

EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN
EN LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DEL
DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE LOS
PROFESIONALES SANITARIOS EN EL CONTEXTO
DE «NUEVOS DERECHOS»: LOS CASOS DEL ABORTO
Y LA EUTANASIA*

*The role of public administration on the establishment
of the content of health care professionals right to
conscientious objection in the context of «new rights»:
the cases of abortion and euthanasia*

Marta Albert Márquez
Universidad Rey Juan Carlos (España)
marta.albert@urjc.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp153-189](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp153-189)

Recibido: 30.10.2018

Aceptado: 21.11.2018

Resumen

El artículo tiene por objeto el análisis del papel de la Administración en la determinación del contenido y de la titularidad del derecho a la objeción de conciencia. En

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Albert Márquez, Marta. 2018. «El papel de la administración en la determinación del contenido del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en el contexto de “nuevos derechos”: los casos del aborto y la eutanasia». *Estudios de Deusto* 66, n.º 2: 153-189. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp153-189](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp153-189).

particular, se centra en el caso de la objeción de los profesionales sanitarios en el contexto de «nuevos derechos» como el aborto y la eutanasia. En primer lugar se analiza la regulación de la objeción en el caso del aborto, y la determinación mediante acto administrativo de quiénes pueden objetar y de cómo deberán hacer constar su condición de objetores. A continuación, la experiencia del caso de la objeción al aborto se emplea para analizar y valorar la regulación de la objeción de los sanitarios en la reciente Proposición de Ley de Eutanasia.

Palabras clave

Administración pública; Objeción de Conciencia; Aborto; Eutanasia.

Abstract

The paper analyses the role of public administration on the establishment of the content and entitlement of the right to conscientious objection. It focuses on conscientious objection of health care professionals in the context of «new rights» as abortion or euthanasia, and the establishment, through administrative acts, of who is able to become objector and how he or she should indicate his or her condition. Hereunder, the experience on objection to abortion is used to analyse and value the legal regulation of health care professionals conscientious objection in the euthanasia recent legislative proposal.

Keywords

Public Administration; Conscientious Objection; Abortion; Euthanasia.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA CULTURA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA. III. LA RELACIÓN ESPECIAL DE SUJECIÓN Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: ¿ES LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA UN DERECHO FUNDAMENTAL? IV. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE LOS MÉDICOS DE ATENCIÓN PRIMARIA. ESPECIAL REFERENCIA AL DEBER DE INFORMAR A LA MUJER CON IDEACIÓN DE ABORTO EX ARTÍCULO 19 DE LA LEY 2/2010, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA E INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO. V. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA DE LA EUTANASIA. VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El pluralismo ideológico, religioso, moral y cultural de nuestras sociedades es cada vez más intenso. Esta creciente diversidad es uno de los factores que más incisivamente ha determinado un inusitado protagonismo de la institución jurídica de la objeción de conciencia en los últimos años, calificado como un auténtico «big ban jurídico»¹.

Para explicar esta «explosión» de la objeción de conciencia se citan a menudo otras variables, como el progreso de la ciencia, que abre posibilidades desconocidas hasta ahora y que traen consigo problemas de carácter ético (piénsese, por ejemplo, en la investigación con células madre de origen embrionario, o en la dispensación de la píldora postcoital, o en los problemas que genera la atención sanitaria al final de la vida). Y siendo todo esto cierto, no lo es menos que si nuestras sociedades tuvieran una respuesta de consenso a estos nuevos desafíos, la objeción no hubiera explotado como lo ha hecho en las últimas décadas.

Este clima de pluralidad ha contribuido a una más nítida percepción de las dificultades que entraña la denominada «neutralidad ética del Estado»². Cuando en una sociedad hay diversas cosmovisiones, y cada una de ellas implica una distinta respuesta a un determinado problema jurídico, es mucho más fácil que nos apercebamos de que, como aseveraba con especial

¹ Rafael Navarro Valls, Javier Martínez Torrón, *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, (Madrid, MacGraw Gil, 1997), 243.

² El profesor Andrés Ollero la califica como sencillamente «imposible»: «parece obvio que al discutirse si los poderes públicos deben sancionar penalmente una conducta o dejar que cada cual haga de su capa un sayo, optar por lo segundo no demuestra neutralidad alguna; supone suscribir sin más la segunda alternativa», Andrés Ollero, *El Derecho en Teoría. Perplejidades jurídicas para crédulos*, (Madrid Thomson Aranzadi, 2007), 195-196.

claridad Recasens Siches «normar es elegir»³. Elegir entre determinadas posibilidades de comportamiento ante una misma situación o problema, y seleccionar solo una como prohibida, otro como permitida, o acaso como debida.

El hecho de que el Estado opte, de forma más o menos explícita por una de esas posibilidades (tributarias de diversas concepciones del mundo con alguna vigencia en nuestras sociedades) provoca de forma casi ineludible el surgimiento de deberes jurídicos, y, sobre todo, genera el nacimiento de esos deberes en personas que pueden sentir un profundo rechazo moral a la realización de las conductas a las que resultan obligados por el ordenamiento jurídico.

El objeto de este trabajo consiste en analizar la forma en la que la Administración contribuye y ha contribuido a la determinación del contenido del derecho a la objeción, en particular, a concretar quién puede ser considerado objeto y cuáles son los límites a los que puede someterse el derecho a la objeción.

Ocurre que también el protagonismo de la Administración en el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia se ha incrementado notablemente en nuestros días, en parte por la propia ampliación del ámbito competencial de la Administración (en relación, por ejemplo, a los actos de jurisdicción ordinaria⁴) y también (y este es el fenómeno que nos ocupará en las páginas siguientes) por la progresiva aparición de «nuevos derechos», que implican la consiguiente asunción de nuevos deberes estatales, que se traducen en el nacimiento de deberes jurídicos que recaen directamente sobre los funcionarios públicos, como proyecciones de un deber general del Estado de garantizar el eficaz ejercicio de estos «nuevos derechos».

La necesidad de acotar el objeto de este trabajo, que por obvias razones no puede abarcar en su totalidad el papel desempeñado por la Administración pública en la tutela del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, nos lleva a ocuparnos únicamente del rol de la Administración en la determinación

³ Luis Recasens Siches, *Introducción al Estudio del Derecho*, (México Porrúa, 1970) 79.

⁴ Desde la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE de 2 de octubre de 2015), en cuya Exposición de Motivos se ponía de manifiesto que la Administración pública se ha modernizado y, por tanto, «hoy han perdido vigencia algunas de las razones que justificaron históricamente la atribución de la jurisdicción voluntaria, en régimen de exclusividad, a los Jueces». Como se ha señalado, este nuevo escenario ha dado lugar a nuevos problemas relacionados con la objeción, por ejemplo, en el caso de los notarios, vid., Rafael Palomino, *Objeción de conciencia de los notarios españoles con motivo de la nueva ley de jurisdicción voluntaria*, Revista Jurídica Digital UANDES 1 (2017), 67-84.

del derecho a la objeción de conciencia en el contexto del surgimiento de «nuevos derechos» con un claro contenido prestacional.

De entre esos «nuevos derechos» nos centraremos a continuación en dos: el derecho al acceso a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo y el derecho a solicitar la prestación de ayuda a morir. El primero obtuvo vigencia con la ley 2/2010, de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo. La aprobación del segundo está actualmente en tramitación parlamentaria, siendo la pieza esencial de la Proposición presentada por el grupo parlamentario socialista a la mesa del Congreso de los Diputados con fecha de 3 de mayo de 2018, de Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia.

El objetivo de vincular el análisis de estos dos nuevos derechos y de la posibilidad de ejercer, por parte de los funcionarios públicos, la objeción de conciencia a los correlativos deberes que de ellos dimanar se justifica por razón de la similitud (práctica identidad) en la forma en la que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia es regulado en ambos casos. La regulación propuesta para la objeción de los profesionales sanitarios en la Proposición de Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia es un trasunto casi literal en algunos párrafos de sus artículos de lo establecido en la Ley de Salud Sexual y Reproductiva e Interrupción Voluntaria del Embarazo.

Tanto el aborto como la eutanasia plantean obvios problemas desde el punto de vista moral que condicionan su tratamiento jurídico y, sobre todo, por lo que aquí importa, que, en un contexto de sensibilidades morales no ya diversas, sino antagónicas, exigen un planteamiento adecuado de la objeción de conciencia del personal sanitario cuando se convierten en actos debidos jurídicamente, haciendo recaer sobre el médico un deber de participar en la interrupción voluntaria de un embarazo o de ayudar a morir a un paciente, eufemismos ambos bajo los que evitamos aludir a la muerte de un ser vivo perteneciente a la especie humana (antes de su nacimiento o después de él, en este último caso en las condiciones patológicas que describiré más adelante).

En la implementación del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo, la administración pública ha desempeñado un importante y, en ocasiones, polémico papel. Este protagonismo administrativo se centró en dos ejes principales: la determinación de quiénes eran exactamente los profesionales sanitarios «directamente implicados» en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo (únicos a los que la ley reconocía la posibilidad de objetar) y la articulación jurídica de la obligación que sobre estos profesionales recaía de manifestar su condición de objetores «por anticipado y por escrito», lo que dio lugar posteriormente a la polémica creación de los Registros públicos de objetores.

Ambas cuestiones se repiten en el planteamiento de la Proposición de Ley Orgánica de Eutanasia, que reconoce el derecho a la objeción al deber de

prestar «ayuda a morir» a los profesionales «directamente implicados» y que crea un «registro de objetores», esta vez ya de forma explícita en el texto de la Proposición.

Lo que me propongo en las siguientes páginas es analizar el papel que desempeñó la Administración pública en la tutela del derecho a la objeción en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo, con el ánimo de extraer conclusiones que puedan iluminar la actual discusión sobre las posibilidades de objeción de los funcionarios públicos al deber de prestar «ayuda» a morir en los términos establecidos por la Proposición actualmente en tramitación parlamentaria.

Me permito subrayar de antemano que, en mi opinión, el legislador debe ser especialmente cuidadoso cuando regule el derecho a la objeción al deber de prestar ayuda a morir. No es que en otros contextos la objeción sea irrelevante jurídicamente, pero en este caso el asunto plantea una complejidad especial, debido a un hecho que no puede pasar desapercibido. La ayuda a morir que la Proposición convertirá, de aprobarse, en un derecho, constituye en la actualidad, *mutatis mutandis*, un delito regulado en el artículo 143 del Código Penal⁵ y un acto explícitamente prohibido por el Código Deontológico de la Organización Médica Colegial, que en su artículo 36.3 establece que «*el médico nunca provocará intencionadamente la muerte de ningún paciente, ni siquiera en caso de petición expresa de éste*».

No podemos ocuparnos aquí de la significación que posee el tránsito de delito a derecho en la reglamentación jurídica de una acción, o el obligar a unos profesionales a hacer lo que su deontología les prohíbe, pero, al menos, debe subrayarse el hecho de que, si finalmente este derecho a morir se introduce, es de prever que surjan con especial intensidad problemas relacionados con la objeción de conciencia al cumplimiento forzoso de lo que hasta ahora merece la reprobación penal por tratarse de una acción constitutiva de delito y la reprobación deontológica por tratarse de un acto contrario a la más elemental ética médica⁶.

⁵ En los siguientes términos: «El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.» En el caso del aborto, medió al menos la despenalización de 1985, que supuso algo así como un paso intermedio entre el delito en sentido estricto y el derecho subjetivo. En contra vid., Ignacio Sánchez Cámara, «De delito a derecho. El declive de la protección jurídica de la vida», *Cuadernos de Bioética*, 1(2012): 25-36.

⁶ Para algunos autores como Jose Miguel Serrano, el problema de la objeción de conciencia a la eutanasia representa realmente el problema de la identidad de la medicina misma. Vid., Jose Miguel Serrano Ruiz-Calderón, «Objeción de Conciencia y Eutanasia», en *Anua-*

II. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA CULTURA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA

Antes de comenzar el análisis del tema que más concretamente nos ocupa, me parece fundamental introducir el problema de la objeción en el contexto general de la cultura jurídica contemporánea, pues este contexto es el medio natural, la circunstancia en la que surge para nosotros la objeción de conciencia como un problema. La forma en la que la Administración responde a él es tributaria de la cultura jurídica en la que vive inmersa, y no podría comprenderse a través de un análisis que la explicara como si de un compartimento estanco se tratase.

Afrontemos, pues, dos interrogantes previos: ¿En qué consiste el derecho a la objeción de conciencia? y ¿qué sensibilidad hacia él predomina como actitud en las sociedades multiculturales?

De entre las múltiples definiciones doctrinales de esta pretensión jurídica, me parece particularmente pedagógica la del filósofo del derecho italiano Francesco Viola, que define la objeción de conciencia como «la pretensión de quien, en nombre de la propia conciencia, se niega a obedecer un precepto jurídico, a cuya observancia está obligado como destinatario de las normas de un determinado ordenamiento jurídico»⁷.

En ella encontramos los tres elementos imprescindibles para que quepa hablar de objeción de conciencia, comúnmente admitidos por la doctrina que ha estudiado el fenómeno de la objeción⁸: primero, la conciencia de un ciudadano, que puede estar fundada en motivos religiosos, morales o

rio de Derechos Humanos, 9 (2008): 524. Estos son los últimos datos sobre posibles objetos a la eutanasia aparecidos en prensa: «En la última encuesta que hicimos a los representantes de los colegios en 2010, el resultado fue que más del 70 por ciento de los médicos estaban en contra de la despenalización [de la eutanasia] y solo un 10 por ciento estaba dispuesto a darle esta asistencia al paciente y acompañarle hasta el final». Vid., <https://www.diariomedico.com/normativa/el-medico-se-enfrenta-a-la-eutanasia-sin-paliativos.html>

⁷ Francesco Viola, «L'obiezione di coscienza come diritto», *Persona y Derecho*, n.º 61 (2009): 53-71.

⁸ Vid., Angela Aparisi, José López Guzman, «El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto. De la fundamentación filosófico-jurídica a su reconocimiento legal» en *Revista Biomedicina*, noviembre (2009): 51; Guillermo Escobar Roca, *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993) 39 y ss; Rafael Navarro Valls y Javier Martínez-Torrón, *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, (Madrid, McGraw-Hill, 1997) 14-15; Luis Prieto Sanchís, «La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho», *Sistema, Revista de Ciencia Sociales*, 59 (1984): 49; Javier Martínez Torrón, «Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 79 (1992): 200 y ss; Fátima Flores Mendoza, *La objeción de conciencia en el derecho penal*, (Granada, Comares, 2001).

vinculados a una determinada cosmovisión⁹; segundo, una obligación, que recae directamente sobre el destinatario de esa norma, haciendo nacer en él un deber jurídico eficaz contrario a los dictados de la conciencia individual, y, por último, una oposición o conflicto grave entre el deber moral y el deber jurídico.

La presencia de estos tres elementos es condición necesaria pero no suficiente para el reconocimiento del derecho a la objeción. Constituyen, por así decir, su presupuesto¹⁰. Su efectivo reconocimiento depende, además, de otras variables, que tienen que ver con la proporcionalidad de la limitación de derechos ajenos, o con la sostenibilidad del servicio público prestado, cuando sea el caso.

Todo parece indicar que cuanto mayor sea el grado de relativismo presente en la moral social, mejor acogida encontrará en ella la pretensión de practicar la objeción de conciencia. Sin embargo, ocurre habitualmente el fenómeno contrario, y sociedades tolerantes y progresistas como las del occidente contemporáneo, las sociedades de la «postverdad», plantean cada vez mayores impedimentos para el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia.

Esta paradoja exige un análisis un poco más minucioso del relativismo ético en tanto moral social dominante. El relativismo en ética implica, como es sabido, la afirmación de la tesis de que nada es bueno o malo *per se*. Parfraseando a Ortega y Gasset, cabría definir el relativismo ético como la creencia en que somos nosotros quienes damos el valor a la cosa a través de actos de preferencia y postergación, siendo las cosas, de suyo, indiferentes moralmente¹¹.

⁹ De hecho, la doctrina hace referencia a un proceso de secularización de la objeción de conciencia, que cada vez con mayor frecuencia encontramos fundada en una motivación no religiosa, *vid.*, Francisco Oliva Blázquez, *La objeción de conciencia ¿un derecho constitucional?* *Conference Paper*, disponible en https://www.researchgate.net/publication/276338319_LA_OBJECCION_DE_CONCIENCIA_UN_DERECHO_CONSTITUCIONAL 1. Como veremos, en el caso concreto que nos ocupa, la motivación esgrimida por la práctica totalidad de los objetores es de carácter estrictamente deontológico.

¹⁰ No ha lugar, por tanto, la determinación de si ha de reconocerse o no el derecho a la objeción cuando falta alguno de estos requisitos, como ocurre, por ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico actualmente en el caso de la eutanasia. Constituyendo esta un delito, no puede afirmarse la existencia de ningún deber que se imponga de modo directo sobre el profesional sanitario en orden a la efectiva satisfacción de la prestación. Por tanto, aunque en el debate público pueda mencionarse la posibilidad de objeción para los profesionales sanitarios en este contexto del final de la vida, se trata de un empleo impropio o, al menos, poco preciso del término.

¹¹ Ya que, según Ortega, «no es, pues, ni nuestro deseo, ni nuestro agrado, ni nuestro amor; no es acto alguno del sujeto quien *da* el valor a la cosa», *Vid.*, José Ortega y Gasset,

Esta convicción augura, a priori, como señalábamos, un futuro halagüeño para la objeción de conciencia: si nada es bueno o malo en sí, y cada cual convierte una acción en justa o injusta en la medida en que la juzga de esta forma, el Estado carecería de razones «fuertes» que avalaran las normas jurídicas cuyo cumplimiento podría repeler algunas conciencias, y, por tanto, carecería de razones de peso para no reconocer el derecho a la objeción de conciencia.

Sin embargo, la situación dista mucho de parecerse a esta descripción. A mi juicio, la interpretación crecientemente restrictiva sobre cuándo y cómo podemos objetar en conciencia se explica, en parte, porque el relativismo ético no es, en realidad, la moral social dominante¹², ni la neutralidad estatal la filosofía inspiradora de toda medida legislativa. Como ya advirtiera Ortega, el relativismo en ética es una doctrina suicida¹³. Si fuera cierta, la propia tesis de que nada es, en sí mismo, bueno o malo, falso o cierto, sería imposible de aceptar con carácter universal. A lo sumo quedaría al arbitrio de cada cual declarar válida o no esta tesis, razón por la cual sería estrictamente imposible defender el relativismo ético como una explicación cierta o correcta del fenómeno moral.

En realidad, como ha puesto de manifiesto Ollero, la apelación al relativismo sirve para camuflar una posición moral no siempre explícita pero sí dominante en las sociedades contemporáneas: el utilitarismo¹⁴. La tesis del relativismo ético vendría a funcionar como una «coartada» cuya máxima virtualidad sería la de evitar poner sobre la mesa el criterio utilitarista, siempre poco solidario e incluso políticamente incorrecto. Su mayor riesgo sería, en cambio, ocultar la absolutivización del valor de lo útil, presente de hecho en la moral social¹⁵.

Frankl hacía referencia al valor epistemológico de la categoría de lo absoluto: este no es otro que el de «mantener lo relativo como relativo»¹⁶. Por esta

Introducción a una Estimativa. ¿Qué son los valores?, Introducción de Ignacio Sánchez Cámara, (Madrid, Encuentro, 2004), 27.

¹² A pesar de que así lo puso de manifiesto con notable éxito en su día Josep Ratziger, refiriéndose a la «dictadura del relativismo ético» en el texto de su homilía en la Misa pro Eligendo Pontifice, 2005, http://www.vatican.va/gpII/documents/homily-pro-eligendo-pontifice_20050418_sp.html

¹³ José Ortega y Gasset, «El tema de nuestro tiempo», en *Obras Completas*, tomo III, 1ª ed., (Madrid, Aguilar, 1983), 158.

¹⁴ Andrés Ollero, «Relativismo y dopaje ético», en *La política al servicio del bien común*, XI Congreso Católicos y vida pública, (Madrid, CEU ediciones, 2010) 196.

¹⁵ Marta Albert, «¿“Dictadura” de las nuevas libertades? Relativismo ético y absolutivización de lo útil en la Europa contemporánea», *Persona y Derecho*, 65 (2012): 9-20.

¹⁶ Victor Frankl, «Zeit und Verantwortung» en *Der Wille zum Sinn*, (Bern-Stuttgart-Wein, Hans Huber, 1972- 1997, 5 Auflg. 2005), 33-66.

razón, su ausencia en nuestra cultura determina una cierta animadversión a la actitud del objetor, sobre todo cuando desafía los valores morales del presunto relativista: éste es el «absolutista de lo relativo»¹⁷ y, como consecuente absolutista, no es amigo de excepciones al cumplimiento de los deberes derivados de una ley que refleja sus posicionamientos respecto a cuestiones moralmente sensibles, como las que nos ocupan en este ensayo.

Acaso sea esta lectura de la fisonomía moral de nuestras sociedades la que explica la aguda observación de Martínez Torrón cuando señala que la moral social contemporánea resulta «tremendamente permisiva respecto a algunos patrones éticos y significativamente rígida respecto a otros, sin aportar una clara justificación racional para esa diferente actitud»¹⁸.

De hecho, tanto en el aborto como en la eutanasia, donde entra claramente en juego la conciencia del profesional sanitario y, con ella, su libertad de pensamiento, el ordenamiento abre para él la estrecha puerta de un derecho a la objeción de naturaleza borrosa, mientras que quien se entiende que, sin género de duda, ejerce su derecho a la libertad ideológica (artículo 16) y a la intimidad (artículo 18 de la Constitución) es la mujer que desea abortar o el paciente que desea morir.

III. LA RELACIÓN ESPECIAL DE SUJECCIÓN Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: ¿ES LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA UN DERECHO FUNDAMENTAL?

La colaboración de la Administración pública en la delimitación de los perfiles del derecho a la objeción de conciencia no se limita a su actuación respecto al ejercicio del derecho por parte de los funcionarios públicos. En el ámbito educativo, la administración ha jugado un papel fundamental, por ejemplo, respecto al ejercicio del derecho a la objeción por parte de los padres objetores (así, en el caso de Educación para la Ciudadanía).

Pero, en los casos que nos ocupan, la posición adoptada por la Administración lo es sobre la posibilidad de objetar de sus funcionarios. Ocurre que la vinculación del funcionario público con la ley es especialmente intensa, pues, como es bien sabido, el funcionario ha asumido libremente una especial relación de sujeción al ordenamiento jurídico que determina la existencia de un deber especialmente robusto de obediencia a la ley.

¹⁷ Max Scheler, «Vom Wesen der Philosophie und der moralischen Bedingung des philosophischen Erkennens», *Gesammelte Werke*, (München-Bonn-Bern, Francke-Verlag-Bouvier-Verlag, Bd. V, 2000), 96.

¹⁸ Javier Martínez Torrón, «Las objeciones de conciencia de los católicos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 9 (2005): 1-2.

No obstante, esta especial relación de sujeción no ha sido óbice para que la jurisprudencia trate de equiparar en la mayor medida posible al funcionario al ciudadano en lo que al ejercicio y disfrute de derechos fundamentales se refiere.

Ya en el año 1983 el Tribunal Constitucional describía como una actitud perteneciente al pasado la de exigir «a los funcionarios públicos una fidelidad silente y acrítica respecto a instancias políticas superiores y, por consiguiente, una renuncia (cuando no se regulaban prohibiciones expresas) al uso de determinadas libertades y derechos»¹⁹. Años más tarde se afirma expresamente que «las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales»²⁰.

Sería, por tanto, totalmente injustificado convertir la relación especial de sujeción en un motivo para negar a priori toda posibilidad de ejercicio del derecho a la objeción de conciencia al funcionario público. Esto no impide que en el estatuto jurídico de este último no se den ciertos elementos que no existen para el ciudadano normal: la asunción voluntaria de sus funciones, la defensa del interés público en la continuidad del servicio de que se trate, o la incidencia de una hipotética objeción del funcionario en el efectivo disfrute de los derechos y libertades de los ciudadanos²¹.

El respeto a todas ellas exige que el incumplimiento de la ley a que el objetor aspira sea realizado en nombre de un derecho fundamental. Esto nos conduce directamente a la polémica sobre si la objeción de conciencia debe considerarse o no un derecho de esta categoría. El problema afecta radicalmente a la validez de las solicitudes de objeción de conciencia por parte de profesionales sanitarios no «directamente implicados» en la práctica del aborto, puesto que el estatuto de derecho fundamental significa exclusión de la interposición legislatoris como condición necesaria para su ejercicio. Afecta también a la cuestión del Registro de objetores, puesto que la condición de fundamental referida al derecho a la objeción de conciencia implicaría también la necesidad de evitar todas las medidas que pudieran considerarse disuasorias de su ejercicio, como parece serlo la necesidad de inscribirse para ello en un registro público.

El problema excede, pues, la mera dimensión teórica de la discusión sobre la naturaleza jurídica de un derecho, para resultar determinante en relación a las posibilidades de su ejercicio. Lamentablemente, nuestro Tribunal Constitucional no ha establecido una doctrina unitaria sobre la naturaleza del

¹⁹ STC 81/1983, de 10 de octubre.

²⁰ STC 234/1991, de 10 de diciembre.

²¹ Cfr. Mariano López Benítez, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, (Madrid, Civitas-Universidad de Córdoba, 1994).

derecho a la objeción. Su jurisprudencia resulta en ocasiones contradictoria y, en otros casos, sencillamente elude el planteamiento del problema, perdiendo oportunidades preciosas para haber dejado resuelto un tema del que dependen tantas pretensiones jurídicas reales como el de la naturaleza del derecho a la objeción.

Obviamente los problemas comienzan porque en nuestro texto fundamental no hay una referencia explícita al derecho a la objeción de conciencia como un derecho fundamental. Se lo menciona expresamente en el artículo 30.2, relativo al cumplimiento del servicio militar obligatorio²², y de nuevo cuando se regula el procedimiento de amparo, en el que está incluido, pero realmente la cuestión que debemos plantearnos es si puede entenderse comprendido dentro del contenido de la libertad ideológica que, como derecho fundamental, reconoce el artículo 16 de nuestra Constitución.

Lo cierto es que la libertad ideológica se incorpora al texto constitucional en unos términos lo suficientemente amplios como para entender comprendido dentro de ella el derecho a la objeción, a saber: «se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley».

Pero los dictámenes del Tribunal Constitucional en torno a este derecho no nos ofrecen, como ya se ha señalado, una posición unitaria. El propio Tribunal Supremo ha llegado a afirmar que se trata de una jurisprudencia que instaura unos precedentes que «distan de ser nítidos y lineales»²³.

Es casi un lugar común distinguir dos etapas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia: una primera, más receptiva a la consideración de la objeción como un derecho fundamental y otra, posterior, y más restrictiva en cuanto al reconocimiento del derecho y de su estatus como fundamental²⁴. En realidad, los pronunciamientos a favor y en contra de la objeción como derecho fundamental se van sucediendo alternativamente en el tiempo.

La posición más firme respecto a la protección de la objeción como derecho fundamental la encontramos en la sentencia que resolvió el recurso de inconstitucionalidad de la primera despenalización de la interrupción

²² Precepto vaciado de contenido tras la supresión del servicio militar obligatorio en el año 2001 y que, por otra parte, no forma parte del elenco de derechos fundamentales reconocido constitucionalmente.

²³ STS, sala 3ª, 11 de febrero de 2009.

²⁴ *Vid.*, Laura Gómez Abeja, «Registro obligatorio para objetores de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo. Reflexiones constitucionales», *Aranzadi Doctrinal*, num. 4, Estudios (2016).

voluntaria del embarazo. En ella el Tribunal afirmó 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 artículo 16 y, como ha indicado este Tribunal en otras ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales»²⁵.

Solo dos años más tarde, en la sentencia 161/1987, de 27 de octubre, relativa a la objeción de conciencia al servicio militar y a la realización de la prestación social sustitutoria, la objeción pasa a ser considerada como un derecho autónomo, que, aunque relacionado con las libertades ideológica y de religión, no comparte con ellas su consideración de derecho fundamental. La tesis es que no cabe un reconocimiento generalizado de la objeción de conciencia, y que, por tanto, debido a su carácter excepcional, no puede tratarse de un derecho fundamental. Me parece que es en esta tesis donde radica el equívoco respecto a la naturaleza de la objeción de conciencia, ya que no se trata obviamente de un derecho general a la desobediencia (¿cómo podría tratarse de algo así?) sino de un derecho fundamental a la excepción de la obediencia a la ley.

La objeción es, por definición, una situación excepcional. No tendría sentido su reconocimiento con carácter general, aunque este pueda realizarse para concretos deberes jurídicos, como se hizo constitucionalmente en el caso del servicio militar, y como posteriormente ha hecho el legislador en los casos del aborto y la eutanasia.

Pero nada de esto atañe a su consideración como derecho fundamental, en los casos en que sea conforme a derecho el reconocimiento de la necesidad de una excepción al cumplimiento del deber.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía supo poner de manifiesto este carácter necesariamente excepcional del reconocimiento del derecho a la objeción en su sentencia sobre la negativa a cumplir con el deber de dispensación de la píldora postcoital. En el fundamento jurídico 8º de esta sentencia se afirma que la objeción representa «una excepción personal derivada de un juicio de carácter ético o moral, que no legitima para la impugnación de una norma de carácter general, ya que el objetor de conciencia no puede hacer prevalecer o imponer a otros sus condiciones religiosas o morales para justificar la nulidad de una norma general, aún cuando dicha objeción de conciencia puede ser enarbolada cuando, en virtud de la no aplicación de dicha norma, puedan derivarse prejuicios o sanciones por su incumplimiento»²⁶.

²⁵ STC 53/1985, de 11 de abril, Fundamento jurídico 14.

²⁶ STSJ Andalucía, 8 de enero de 2007.

La objeción no es un derecho excepcional, es el derecho a una excepción²⁷ y, en todo caso, la discusión sobre este asunto debe distinguirse adecuadamente de la discusión sobre si es un derecho fundamental o no, pues, a mi juicio, ambos asuntos se confunden sin razón alguna que lo justifique.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha hecho realmente poco por aclarar este aparente conflicto, dejando pasar dos oportunidades para haberse pronunciado sobre el problema de la naturaleza del derecho a la objeción: la sentencia sobre el Registro de objetores a la interrupción voluntaria del embarazo en la Región Foral de Navarra y la sentencia sobre la objeción de conciencia del farmacéutico a la dispensación de la píldora postcoital y al preservativo.

Por lo que respecta a la sentencia sobre el Registro de objetores²⁸, el Tribunal afirma que el asunto que debe resolverse es el de los límites del derecho, pero no el de su naturaleza. Parece ignorar que, como ha recordado, entre otros, Navarro Valls²⁹, y como se explica en el voto particular del ponente de la sentencia, Andrés Ollero, la legitimidad de los límites que se impongan al ejercicio del derecho depende, precisamente, de la naturaleza del derecho en cuestión. El Tribunal se limita a afirmar que la existencia del Registro no implica una violación del artículo 16 en la medida en que la propia condición de objetor exige de suyo que el interesado declare sobre sus creencias, y que hacerlo «por anticipado y por escrito» constituye una forma razonable de exigir la identificación del objetor. También da por hecho que este mandato legislativo implica la creación de un fichero de datos personales, a los efectos de la ley orgánica 15/1999, de Protección de datos de carácter personal.

En la sentencia sobre la objeción de conciencia a la dispensación y venta de la píldora postcoital y del preservativo, el Tribunal, que examinó el asunto en Pleno admitiendo la conveniencia de «perfilar y aclarar algunos aspectos de la doctrina constitucional en relación con la naturaleza del derecho a la objeción de conciencia» (FJ 3 in fine), finalmente se limita a comparar el caso del farmacéutico objetor con el profesional sanitario objetor al aborto, para de deducir a partir de esa comparación si es lícito o no aplicar al presente caso la jurisprudencia expresada en la sentencia 53/1985. Como señaló

²⁷ Marta Albert, *Libertad de conciencia. El derecho a la búsqueda personal de la verdad*, (Madrid, Palabra, 2015) 98.

²⁸ STC 151/2014, de 23 de septiembre, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la ley foral 16/2010, de 8 de noviembre, que creaba a nivel autonómico un registro de objetores de conciencia al aborto.

²⁹ Rafael Navarro Valls, «Una ocasión perdida. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de septiembre de 2014, sobre registro de objetores de conciencia al aborto», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 36 (2014).

Andrés Ollero en su voto concurrente a la sentencia, la intención de «perflar y aclarar» algunos aspectos relacionados con la naturaleza de la objeción se vió «frustrada»³⁰ finalmente.

Entre tanto, el Tribunal Supremo ha adoptado sin ambages la doctrina del no reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia como un derecho fundamental y de la necesidad para su ejercicio de la *interpositio legislatoris*.

Lo ha hecho en la jurisprudencia relativa a la obligación de cursar la asignatura «Educación para la Ciudadanía». A juicio del Supremo, la comprensión de la objeción de conciencia como una conducta protegida como parte integrante del artículo 16 de la Constitución implicaría «el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida conforme a las propias creencias». Pienso que tal atribución de sentido no se corresponde con la realidad. Como ya se ha señalado, que la objeción sea per se una situación excepcional no implica que, cuando realmente se den las circunstancias para su ejercicio, no pueda tratarse de un derecho fundamental. El Tribunal Supremo razona, en cambio, conforme al siguiente silogismo: existe un derecho general de obediencia al derecho, la objeción implica una autorización para desobedecer, luego la objeción no puede configurarse como un derecho general y, por tanto, no es un derecho fundamental.

Pero resulta bastante evidente que, siguiendo este razonamiento, no podría reconocerse un ejercicio «generalizado» de prácticamente ninguno de los derechos fundamentales. El derecho a la libertad de expresión no significa la posibilidad de expresar en toda las circunstancias de la vida lo que a cada cual parezca oportuno, ni el derecho a la libertad de cátedra se reconoce con carácter general, sino solo a los docentes. No han dejado por ello de ser derechos fundamentales.

Como ha señalado González Varas, no tiene razón de ser la negativa a admitir que un derecho exista «cuando lo que quizá quiera decirse es que en un caso concreto no puede prosperar la objeción porque supone una extralimitación en el ejercicio del –existente- derecho fundamental a la libertad religiosa»³¹.

A pesar de la endeblez de algunos de los argumentos empleados por el Tribunal Supremo, ha sido esta doctrina la que parece haber estructurado en los años posteriores la tendencia de nuestros tribunales³², siendo aplicada

³⁰ Voto concurrente del magistrado Andrés Ollero, párrafo 1.

³¹ Santiago González-Varas Ibañez, «Objeción de Conciencia al tratamiento psicológico de homosexuales» en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (2013).

³² Así lo ha puesto de manifiesto, entre otros, Íñigo Martínez Azpiazu, quien afirma que «pese a iniciales resoluciones en principio contradictorias y a lo sorprendente que pueda resultar, la tendencia de nuestros tribunales es a no reconocer, como amparado por

más tarde tanto en el caso de la objeción por parte de los jueces a la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo como en el caso de la objeción de conciencia de los médicos de atención primaria al deber de informar a la mujer con ideación de aborto conforme a lo establecido en la ley 2/2010.

IV. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA DE LOS MÉDICOS DE ATENCIÓN PRIMARIA. ESPECIAL REFERENCIA AL DEBER DE INFORMAR A LA MUJER CON IDEACIÓN DE ABORTO EX ARTÍCULO 19 DE LA LEY 2/2010, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA E INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

La ley 2/2010, de Salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo regula, en su artículo 19.2, la posibilidad de ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, estableciendo para ello dos requisitos, relativos ambos a la presentación de la solicitud. Esta deberá realizarse «por anticipado y por escrito», y sólo podrán hacerlo aquellos profesionales «directamente implicados» en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo³³.

Estos requisitos centraron la polémica en dos focos principales. Primero, qué sentido debemos atribuir al requisito de objetar «por anticipado y por escrito» y si esto implica necesariamente la necesidad de instaurar un

la Constitución, un derecho a la objeción de conciencia con carácter general, y ello sin perjuicio de los reconocimientos a la objeción de conciencia que puedan venir efectuándose por el legislador ordinario en su labor legislativa», en Iñigo Martínez Azpiazu, «Evolución del derecho a la objeción de conciencia en el derecho español. Carga de Prueba. Especial incidencia en los principales intervinientes procesales» *Noticias jurídicas*, marzo 2012, vid. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4751-evolucion-del-derecho-de-objecion-de-conciencia-en-el-derecho-espanol-carga-de-la-prueba-especial-incidencia-en-los-principales-intervinientes-procesales/>

³³ El artículo 19.2 afirma textualmente que: «Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo». Merece la pena señalar que el artículo 19 del texto legal se encuentra dentro del epígrafe «Garantías de acceso a la prestación sanitaria de la IVE», lo que en sí mismo resulta bastante significativo.

Registro de Objetores. Segundo, qué profesionales, de todos los que de una manera u otra intervienen en el proceso que conduce a la práctica de un aborto, se considera que están «directamente implicados» en él.

Comenzaremos por analizar este último problema. Para hacerlo, conviene aclarar los términos del deber de información que recae sobre estos profesionales antes de juzgar si debería reconocerse su derecho a la objeción, ya que por «deber de informar» puede entenderse una obligación moralmente neutra, que *a priori* no reuniría los requisitos mínimos para que pudiera darse la objeción, por no tener la virtualidad de provocar un conflicto moral íntimo de la suficiente envergadura como para eludir el cumplimiento de un deber jurídico.

Sin embargo, la cuestión de la información, en términos generales, y especialmente en el contexto sanitario, nunca es algo moralmente neutro, dada la evidente asimetría entre la situación de quien informa y quien es informado³⁴. Además, en este caso se da una circunstancia esencial, y es que la información es, según la propia filosofía de la ley, el instrumento de protección del *nasciturus*, en un contexto donde la decisión sobre la interrupción del embarazo es libremente adoptada por la mujer embarazada durante las catorce primeras semanas de gestación.

Como la propia ley pone de manifiesto en su Exposición de Motivos, «la tutela del bien jurídico en el momento inicial de la gestación se articula a través de la voluntad de la mujer, y no contra ella. La mujer adoptará su decisión tras haber sido informada de todas las prestaciones, ayudas y derechos a los que puede acceder si desea continuar con el embarazo, de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales derivadas de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, así como de la posibilidad de recibir asesoramiento antes y después de la intervención. La Ley dispone un plazo de reflexión de al menos tres días y, además de exigir la claridad y objetividad de la información, impone condiciones para que ésta se ofrezca en un ámbito y de un modo exento de presión para la mujer».

Pero, ¿cómo articula el legislador la forma de suministrar tal información? La respuesta la encontramos en el artículo 17 de la ley, que establece lo siguiente:

«1. Todas las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo recibirán información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la

³⁴ De hecho, tradicionalmente la deontología se entendía como un conjunto de deberes que recaen sobre el profesional para, de alguna manera, equilibrar esa asimetría que es el punto de partida de la relación entre el médico y el paciente. Vid., Francesco D'Agostino, *Bioetica nella prospettiva del diritto positivo*, (Torino, Giappichelli, 1996) 66; Claudio Sartea, *Deontologia. Filosofia del lavoro professionale*, (Torino Giappichelli, 2010) 196.

interrupción previstas en esta Ley, los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente.

2. En los casos en que las mujeres opten por la interrupción del embarazo regulada en el artículo 14 recibirán, además, un sobre cerrado que contendrá la siguiente información:

a) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.

b) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento.

c) Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.

d) Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo».

Posteriormente, esta regulación se vio desarrollada por el capítulo II del Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que no realizó ninguna modificación significativa al respecto.

Como se ha señalado anteriormente, es preciso tener en cuenta al menos dos presupuestos fundamentales: primero, que la vida del *nasciturus* es un bien jurídico protegido (ex STC 53/1985³⁵); segundo, que la información a la madre y la conformación de su consentimiento es la vía a través de la cual el legislador se propone cumplir esta finalidad de protección del no nacido.

No en vano, era común durante la discusión previa de la ley la referencia al modelo alemán, que también trata de proteger al *nasciturus* operando sobre la conformación de la voluntad materna.

Pero basta una lectura superficial del artículo 219 del Código Penal alemán para entender que, para lograr este fin, el enfoque sobre la información ha de ser considerablemente diverso del que presenta la ley española:

«El asesoramiento está al servicio de la protección de la vida intrauterina. Debe orientarse a animar a la mujer a continuar con el embarazo, abrirla nuevas perspectivas de una vida con su hijo, debe ayudarla a tomar una decisión responsable y consciente (...) mediante el consejo y la ayuda,

³⁵ Que afirma literalmente que «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», STC 53/1985, de 11 de abril, Fundamento jurídico 12º.

el asesoramiento ha de contribuir a que la mujer supere la situación de conflicto asociado al embarazo y remedie la situación de necesidad»³⁶.

Precisamente por la divergencia en el planteamiento de ambos modelos, el alemán y el que viene representado en la ley de 2010, durante el trámite de informes previos de la misma³⁷ una de las observaciones recurrentes fue la sugerencia de modificar la forma en la que estaba planteada la información y, en todo caso, el orden en el que se proporcionaba a la mujer embarazada, de modo que ésta recibiera en primer lugar y en forma dialogada la información relativa a las ayudas públicas disponibles en el caso de continuar con el embarazo y, en general, toda la información que, como reza el código penal alemán, pudiera «abrirle nuevas perspectivas de una vida con su hijo», y si teniendo conocimiento de todo ello finalmente opta por la finalización del embarazo, entonces sería el momento de informarle sobre cómo cuándo y dónde puede acceder a la prestación de interrupción del embarazo³⁸.

Además, todo este proceso debería conformarse propiamente como un asesoramiento, en el marco de un diálogo que cumpliera con la concepción del consentimiento informado establecida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley de Autonomía del Paciente (artículos 4-5 y 8-10). En ella destaca el carácter verbal de la información (que no significa que en algunos casos el consentimiento del paciente no deba constar por escrito), la necesidad de adaptarlo a la capacidad de comprensión del paciente, («se comunicará al

³⁶ Adoptamos la traducción que emplea el Consejo de Estado en su *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo*, Ref. 1384/2009, 47.

³⁷ Sobre este trámite vid., Marta Albert, «¿Tenemos derecho a abortar? De la despenalización a la exigibilidad jurídica» en *Revista de Derechos Humanos*, Universidad de Piura, 4 (2013): 94 y ss.

³⁸ En el *Informe* del Consejo de Estado, *cit.*, 45: «a juicio del Consejo en todo caso ambas informaciones deben invertirse», además de señalar que la información debe ser verbal en todo caso, adaptada a las circunstancias de la mujer y a su grado de formación y comprensión del castellano y o de la lengua en la que se transmita la información. El Informe del Ministerio Fiscal reclama la necesidad de un asesoramiento y no una mera entrega de información, y, además, de un asesoramiento en los siguientes términos: Para que este asesoramiento sea compatible con la doctrina del la STC 53/1985 se debe informar a la mujer embarazada por parte de una entidad independiente y de forma clara y entendible de las posibles ayudas a problemas que empujen al aborto (matrimoniales o de pareja, laborales, legales, etc.), así como de los posibles riesgos y secuelas del aborto (como en cualquier intervención quirúrgica), ayudas a la familia u otras opciones como la entrega en adopción del hijo finalmente alumbrado. Tras esto, en un plazo que debería ser de al menos una semana, con un documento en el que se certifique que ha recibido esta información, la mujer podrá decidir libre y responsablemente qué hacer en cualquier sentido, vid., *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Salud Sexual y Reproductiva e Interrupción Voluntaria del Embarazo*, 24., <https://www.fiscal.es>

paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad») la obligación de integrar en la conformación del consentimiento a la familia o allegados del paciente, así como la necesidad de informar con carácter prioritario de las consecuencias de todo orden y de los riesgos derivados de la intervención (artículo 10).

No es de extrañar que el Informe de la Comisión deontológica del Colegio de médicos de Toledo afirmase que: «Proporcionar la información de esta manera es contraria al proceder ético del médico, supondría consagrar normativamente la desinformación como medio de obtener el consentimiento y, por tanto consideramos es un proceder claramente objetable por parte de cualquier profesional sanitario, y más aún si la información que proporciona es contraria a sus convicciones morales»³⁹.

Así las cosas, la Administración sanitaria, tanto en Castilla la Mancha como en Andalucía, abordó el problema de la objeción de conciencia de los profesionales obligados a dispensar esta información.

Lo hizo, lógicamente a través de actos administrativos, algunos de ellos, simples «notas» o «circulares internas» donde se estaban sustanciando de manera muy efectiva las posibilidades prácticas de ejercicio de un derecho fundamental (o no, pero de indudable relevancia) como el derecho a la objeción de conciencia. El propio TSJ de Castilla La Mancha lo subrayó en el primero de sus fallos sobre la cuestión de los médicos de atención primaria, afirmando que «lo cierto es que incorporan elementos de indudable relevancia, como son instrucciones y afirmaciones sobre el ámbito de la objeción de conciencia o la naturaleza de la información a ofrecer e identificación de las personas que deben ofrecerla, que poseen contenido sobrado para ser objeto de impugnación»⁴⁰.

Es importante subrayar que, en tanto se estaban sustanciando los procesos judiciales a que dieron lugar estos actos administrativos, la Organización Médica Colegial, en la reforma de su Código Deontológico aprobada en 2011, niega la posibilidad de objeción al deber de información, en su artículo 55⁴¹. Es cierto que para determinar el contenido de ese deber de información al que el Código Deontológico se refiere nada indica que sea preciso recurrir

³⁹ *Informe de la Comisión Deontológica del Colegio de Médicos de Toledo acerca de la nueva ley del aborto y objeción de conciencia*, 2.

⁴⁰ Auto de 29 de septiembre de 2010, TSJ de Castilla La Mancha.

⁴¹ La citada redacción fue impugnada por parte del Colegio de Médicos de Toledo, que llegó a solicitar la suspensión cautelar de su vigencia, por entender que atentaba gravemente al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia. El TSJ de la Comunidad de Madrid, mediante Auto de 1 de diciembre de 2011, no admitió la interposición de medidas cautelares (Pieza de Medidas Cautelares 1099/2011).

a la ley vigente, pero el contexto en el que se produce la reforma y la oportunidad de introducir la normativa relativa a la información a la mujer con ideación de aborto parecían mostrar un posicionamiento de la OMC frente a esta cuestión.

En el caso de Castilla la Mancha, la Administración Pública, a través de una Nota interior de 2 de julio de 2010 del director gerente del SESCAM, prohibía absolutamente la posibilidad de objetar de su deber de informar por parte de los médicos de atención primaria, afirmando que «el objetivo fundamental del profesional sanitario será la información a la usuaria. En este cometido no existe la posibilidad de objeción de conciencia». Anteriormente se había aprobado la Orden de 21/06/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y Anexo, por la que se establece el procedimiento de objeción de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo⁴². El artículo 3.1 de dicha Orden establecía que «a los efectos de esta Orden, se considera que son profesionales directamente implicados en una interrupción voluntaria del embarazo los facultativos especialistas en ginecología y obstetricia, los *facultativos especialistas en anestesiología y reanimación, los diplomados en enfermería y las matronas*».

En Andalucía, la Resolución de 18 de diciembre de 2010 dictada por la Gerencia del Área Sanitaria Norte de Málaga obligaba a informar a los médicos de atención primaria en los términos establecidos en la ley. La Administración mantiene que sólo pueden objetar aquellos profesionales sanitarios que trabajen en centros donde la IVE se practique y que estén «directamente implicados» en tales prácticas, excluyendo de este modo a los médicos de atención primaria encargados de realizar el proceso de información al que antes nos referíamos.

En ambas Comunidades la posición de la Administración fue llevada a los tribunales por los profesionales afectados por ellas.

En Castilla La Mancha, la Nota interior de 2010 fue recurrida ante los tribunales por el propio Colegio de Médicos de Toledo, dando lugar a la sentencia de 20 de febrero de 2012, dictada por la sección 2ª de la sala de lo contencioso administrativo del TSJ de Castilla La Mancha. Previamente, se habían dictado medidas cautelares de suspensión del acto administrativo en cuestión⁴³. La Administración sostenía la no pertinencia de la adopción de medidas cautelares, pues estas «supondrían un grave perjuicio del interés público que además afectaría a terceros usuarios del sistema nacional de salud». El Tribunal no comparte tal afirmación, por no encontrarla probada. Tampoco comparte la apreciación de la Administración de asistirle a ella el *fumus bonis iuris*, dado

⁴² DOCM 124, de 30 de junio 2010.

⁴³ Auto del TSJ de 29 de septiembre de 2010.

que su posición vendría respaldada por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, cuyo artículo 19 permite la objeción, como sabemos, a los «directamente implicados» en la práctica del aborto. Pero el TSJ entiende que «cabe decir que de ningún modo la Administración tiene a su favor una apariencia de buen derecho o *fomus boni iuris* que, con la intensidad requerida por esta doctrina, permita afirmar sobre su base la improcedencia de las medidas solicitadas».

Importa más aún subrayar la posición del TSJ y el reproche que realiza al papel de la Administración en la determinación del contenido del derecho a la objeción: «no parece que una Orden (que interpreta y limita quiénes están «directamente implicados») sea el lugar adecuado para delimitar el contenido del derecho; como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1998, la norma reglamentaria es a estos efectos *«de imposible utilización, por su naturaleza reglamentaria, para una auténtica regulación o desarrollo de tal derecho (art. 81 CE)»*; indicándose en la sentencia de 16 de enero de 1998 que este tipo de cuestiones es *«difícilmente encuadrable en el ámbito propio de una normativa reglamentaria, 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, resulta directamente aplicable»*.

Además, la no mención de los profesionales que no estén directamente implicados no ha de significar necesariamente su exclusión como potenciales sujetos del derecho a la objeción. El TSJ repasa la jurisprudencia en materia de objeción de conciencia al aborto, concluyendo que «no es argumento alguno en contra de la existencia del derecho el que la norma legal no haya contemplado expresamente el mismo en un caso determinado (cosa diferente es que lo hubiera negado expresamente, en cuyo supuesto podría incurrir la ley, o no, en un conflicto constitucional)». Por todos estos motivos, admite la suspensión cautelar de los actos administrativos recurridos.

La sentencia posterior es de 20 de febrero de 2012. En el lapso de tiempo transcurrido entre uno y otro pronunciamiento, se había modificado la Orden en cuestión. Cuando el TSJ ha de pronunciarse sobre ella, ya no establece quienes son los profesionales «directamente implicados», por lo que el Tribunal entiende la nueva redacción conforme a derecho y decaído el recurso interpuesto por falta de objeto: «en la nueva redacción del art. 3.1 de la Orden de 30 de junio de 2010 (aprobada en la Orden de 14 de octubre de 2010) ha desaparecido la referencia expresa a lo que haya de entenderse por «profesionales directamente implicados en una interrupción voluntaria del embarazo»⁴⁴.

⁴⁴ La nueva redacción establece que: «Los profesionales sanitarios del Sescam directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo que quieran ejercer el derecho a la objeción de conciencia deberán presentar una declaración de objeción, para lo que utilizarán el modelo que figura como Anexo a la presente Orden.». Desaparece, por

En consecuencia, de acuerdo con la anterior doctrina, el recurso contra la aludida Orden carece ya de objeto».

Y sobre la nueva Orden, afirma el Tribunal, «no podemos sino acoger las alegaciones del Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en tanto en cuanto que, dada la asepsia valorativa de la actual redacción del precepto examinado, nada añade, desde la perspectiva del contenido del derecho a la objeción de conciencia, a lo que establece el art. 19.2.2 de la L.O. 2/2010. Por tanto, la actual redacción del art. 3.1 de la Orden de la Consejería de Salud y Bienestar Social de 21 de junio de 2010, ha de considerarse conforme a Derecho».

En mi opinión, el TSJ de Castilla La Mancha no ha modificado el criterio expresado en el Auto que resolvió las medidas cautelares, en virtud del cual el derecho a la objeción es un derecho fundamental y, por tanto, no requiere la *interpositio legislatoris* para su ejercicio. Simplemente, la nueva redacción de la Orden, que elimina el elenco de profesionales que han de entenderse como «directamente implicados», hace decaer el objeto del recurso en lo atinente a este punto.

En Andalucía, la Sentencia del TSJ de 4173/2011, sala de lo contencioso, admitió la suspensión cautelar de la Resolución, aunque finalmente no se vió reconocido el derecho a la objeción.

Antes del pronunciamiento definitivo del TSJ, en 2013, los juzgados de primera instancia habían dictado resoluciones de sentido contrario, en un caso reconociendo y en otro denegando el derecho a la objeción.

El juzgado nº3, denegaba el derecho a la objeción de conciencia al doctor Manuel Resa, frente a la Instrucción del Servicio Andaluz de Salud para Málaga capital, mediante Auto de 29 de noviembre de 2011. Este Auto fue recurrido y el TSJ Andaluz, mediante sentencia de 28 de diciembre de 2011, admite el recurso de apelación y suspende la ejecutividad de la citada Instrucción del SAS de 18 de diciembre de 2010.

La doctora Silvia Montoro obtuvo, en cambio, pronunciamiento a su favor del Juzgado nº1 de lo contencioso administrativo de Málaga, en sentencia 102/12, de 23 de febrero de 2012, que fue recurrida por la Junta de Andalucía, dando lugar a un pronunciamiento del TSJ que modifica el criterio de la primera instancia, denegando el derecho a la objeción.

En la sentencia de 8 de febrero de 2013, el TSJ afirma explícitamente que «el derecho a la objeción de conciencia en relación a la interrupción del

tanto, la determinación de los «directamente implicados», que rezaba así: *«A los efectos de esta Orden, se considera que son profesionales directamente implicados en una interrupción voluntaria del embarazo los facultativos especialistas en ginecología y obstetricia, los facultativos especialistas en anestesiología y reanimación, los diplomados en enfermería y las matronas.»*

embarazo no es un derecho fundamental que quepa incardinarlo en el artículo 16.1 de la Constitución, que, por el contrario, es objeto de regulación legal ordinaria a la que el interesado debe sujetarse en cada caso concreto estando excluida la atención médica anterior y posterior a la intervención propia de la interrupción del embarazo».

Para fundamentar su postura, el TSJ cita literalmente la sentencia del TS en el caso de Educación para la Ciudadanía, recordando que la libertad ideológica «no da derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias», pues esto significaría «socavar los fundamentos mismos del Estado de Derecho». En conclusión, todo aquel que no esté directamente implicado en la práctica del aborto (y va de suyo que los médicos de atención primaria no lo están) carece de la habilitación legal imprescindible para el ejercicio del derecho a la objeción.

Tras esta sentencia del TSJ de Andalucía, en mayo de 2013 se anunció la interposición de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁴⁵.

El segundo punto donde resultó decisiva la intervención de la Administración en la determinación del ejercicio del derecho a la objeción fue en la interpretación que se llevó a cabo de la exigencia legal de hacer constar la voluntad de objetar «por anticipado y por escrito».

La Administración sanitaria de Castilla La Mancha ha sido la única en aprobar un acto administrativo en desarrollo de este precepto, lo que se hizo mediante otra Orden, esta vez de 23 de junio de 2010, de la Consejería de Presidencia, que creaba el fichero de profesionales médicos que, en el ámbito de la Comunidad Autónoma, se negaran a realizar la práctica del aborto.

También en la Comunidad Foral de Navarra se crea un Registro de Objetores pero, en este caso, la interpretación del requisito de poner de manifiesto la condición de objetor «por anticipado y por escrito» es realizada a nivel legislativo, mediante aprobación de la Ley foral navarra de 29 de octubre de 2010.

Como cabe observar, también en este caso la mayoría de las administraciones autonómicas se han abstenido de intervenir especificando cómo poner en práctica la objeción de conciencia.

Fueron numerosas las comunidades autónomas⁴⁶ en las que los propios Colegios crearon su propio «registro» de objetores, voluntario y confidencial. Con ello perseguían una doble finalidad: en primer lugar, constituirse en un

⁴⁵ No nos consta que prosperara. Vid., «La objeción de conciencia de médicos de familia ante el aborto va al TC», *El Mundo*, 13 de mayo de 2013, <http://andoc.es/?p=1367>

⁴⁶ El *Informe sobre vulneraciones al derecho de objeción de conciencia de los profesionales de la sanidad pública en España*, de Andoc (presentado en el Consejo de Europa en junio de 2011) cita las siguientes: Aragón, Andalucía, Madrid, Alicante, Badajoz, Castellón, Murcia, Cuenca, Las Palmas, Vizcaya., vid., <https://7676076fde29cb34e26d->

filtro de la validez de la objeción, corriendo a cargo del propio colegio la verificación de que el derecho se ejerce conforme a criterios deontológicos. En segundo, facilitar la protección del médico objetor, en caso de ser denunciado o discriminado por ejercer este derecho⁴⁷.

Otra opción sobre la mesa, que también ha sido empleada en el marco de otras administraciones, es que el objetor comunique su condición por anticipado y por escrito en el Centro donde preste sus servicios, sin que se llegue a constituir un Registro de carácter público para los objetores.

Por razón del objeto de nuestro trabajo resulta de especial interés el contenido de la Orden de 23 de junio de 2010, que crea el Registro de Objetores en la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha⁴⁸. Según su único artículo «Creación de un fichero de datos de carácter personal»:

«1. Se crea el siguiente fichero «Objetores de Conciencia a la Interrupción Voluntaria del Embarazo» de datos de carácter personal, en los términos y condiciones fijados en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

2. Las características de este fichero se especifican en el anexo de esta Orden».

El anexo establece diez características del fichero, como su denominación, el organismo responsable, los profesionales que podrán inscribirse (siempre limitando la referencia a los «directamente afectados»), finalidad y usos, etc., estableciendo un nivel de seguridad alto para el fichero, y prohibiendo cualquier cesión de datos del mismo.

La misma sentencia del TSJ que resolvió el asunto de la determinación de los «directamente implicados» mediante acto administrativo se ocupó también de valorar la validez de la creación de este fichero automatizado de datos.

El Colegio de Médicos de Toledo entiende la necesidad de comunicación previa de la condición de objetor, por parte del profesional sanitario a sus superiores, a los efectos de organización del servicio, pero estima que dicha información debería obrar en el Centro donde preste sus servicios el objetor, y no convertirse en un Registro Público cuya información podría proyectarse a otros ámbitos del Servicio de Salud autonómico, por tanto, se manifiesta

759f611b127203e9f2a0021aa1b7da05.ssl.cf2.rackcdn.com/eclj/Memo_CouncilofEurope_20110615.pdf, 12.

El Registro de Madrid contaba 56 objetores a los pocos meses de su constitución en julio de 2010. <https://www.europapress.es/madrid/noticia-registro-objetores-conciencia-colegio-medicos-madrid-tiene-inscritos-56-medicos-20100714112727.html>

⁴⁷ Informe Andoc, cit., p. 19.

⁴⁸ Disponible en: <http://sescam.castillalamancha.es/profesionales/normativa/Autonómica/Prestaciones%20Sanitarias>

«en contra de la creación de un fichero de objetores de conciencia que como tales les pueda encasillar, a los solos efectos de objetores, y que como tal se proyecte en gerencias, servicios o centros en los que no desempeñe actividad el médico objetor».

A juicio del Tribunal, esta propuesta dificultaría la prestación del servicio, no existiendo, por otra parte, legislación que resultare vulnerada por la creación del fichero en cuestión. Asunto distinto sería que la Administración ejerciera un irregular uso de los datos obrantes en el fichero, lo que escapa del objeto del pronunciamiento del TSJ.

Como antes señalamos, la creación del otro registro de objetores actualmente en vigor no trae su origen de un acto administrativo, sino legislativo, pero debemos traerla a colación bien sea brevemente, puesto que la Ley foral navarra que articuló su puesta en marcha fue objeto de recurso de inconstitucionalidad resuelto por el Tribunal mediante sentencia de 25 de septiembre de 2014, que estimó parcialmente el recurso, considerando algún aspecto de la regulación jurídica del registro no conforme a la Constitución, sin que esto suponga la inconstitucionalidad de la creación de un registro de objetores en sí mismo.

La sentencia 151/2014 responde a las dos principales argumentaciones expuestas en el recurso, a saber: que la Comunidad Foral carece de competencia en el desarrollo normativo de la ley 2/2010 y que la regulación que se lleva a cabo limita de manera desproporcionada el derecho a la libertad ideológica. El primer motivo se descarta una vez acreditado que, de acuerdo con nuestro sistema constitucional «la planificación y la organización de los servicios sanitarios en Navarra corresponde a la Administración de la Comunidad Foral».

Más interesante resulta la discusión sobre si la constitución de un Registro constituye una limitación desproporcionada del ejercicio de los derechos a la libertad ideológica y a la intimidad. Como ya tuvimos ocasión de señalar, este fallo del Constitucional supuso una «oportunidad perdida»⁴⁹ para haber aclarado la cuestión de la naturaleza de la objeción de conciencia. El Tribunal no aborda, por tanto, esta cuestión, sino exclusivamente la de la legitimidad de los límites que la existencia del Registro implica al ejercicio de la objeción: «no es objeto del presente recurso de inconstitucionalidad llevar a cabo un análisis de la naturaleza jurídica del derecho a la objeción de conciencia regulado en el art. 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010, precepto que tiene

⁴⁹ Rafael Navarro Valls, «Una ocasión perdida. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de septiembre de 2014, sobre registro de objetores de conciencia al aborto», *cit.*

valor de ley ordinaria, pues ni es la norma impugnada, ni en ningún momento lo reclaman los demandantes»⁵⁰.

Por lo que respecta a la cuestión de fondo, admitiendo que la ley no se refiere en ningún momento a la creación de un Registro, sí se advierte que el cumplimiento de los requisitos que sí establece explícitamente la legislación (por anticipado y por escrito) «ha de quedar acreditado, como es lógico, en algún tipo de documento que debido a los datos de carácter personal que contiene, constituye *per se* un fichero a los efectos previstos en el art. 3 b) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), toda vez que se trata de un conjunto organizado de datos de carácter personal susceptibles de tratamiento»⁵¹.

Que tal fichero adopte la forma de Registro es una cuestión secundaria, y, en todo caso, no implica un límite al ejercicio de los derechos del objeto, sino una garantía para él, ya que establece, por una parte, una prueba de la declaración del objeto en cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para poder objetar; de otra, una ayuda a la hora de garantizar la confidencialidad de los datos que se hagan constar en tal registro.

Dejando al margen la cuestión del acceso a los datos obrantes en el registro (que resultaba demasiado laxo en la redacción original de la ley) en lo demás el Tribunal Constitucional avala la constitucionalidad de la creación del Registro como modo de articular la obligación de anunciar la condición de objetar «por anticipado y por escrito».

En contra de esta apreciación de constitucionalidad del Registro mismo se manifiesta en su voto particular el magistrado Andrés Ollero Tassara, quien parte en su argumentación de una delimitación previa de la naturaleza del derecho a la objeción, entendiéndolo como fundamental. Desde esta consideración entiende que deben examinarse cuáles son los límites legítimos del derecho pues, como ya se señaló, el perímetro de su protección constitucional depende de su naturaleza jurídica. Si la objeción de conciencia es un auténtico derecho fundamental, entonces habrá de entenderse como inconstitucional cualquier medida que pueda considerarse disuasoria del ejercicio de tal derecho. Según el criterio del magistrado, resulta evidente el temor de los objetores de que su inclusión en dicho registro termine siendo el instrumento para la adopción de medidas discriminatorias contra ellos.

Termina el magistrado su voto particular con una argumentación relativa a la eficacia de la norma en cuestión. Literalmente se afirma que «según reciente información de prensa el número de profesionales inscritos, al cabo de cuatro años, es de uno solo, aunque informaciones procedentes del colegio de médicos estiman que pueden llegar a ser tres; todo ello en una Comunidad

⁵⁰ Fundamento jurídico 4°.

⁵¹ Fundamento jurídico 5°.

Autónoma en la que la masiva objeción venía obligando a derivar la práctica de abortos a otras Comunidades cercanas, hasta que la reciente instalación de un centro privado —con el que se ha firmado convenio— lo ha hecho innecesario».

La creación del registro parece haber operado en contra de la propia aplicación de la ley. Los médicos se han negado a inscribirse, negándose también a proporcionar la información en su centro de trabajo, siendo llamativo en exceso el hecho de que ningún jefe de servicio se lo haya requerido formalmente, tratándose de una Comunidad Autónoma con una tasa de objetores al aborto cercana al cien por cien. Tanto la propia inoperancia del Registro navarro como el hecho de que en otras comunidades la ley se esté aplicando sin mayor problema en ausencia de Registro demuestran, a juicio de Ollero, que este es superfluo, constituyendo, además, una medida claramente disuasoria del ejercicio del derecho a la objeción y, lo que puede resultar aún peor, una medida completamente ineficaz.

V. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN LA PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA DE LA EUTANASIA

Como señalamos al inicio de estas páginas, el análisis del papel de la Administración pública en la determinación del contenido del derecho a la objeción en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo reviste el interés derivado de que la nueva propuesta de regulación de la eutanasia prácticamente reproduce idéntico planteamiento del ejercicio del derecho a la objeción. Veamos cómo queda regulado éste y qué consecuencias cabe extraer de la experiencia previa en torno a la objeción en el caso del aborto.

Básicamente, la ley introduce el derecho subjetivo «a solicitar y recibir ayuda a morir», expresión deliberadamente ambigua que se traduce en el texto legal en el derecho a que se administre directamente o se dispense para ser administrada por el interesado, según los casos, una sustancia letal con la finalidad de acabar con la vida del paciente.

Excluimos el análisis de la constitucionalidad de la conversión de la propia muerte en un derecho, pues este asunto merecería un trabajo aparte. Pero no podemos dejar de recordar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el tema, cuya particular claridad supone, a mi juicio, un reto a la imaginación del legislador, que deberá encontrar las argumentaciones que demuestren que el derecho a ser ayudado a morir no viola el contenido esencial del derecho a la vida, pues justamente lo contrario ha venido a sostener el Tribunal Constitucional: «siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer de su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del agere ligere, en cuanto que la privación de la propia vida o la aceptación de la propia muerte es un acto

que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho»⁵².

La regulación del derecho a la objeción se encuentra en el artículo 12 de la Proposición, de acuerdo al siguiente tenor literal:

«1. Las y los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la prestación por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en su realización, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito.

2. Las administraciones sanitarias autonómicas crearán un Registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir, en el que se inscribirán las declaraciones de objeción de conciencia para la realización de la misma.

3. Este Registro tendrá por objeto facilitar la necesaria información a la Administración Sanitaria para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de ayuda para morir».

Como cabe advertir, se encuentran habilitados para solicitar la condición de objetores los profesionales «directamente implicados» en la ayuda a morir, que deberán acreditar su condición de objetores mediante su inscripción en un Registro público creado por las administraciones sanitarias autonómicas.

Antes de analizar estos dos requisitos, conviene que aclaremos en qué consiste el deber que estos profesionales podrían objetar si cumplen los requisitos del artículo 12.

Lógicamente, se trata de satisfacer la prestación de ayuda a morir. En qué consista ésta se nos explica en el artículo 6 de la norma, según el cual la prestación consiste en «proporcionar una sustancia que tiene como consecuencia la muerte de una persona». Esta prestación puede llevarse a cabo de dos formas distintas: mediante «la administración directa de una sustancia a una persona que lo haya requerido y que cause su muerte», o mediante «la prescripción o suministro de una sustancia a una persona que lo haya requerido, de manera que esta se la pueda auto administrar para causar su propia muerte».

Esta prestación podrán solicitarla quienes sufran «una enfermedad grave e incurable» o padezcan «una discapacidad grave crónica», cumpliendo

⁵² Fundamento jurídico 7º de la STC 120/90. La cursiva es nuestra.

además una serie de requisitos que tienen que ver con la información relativa a la patología padecida, a las alternativas terapéuticas y paliativas y a la manifestación de la voluntad de morir (artículo 5).

La información se suministrará al paciente en el curso de un proceso deliberativo, asegurándose el profesional sanitario de que comprende toda la información que recibe, y también se deberá comprobar que la solicitud de ayuda a morir expresa correctamente el deseo del paciente (artículo 9).

Resulta difícil omitir algunas observaciones críticas sobre la delimitación del deber jurídico que recaerá sobre el médico (o la médica) responsable. La primera de ellas es la propia determinación de esta figura, ¿quién ha de entenderse que es el médico responsable? Se supone que en esto hemos de remitirnos a la Ley de Autonomía del Paciente, pero nada dice acerca de ello el texto de la Proposición. La ley 41/2001, en su artículo 3, define al médico responsable como «el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales».

¿Es el médico –o médica– responsable el único «directamente implicado»? ¿Cómo –y qué instancia– puede determinar el concepto «directamente implicado»? Por ejemplo, ¿Quién estará a cargo de guiar el proceso deliberativo del paciente?, ¿podría objetar este profesional? ¿O debemos entender que «directamente implicados» están únicamente los profesionales que administren la sustancia letal al paciente o los que la dispensen, y solo éstos podrían objetar en conciencia?, ¿la ley está atribuyendo la responsabilidad del suministro del fármaco mortal al «médico responsable», de modo que quien coordine la atención al enfermo es, de alguna manera, quien ha de garantizar que se administre el pentobarbital o que sea dispensado?

Por otra parte, si el profesional sanitario que podría acompañar en su deliberación al paciente⁵³ se declara objetor al suministro y/o de sustancias letales a los pacientes a su cargo, ¿quedará excluido del proceso de toma de decisión? Y si en ese proceso de toma de decisión ha de informarse expresamente sobre los cuidados paliativos disponibles, ¿quién se ocupará de hacerlo?, y ¿por qué se conciben los cuidados paliativos como un tratamiento

⁵³ No podemos dejar de subrayar la completa ausencia de la familia en la Proposición de Ley de Eutanasia. Resulta en mi opinión una omisión totalmente injustificada y más aún teniendo presente la estructura social española. Por otra parte, es contraria a la ley de autonomía del paciente, que, como hemos señalado, reivindica explícitamente la participación de familiares y allegados en los procesos de información y toma de decisiones, siempre que esto no sea contrario a la voluntad del paciente.

más o una «alternativa», cuándo su disfrute efectivo debería ser el presupuesto previo de cualquier proceso deliberativo?

Se insiste en estos días en que eutanasia y «muerte digna» circulan por carriles distintos, de modo que una cosa serían los procedimientos y garantías para que los pacientes mueran con dignidad y otra distinta sería la vía de la solicitud de la prestación de «ayuda» a morir. Prestaciones diversas, procedimientos diversos.

Pero esta distinción es completamente arbitraria y está fuera de la realidad de los pacientes (y sus familias) al final de la vida. Es en cierto modo perverso encauzar al paciente por la vía de la eutanasia, activando el proceso que se describe en la Proposición sólo porque, de modo irreflexivo, o sin estar recibiendo los cuidados paliativos adecuados (de los que forma parte, no se olvide, la sedación en la agonía), exprese su voluntad de morir. Más aún si cabe la posibilidad de que en ese proceso de deliberación participen únicamente profesionales partidarios de la muerte de sus pacientes como solución a su sufrimiento, habiendo quedado previamente fuera de juego los declarados objetores.

¿Cómo es posible distinguir, con carácter previo al proceso de deliberación, si el paciente desea morir o si desea dejar de sufrir pero no provocar directamente su muerte? Es sencillamente imposible hacerlo, y, sin embargo, la Proposición parte de que esa posibilidad existe y que el proceso que ella regula (deliberación incluida) queda reservado a los que desean morir (o sea, que teóricamente ya han definido su voluntad), mientras que los restantes pacientes quedarían dentro del ámbito de actuación de las leyes de «muerte digna». Esto sencillamente significa que el legislador presupone el resultado del proceso de deliberación. Y si los profesionales sanitarios que no ven en la muerte de sus pacientes un acto médico quedan excluidos del proceso por su condición de objetores, me temo que esa deliberación conducirá en un altísimo porcentaje a la toma de decisión de morir.

Mención aparte merece la figura del «médico colaborador», ¿ha de considerarse como «directamente implicado» en la práctica de la eutanasia? Todo parece apuntar que sí, puesto que su participación es necesaria para la realización de la misma, pero no está involucrado directamente en ella. Una posición demasiado parecida a la del médico de atención primaria en el caso del aborto como para no generar alguna duda respecto a sus posibilidades de ser reconocido como «directamente implicado».

En cualquier caso, de la experiencia previa en el caso de la objeción al aborto podemos colegir que tan necesaria determinación no debería llevarse a cabo mediante acto administrativo, sino en sede legislativa o, en su caso, judicial.

Por lo que respecta a los medios establecidos para hacer constar la condición de objetor, la Proposición de Ley de Eutanasia, a diferencia de la Ley de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo, establece

directamente la obligación de las administraciones autonómicas de crear un Registro de objetores.

Como hemos tenido ocasión de comentar, el Registro de objetores ha sido declarado constitucional, y la Administración competente para crearlo. Ahora bien, esto no significa que sea una opción necesaria, o imprescindible, sólo quiere decir que su creación no conculca la Constitución, como pueden también no hacerlo otros medios de acreditar la condición de objetor.

No está claro que la autodeclaración ante el correspondiente Colegio sea uno de ellos⁵⁴. Pero hay más opciones abiertas. Como señala Serrano Pérez «el propio Colegio de Médicos de Navarra manifestó que la condición de objetor y por tanto la ordenación del sistema sanitario en cuanto a la IVE podría satisfacerse mediante una notificación administrativa personal ante la Dirección del Centro donde el profesional trabaja, con los mismos efectos organizativos que el Registro de objetores»⁵⁵.

Si de las diecisiete administraciones autonómicas, solo dos han articulado un Registro público, y la ley funciona en todo el territorio nacional, no parece que tal Registro constituya una pieza indispensable del sistema. En todo caso, no debería olvidarse, como hace el texto de la Proposición que la finalidad del mismo no es únicamente organizar el servicio garantizando los derechos del paciente, sino también la propia protección del objetor, como puso de manifiesto el TC.

Las afirmaciones de Ollero en su voto particular a la STC sobre el Registro de Navarra no son las únicas que denuncian su ineficacia. Según afirmaba hace solo unos meses Roberto Letxundi, miembro de la Sociedad Europea de Contracepción, en el Registro navarro «se apuntaron tres médicos, fracasó totalmente y no se hizo ni un solo aborto en la sanidad pública»⁵⁶. Incluso, puede operar en contra de la propia efectividad de la ley, como la experiencia navarra parece confirmar. Según los datos más recientes, más del 90% de los abortos realizados en España se llevan a cabo en centros concertados (100% en Navarra, 99,5% en Madrid, 98% en Andalucía). En 2017, 17 provincias no declararon ningún aborto, lo que implica que o bien en esas provincias españolas ninguna mujer abortó, lo que parece

⁵⁴ Vid., María Martín Ayala, «Objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo: procedimiento para su ejercicio. Los registros de objetores», *Derecho y Salud*, 20 - 2 (2010).

⁵⁵ María Mercedes Serrano Pérez, «Reflexiones jurídicas sobre un registro de médicos objetores a la interrupción del embarazo», en *Juristas de la Salud*, <http://www.ajs.es/blog/reflexiones-juridicas-sobre-un-registro-de-medicos-objetores-a-la-interrupcion-del-embarazo/>

⁵⁶ https://www.consalud.es/pacientes/17-provincias-no-comunicaron-a-sanidad-ni-un-solo-aborto-en-2016_46931_102.html

poco probable, o bien tuvieron que desplazarse a otras provincias para practicarse el aborto⁵⁷.

La propuesta de Registro público de objetores, sin alternativa alguna, parece condenada al fracaso en el caso de la eutanasia. En primer lugar porque todo parece apuntar a que en la sanidad pública las «ayudas a morir», que no son más que muertes causadas directamente por la administración de un fármaco, serán escasas, sin que la implementación de los cuidados paliativos suponga una alternativa real, y sin que exista infraestructura privada preparada para recibir a los pacientes que deseen «disfrutar de la prestación». La situación del paciente al final de la vida hace que lo que para el aborto se ha convertido en una situación en cierto modo irregular, pero que se va normalizando porque las mujeres acuden masivamente a centros concertados, para la eutanasia se convertiría en una situación insostenible, dada la obvia diferencia entre la situación de una mujer joven y sana que desea abortar y una persona afectada de una patología grave o en situación terminal.

La Proposición permite elegir, cuando sea posible, que la muerte sea provocada en el hospital o en el propio domicilio, pero la alternativa del desplazamiento a «centros concertados» (que no existen, por lo demás, actualmente) parece que debe ser descartada a priori para la mayoría de los casos, por lo que va a resultar muy complicado armonizar las pretensiones de los objetores con las de los pacientes (y, en este caso, todo en la Proposición apunta a la priorización del interés del paciente).

VI. CONCLUSIONES

1. A pesar de que hemos centrado nuestro análisis en los casos donde la intervención de la Administración pública ha sido conflictiva, y nos hemos referido a ellos en exclusiva, conviene tener presente que de las diecisiete administraciones autonómicas solo dos han implementado una interpretación o concreción del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo que haya dado lugar a pronunciamientos judiciales y estos últimos no han desautorizado la actuación administrativa en todos los casos. Más bien la han avalado, en términos generales. No cabe, a mi juicio, hablar de una actitud hostil de la Administración pública hacia el objetor, o, al menos, no más hostil de lo que lo es ya de por sí la cultura jurídica contemporánea.

2. Por lo que respecta a la aplicación de la Ley 2/2010 en lo que atañe a la objeción de conciencia, los problemas fundamentales vinculados a la actividad administrativa están relacionados con la identificación de los profesionales que

⁵⁷ *Ibidem*.

podrán ejercer el derecho a la objeción (los «directamente implicados») y con los mecanismos arbitrados para acreditar su condición de objetores (la comunicación «por anticipado y por escrito» y si de esta previsión puede derivarse o incluso se deriva necesariamente la constitución de un Registro público de objetores).

3. Para ninguno de estos dos problemas puede afirmarse que haya una solución jurídica nítida en nuestro ordenamiento. Ambos serían susceptibles de un tratamiento menos complejo si el Tribunal Constitucional aclarase definitivamente en qué consiste el derecho a la objeción y cuál es su naturaleza jurídica, pero tras las «oportunidades perdidas» en 2014 (Registro de Objetores de Navarra) y 2015 (objeción farmacéutica a la píldora postcoital y al preservativo) no parece que haya demasiadas razones para esperar una doctrina constitucional sólida sobre el problema de la objeción.

4. Por lo que se refiere al papel de la Administración pública, cabe concluir que no es de su competencia la determinación de quiénes han de entenderse «directamente implicados» en la práctica del aborto, pero sí lo es la creación del Registro de objetores, cuando así se estime oportuno.

5. La hipotética aprobación de la Proposición de ley de Eutanasia vuelve a poner ambos problemas no resueltos sobre la mesa, al emplear una versión casi idéntica de la fórmula de la objeción de conciencia al aborto para la objeción de conciencia a la eutanasia.

6. La solución dista bastante, a mi juicio, de ser óptima, fundamentalmente por las siguientes razones:

- a) No está claro aún quiénes pueden objetar, o qué debe entenderse por «directamente implicados» en el proceso del aborto, ni quién puede determinar tal significación. No debería hacerlo, en todo caso, la administración sanitaria competente. La determinación de los profesionales «directamente implicados» en la eutanasia es incluso más compleja, ¿A quiénes habremos de considerar ahora «directamente implicados»? ¿qué hay de la enfermería, sobre quien recae la tarea de administrar, en condiciones normales, un medicamento y que no es mencionada en la Proposición?. ¿sólo cabe la objeción de conciencia para los profesionales encargados de suministrar o dispensar la sustancia letal al paciente que la haya solicitado?, ¿quedarán todos los objetores excluidos de participación en proceso deliberativo?, ¿supondrá esto que en la deliberación sobre la opción de morir el paciente se verá acompañado únicamente por profesionales que entiendan la muerte del paciente como un acto médico?, ¿qué perspectiva se les dará sobre los cuidados paliativos?, ¿no deberían ser estos un *prius* de todo proceso deliberativo, en vez de una opción entre

otras? Todos estos interrogantes deberían ser resueltos en sede legislativa, evitando así los problemas que hemos visto emerger en el caso del aborto. En cualquier caso, debemos colegir que no corresponde tampoco en este caso su respuesta mediante acto administrativo, dada la relevancia constitucional de la cuestión de fondo.

- b) ¿Qué podemos esperar de la creación generalizada de Registros públicos –a cargo, esto sí, de la Administración–? Teniendo en cuenta que para el caso del aborto:
- a. No se han implementado en la inmensa mayoría de las comunidades. De hecho, solo se han constituido en dos.
 - b. En el caso de Navarra, la constitución del Registro no sólo ha resultado completamente ineficaz, como medio de identificación de los objetores, sino que ha redundado en un nulo cumplimiento de la ley.
- c) La regulación de la eutanasia contenida en la Proposición nos autoriza a prever una considerable resistencia por parte de los profesionales sanitarios al cumplimiento (a mi juicio, gravísimo) del deber jurídico que se les impone en nombre del derecho a morir de sus pacientes. La tramitación parlamentaria de la Proposición debería ser el marco de una reflexión conjunta sobre la legitimidad de este deber, y, en cualquier caso, sobre la conveniencia o no de resolver el problema de la objeción empleando soluciones jurídicas que han demostrado unas limitaciones tan graves como las que se han puesto de relieve en este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERT, M., «¿Tenemos derecho a abortar? De la despenalización a la exigibilidad jurídica» en *Revista de Derechos Humanos*, Universidad de Piura, 4 (2013).
- «¿“Dictadura” de las nuevas libertades? Relativismo ético y absolutización de lo útil en la Europa contemporánea», *Persona y Derecho*, 65 (2012).
- *Libertad de conciencia. El derecho a la búsqueda personal de la verdad*, Madrid, Palabra, 2015.
- APARISI, A., LÓPEZ GUZMAN, J., «El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto. De la fundamentación filosófico-jurídica a su reconocimiento legal» en *Revista Biomedicina*, noviembre (2009).
- D'AGOSTINO, F., *Bioetica nella prospettiva del diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 1996.
- ESCOBAR ROCA, G., *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. (1993).

- FLORES MENDOZA, F., *La objeción de conciencia en el derecho penal*, Granada, Comares, 2001.
- FRANKL, V., «Zeit und Verantwortung» en *Der Wille zum Sinn*, Bern-Stuttgart-Wein, Hans Huber, 1972- 1997, 5 Auflg. (2005).
- GÓMEZ ABEJA, L., «Registro obligatorio para objetores de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo. Reflexiones constitucionales», *Aranzadi Doctrinal*, num. 4, Estudios (2016).
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., «Objeción de Conciencia al tratamiento psicológico de homosexuales» en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (2013).
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, Civitas-Universidad de Córdoba. (1994).
- MARTÍN AYALA, M., «Objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo: procedimiento para su ejercicio. Los registros de objetores», *Derecho y Salud*, 20 - 2 (2010).
- MARTÍNEZ AZPIAZU, I., «Evolución del derecho a la objeción de conciencia en el derecho español. Carga de Prueba. Especial incidencia en los principales intervinientes procesales» *Noticias jurídicas*, marzo 2012, vid. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4751-evolucion-del-derecho-de-objecion-de-conciencia-en-el-derecho-espanol-carga-de-la-prueba-especial-incidencia-en-los-principales-intervinientes-procesales/>
- MARTÍNEZ TORRÓN, J., «Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 79 (1992).
- «Las objeciones de conciencia de los católicos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 9 (2005).
- NAVARRO VALLS, R., MARTÍNEZ TORRÓN, J., *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, Madrid, MacGraw Gil. (1997).
- NAVARRO VALLS, R., «Una ocasión perdida. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de septiembre de 2014, sobre registro de objetores de conciencia al aborto», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 36 (2014).
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., *La objeción de conciencia ¿un derecho constitucional? Conference Paper*, disponible en https://www.researchgate.net/publication/276338319_LA_OBJECION_DE_CONCIENCIA_UN_DERECHO_CONSTITUCIONAL
- OLLERO TASSARA, A., *El Derecho en Teoría. Perplejidades jurídicas para crédulos*, Madrid, Thomson Aranzadi. (2007).
- «Relativismo y dopaje ético», en *La política al servicio del bien común*, XI Congreso Católicos y vida pública, Madrid, CEU ediciones. (2010).
- ORTEGA Y GASSET, J., *Introducción a una Estimativa. ¿Qué son los valores?*, Introducción de Ignacio Sánchez Cámara, Madrid, Encuentro. (2004).
- «El tema de nuestro tiempo», en *Obras Completas*, tomo III, 1ª ed., Madrid, Aguilar (1983).
- PALOMINO, R., *Objeción de conciencia de los notarios españoles con motivo de la nueva ley de jurisdicción voluntaria*, *Revista Jurídica Digital UANDES* 1 (2017).

- PRIETO SANCHÍS, L., «La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho», *Sistema, Revista de Ciencia Sociales*, 59 (1984).
- SANCHEZ CÁMARA, I., «De delito a derecho. El declive de la protección jurídica de la vida», *Cuadernos de Bioética*, 1(2012).
- SARTEA, C., *Deontologia. Filosofia del lavoro professionale*, Torino Giappichelli. (2010).
- SCHELER, M., «Vom Wesen der Philosophie und der moralischen Bedingung des philosophisches Erkennens», *Gesammelte Werke*, München-Bonn-Bern, Francke-Verlag-Bouvier-Verlag, Bd. V. (2000).
- SERRANO PÉREZ, M.M., «Reflexiones jurídicas sobre un registro de médicos objetores a la interrupción del embarazo», en *Juristas de la Salud*, <http://www.ajs.es/blog/reflexiones-juridicas-sobre-un-registro-de-medicos-objetores-a-la-interrupcion-del-embarazo/>
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M., «Objeción de Conciencia y Eutanasia», en *Anuario de Derechos Humanos*, 9 (2008).
- RECASENS SICHES, L., *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa. (1970).
- VIOLA, F., «L'obiezione di coscienza come diritto», *Persona y Derecho*, nº 61 (2009).

EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN
EN LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DEL
DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE LOS
PROFESIONALES SANITARIOS EN EL CONTEXTO
DE «NUEVOS DERECHOS»: LOS CASOS DEL ABORTO
Y LA EUTANASIA

*The role of public administration on the establishment
of the content of health care professionals right to
conscientious objection in the context of «new rights»:
the cases of abortion and euthanasia*

Marta Albert Márquez
Universidad Rey Juan Carlos (España)
marta.albert@urjc.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp153-189](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp153-189)

Copyright

Estudios de Deusto es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado