya en 2010, la Comisión de Derechos Humanos recomendó al Estado polaco «introducir normas que prohíban el mal uso de la cláusula de conciencia por parte de la profesión médica» y expresó su preocupación por el elevado número de abortos clandestinos debido a la negativa de los médicos y de las clínicas.

Sin embargo el problema no afecta sólo a algunos Estados considerados individualmente, como demuestra la adopción por parte de la Asamblea del Consejo de Europa, de la Resolución 1763 de 2010, en la que se señala que el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia debe ir acompañado por el compromiso del Estado de asegurar que los pacientes reciban tempestivamente la asistencia que necesitan. La Asamblea también expresa su preocupación por el hecho de que «el ejercicio sin regulación de la objeción de conciencia puede afectar de modo desproporcionado a las mujeres, especialmente a las que tienen bajos niveles de renta o viven en zonas rurales» (10).

(8) En este sentido SPINELLI B., *Femminicidio. Dalla denuncia sociale al riconoscimento giuridico internazionale*, Franco Angeli, Milano, 2008, p. 21. Son diferentes las posibles causas del elevado recurso a la objeción de conciencia por parte de los médicos italianos: cfr. HANAFIN P., «Refusing disembodiment: Abortion and the paradox of reproductive rights in contemporary Italy», *Feminist Theory*, 2009, núm. 10, pp. 234 ss., quien además de razones oportunistas y a la fuerte presión ejercida por la Iglesia Católica, cree que existe «una amnesia cultural por parte de muchos profesionales de la medicina en cuanto al valor del derecho de la mujer a tomar una decisión independiente en relación con el aborto».

(9) Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 28 de noviembre 2011, R. R. v. Poland, que condenó a Polonia por trato inhumano y degradante (art. 3 CEDH) y violación de la vida privada (art. 8 CEDH). Otro caso llevado ante la Corte, fue el de una joven polaca embarazada, que falleció debido al rechazo de los médicos de curarla por una úlcera colítica, ante el temor de lesionar la vida del *nasciturus* (aunque las pruebas aportadas fueron consideradas insuficientes por el Tribunal). Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 13 de febrero 2013, Case of Z v. Poland.

(10) Consejo de Europa, Resolución 1763 de 2010 – *The right to conscientious objection in lawful medical care*. En el mismo sentido, Comité de Bioética de España, cit., p. 9.

Junto a la responsabilidad del Estado por la inexistencia de una ley que regule la objeción de conciencia en el ámbito médico o, en su caso, por no haber previsto un sistema de control eficaz sobre el cumplimiento de la ley, también puede incurrir en responsabilidad penal el sanitario que rehúse realizar una intervención debida, esto es, fuera de las condiciones en las que el rechazo puede ser autorizado. Por esa razón, es necesario prestar atención a las condiciones que legitiman la denegación del tratamiento por razones de conciencia, aclarando en primer lugar si existe un derecho constitucional general a la objeción de conciencia que, al igual que otros derechos y libertades, excluiría la responsabilidad penal del objeto.

II. ¿EXISTE UN DERECHO GENERAL A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA?

En Italia, la tesis de la existencia de un derecho constitucional a la objeción de conciencia es aceptada por una gran parte de la doctrina; pero la dificultad se encuentra en la determinación de la norma constitucional en la que indirecta e implícitamente se reconocería este derecho, qué sería un corolario de la libertad de conciencia (que tampoco es objeto de un reconocimiento expreso). Las disposiciones de la Constitución que se invocan con este fin –algunos considerándolas individualmente, otros en el marco de una interpretación sistemática– son aquellas que reconocen la libertad religiosa (art. 19), la libertad de expresión (art. 21) y la libertad personal (art. 13), entendida como la libertad de la mente y del cuerpo.

Sin embargo, una cuestión discutida es si este derecho, reconocido a nivel constitucional, puede ser ejercitado de forma directa (11), o si necesita una previsión legislativa expresa, dado su carácter «excepcional» en el sistema, y/o por la (excesiva) amplitud que lo caracterizaría con respecto a los derechos de libertad reconocidos (y de manera expresa) en la Constitución (12). La necesidad de una ley *ad hoc* ha sido afirmada por la Corte Constitucional italiana cuando declaró, afrontando el tema de la objeción de conciencia al servicio militar, que «ante todo le corresponde al legislador establecer el punto de equilibrio entre la conciencia individual y las facultades que ésta reclama, por un lado, y los generales e inderogables deberes de solidaridad política, económica y social que la Constitución (art. 2) exige, por otro, de manera que se salvaguarde la ordenada vida en común y que los costes consiguientes sean repartidos igualmente entre todos, sin privilegios» (13).

A una conclusión bastante diferente llegó el Tribunal Constitucional español cuando tuvo que pronunciarse, a mediados de los años 80, sobre la legitimidad del

(11) En este sentido *vid.* EUSEBI L., cit. p. 180; LEONCINI I., «Laicità dello Stato, pluralismo e diritto costituzionale all'obiezione di coscienza», *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Jovene, Napoli, 2011, pp. 367 ss.; MANTOVANI F., «Obiezione di coscienza e attività sanitaria: un'ipotesi controversa», en CANESTRARI S., *Bioetica e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 173 ss. Cfr. también LA ROSA E., «Attività sanitaria, norme penali e conflitti di coscienza», *Criminalia*, 2008, pp. 107 ss.; PUGIOTTO A., cit., pp. 246 s.

(12) Así PALAZZO F., «Obiezione di coscienza», *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX, Giuffrè, Milano, pp. 539 ss.

(13) Cfr. C. cost., 19 febrero 1997, n. 43, www.cortecostituzionale.it

proyecto de Ley orgánica que introducía en el Código Penal el artículo 417-bis, por el que se declaraba no punible el aborto en determinados supuestos. Por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia –que no estaba reconocido por la ley–, el Tribunal declaró 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 artículo 16.1 de la Constitución y (...) la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales» (14).

Distinta sería la naturaleza del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar que, además, se menciona expresamente en la Constitución Española (art. 30) como necesariamente sujeto a la regulación por el legislador, que lo «regulará con las debidas garantías». Con respecto al servicio militar, el Tribunal Constitucional, en una decisión dos años después de la anterior, no tiene dificultad en afirmar que «la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales (...) contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera (...) pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto» (15).

En estas dos decisiones se atribuye claramente un peso diferente, por un lado, al deber de los españoles de defender a España, del que sólo se puede quedar exento en las condiciones previamente establecidas por la ley y, por otro, al deber de respetar la demanda de aborto de parte de la mujer, a la que el médico podría oponer libremente sus razones de conciencia, correspondiendo al juez, en su caso, establecer la licitud del rechazo, sobre la base de un balance entre los bienes en conflicto que ya parece desfavorable para la mujer: su derecho a recibir la prestación sanitaria prevista por la ley entra en colisión no sólo con las convicciones morales o religiosas del médico sino también, aunque de modo no declarado, con el derecho a la vida del embrión (16).

La posibilidad de que la objeción de conciencia asuma dimensiones tan elevadas que comporten el sacrificio del «derecho de las mujeres a una procreación libre y responsable» –así lo define la ley italiana sobre la interrupción del embarazo– resulta indudablemente mayor si la objeción se considera un derecho constitucional, para cuyo ejercicio no se necesita de la introducción de una adecuada regulación. Por esta razón, parece preferible la tesis opuesta, esto es, que ha de ser una ley la que realice la ponderación entre los diferentes derechos en conflicto que estas situaciones imponen: el del médico a respetar su conciencia y el de la mujer a recibir la prestación médica reconocida por la ley.

Parece, pues, aceptable la distinción que dispone el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, entre el derecho a la libertad de conciencia, reconocido a cada individuo juntamente con la libertad de pensamiento y religión, y el

(14) Así STC 53/1985, de 11 de abril de 1985.

(15) STC 161/1987, de 27 de octubre de 1987.

(16) Se declaran expresamente en contra de la prevalencia de la solicitud de la mujer a la prestación sanitaria, frente a otros bienes protegibles, César Nombela Cano en su voto particular a la *Opinión del Comité de Bioética de España sobre la objeción de conciencia en sanidad*, cit. p. 23, y en Italia el COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA (CNB), *Obiezione di coscienza e bioetica*, 12 julio 2012, p. 11. Sobre este tema v. BERTOLINO M., «Brevi note in tema di obiezione di coscienza a margine di una recente sentenza della Cassazione», *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2013, n. 3, pp. 1442 ss.

derecho a la objeción de conciencia, cuyo reconocimiento depende de las «leyes nacionales que disciplinan su ejercicio». En un Estado democrático y pluralista, si la libertad de pensamiento ha de ser absoluta, la libertad de actuar según la conciencia o las propias convicciones tiene que ser necesariamente limitada, para asegurar el respeto de los derechos y de las libertades ajenas. Con una argumentación de este tipo el TEDH ha rechazado el recurso presentado por dos farmacéuticos franceses (Pichon y Sajous) por supuesta vulneración, de acuerdo con el artículo 9 del Convenio Europeo, de su derecho a rechazar la venta de productos anticonceptivos, sobre la base de que esa venta entraría en conflicto con sus convicciones religiosas; un derecho que, al no existir una previsión normativa expresa, había sido negado por los jueces franceses, que los había condenado por la omisión de la venta de los fármacos (17).

El caso Pichon y Sajous v. Francia ayuda a comprender por qué y bajo qué circunstancias nos interrogamos sobre la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia, que permitiría superar los límites previstos por las leyes que reglamentan la materia. Con respecto sobre todo a la práctica médica, a medida que la medicina progresa, se van presentando nuevas solicitudes de abstención y rara vez esos progresos van acompañados de una adaptación de la legislación sobre la materia. Y cuando esta última no permite incluir nuevas formas de intervención que una parte de la población considera éticamente discutibles (por ejemplo, las técnicas de fecundación asistida) y/o la actividad de categorías profesionales, cuya implicación moral hasta ese momento no se había planteado (es el caso de los farmacéuticos), se invoca como fundamento de la licitud del rechazo a actuar un (hipotético) derecho reconocido constitucionalmente.

Esta necesidad se siente más en los países donde la práctica de la objeción de conciencia está escasamente regulada y se reclama a los Tribunales que interpreten de forma extensiva las leyes vigentes, que regulan específicos y limitados casos de objeción (18). El problema no se plantea de este modo en otros países como, por ejemplo, en los Estados Unidos, donde la objeción de conciencia en el campo médico está ampliamente regulada, tanto a nivel federal como estatal, en muchas formas: la objeción puede ser institucional además de individual, puede concernir prestaciones indirectas de servicios médicos e incluso actividades educativas de los médicos, así como las prestaciones de las compañías de seguros (19).

Frente a un sistema de este tipo, no cabe un recurso incontrolado a las razones de conciencia, a través de una interpretación al margen de las leyes existentes o que apele sin más a la existencia de un derecho fundamental a la objeción. Por el contrario, ese sistema se presenta completamente desequilibrado e inadecuado, porque está excesivamente sesgado a favor de las razones de conciencia de los profesionales a los que se reconoce el derecho a objetar, relegando así la tutela de los derechos de las mujeres a recibir las prestaciones sanitarias previstas por la ley. El

(17) Así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2 de octubre 2001, B. Pichon et M. L. Sajous v. France.

(18) En Italia, por ejemplo, la objeción de conciencia está prevista, además de para el servicio militar –por la Ley 772 de 1972– solamente para practicar la interrupción voluntaria del embarazo –art. 9 de la ley 194 de 1978–, la reproducción médicamente asistida –art. 16 de la ley 40 de 2004– y la experimentación con animales en el art. 1 de la Ley 413 de 1993.

(19) *Vid.* acerca de esto SWARTZ M. S., «“Conscience Clauses” or “Unconscionable Clauses”: Personal Beliefs Versus Professional Responsibilities», 6 *Yale J. Health Pol’y, L., & Ethics* 269, 2006.

conjunto de las numerosas medidas en defensa de la objeción de conciencia (los *Federal Health Care Provider Conscience Protection Statutes*) adoptadas por el Congreso, a partir del momento en que el Tribunal Supremo con la sentencia *Roe v. Wade* de 1973 ha reconocido el derecho de las mujeres a abortar (20), ha creado una situación de riesgo general para los derechos de las mujeres (21). Por lo tanto, la experiencia de los EE. UU. es muy útil cuando se quiere delinear los términos de una adecuada ponderación entre los muchos intereses en juego e identificar las condiciones bajo las que el rechazo a intervenir pueda ser permitido por la ley (porque, como se ha dicho, es la ley la que tiene que atribuir el derecho a la objeción de conciencia).

III. LAS CONDICIONES PARA LA LEGITIMIDAD DEL TRATAMIENTO LEGAL DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

La exigencia de que la objeción de conciencia sea objeto de una adecuada regulación, a fin de eximir legítimamente del cumplimiento de un deber jurídico, proviene de la necesidad de que sea el legislador quien realice la ponderación entre las exigencias espirituales de la persona y las que fundamentan la imposición de un deber. Por esta razón, la ley tiene la tarea de indicar las condiciones y las modalidades de ejercicio del derecho a la objeción y las circunstancias en las que la creencia debe ceder ante otras necesidades, individuales o colectivas, predominantes.

1. EL RESPETO DEL PRINCIPIO DE LAICIDAD

Como hemos visto, en el campo específico de la objeción de conciencia a las intervenciones dirigidas a prevenir o interrumpir un embarazo, la intervención del legislador aparece fundamental para salvaguardar los derechos de las mujeres: es un dato ya confirmado que, donde la objeción de conciencia no está reglamentada, «su práctica no regulada está restringiendo cada vez más el acceso de la mujer a una amplia gama de servicios sanitarios, incluso el aborto y la anticoncepción» (22). En

(20) El Tribunal consideró este derecho como expresión del derecho a la *privacy* (Decimocuarta Enmienda): «El derecho constitucional a la intimidad es suficientemente amplio para incluir la decisión de la mujer sobre la interrupción del embarazo, aunque el derecho de la mujer no sea absoluto, porque el Estado puede valorar también los intereses importantes de la protección de la salud, del mantenimiento de estándares médicos y de la protección de la vida potencial». Así *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973).

(21) Sobre los diversos *Amendments* introducidos por el Congreso y dirigidos a ampliar progresivamente la obligación de respetar y de no discriminar a quién se niegue, por razones de conciencia, a participar en, o a asistir a determinadas operaciones o a cursos de formación, o incluso a eximir de la obligación de información al paciente y de envío a otro médico, v. FEDER J., *The History and Effect of Abortion Conscience Clause Laws*, Congressional Research Service, RS21428, 2005; SWARTZ M. S., cit., pp. 279 y ss.; NATIONAL WOMEN'S LAW CENTER, *Below the Radar: Health Care Provider's Religious Refusals can Endanger Pregnant Women's Lives and Health*, January 2011, www.nwlc.org.

(22) Así ZAMPAS C., ANDIÓN-IBAÑEZ X., «Conscientious Objection to Sexual and Reproductive Health Services: International Human Rights Standards and European Law and Practice», *European Journal of Health Law* 19 (2012) 255.

la mayoría de los casos, el rechazo a practicar o inducir un aborto, o a suministrar, prescribir o vender un anticonceptivo, se justifica por el objetor en razón de sus convicciones religiosas; en consecuencia, un primer límite con el que el legislador se encuentra en un Estado laico y democrata es el de la necesaria equidistancia respecto a las diferentes concepciones religiosas de los ciudadanos, no pudiendo privilegiar una confesión religiosa sobre las otras, ni al creyente sobre el ateo o el agnóstico.

Por ejemplo, no parecía respetar este principio el acuerdo, pactado (pero nunca firmado) en 2005 entre la Santa Sede y Eslovaquia, que daba la oportunidad de rechazar cualquier actividad considerada incompatible con la doctrina y la moral católicas (23). Enviado por la Comisión Europea a un grupo de expertos (*The European Union Network of Experts on Fundamental Rights*), con el fin de evaluar su compatibilidad con los derechos fundamentales y el Derecho de la UE, el acuerdo fue censurado por la posición de privilegio que atribuía a las convicciones religiosas en general y a las de la religión católica en particular, pero también por la inexistencia de indicaciones precisas sobre los límites de ejercicio del derecho a la objeción.

En la opinión de la doctrina norteamericana, se produce una violación del principio de laicidad, que en la Constitución de los Estados Unidos está contenido en la *Establishment Clause* de la Primera Enmienda («*El Congreso no hará ley alguna para establecer una religión o que prohíba practicarla libremente*») en numerosas leyes estatales que otorgan a los farmacéuticos el derecho a rechazar la venta de un contraceptivo de emergencia (como la píldora del día siguiente) por razones de conciencia. Esas leyes parecen tener una naturaleza «confesional» porque, sin una razón plausible, permiten la objeción considerando el comienzo del embarazo de manera contraria a los criterios científicos consolidados: en contra de la tesis de que el embarazo comienza con la implantación del embrión, reconocida en el ámbito médico, se atribuye importancia decisiva la etapa anterior, la de la fertilización, llegando así a la conclusión de que la píldora es abortiva, del mismo modo de la RU-486, que sin embargo provoca la expulsión de un feto ya implantado. Una posición que está en línea con muchas confesiones en el ámbito de la religión Cristiana (sin duda la Católica, pero también algunas del área Protestante como la Presbiteriana y la Bautista) y que contrasta con las convicciones de las religiones hebrea e islámica.

Por medio de estas leyes, pues, se permitiría a los farmacéuticos cristianos imponer sus creencias rechazando la venta de un producto (la píldora del día siguiente) que no es posible (o no es fácil) procurarse en otro lugar, «mientras que los no-cristianos con otras creencias religiosas sobre la vida no tienen un derecho equivalente a imponer sus creencias a los demás» (24). El Estado, pues, estaría

(23) Vid. a propósito de ello, MARCHEI N., «L'accordo tra la Santa Sede e la Slovacchia sull'obiezione di coscienza al vaglio del Parlamento europeo», *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, n. 1, 2007, pp. 203 ss.; ZAMPAS C., ANDIÓN-IBAÑEZ X., cit., p. 238 y s.

(24) ASÍ, KUBASEK N. K., TAGLIARINA D. C., STAGGS C., «The questionable constitutionality of conscientious objection clauses for pharmacists», *Journal of Law and Policy*, 16 (2007), pp. 225 y ss.; cfr. también TELISKA H., «Obstacles to Access: How Pharmacist Refusal Clauses Undermine the Basic Health Care Needs of Rural and Low-Income Women», *Berkeley J. Gender L. & Just.* 20 (2005), pp. 229 y ss. y EIDE K., «Can a pharmacist refuse to fill birth control prescriptions on moral or religious grounds?», *Cal. W. L. Rev.* 42 (2005), pp. 121 y ss. Espera una ley ad hoc, que garantiza los derechos de las mujeres a recibir la píldora, el Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Nota in merito alla obiezione di coscienza del farmacista alla vendita di contraccettivi d'emergenza*, 25 febrero 2011, p. 10 y s., publicada en CANESTRARI S., *Bioetica e diritto penale*, cit., pp. 161 y ss.

utilizando su poder para primar una confesión religiosa sobre las otras, en violación del *Establishment Clause* (25).

Consideraciones de este tipo podrían referirse en realidad a todas las leyes que permiten la objeción de conciencia en el campo médico, que no tendrían cabida dentro de un ordenamiento democrático. En realidad, solo en un ordenamiento democrático, que respete las convicciones de todos y de cada uno de los ciudadanos, los conflictos de conciencia pueden encontrar reconocimiento, siempre y cuando el derecho del objetor sea mantenido dentro de límites razonables a fin de evitar que sea sacrificado el derecho ajeno a recibir las prestaciones previstas por la ley y, en última instancia, a ver respetadas también sus propias convicciones (26). Como se ha observado atinadamente «aunque los médicos pueden tener el derecho de objetar, no deberían tener derecho de obstruir» (27).

En conclusión, el principio de laicidad impone al legislador la sumisión del derecho a la objeción de conciencia a algunas condiciones que garanticen la satisfacción de la pretensión a la prestación por parte de la mujer (y más en general del paciente). Estas condiciones se implican recíprocamente y están orientadas a evitar que el paciente padezca un daño como consecuencia de la objeción, al no poder recibir la prestación debida o teniendo que aceptar tiempos y modos excesivamente incómodos. Con este fin, parece imprescindible que la objeción no sea institucional (en aquellos supuestos en que pueda ser concebible, por la naturaleza privada de la estructura) sino individual, para poder remediar más fácilmente el rechazo a intervenir de una parte de los sanitarios. Igualmente esencial es no sólo que el objetor declare prontamente su elección, sino también que se le dé la necesaria publicidad, cuando la objeción pueda provocar inconvenientes para los pacientes (por ejemplo, porque algunos tratamientos solo están disponibles en ciertos días o en ciertos horarios). Finalmente, tiene que quedar claro al objetor que en caso de necesidad y urgencia las razones de su conciencia tendrán que ceder frente al derecho a la salud del paciente.

(25) No se puede olvidar que el Papa Benedetto XVI exhortó expresamente a los farmacéuticos católicos a rechazar la venta de los anticonceptivos de emergencia durante su discurso en el XXV Congreso de la Federación Internacional en octubre 2007.

(26) En el mismo sentido, ONIDA V., «L'obiezione di coscienza dei giudici e dei pubblici funzionari», en PERRONE B. (ed.), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Giuffrè, Milano, 1992, 368. Esto significa que sería contraria al principio de laicidad una ley que sacrificara los derechos ajenos para garantizar cierta impostación ideológica o confesional en la regulación de una materia: es lo que ocurrió por ejemplo con la ley italiana sobre la fecundación asistida (l. 19 febrero 2004 n. 40). *Cfr.* sobre ello DOLCINI E., *Fecondazione assistita e diritto penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2008.

(27) ASÌ, CANTOR J., BAUM K., «The Limits of Conscientious Objection – May Pharmacists Refuse to Fill Prescriptions for Emergency Contraception?», *New Eng. J. Med.* 351 (2008) 20012. En el sentido que sería ilegítima una ley que pusiera en riesgo el cumplimiento de un servicio por el número excesivo de objetores, D'ATENA A., «Commento all'art. 9 della l. 22 maggio 1978 n. 194», en BIANCA C. M., BUSNELLI F. D. (eds.), *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, I, p. 1660 s.; PARIS D., «Riflessioni di diritto costituzionale sull'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza a 30 anni dalla legge n. 194 del 1978», *Quaderni regionali*, 2008, pp. 1079 y ss.

2. NINGUNA LESIÓN AL PACIENTE

Una vez aclarado que la legitimidad de las leyes sobre la objeción de conciencia depende de los límites a la exención de la obligación jurídica de intervención y de los instrumentos a los que pueden recurrir para asegurar su respeto, la principal condición que debe ser impuesta al objetor es la necesidad de que el paciente reciba de otro modo la prestación a la que tiene derecho. No se puede olvidar que los hospitales y los centros sanitarios en general, así como las farmacias, tienen el monopolio de las prestaciones que proveen, de forma que el rechazo del objetor, si no está regulado y limitado adecuadamente, puede comportar para el paciente la imposibilidad absoluta de recibir esas prestaciones (28).

La disposición que regula la objeción de conciencia en la ley italiana sobre la interrupción del embarazo (art. 9 de la Ley de 22 de mayo de 1978 n.º 194) establece claramente que «los hospitales y los centros sanitarios autorizados están obligados en todo caso a asegurar el cumplimiento de los procedimientos previstos para (...) la realización de las intervenciones de interrupción del embarazo solicitadas».

A diferencia de la norma italiana –que no ha sido reproducida en la Ley 40/2004 sobre la fecundación asistida, que no dice nada al respecto– la contemplada en el artículo 19 de la reciente Ley española sobre la interrupción voluntaria del embarazo (Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo) establece que «Los profesionales sanitarios (...) tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia *sin que* el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia» (Art. 19).

Este último precepto parece atribuir al objetor la responsabilidad por la fallida asistencia al paciente, si no se ha hecho cargo del derecho de las mujeres a acceder a las prestaciones y a recibir prestaciones del mismo nivel cualitativo de las que el objetor podía proporcionar. Al contrario, sobre el centro sanitario podrán recaer las consecuencias de una mala organización del servicio que ha impedido las prestaciones sanitarias a los pacientes (pero incluso el centro podrá ser responsable frente a los objetores, si la desorganización ha impedido respetar su elección). En este sentido, el legislador español aclara que «Si excepcionalmente el servicio público de salud no pudiera facilitar en tiempo la prestación, las autoridades sanitaria reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación». Esto es en realidad un compromiso que, aunque no fuera declarado por escrito en la ley, correspondería en todo caso al centro sanitario asumir los costes económicos, mientras parece ser (tiene que ser) responsabilidad del médico objetor su realización en concreto.

En la jurisprudencia estadounidense pueden encontrarse casos en los que se ha impuesto a los hospitales las intervenciones médicas, a solicitud del paciente, dejando de lado las razones de conciencia y el derecho de objeción reconocidos por la ley. Por ejemplo, a mediados de los años 80 el Tribunal Supremo de New Jersey obligó al hospital en el que la paciente estaba ingresada, a prestarle la asistencia y

(28) Sobre la «*monopolistic nature of health care professionals' state-granted licenses*», SWARTZ M. S., cit., p. 279; v. también ALTA CHARO R., «The Celestial Fire of Conscience – Refusing to Deliver Medical Care», *New Engl. J. Med.*, 2005, p. 2473.

proceder a la suspensión de la alimentación artificial, al considerar demasiado complicado y oneroso (si no imposible) el traslado a otro centro, sólo para llevar a cabo la intervención (29).

El año anterior, en un caso análogo el Tribunal de apelación de New Jersey había impuesto también el tratamiento en el hospital donde la enferma estaba hospitalizada, en lugar de permitir su traslado a un centro diferente, que habría influido negativamente en el plano psicológico y emotivo de la mujer. Se lee a este propósito en la sentencia que «la alteración de la política del hospital, de no participar en la negativa o la retirada de la nutrición e hidratación artificial y la ofensa a las sensibilidades de los directores y del personal del hospital tuvieron razonablemente que sucumbir frente al sufrimiento psicológico de la paciente que había tomado, en el ejercicio de su derecho, una decisión informada a morir, que no quiso abandonar el hospital y que había encontrado consuelo en el entorno familiar y en la asistencia humana y en el personal profesional que la había cuidado los últimos 15 meses en el hospital; por lo tanto el hospital fue requerido a respetar la decisión del paciente, aunque fuera contraria a su política y a pesar de la propuesta presentada por el hospital de trasladarla a un centro alternativo, situado a 17 millas de distancia, con instalaciones comparables para el tratamiento y cuidado de pacientes, donde podría recibir una atención adecuada, aceptando su decisión de morir» (30).

Se observa, sin embargo, que ambas decisiones se refieren a intervenciones de interrupción del tratamiento para permitir morir al paciente (*end-of-life cases*) que dependen de su *rechazo* a la asistencia sanitaria: un derecho del enfermo que la jurisprudencia americana parece tener en mayor consideración que el de las mujeres a *recibir* una intervención, ya sea el aborto o el suministro de anticonceptivos. En estos casos, de hecho, la jurisprudencia muchas veces «ha mostrado simpatía por la objeción de conciencia debida a convicciones religiosas» (31), excluyendo que el médico pudiera ser obligado a intervenir.

3. RECHAZO INDIVIDUAL Y NO INSTITUCIONAL

Los dos casos decididos por los tribunales de New Jersey se refieren a dos hospitales que adoptaron una política de abstención con respecto a las interrupciones del tratamiento para permitir morir al paciente y en las que era tendencialmente imposible garantizar de otra manera la interrupción de la alimentación artificial. Independientemente del hecho de que en ambos casos los pacientes no sabían que no pudieran recibir ese tipo de intervención en los centros en los que estaban hospitalizados, la solución adoptada por los jueces era la única posible, porque el hospital no había planteado solución alternativa alguna en condiciones mínimamente

(29) *Cfr. In re Jobes*, 529 A.2d 434 ss. (N. J. 1987): la enferma, en coma vegetativo después de un accidente, habría tenido ser trasladada a otro centro exclusivamente por el tiempo necesario para interrumpir la alimentación artificial.

(30) *Cfr. In re Requena*, 517 A.2d 869 (N. J. Super. Ct. App. Div. 1986): los jueces aclaran que el respeto de la objeción de conciencia del establecimiento médico a no practicar intervenciones de final de la vida, no puede comportar el sometimiento del enfermo a un gravamen excesivo («debe limitarse a las circunstancias en las que es razonable y equitativo aplicarlo sin que sea una carga indebida para el paciente»).

(31) Así SWARTZ M. S., cit., p. 320, con referencias a la doctrina y la jurisprudencia.

aceptables para el paciente: una eventualidad que tiene, sin duda, más probabilidades de ocurrir cuando es todo un centro el que reclama la objeción de conciencia y no sólo algunas personas que trabajan en él.

El reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia del hospital –y no sólo de las personas que ahí trabajan– está presente en la mayoría de las *Conscience* (o *refusal*) *clauses* dispersas en las leyes de EE. UU., ya que, a mediados de los años 90, el Congreso intervino para poner fin a la orientación de los tribunales de legitimar la objeción sólo de los establecimientos privados, y solo a condición de que no recibieran ningún tipo de financiación por parte del Estado. Como es fácilmente intuible, las consecuencias de esta «legalización» de la objeción institucional recaen sobre las mujeres, sobre todo las que viven en zonas no urbanas, donde hay pocos hospitales y a lo mejor los existentes son todos católicos (32): se he estimado, por ejemplo, que entre las mujeres que han efectuado una interrupción del embarazo en el año 2000, el 25% ha tenido que dirigirse a un centro lejano, a unos 100 km de su casa, y un 8% a un centro situado más allá de los 200 km de distancia.

Los problemas se agravan si, como suele ocurrir, la mujer no puede saber de antemano si en un hospital determinado puede recibir la asistencia que necesita (que es un aspecto fundamental para evaluar la legitimidad de las leyes sobre la objeción de conciencia: v. *infra*). Por todas estas razones es evidente que el derecho a la objeción de conciencia no puede ser reconocido a la institución, sino más bien solo a la persona que ahí trabaja: solo así se puede garantizar que la prestación rechazada por el objetor (médico) se llevará a cabo por otro profesional (no objetor) en el mismo centro sanitario.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en el sentido de que el derecho a la libertad de conciencia –del que el derecho a objetar es expresión– es, por su naturaleza, solo individual, a diferencia del derecho a la libertad religiosa, excluyendo así que una persona jurídica pueda ser víctima de una violación del artículo 9 del Convenio Europeo: en este caso se trataba de una asociación austriaca para la rehabilitación de jóvenes adictos a las drogas, que se negó a cooperar con la autoridad investigadora, respetando el compromiso al secreto al que habían llegado con sus pacientes, impuesto a todos sus empleados (33).

Un perfil claramente *individual* caracteriza la objeción de conciencia regulada por las leyes de los Estados europeos considerados anteriormente (34). En España, el artículo 19 de la Ley Orgánica 2/2010 establece expresamente que «el rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión *siempre individual* del personal sanitario». La legislación italiana, por su parte, resulta exclusivamente aplicable al «personal sanitario y

(32) En los Estados Unidos gran parte de la asistencia sanitaria, sobre todo de calidad, está en manos de los hospitales católicos: en 2002, 7 de los 10 mejores hospitales de toda la federación eran católicos. Estos hospitales observan el *Ethical and Religious Directives for Health Care Services*, emitido por *United States Conference of Catholic Bishops*, que prohíben, entre otras cosas, los abortos (sin excepciones), la esterilización, la anticoncepción y la asistencia a la procreación: v. www.usccb.org.

(33) *Cfr.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 12 de octubre 1988, Verein «Kontakt-Information-Therapie» (*KIT*) and *Siegfried Hagen* v. Austria.

(34) Ha excluido que sea inconstitucional la supresión de la objeción de conciencia institucional realizada por la *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception* del 30 de mayo 2001, el Conseil Constitutionnel, 27 junio 2001, *décision* n. 2001-446.

a los auxiliares», según la fórmula de la Ley 194/1978 sobre la interrupción del embarazo y la de la Ley 40/2004 sobre la procreación asistida, aunque esta última, a fin de evitar cualquier malentendido, aclara que los auxiliares que pueden rechazar por motivos de conciencia son solo los «sanitarios» (35).

4. LA PUBLICIDAD DE LA OBJECCIÓN

Una condición importante para la legitimidad del reconocimiento de la objeción de conciencia en el ámbito sanitario es que se dé la información más amplia posible de la voluntad de ejercitar ese derecho, así como de la presencia de objetos en el centro sanitario. Este es un aspecto crucial de la regulación de la objeción, para hacer efectiva la garantía de que el paciente reciba la prestación sanitaria a la que tiene derecho: de un lado, permitiéndole al enfermo elegir otro centro o a otro médico y, del otro lado, permitiendo al centro mismo organizarse con el fin de garantizar a todos la intervención rechazada por el objetor.

En Estados Unidos esta obligación de información no es requerida por la ley y, en todo caso, no es considerada relevante: el interés del centro en no dar a conocer la dificultad o la imposibilidad con las que puede toparse la mujer que quiere afrontar un aborto, o necesite otro tipo de ayuda en este ámbito, prevalece sobre el derecho de esta última, que queda obligada a renunciar a la intervención o a la cura, o bien a gastar energías, tiempo y dinero para recibirlas en otro lugar, después de haber conocido a sus expensas que no puede recibirlas en el hospital al que acudió en primer lugar.

Problemas de falta o insuficiente información estuvieron presentes también en el caso juzgado por el TEDH en 2011 y que llevaron a la condena del Estado polaco debido a las deficiencias en la regulación de la materia, que obligaron a una mujer embarazada a vagar de médico en médico buscando a alguien dispuesto a ayudarla para alcanzar las prestaciones a las que tenía derecho (36). Una adecuada información del paciente fue también considerada necesaria en la regulación de la materia por la Asamblea del Consejo de Europa: en la Resolución 1763 (2010) se invita a los Estados a garantizar «que los pacientes sean informados de la objeción de conciencia en el momento oportuno y que sean remitidos a otro médico».

En este sentido, las leyes italianas mencionadas (la de la interrupción del embarazo y la de la fecundación asistida) son particularmente ricas en indicaciones: además de solicitar al objetor una declaración previa, imponen su comunicación al director sanitario del centro donde ejerce su profesión, a fin de que este último pueda organizarse en consecuencia. La declaración del objetor, que es siempre revocable, puede realizarse no sólo al principio sino también en el curso de su actividad laboral: en este último caso la declaración surtirá efecto solo «después de un mes de su presentación».

(35) Con respecto a la Ley 194/1978 hay en la doctrina una interpretación según la cual el portero podría ser objetor, porque realiza una actividad «auxiliadora» (aunque no sea sanitaria): así CASINI C., CIERI F., *La nuova disciplina dell'aborto*, Cedam, Padova, 1978, pp. 160 y ss.; *contra*, por todos, PADOVANI T., «Procreazione (dir. pen.)», *Enc. Dir.*, vol. XXXVI, 1987, p. 982.

(36) *Cfr.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 28 de noviembre 2011, R. R. v. Poland, cit.

Aunque parece ridículo enfatizar estas disposiciones a la luz de la dramática situación que se ha producido en Italia a este respecto (v. *retro*, I), hay que señalar que el artículo 9 de la Ley 194/1978, además de responsabilizar *en todo caso* a los hospitales por el desarrollo de las intervenciones de interrupción del embarazo solicitadas, atribuye a las Regiones la tarea de «controlar y garantizar» el cumplimiento de la ley «incluso a través de la movilidad del personal». Se plantea en este caso la cuestión de saber si, frente a la carencia de personal dispuesto a efectuar las intervenciones previstas por la ley, el hospital puede contratar a médicos no objetores, o (puesto que los conflictos de conciencia pueden surgir en un momento posterior) de médicos que se comprometan a no presentar demanda de objeción (37).

Esta solución fue adoptada en el año 2010 por la Región Puglia en una resolución dirigida a la reorganización de la Red de centros de planificación familiar (38), que excluía a los ginecólogos objetores del plan de reclutamiento. La exclusión determinó la anulación de la resolución por parte del Tribunal Administrativo Regional (TAR) de Puglia, por violación de la libertad de conciencia y de religión de los ginecólogos objetores, así como por violación del principio de igualdad. Sin embargo, en la sentencia no se niega la posibilidad de que la Administración cubra en el futuro puestos vacantes en los centros de planificación familiar, asignando el 50% de los puestos a los especialistas médicos que no sean objetores de conciencia y el 50% restante a los especialistas médicos objetores. Se propone así una solución que parece difícilmente practicable cuando el número de los objetores sea ya elevado y los puestos a cubrir no sean suficientes para poder restablecer el equilibrio.

Una posición diferente adoptó a principios de los años 80 el TAR de la Región Emilia-Romaña, que se declaró en un nivel teórico a favor de que la contratación exclusiva de sanitarios no objetores, pueda considerarse coherente con el principio de igualdad, cuando sea necesaria para permitir el ejercicio de la función pública para la que el sanitario ha de ser contratado (39).

La situación actual en Italia sugiere que el uso de estos procedimientos en el reclutamiento selectivo del personal es absolutamente necesario y urgente y se puede imaginar que si los hospitales (y las Regiones que controlan su gestión) fue-

(37) El conflicto de conciencia puede surgir también por un cambio en las condiciones iniciales de trabajo: un problema de este tipo, por ejemplo, está a la base del reciente caso *Dogan v Greater Glasgow and Clyde Health Board* en el que dos parteras (en este caso, ya objetoras) a partir de un determinado momento, se encuentran con el deber de asistir a las mujeres parturientas en la misma sala utilizada para realizar los abortos farmacológicos, que habían aumentado notablemente tras el cierre de otro hospital de la ciudad. El recurso, dirigido a conseguir la exención para llevar a cabo cualquier actividad, incluso de tipo organizativo, en la sala partos, fue rechazado en un primer momento por el Tribunal Civil de Escocia y finalmente aceptado por el Tribunal Superior (2013 S. L. T. 517). Sobre el tema de la objeción sobrevenida, *cfr.* STC 161/1987, de 27 de octubre de 1987, que ha desestimado la cuestión de inconstitucionalidad del art. 1.3 de la Ley 48/1984 que no permite ejercer el derecho a la objeción de conciencia *durante* el servicio en filas.

(38) *Cfr.* Consejo Regional de Puglia, deliberación n. 735 del 15 marzo 2010 («Proyecto para la reorganización de la red consultorial»); sobre la anulación de la resolución v. TAR. Puglia, sez. II, 14 septiembre 2010, n. 3477, www.statoechiese.it, con nota de PARIS D., «Medici obiettori e Consultori pubblici».

(39) *Cfr.* TAR. Emilia-Romagna, Sez. Parma, 13 diciembre 1982, n. 289, *Giust. Civ.*, 1983, pp. 3139 y ss.; en el mismo sentido, TAR. Campania, sez. IV, 3 maggio 1989, n. 78, *Tribunali Amministrativi Regionali*, 1989, I, 2570.

ran efectivamente responsables del cumplimiento de la ley sobre la interrupción del embarazo, nadie más tendría dudas de la legitimidad de estas cláusulas (40).

5. OBLIGACIÓN DE INTERVENCIÓN EN CASO DE NECESIDAD

Por último, la primacía de la asistencia al enfermo frente a las creencias personales del médico, garante de la salud del paciente, comporta que la objeción de conciencia nunca estará permitida en situaciones de emergencia, en las que la falta de intervención del médico pueda poner en peligro la vida o la salud del paciente: en este sentido la sección 4 de la ley británica sobre la interrupción del embarazo (*Abortion Act 1967*) declara en el segundo inciso de modo categórico, que la exención de la participación en la intervención abortiva no excluye «cualquier obligación de participar en el tratamiento que sea necesario para salvar la vida o para evitar daños permanentes en la salud física o mental de una mujer embarazada».

El deber de intervenir en caso de necesidad está previsto expresamente también en la ley italiana sobre la interrupción del embarazo: el 5.º inciso del artículo 9 de la Ley 194/1978 dispone que «la objeción de conciencia no puede ser invocada por el personal sanitario ni por los auxiliares de clínica cuando, dadas las circunstancias especiales, su intervención personal es indispensable para *salvar la vida de la mujer en peligro inminente*».

Se trata de una previsión muy limitada, porque no contiene ninguna referencia a la *salud* psíquica y física del embarazada, como se establece en la disposición inglesa previamente invocada. Sin embargo, el profesional tiene que actuar siempre que la situación lo requiera, por la posición de garantía que ocupa respecto de sus pacientes y con los que entra en contacto dentro del centro sanitario donde trabaja; por esta razón, se le impone también la obligación de intervenir antes de que se encuentre en presencia de un «peligro inminente para la vida» de la mujer, determinando su omisión una responsabilidad penal, que la posición de objetor no puede justificar.

IV. CONCLUSIÓN

Terminado el análisis de las condiciones de la legitimidad de las leyes sobre la objeción de conciencia en el ámbito sanitario, es evidente el camino que el legislador debe tomar para impedir el abuso del derecho de rechazo por razones de conciencia. A tal fin, también el papel del Derecho penal parece importante por su función preventiva y represiva y como medida extrema a la que recurrir cuando otras se revelan ineficaces.

Sin duda alguna, el objetor que rechace una intervención debida puede incurrir en responsabilidad penal no solo cuando hay una situación de emergencia por la que todos los sanitarios tienen obligación de intervenir, sino también cuando su

(40) Favorable a la legitimidad de una cláusula de este tipo se declara también RODOTA' S., «Problemi dell'obiezione di coscienza», *Quad. dir. pol. eccl.*, 1993, 1, 64; en sentido contrario, MANTOVANI F., cit. p. 184.

rechazo impide, por ejemplo, a una mujer interrumpir el embarazo, recibir un producto anticonceptivo, o someterse a una de las técnicas de reproducción asistida dentro de uno de los centros de salud autorizados.

Hemos visto antes, que el respeto a las razones de conciencia del objetor nunca puede justificar la falta de respeto de los derechos (y de las convicciones personales) de la mujer a tomar decisiones sobre su salud sexual y reproductiva. Por esta razón carga sobre el objetor la obligación de asegurarse que al mismo tiempo, o en un lapso de tiempo aceptable, otro médico no objetor realice la prestación rechazada por él. Se trata de una obligación que es independiente de la eventual responsabilidad del centro sanitario por su desorganización en la gestión de las intervenciones, y que existe también si el objetor no tiene culpa de la situación porque, por ejemplo, había comunicado a su tiempo su intención de objetar.

Análogamente a cuánto se impone para que la delegación de las funciones de gestión y de control exima de responsabilidad penal, el objetor será liberado de la obligación de intervenir –penalmente sancionada– solo cuando la persona a la que haya (implícitamente) delegado su cumplimiento haya asumido efectivamente la función delegada. Lo que significa concretamente que el sanitario no puede limitarse a indicar a la mujer otro médico del centro sanitario que estará disponible a acoger su solicitud en otro horario o en otro día, sino que tiene que «acompañar» idealmente a la mujer en su camino (y en su espera) hasta el encuentro con el médico no objetor (41). Solo cuando la mujer está «en las manos» de este último, el objetor se libera de cualquier obligación, incluso aquella por la que ha expresado su objeción de conciencia (42).

Si la exención de responsabilidad del objetor está condicionada a la efectiva satisfacción de la exigencia del paciente, no tienen gran relevancia las dos cuestiones que hoy son las más discutidas en este ámbito: la de las reales motivaciones que llevan al médico a objetar (distinguiéndose entre la objeción de conciencia y la objeción de conveniencia) y la, particularmente complicada, del tipo específico de actividad que el objetor puede legítimamente rechazar (43).

(41) Es interesante anotar que algo parecido está previsto en el Código Ético de las Enfermeras, adoptado por el *Canadian Nurses Association* (CNA) en 2008: «Si se solicita asistencia de enfermería que esté en conflicto con las creencias y los valores morales de la enfermera pero en consonancia con la práctica profesional, la enfermera proporcionará atención segura, compasiva, competente y ética, hasta que se den cuidados alternativos para satisfacer las necesidades o deseos de la persona». Sobre la oportunidad de que estas indicaciones sean acogidas por la *Canadian Medical Association* (CMA) y por la *American Medical Association* (AMA) en el ámbito de sus Códigos Éticos, CLIPSHAM P., «Comparing Policies on Conscientious Refusals: A Feminist Perspective», *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 2013, n.º 1, pp. 159 y ss. En el mismo sentido, DICKENS B. M., COOK R. J., «The scope and limits of conscientious objection», *International Journal of Gynecology & Obstetrics* 71 (2000) 71-77.

(42) En una investigación sobre la percepción de los deberes del médico en los casos de objeción de conciencia, que se llevó a cabo en 2003 entrevistando a cerca de 2000 médicos estadounidenses, ha resultado que muchos de ellos no se sienten obligados a dar información a los pacientes sobre las prácticas médicas éticamente cuestionables o remitirlos a otro médico: *cfr.* CURLIN F., LAWRENCE R., CHIN M., LANTOS J., «Religion, Conscience and Controversial Clinical Practices», *New Engl. J. Med.*, 2007, pp. 593 ss.

(43) Hay numerosas sentencias que tratan estos problemas de delimitación: merece ser recordada aquí, House of Lords, 1 diciembre 1988, R. v. Salford HA Ex p. Janaway, sobre el caso del secretario de la oficina de un médico que se negó a escribir la carta para permitir la asistencia de un ginecólogo a una mujer que quería interrumpir su embarazo.

Es evidente que, si lo que interesa es el respeto del derecho de la mujer (o del paciente en general) a la prestación, poco importa indagar sobre las creencias del objetor a fin de establecer su responsabilidad penal: este aspecto, sin embargo, puede interesar al centro sanitario en el que el objetor trabaja y que a consecuencia de la presencia de objetores en su seno tendrá que organizarse para garantizar la asistencia y las prestaciones que le sean solicitadas.

Del mismo modo, es de menor interés la identificación exacta de los límites entre las actividades que son legítimamente objeto de rechazo y las que se deben efectuar porque son anteriores o posteriores a aquellas a las que la ley generalmente se refiere cuando reconoce el derecho a la objeción de conciencia. Así, por ejemplo, en la jurisprudencia italiana es reciente el caso de un médico objetor que estaba de guardia en un departamento de obstetricia y ginecología y que se negó a prestar asistencia a una mujer que estaba en la sala de partos porque presentaba sangrado a consecuencia de un aborto farmacológico.

Con una interpretación justamente restrictiva de la norma, los jueces han excluido la legitimidad del rechazo, al considerar cumplida la actividad «específicamente y necesariamente dirigida a determinar la interrupción del embarazo» que, en el caso de aborto farmacológico, consistiría en la preparación y suministro del fármaco abortivo. A pesar de esto, la condena del objetor se justificaba sobre todo por el rechazo a intervenir frente a las solicitudes de la enfermera y de la partera en un primer momento y del Jefe del departamento (también objetor) y del Director administrativo sucesivamente, aunque la mujer no estuviera en peligro inminente de muerte. En la condena al objetor por denegación de un servicio público (art. 328 CP italiano), los jueces italianos han reconocido expresamente que el objetor tiene la obligación de «intervenir para garantizar el derecho a la salud de la mujer» cuando, como en este caso, es el único que puede hacerlo (44).

Este caso es un ejemplo de cómo se puede abusar del derecho a objetar por razones de conciencia, convirtiendo un instrumento creado para garantizar el respeto de las opiniones minoritarias en un instrumento de agresión y de negación de los derechos de los demás y, sobretodo, por enésima vez, de los derechos de las mujeres.

(44) Así Cass. 27 novembre 2012, n. 14979, in www.penalecontemporaneo.it

