¿EXENCIÓN DE UN *DEBER* DE ABORTAR? SOBRE EL REGISTRO NAVARRO DE OBJETORES Y EL SIGNIFICADO DE LA «OBJECIÓN DE CONCIENCIA»*

FERNANDO SIMÓN YARZA
Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Navarra
Visiting Fellow del James Madison Program (Universidad de Princeton)

RESUMEN. En su reciente Sentencia 151/2014, de 25 de septiembre, el Tribunal Constitucional ha avalado en su mayor parte la constitucionalidad de la polémica *Ley Foral 16/2010, de 8 de noviembre*, por la que se creó el registro de profesionales sanitarios objetores al aborto. Más allá de las consecuencias inmediatas de la decisión, resulta sumamente problemático considerar, como hace el Alto Tribunal, la negativa a abortar como la exención de un deber jurídico. Semejante tratamiento deriva de una analogía inadecuada —muy extendida, por lo demás— con la objeción de conciencia militar. Sin embargo, categorizar del mismo modo la negativa a cumplir un *deber constitucional* y la negativa a cumplir un *mandato legal* supone dar por sentada la legitimidad del mandato legal. Algo que, según explica el autor, no puede aceptarse en un Estado constitucional.

PALABRAS CLAVE. Aborto, objeción de conciencia, libertad ideológica y religiosa, derechos fundamentales, Sistema Sanitario.

ABSTRACT. In its recent Judgment 151/2014, of September 25, the Spanish Constitutional Court has upheld most of the content of the controversial Navarra *Act 16/2010, of November 8*, that created the Health System Registry for abortion conscientious objectors. Besides the immediate consequences of this decision, it is very problematic to consider the resistance to perform abortions (as the Constitutional Court does) as an exemption to perform a legal duty. Such an understanding derives from a widespread —but nonetheless inadequate— analogy with the military conscientious objection. Categorizing in the same way the resistance to fulfill a *constitutional duty* and the resistance to fulfill a *legal mandate* implies taking for granted the legitimacy of the legal mandate. This way of

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto DER2012-31062, «*Gestión de la diversidad religiosa y organización territorial*», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y dirigido por la Profa. Titular Francisca Pérez Madrid, de la Universidad de Barcelona.

proceeding is, according to the author, unacceptable in a Constitutional State.

KEYWORDS. Abortion, conscientious objection, freedom of conscience and religion, constitutional rights, Health Care System.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA Y EL JUICIO POLÍTICO SOBRE LAS CREENCIAS SUBJETIVAS. III. LA NEGATIVA A ABORTAR: ¿EXENCIÓN DE UN *DEBER* JURÍDICO? 1. Un planteamiento viciado. 2. El *deber jurídico de abortar* y el «contenido esencial» de los derechos fundamentales. 3. El *deber jurídico de abortar* y el principio de proporcionalidad. IV. CONCLUSIÓN: LOS DERECHOS EN SERIO, PERO UNOS MÁS EN SERIO QUE OTROS. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Foral 16/2010, de 8 de noviembre, por la que se creó el registro de profesionales sanitarios objetores al aborto en Navarra, ha venido suscitando un importante debate político y jurídico en nuestra comunidad y ha sido avalada, en su mayor parte, por la Sentencia del Tribunal Constitucional 151/2014, de 25 de septiembre. Considero, sin embargo, que el debate no debería darse por concluido con esta decisión, sino que la Sentencia constituye una buena ocasión para *reflexionar sobre el significado mismo de la objeción de conciencia*. Como es sabido, se trata de una institución originariamente ligada a la conscripción militar, ámbito en el que ha sido tradicionalmente concebida como *exención del deber cívico*, de naturaleza *constitucional*, de defender a la propia patria. Como tal se halla expresamente prevista en la Constitución española[1], y como tal ha sido entendida también en el Derecho comparado[2].

1. Art. 30 CE: «1. Los españoles tienen el derecho y el *deber de defender a España*. 2. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la *objeción de conciencia*, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria».
2. *Vid*. v. gr. GREENWALT, K., *Religion and the Constitution*, Princeton University Press, Princeton, 2009, pp. 49-67; *vid*. también BROCK, P., «Conscientious objection», en YOUNG, N. J. (ed.), *The Oxford International Encyclopedia of Peace*, Oxford University Press, Oxford y Nueva York, 2010 (versión online en: www.oxfordreference.com); HEVAL ÇINAR, Ö., *Conscientious Objection to Military Service in International Human Rights Law*, Palgrave MacMillan, Nueva York, 2013, pp. 21 y ss.; y BROWNLEE, K., «Conscientious Objection, Civil Disobedience», en MARMOR, A. (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Routledge, Nueva York y Londres, 2011, pp. 531-532. El uso del término se empezó a extender a finales del siglo XIX y, sobre todo, durante la Primera Guerra Mundial, para describir la resistencia pacífica a la conscripción militar.

Considerar inexorablemente la elusión de un mandato por motivos de conciencia de este modo —como elusión de un *deber jurídico*— resulta discutible cuando la conducta impuesta no es un *deber constitucional* —esto es, un deber reconocido expresamente por el Constituyente y, por lo tanto, jurídicamente incuestionable— sino un *mandato legal*, subordinado a la Constitución. En este supuesto, presentando la resistencia a la ley por invadir la propia conciencia como una conducta excepcional *per definitionem* se corre el riesgo de subordinar la libertad de conciencia a cualquier imperativo del legislador, con independencia de su contenido. La conciencia tiene que superar entonces un test de razonabilidad para *eximirse* de los mandatos legales, mientras que el legislador queda excusado de pasar ningún *test* de respeto a la libertad de conciencia a la hora de definir los deberes de los ciudadanos. Y es que la calificación de la objeción como «exención de un deber jurídico» lleva implícita lo que podríamos denominar como una «*presunción conceptual*» de la legitimidad del mandato objetado[3]. En la medida en que la existencia del «deber jurídico» se asume como un *prius* de la objeción, el objetor no puede aspirar más que a solicitar la exención del mismo, pero no puede llegar a cuestionar, en su condición de objetor, la legitimidad de dicho «deber».

Tratándose de un mandato legal, para que quepa hablar de objeción primero ha de examinarse la legitimidad constitucional de propio deber —también de los que tienen por objeto una conducta de los funcionarios, cuya legitimidad constitucionalidad no viene garantizada *a priori* por el hecho de que éstos estén sujetos al principio de jerarquía (art. 103.1 CE). *Bajo ciertas condiciones existe la posibilidad de objetar a un deber legal, pero antes de explorar esta posibilidad hay que verificar la propia constitucionalidad del deber impuesto*. Considerar como objeción, por principio, la oposición a la ley por motivos de conciencia, es inaceptable. Y es que, si se acepta, la libertad de conciencia queda *desfigurada como derecho fundamental*, o lo que es lo mismo, deja de constituir un límite constitucional infranqueable al que los mandatos del legislador han de someterse para poder ser calificados como deberes jurídicos. Antes que un refugio de objetores, el artículo 16.1 CE constituye un límite al legislador.

Ésta es, a mi juicio, la principal deficiencia que acusan numerosos análisis de la llamada «objeción de conciencia al aborto», incluido el de la STC 151/2014. Partiendo de una analogía inadecuada con la *exención de un deber*

3. Sobre las presunciones en el ámbito de la interpretación y la argumentación jurídica, vid. la exposición de Ferreres, V., *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 144 y ss.

constitucional como es el de defender a la propia nación, ésta se examina como si de la exención de un deber constitucional se tratase, esto es, *presuponiendo la legitimidad de tal deber*[4]. Mas como vengo sosteniendo, de acuerdo con el *status* de las libertades fundamentales en el ordenamiento[5] no es la conciencia del individuo, sino el *poder estatal*, quien primero debe justificarse. Y, en una sociedad pluralista, cuando las autoridades públicas fijan obligaciones cuyo contenido repugna moralmente a un amplio sector de la población, las razones de conciencia de quienes se niegan a observar dicha conducta no pueden recibir un *status* infraprivilegiado, tampoco cuando quienes se niegan a observarla son funcionarios sujetos a una relación especial de sujeción[6]. Es preciso negarse a admitir —como hace la STC 151/2014— un *deber jurídico de abortar*, puesto que tal deber *entra en colisión con lo que, para innumerables médicos, constituye una obligación de conciencia multisecular que sería gravemente injusto transgredir*[7]. En palabras de uno de los fundadores del pensamiento político liberal moderno, «si la sociedad aprueba mandatos injustos en lugar de justos, o un mandato cualquiera en asuntos en los que

4. Comprensiblemente, semejante extensión analógica ha generado dos líneas de reacción de interés en la doctrina. Por una parte, algunos autores *se resisten a hablar de objeción de conciencia* en casos como el aborto (*vid*. al respecto, las opiniones recogidas en Cebriá García, M., «Objeción de conciencia del personal sanitario y reformas legislativas en España», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 27, 2011, pp. 11 y ss.); otros autores, sin embargo, optan por criticar la concepción de la objeción como un hecho excepcional (en este sentido, *v. gr.*, Navarro-Valls, R., y Martínez-Torrón, J., *Conflictos entre conciencia y ley*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 34 y ss.). Lo que late en ambas reacciones es *un rechazo a la idea de que quepa imponer cualquier deber jurídico y, por consiguiente, a que la resistencia a la ley haya de presentarse necesariamente como excepción a un deber*.
5. *Vid*., sobre la asimetría entre las libertades, «jurídicamente constituidas», y las competencias públicas, «jurídicamente atribuidas», Schmidt-Aßmann, E., *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Springer,* 2ª edición, Heidelberg, 2004, pp. 13-15.
6. La expansión de las objeciones de conciencia —algunos autores han hablado de un auténtico «*big-bang*»— no puede atribuirse sencillamente al fraude de quienes pretenden sustraerse al legislador, sino que obedece principalmente a otros factores relevantes para emitir un juicio de valor respecto a los derechos: el crecimiento de la intervención del legislador en la vida social, el pluralismo cultural y religioso, la adopción *de facto* de muchas decisiones políticas en el plano supranacional, etc. *Vid*. al respecto el documentado trabajo Navarro-Valls, R., y Martínez-Torrón, J., *Conflictos entre conciencia y ley*, *cit.*, pp. 29 y ss.
7. Tal obligación fue lapidariamente definida por Hipócrates en el siglo V a. C. y, desde entonces hasta nuestros días, incontables médicos siguen honrándola como una grave obligación de conciencia: «juro por Apolo, médico, por Asclepio, y por Higía y Panacea, y por todos los dioses y diosas del Olimpo, tomándolos por testigos, cumplir este juramento según mi capacidad y mi conciencia: (…) nunca proporcionaré a mujer alguna un pesario abortivo, aunque me lo pidiere» (trad. Prof. Dr. G. Herranz).

no debería meterse, practica una tiranía social más formidable que muchos tipos de opresión política, (...) esclavizando al alma misma»[8].

En las páginas que siguen, examinaré el tratamiento de esta cuestión —crucial, a mi juicio— en la Sentencia 151/2014. Dada la magnitud y la complejidad del problema, así como su carácter basilar de cara al enjuiciamiento de otros asuntos planteados por la propia decisión, centraré mi análisis de la Sentencia en este punto. Dejaré al margen, pues, otros problemas —singularmente, los problemas competenciales— que, sin perjuicio de su relevancia, dependen de un previo entendimiento cabal del significado de los derechos y de su contenido esencial. Antes de entrar a fondo en las reflexiones, sin embargo, resulta oportuno exponer sucintamente los hechos de la Sentencia.

* * *

El artículo 19.2 de la *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo* (en adelante, *Ley del aborto*) reguló la objeción de conciencia al aborto del modo siguiente: «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 desarrollo de esta norma, el Parlamento de Navarra aprobó la Ley Foral 16/2010, de 8 de noviembre, que crea el registro de profesionales objetores al aborto, la cual fue impugnada en su totalidad por 50 diputados del Grupo Popular en el Congreso por vulnerar los artículos 81, 149.1.1 y 139.1 CE. A juicio de los recurrentes, la ley excedería las competencias de la Comunidad Foral por tratarse de un «desarrollo» del derecho a la libertad de conciencia reservado al legislador orgánico (art. 81 CE); por afectar a las condiciones que garantizan el ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad (competencia estatal exclusiva *ex* art. 149.1.1º CE); y por alterar la igualdad de derechos y obligaciones de los españoles en todo el territorio nacional (art. 139.1 CE). Asimismo, solicitaron que se declarasen inconstitucionales, por quebrantar el derecho a la libertad religiosa (art. 16.1 CE) y a no declarar sobre las propias convicciones (art. 16.2 CE), los preceptos concretos de la Ley Foral 16/2010 que disponen: la creación del Registro de objetores (arts. 1.b y 4 LF 16/2010); las condiciones y el contenido de la decla-

8. Stuart Mill, J., *On Liberty* (1859), James R. Osgood & Co., Boston, 1871, pp. 13-14.

ración (art. 3); la legitimación para acceder a los datos (art. 5); y la garantía de confidencialidad de los datos en caso de que sean utilizados para fines organizativos o estadísticos (art. 6).

Tras un azaroso proceso[9], el recurso de inconstitucionalidad fue admitido mediante Auto 98/2011, de 22 de junio y, algo más de tres años después, el Tribunal Constitucional dictó Sentencia el 25 de septiembre de 2014. La decisión *desestimó prácticamente todas las pretensiones de los recurrentes*, si bien reconoció la inconstitucionalidad de la legitimación para acceder a los datos del registro de «aquellas personas que autorice expresamente la persona titular de la Gerencia del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, en ejercicio legítimo de sus funciones» (art. 5 LF 16/2010). La decisión, en fin, fue objeto de un voto particular del Magistrado Ollero Tassara, a juicio del cual *el Registro de objetores —innecesario para el ejercicio de la objeción— viola la libertad de conciencia*. Ésta era, de hecho, la pretensión nuclear del caso, y en ella se centrará el presente trabajo.

II. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA Y EL JUICIO POLÍTICO SOBRE LAS CREENCIAS SUBJETIVAS

Según ha afirmado Joseph Raz, la defensa del derecho a la objeción de conciencia está ligada a la «reflexión sobre la naturaleza del liberalismo», ya que *un Estado liberal tiene en cuenta, necesariamente, las convicciones éticas de sus ciudadanos, y considera un bien moral no exigirles adoptar actitudes que traicionarían sus propios principios, siempre y cuando tales principios se juzguen dignos de cierta consideración y respeto*[10]. Obviamente, una abso-

9. Inicialmente, los demandantes acompañaron su recurso con una documentación que identificaba erróneamente la norma recurrida con la Ley Foral 17/2010, lo que condujo a la apertura de un trámite infructuoso de subsanación seguido de la inadmisión inicial del recurso (ATC 55/2011). Interpuesto recurso de súplica subsanando el defecto y solicitando un nuevo Auto de admisión, el Tribunal Constitucional accedió finalmente a ello mediante ATC 98/2011, de 22 de junio. Esto sería motivo de una solicitud de inadmisión posterior por parte del Letrado del Parlamento de Navarra, que consideraba superado el plazo de 3 meses para manifestar la voluntad impugnatoria. El Tribunal Constitucional, sin embargo, rechazaría la alegación teniendo en cuenta que dicha voluntad había sido manifestada con el primer escrito (*vid*. STC 151/2014, FJ 1).

10. Sin perjuicio de posteriores matices, *a priori* —afirma Raz— parece que «un Estado es liberal únicamente si contiene leyes al efecto de que ningún hombre sea responsable de infringir un deber cuando la infracción es cometida porque piensa que es moralmente malo para él obedecer el Derecho sobre la base de que éste es moralmente malo, totalmente o en parte» (Raz, J., «A Right to Dissent? Conscientious Objection», en *The Authority*

lutización de la objeción permitiría, de un lado, su uso espurio para eludir cualquier deber que resultase oneroso; y, de otro, otorgaría a la sensibilidad subjetiva un peso inadmisible allá donde la sociedad ostenta un interés legítimo en exigir el cumplimiento uniforme del Derecho[11]. Sin embargo, ello no valida, como a continuación veremos, la tesis según la cual la objeción de conciencia es *esencialmente* problemática y sólo existe para los casos particulares explícitamente reconocidos por una regla constitucional.

El derecho a la objeción de conciencia constituye una garantía incluida en el artículo 16.1 CE. Tal y como ha afirmado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 53/1985, «forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución» y es, por lo tanto, «directamente aplicable»[12]. *Que no sea un derecho absoluto no lo hace más problemático que cualquier otro derecho fundamental*. Su reconocimiento va precedido, desde luego, de una ponderación que tiene en cuenta tanto la importancia social del mandato legal como la autenticidad y la gravedad de las convicciones de quienes se oponen a su acatamiento. Pero esta ponderación y estos juicios de valor no son totalmente privativos de la objeción de conciencia: también el reconocimiento de la libertad de expresión constitucionalmente protegida, verbigracia, exige un juicio de valor sobre el contenido de lo que se expresa y sobre los costes sociales de admitir determinados tipos de expresión. Así como el hecho de que no cualquier expresión sea constitucionalmente lícita no obliga a problematizar *a priori* la libertad de expresión, tampoco puede cuestionarse la objeción de conciencia por el hecho de que quepa un ejercicio excesivo o abusivo de la misma: *abusus non tollit usum*.

---

of Law, Oxford University Press, 2ª edición, Oxford, 2009, p. 276). Análogamente, Brownlee sostiene que «la expresión 'objeción de conciencia' identifica una esfera de convicción personal alrededor de la cual *una sociedad liberal y su Derecho* tiende a pisar con cierto cuidado» (Brownlee, K., «Conscientious Objection, Civil Disobedience», cit., p. 532; la cursiva es mía). Aun relacionado con la tradición iusnaturalista, el *derecho a la objeción de conciencia* no entraña una apelación inmediata a la ley natural, como a veces se supone. Cuando se defiende la objeción de conciencia no se invoca un derecho suprapositivo sino una salvaguardia que, consagrada como *derecho fundamental* en el ordenamiento jurídico-positivo, exime de cumplir otro mandato normativo cuya observancia vendría de otra manera impuesta. Se trata, pues, de una institución *genuinamente liberal*, por la que el Derecho positivo —basándose en razones suprapositivas, sin duda— *declara la inviolabilidad de ciertos dictados de la conciencia individual, aun por encima de otras normas del ordenamiento*.

11. En el mismo sentido, v. gr., el propio Raz, *Op. cit*., pp. 282 y ss.; y Rawls, J., *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1971, p. 370.
12. STC 53/1985, FJ 14. Sobre la evolución jurisprudencial en relación con la llamada objeción al aborto, *vid*. más ampliamente Domingo Gutiérrez, M., «La objeción de conciencia al aborto. Evolución jurisprudencial», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 23, 2010.

Los intentos de *reductio ad absurdum* —'si se admite un derecho genérico a la objeción de conciencia, se pone en riesgo la autoridad del Estado'— encierran un *non sequitur*, puesto que olvidan que entre la formulación genérica, *prima facie*, de todos los derechos, y las posiciones definitivas, median siempre argumentos y juicios de valor[13]. La peculiaridad de la objeción de conciencia reside, como ha apuntado Rawls e indicado con toda claridad Raz, en que exime a una persona del cumplimiento de un *deber* en respeto a su creencia, *no compartida por la sociedad*, de que le está moralmente prohibido cumplir semejante obligación jurídica[14]. Lo particular de la objeción de conciencia

13. La *reductio ad absurdum* parece ser intentada por el propio Tribunal Constitucional en la STC 161/1987: «la objeción de conciencia *con carácter general*, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes *constitucionales o legales* por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, *no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno*, pues significaría la negación misma de la idea de Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida *excepcionalmente* respecto a un deber concreto» (FJ 3; la cursiva es mía). Conviene formular algunos reparos a este aserto, el cual parece contradecir la inmediata derivación de un derecho a la objeción de conciencia del artículo 16.1 CE en las SSTC 15/1982 y 53/1985. Así lo advierten, entre otros, Navarro-Valls, Rodríguez-Chacón o Domingo Gutiérrez (*vid*. Domingo Gutiérrez, M., *Op. cit*., p. 5). El primero llega a hablar de los «planteamientos erráticos y contradictorios» del Tribunal en este punto (*vid*. Navarro-Valls, R., «Una ocasión perdida. Comentario a la STC 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, pp. 1-2). Entre el postulado de un derecho «absoluto» a la objeción y el postulado de un derecho «general» —esto es, de un derecho «sin más», *simpliciter*, sin ulterior especificación en su formulación *prima facie*— hay una gran diferencia que el Tribunal Constitucional parece pasar por alto. *Todos los mandatos legales* están subordinados a múltiples derechos fundamentales «*de carácter general*» que, afirmados como absolutos, conducirían a «la negación misma de la idea de Estado». Así pues, si sosteniendo que no existe un derecho *general* a la objeción el Tribunal pretende constatar la inexistencia de un derecho *absoluto* a la objeción, tan sólo cabe replicar que esto se predica de *casi todos los derechos fundamentales*. Un derecho absoluto a la objeción —lo mismo que un derecho absoluto a la libertad de expresión, o a la intimidad, o a la libertad y seguridad, etc.— «ni está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera», pero un derecho *general* a la objeción es *plenamente imaginable*, y no tiene por qué desembocar en la desaparición de la idea de Estado. La justa medida de tal derecho depende, en última instancia, de la estructura y el contenido del razonamiento que conduce desde las posiciones *prima facie* —el derecho abstractamente formulado— hasta las posiciones definitivas —la facultad jurídico-fundamental concretamente reconocida. Es tarea de la dogmática jurídica canalizar, a través de *formas* conceptuales, la estructura del razonamiento que avanza los derechos *prima facie* hasta las posiciones definitivas, sin que sea posible, obviamente, eliminar por completo el juicio de valor. *Vid*. al respecto Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Francfort del Meno, 1986, pp. 90-92. Si aceptásemos la tesis de la inexistencia de un derecho general a la objeción, la colisión entre la *convicción subjetiva* y el *mandato del legislador* se resolvería inexorablemente a favor del segundo —salvo excepción prevista en la Constitución o en la propia ley, en cuyo caso no cabría hablar de auténtica colisión— con independencia de la seriedad de la primera y de la importancia social del segundo. Esto es justamente lo que rechaza un Estado liberal.
14. Raz, *Op. cit*., p. 277. En un sentido similar se pronuncia Rawls, para quien el «rechazo

es que *el juicio de valor que lleva consigo posee una especial complejidad*. De un lado, ha de entenderse que el deber jurídico respecto al que se invoca la objeción *es legítimo*, esto es, que constituye una imposición que, como tal, no lesiona ningún derecho de los ciudadanos —en particular la *libertad de conciencia*. De otro, sin embargo, se reconoce que, pese a no ser *objetivamente* plausibles, los escrúpulos morales de quienes se acogen a la objeción tienen tal fuerza y seriedad *subjetivas* que el mandato legal debe ceder en su caso. La objeción, pues, se reconoce a un sujeto *pese a* la implausibilidad objetiva de sus reservas, y es por ello que constituye una institución genuinamente liberal. Captada con gran acierto —como se ha señalado— por Raz, la lógica de la objeción puede descomponerse analíticamente como sigue:

a) *Si la reserva moral del objetor se reputase socialmente como verdadera* no cabría hablar de objeción de conciencia porque, sencillamente, la conducta objeto del deber jurídico impugnado estaría considerada por la propia sociedad como inmoral. Semejante obligación atentaría directamente contra el derecho a la *integridad moral* de los obligados.

b) *Si la creencia del objetor se reputase socialmente como objetivamente plausible (aunque no necesariamente cierta)*, tampoco cabría hablar de objeción de conciencia, porque tampoco cabría imponer un deber jurídico sobre un asunto acerca de cuya moralidad pueden esgrimirse, con razones fundadas, graves reparos. En una sociedad liberal, semejante «deber jurídico» atentaría contra *la libertad de conciencia* y sería en sí mismo inconstitucional. Como argüiré más adelante, *éste es el marco en el que* —como mínimo— *debería analizarse la negativa a abortar*, y es por ello que no debería hablarse propiamente de «objeción de conciencia».

c) Al tratarse de la exención de un *deber jurídico*, el discurso de la objeción de conciencia implica siempre, pues, la posibilidad de imponer semejante deber jurídico, lo que entraña *un juicio social positivo respecto a la moralidad de la conducta exigida por dicho deber y, en consecuencia, un juicio social negativo respecto a la plausibilidad objetiva de las reservas del objetor*. Si, pese a todo, se reconoce el derecho fundamental —*general*, aunque no absoluto— a la objeción, es porque, en ocasiones, el respeto a la sensibilidad subjetiva resulta más apremiante que el cumplimiento uniforme de los deberes jurídicos objetados. La ponderación que precede al reconocimiento concreto de un derecho a la objeción consiste justamente en discernir si, *relativamente*, los escrúpulos de los objetores son más dignos de tutela que la aplicación de una

---

de conciencia» (*conscientious refusal*) tiene como distintivo el hecho de que el objetor no apela a las convicciones de la mayoría (*A Theory of Justice*, cit., p. 369).

regla uniforme. El caso paradigmático es, huelga decirlo, el de la *objeción al servicio militar*, aunque existen otros muchos supuestos análogos[15].

III. LA NEGATIVA A ABORTAR: ¿EXENCIÓN DE UN *DEBER JURÍDICO*?

1. Un planteamiento viciado

Las reflexiones desarrolladas en el epígrafe anterior permiten dudar del entero planteamiento al que la STC 151/2014 ha sometido el problema de la (impropiamente denominada) objeción de conciencia al aborto. Este planteamiento resulta agravado por las restricciones a las que el Tribunal Constitucional parece someter, con carácter general, el derecho a la objeción, las cuales contrastan con su jurisprudencia anterior. De un lado, el Tribunal Constitucional se exime de citar *la doctrina mencionada arriba sobre la inmediata ligazón de la objeción con la libertad de conciencia del artículo 16.1 CE* —la jurisprudencia más relevante, por cierto, en relación con la llamada

15. Así, por ejemplo, los famosos *salute flag* cases norteamericanos, en los que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos amparó la pretensión de estudiantes testigos de Jehová que se negaban a participar en el «saludo a la bandera» y a pronunciar el «juramento de lealtad» (*pledge of allegiance*) a la patria por razones religiosas. *Vid*. *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1943) lo que permite catalogar estos casos como "objeciones de conciencia" es el hecho de que el *pledge of allegiance* puede legítimamente imponerse como un deber cívico. Otro caso similar lo encontramos en *Wooley v. Maynard*, 430 US 705 (1977), en el que el Tribunal Supremo protege el derecho de los testigos de Jehová a no incluir en la matrícula del coche el lema de su estado —en este caso el de New Hampshire: «*live free or die*»— por chocar con sus convicciones religiosas. También aquí, los testigos de Jehová apelan a razones no compartidas por la generalidad social, pero la seriedad subjetiva de sus convicciones contrasta con la *levedad objetiva* de las consecuencias del incumplimiento, y en ello reside la justificación de la objeción. Es interesante cómo, en otros casos, pese a la seriedad subjetiva de las razones, la *importancia social* del deber legal impide reconocer la objeción como un derecho fundamental. Así, por ejemplo, en *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon vs. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), en el que el Tribunal Supremo norteamericano determinó que era lícito denegar los beneficios del desempleo a una persona expulsada de su empresa por consumir *peyote*, una droga que ciertas tribus de nativos emplean como parte de un ritual religioso. El Tribunal Supremo entendió que el Estado estaba habilitado, aunque no obligado, a acomodar las razones *subjetivas* de los nativos que consumen peyote como parte de sus rituales.

«objeción al aborto». Sí es sensible, por el contrario, al hecho de que su doctrina ha interpretado restrictivamente el «desarrollo» de los derechos y libertades reservado a ley orgánica por el artículo 81 CE[16]. Igualmente restringida es, a su juicio, la interpretación del Tribunal Constitucional del principio *favor libertatis*, que operaría «no tanto como canon de constitucionalidad de la norma sino como criterio hermenéutico a tener en cuenta en su aplicación»[17]. Este aserto —sobre cuya reiteración «en múltiples ocasiones» nos advierte la Sentencia, sin ilustrarnos con ejemplos concretos— pasa por alto un *dictum* mucho más específico y perfectamente localizado: «*los límites a la libertad de creencias están sometidos a una interpretación estricta*»[18].

Con tan restrictiva aproximación, no es de extrañar que el Tribunal no haya reparado en la gravedad que encierra el presupuesto tácito de este caso, a saber, *la misma calificación de la resistencia a practicar abortos como «exención de un deber jurídico»*[19]. Tal punto de partida supone cerrar los ojos a la realidad ignorando al amplio sector de la población que considera el aborto como moralmente inadmisible, así como las razones por las que los médicos navarros han venido resistiéndose a abortar. Tales consideraciones son imprescindibles para formular el juicio de valor que, inevitablemente, precede a todo reconocimiento de una «posición definitiva» de derecho fundamental. Eludiendo entrar en ellas, el caso sólo puede ser cerrado en falso.

Hay que añadir que tanto la *Ley del aborto* como la propia Sentencia enturbian el tratamiento del asunto y exigen un cierto esfuerzo analítico al lector para detectar *desviaciones lingüísticas* y un *uso erróneo de las categorías*. En la Sentencia, en efecto, nunca se habla abiertamente de un «*deber jurídico de abortar*», y ni siquiera se dice, en un mismo sintagma, que «*negarse-a-abortar-es-eximirse-de-cumplir-con-un-deber*». Todo ello es mantenido indirectamente por la decisión que, partiendo de que la objeción entraña la *exención de un deber jurídico*, reproduce el lenguaje empleado por el legislador —eludiendo así la expresión «*deber de abortar*»[20]— y sostiene que *el principio* «favor libertatis» *no opera* en el enjuiciamiento de la regulación legal de los derechos. Es así como abortar se convierte en un *deber jurídico*, objetar al

16. *Vid*. STC 151/2014, FJ 4, y jurisprudencia allí citada.
17. STC 151/2014, FJ 5.
18. STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 3, y jurisprudencia allí citada.
19. STC 151/2014, FJ 5.
20. La mayor claridad expositiva —no exenta de circunloquio—la encontramos en el FJ 5: «el ejercicio del derecho [a la objeción de conciencia] implica la exoneración de un deber jurídico vinculado a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos legalmente previstos».

aborto en una excepción, y el derecho a no colaborar en la práctica de abortos en un derecho cuya regulación no está sujeta al principio *favor libertatis*.

2. El *deber jurídico de abortar* y el «contenido esencial» de los derechos fundamentales

Como se ha indicado más arriba, el artículo 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010 dispone 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*...»[21]

1. A mi modo de ver, el Tribunal Constitucional ha cometido un error dando por sentada la constitucionalidad del precepto recién transcrito, con el que se refuerza el *deber* legal de abortar hasta el punto de supeditar el derecho a eximirse del mismo a la efectividad de la prestación. Al ocuparse de la delimitación competencial entre Navarra y el Estado, la Sentencia afirma sucintamente que «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 LO 2/2010, precepto que tiene valor de ley ordinaria, pues *ni es la norma impugnada, ni en ningún momento lo reclaman los demandantes*»[22]. Con ser cierto este último inciso, que el objeto del litigio no sea el artículo 19.2 LO 2/2010 implica que el Tribunal *no está llamado a depurar el ordenamiento en ese extremo*, pero entiendo que no le exime de cuestionar su *contenido material* si de su inconstitucionalidad se derivase la inconstitucionalidad del registro mismo —el objeto de la impugnación. Lo que no parece buena jurisprudencia es avalar la legitimidad *constitucional* del registro en la pretendida coherencia que guarda con un precepto —el art.

21. La cursiva es mía. *Vid*. una crítica a este precepto en Navarro-Valls y Martínez Torrón, *Conflictos entre conciencia y ley*, cit., pp. 154 y ss.; Cebriá García, «Objeción de conciencia del personal sanitario y reformas legislativas en España», *cit*., pp. 18 y ss; y Domingo Gutiérrez, M., «La objeción de conciencia al aborto. Evolución jurisprudencial», *cit*., pp. 24 y ss. Además de supeditarlo a la efectividad de la prestación, se niega el derecho a la objeción (*inclusio unius, exclusio alterius*) a quienes están implicados «*indirectamente*» en el aborto —una categoría indeterminada, que podría excluir, v. gr., al ecógrafo que lleva a cabo pruebas preliminares, al médico de atención primaria que ha de informar a la mujer sobre la posibilidad de abortar; etc. Para consumar la exclusión, el artículo 3.5 de la Ley Foral 16/2010 prevé la *denegación del registro* a quienes no estén directamente implicados. *Vid*. más ampliamente, sobre esta exclusión, Navarro-Valls, «Una ocasión perdida», *cit*., p. 6.

22. STC 151/2014, FJ 4.

19.2 LO 2/2010— que s*ubordina la objeción de conciencia a la efectividad del aborto* sobre la base de que, *prima facie*, existe un *deber jurídico de abortar*. Antes de dar por bueno el registro, en definitiva, habría que destejer el telar, como Penélope, y revisar los hilos que lo componen. *Habría que comenzar preguntándose, en efecto, si es lícito supeditar el derecho fundamental a la libertad de conciencia a cargas destinadas a asegurar la efectividad del aborto*, y si los medios para hacerlo son proporcionados: *idóneos, necesarios y proporcionados en sentido estricto*.

2. Cabría argumentar todavía, sin embargo, que no estamos propiamente ante un específico *deber jurídico de abortar*, sino ante una obligación derivada del genérico *deber de los médicos de realizar las prestaciones previstas por la legislación sanitaria*. El Estado —sostiene este razonamiento— podría imponer *cualquier* función a los médicos que, dada su sujeción jerárquica (art. 103.1 CE) tendrían, en principio, el *deber* de cumplirla. Su negativa a cumplir la función impuesta habría de apelar a la objeción basándose en una *causa justificada*, y el alcance de la obligación del Estado de reconocer la objeción se determinaría en la *ponderación*.

Este razonamiento plantea, a mi juicio, un serio problema, puesto que la ponderación tiene un carácter muy distinto según se cuestione la legitimidad y el alcance del «deber jurídico» o la legitimidad y el alcance de la «excepción». La definición de las posiciones *prima facie* influye indiscutiblemente en el resultado de la ponderación. Asumir que el Estado puede imponer *prima facie* como deber jurídico cualquier función a los médicos es llevar demasiado lejos la doctrina de las *relaciones especiales de sujeción*. Si así fuese, la libertad de conciencia de los funcionarios dejaría de ser un derecho *prima facie* y pasaría a ser, *prima facie*, una *excepción*. Ciertamente, la exención del médico a un *deber jurídico* debe justificarse pero, antes aún, lo que tiene que justificarse constitucionalmente (por su respeto a los derechos fundamentales, y no sólo apelando a una genérica sujeción jerárquica) es el deber jurídico.

Más allá de las dificultades que plantea la doctrina de la «relación especial de sujeción» —una categoría «imprecisa»[23], como es sabido, que abarca una pluralidad de situaciones diversas, desde los reclusos en centros penitenciarios hasta los alumnos en centros docentes[24]—, conviene añadir que el Tribunal

23. STC 132/2001, FJ 4.
24. Específicamente en relación con los médicos, encontramos esta calificación, *v. gr.*, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 12 de marzo de 1993, FJ 7. Sobre las relaciones especiales de sujeción, vid. más ampliamente, entre otros, Lasagabaster Herrarte, I., *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid 1994; García Macho, R., *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución*

Constitucional ha declarado expresamente que, «en todo caso», dicha relación «debe ser entendida *en un sentido reductivo* compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales»[25]. Considero oportuno traer a colación aquí la Sentencia relativa a la negativa de ciertos militares a realizar una parada ante la Virgen de los Desamparados en el contexto de las celebraciones castrenses. En este caso, el conflicto entre el deber de disciplina militar y la libertad religiosa no llevó a reconducir la negativa del militar —a mi juicio, acertadamente— al plano de la «objeción de conciencia». El Tribunal Constitucional dijo, sencillamente, que «el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de esa naturaleza»[26]. Es cierto que, en aquel supuesto, se trataba de un acto religioso, pero lo más relevante es que, para el Alto Tribunal, *la libertad religiosa y de conciencia de los militares no operaba frente a sus superiores como una simple «excepción a un deber jurídico»*. Así como la disciplina militar no cualificaba la participación en un acto religioso como un «deber jurídico», *mutatis mutandis*, tampoco creo que la jerarquía administrativa cualifique como «deber jurídico» la participación en un aborto. Es más, parece obvio que un «*deber jurídico de abortar*» es mucho más grave, como injerencia en la libertad de conciencia, que un deber de detenerse ante la Virgen de los Desamparados —lo que no quiere decir que quepa imponer esta última conducta como deber.

No creo que sea posible aceptar, pues, que la sanidad pública pueda prescindir de la libertad de conciencia a la hora de fijar los «deberes jurídicos» de los médicos. Apelar en este contexto al *interés público* en aras del cual obra la Administración sería presumir la legitimidad de su actuación haciendo abstracción del caso concreto. Adviértase que, en las relaciones laborales, *la libertad de conciencia* opera *incluso* frente a actores privados que, obrando en ejercicio de derechos fundamentales, satisfacen otros derechos fundamentales e incluso intereses públicos cuyo soporte constitucional es mayor que la «prestación sanitaria» que estamos considerando[27].

Española, Tecnos, Madrid, 1992; y Gallego Anabitarte, A., «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. Contribución a la teoría del Estado de derecho», *Revista de Administración Pública*, 34, 1961, pp. 11-52.

25. *Vid*., entre otras, las SSTC 120/1990, FJ 6, 137/1990, y 57/1994, FJ 3 (la cursiva es mía).
26. STC 177/1996, FJ 11.
27. Pensemos, por ejemplo, en un derecho *fundamental* como el derecho de un centro docente a promover un ideario —que satisface tanto la libertad de enseñanza de los promotores del centro como la de los padres que deciden enviar allí a sus hijos. A pesar de su importancia para satisfacer un *interés público*, el derecho a promover un ideario debe ceder ante el *derecho* de los docentes a no promoverlo (STC 5/1981, FJ 10), sin que quepa calificar este último como la *excepción* a un deber.

3. El *deber jurídico* de abortar y el principio de proporcionalidad

1. Hasta este punto he venido manteniendo que considerar un derecho tan inalienable como el *derecho a no practicar abortos* —que, según la *lex artis* de Hipócrates, constituye además un deber moral, y así lo siguen considerando innumerables médicos— como la exención de un deber jurídico, atenta sencillamente contra el «*contenido esencial*» de la libertad de conciencia (*vid*. art. 53.1 CE). No obstante, aun suponiendo que el artículo 19.2 LO 2/2010 no alcanzase a su «contenido esencial», tanto este precepto como la ley que crea el registro de objetores constituirían, como mínimo, injerencias en el contenido *prima facie* del derecho. Tendrían que superar, por tanto, el «principio de proporcionalidad» o «*prohibición del exceso*» (*Übermaßverbot*)[28], que obliga a someter las restricciones en los derechos, como es bien conocido, a un triple test de «idoneidad» (*Geeignetheit*), «necesidad» (*Erforderlichkeit*) y «proporcionalidad» en sentido estricto (*Verhältnismäßigkeit*):

a) El principio de *idoneidad* de la medida para asegurar el fin —la efectividad y la calidad asistencial del aborto— no plantea dudas. Desde luego, considerar la negativa a abortar como exención de un deber jurídico y, al amparo de semejante consideración, limitar la objeción de conciencia subordinándola a la calidad de la prestación (art. 19.2 LO 2/2010) y registrando a los objetores (LF 16/2010) contribuye, en conjunto, a asegurar la «prestación sanitaria». La cuestión es, pues, la *necesidad* de la medida y su *proporcionalidad en sentido estricto*.

b) El principio de *necesidad* exige que las medidas que restringen los derechos fundamentales sean mínimamente lesivas de los mismos, esto es, que no haya medidas menos gravosas de cara a lograr el fin que se persigue con su restricción. El *registro de objetores* nunca habría superado el *test* de necesidad si éste hubiera sido aplicado por el Tribunal Constitucional, dado que no es necesario para ejercer la objeción «anticipadamente y por escrito» —como requiere el artículo 19.2 LO 2/2010[29]. Pero es que tampoco la decla-

28. El carácter de parámetro constitucional del *Übermaßverbot* fue postulado por P. Lerche en un importante trabajo de principios de los años sesenta (*Übermass und Verfassungsrecht*, Heymanns, Colonia - Berlín - Múnich - Bonn, 1961) y asumido expresamente, pocos años después, por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Actualmente, se trata de un principio de uso corriente, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional. Un sintético estudio sobre la génesis, evolución y contenido de este principio puede encontrarse, en castellano, en Kluth, W., «Prohibición del exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán» (trad. E. Ortiz Calle), *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 1998, pp. 219 y ss.

29. Coincido en ello con el *Dictamen del Consejo de Navarra* 54/2010, de 18 de octubre:

ración «anticipada y por escrito» —que también constituye una injerencia en el derecho a la libertad de conciencia, puesto que impide la llamada «objeción sobrevenida»[30]— es precisa para asegurar su propia finalidad, a saber, la efectividad y calidad asistencial de la «prestación sanitaria». Una alternativa al registro y a la declaración anticipada de los objetores que no entrañaría injerencia alguna en el derecho a no practicar abortos sería, por ejemplo, la creación de un *registro de médicos dispuestos a practicar abortos*. Frente a esta alternativa no cabe argumentar que, en ese caso, pocos médicos darían el paso. *El que no haya médicos dispuestos a dar el paso motu proprio no hace sino corroborar la plausibilidad de las razones morales que asisten a quienes se niegan a abortar y, por consiguiente, reafirma la tesis fundamental de este trabajo, a saber, que el deber de abortar atenta contra el «contenido esencial» de la libertad de conciencia* —lo cual pone en entredicho la constitucionalidad tanto de la declaración anticipada como del registro. Si el legislador entiende realmente que abortar *es inocuo* y que las razones para no hacerlo son objetivamente implausibles, crear un registro de médicos dispuestos a abortar *no puede plantearle ningún problema*.

c) Habiendo explicado lo innecesario del registro, así como la lesión del «contenido esencial» de la libertad de conciencia por parte del precepto que supedita este derecho a la efectividad y la calidad asistencial del aborto, no parece necesario abundar en la falta de *proporcionalidad en sentido estricto* de las normas cuestionadas.

2. Las consideraciones recién expuestas son, en cualquier caso, ajenas al contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional, que nunca llega a plantearse la procedencia de un juicio de proporcionalidad riguroso. La razón es que tal juicio presupone la existencia de una *injerencia en un derecho*, y el Tribunal Constitucional —con base en el tratamiento de la *negativa a abortar* desarrollado en estas páginas: *exención de un deber jurídico cuya regulación legal no está sujeta al principio* favor libertatis— niega que quepa hablar de *una injerencia en el derecho*. A entender de los recurrentes —y del Colegio de Médicos de Navarra, y de tantos médicos que se resisten a inscribirse— el registro se puede convertir en un mecanismo de estigmatización para desalentar el ejercicio de un derecho fundamental, lo cual está expresamente vedado por la jurisprudencia constitucional y de Estrasburgo[31]. A entender del

---

«resulta obvio que la falta de un registro público no impide el ejercicio del derecho, razón por la cual, la formulación anticipada de la objeción de conciencia no ha de efectuarse, necesariamente, mediante la fórmula del registro».

30. *Vid*. Cebriá, *Op. cit*., pp. 23-24, y bibliografía allí citada.
31. *Vid*. como botón de muestra, SSTC 70/2000, FJ 5, 241/2005, FJ 5; 108/2008, FJ 2; 174/2006;

Tribunal Constitucional, sin embargo, sostener —como hacen los recurrentes— que el registro de objetores persigue «discriminarlos y represaliarlos» supone «una afirmación sin base jurídica alguna y en la que no se puede fundar una queja de inconstitucionalidad»[32]. Es difícil contradecir esta réplica del Tribunal Constitucional dado que, de un lado, el efecto desalentador del registro *no depende de su finalidad* persecutoria sino que puede darse con independencia de ésta; y, de otro, la verdad de la afirmación de los recurrentes depende, más que de una «base jurídica», de una base *fáctica*.

El único análisis fáctico al respecto lo encontramos en el voto particular del magistrado Ollero, el cual pone de manifiesto —con datos de hecho, que son los más apropiados para avalar o desmentir el temor de los médicos— que registrar a los objetores puede tener un «profundo efecto desalentador y disuasorio». De un lado, advierte Ollero de lo paradójico de que, a los cuatro años desde su creación, tan sólo haya *un médico* registrado en una Comunidad en la que, como es sabido, no se practicaban abortos debido a la objeción masiva de los médicos hasta la reciente instalación de un centro abortista. El Magistrado se refiere también al debate público que ha acompañado al registro, en el contexto del cual se ha incidido justamente en el argumento de que la negativa a abortar debe afrontarse *sin escudarse en el anonimato* (justamente la razón que el Tribunal Constitucional entiende que, de verificarse, supondría la inconstitucionalidad del registro). En igual sentido, el 25 de septiembre de 2014 un relevante medio de comunicación navarro afín a las fuerzas políticas que promovieron el registro se congratuló de la Sentencia e interpretó la *voluntas legislatoris* afirmando que, en 2010, el registro de objetores «se creó (...) al entender que esta opción no debería escudarse en el anonimato y en la colectividad»[33]. Esta interpretación del registro contrasta con la seguridad con que el Tribunal niega los riesgos temidos por los recurrentes.

FJ 6; 88/2003, FJ 8; 136/1999, FJ 20; STEDH *Barford c. Noruega*, de 22 de febrero de 1989, § 29; y un largo etcétera de decisiones, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal de Estrasburgo. Sobre los derechos fundamentales como «mandatos de protección», *vid*. más ampliamente, Simón Yarza, F., *Medio ambiente y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Tribunal Constitucional, Madrid, 2012, pp. 99 y ss.

32. STC 151/2014, FJ 5.

33. *Diario de Noticias*, 25 de septiembre de 2014 (tomo la cita de la reproducción del artículo en el sitio *web* del Colegio Oficial de Médicos de Navarra). De esta forma, parece *darse por hecho* lo que para la mayoría del Tribunal Constitucional sería *una opinión completamente infundada de los recurrentes*. Este punto de vista degrada la sumisión a la propia conciencia a una especie de «egoísmo moral» en competencia con otra causa más valiosa. Como bien se ha notado, estamos ante un razonamiento que ignora que «nada hay sagrado para quien la propia conciencia no es sagrada» [Spaemann, R., *Happiness and benevolence*, T&T Clark (lic. University of Notre Dame Press), Edimburgo, 2000, p. 97]. Más datos sobre el

IV. LOS DERECHOS EN SERIO, PERO UNOS MÁS EN SERIO QUE OTROS

Como he tratado de mostrar en las páginas anteriores, en el itinerario que culmina en la STC 151/2014 nos encontramos con pasos no siempre perceptibles que conducen a la aceptación acrítica de un *deber jurídico «prima facie»* que, incoado por el legislador orgánico, desarrollado restrictivamente por el legislador foral y asumido pacíficamente por el Tribunal Constitucional, atenta contra el «contenido esencial» del *derecho a la libertad de conciencia*. El Tribunal Constitucional no sólo no ha cuestionado ese *deber jurídico*, sino que ha ido más lejos y ha afirmado que la regulación de dicho deber no está sujeta al principio *favor libertatis*. En el origen de estas confusiones nos las habemos, por una parte, con una sutil regulación legal que supedita la negativa a abortar a la efectividad del aborto; y por otra, con una generalización analógica inadecuada de la «exención del deber constitucional de defender a la nación» —significado primigenio de la objeción— que trae como consecuencia la aceptación acrítica de «deberes jurídicos» espurios. Si la objeción se sigue considerando, con carácter general, como la exención de un deber, *la resistencia al aborto no puede calificarse, sencillamente, como objeción de conciencia*. Lo contrario es, a mi juicio, una artificiosa perversión del lenguaje que permite al legislador imponer un «deber presuntivo» de abortar. Toda vez que se ha afirmado dicho deber, es difícil oponerse a las cargas que, como precio a pagar, se imponen para sortearlo.

* * *

Quisiera retornar, para cerrar estas reflexiones, a un derecho al que aludimos en la introducción a estas páginas, a saber, al *derecho de la mujer a abortar*. A juicio de Ronald Dworkin —uno de los principales teóricos contemporáneos asociados a la concepción de los derechos que late en la idea de un derecho al aborto—, los derechos *impiden a la sociedad interferir en la libertad de las personas sobre la base de lo que califica* —de un modo notablemente ambiguo— como «*preferencias morales*»[34]. Desde este prisma, las razo-

obvio efecto desalentador pueden encontrarse en Navarro-Valls, R., «Una ocasión perdida», *cit*., pp. 5-6.

34. *Vid., v. gr.*, el lenguaje que emplea Dworkin en los siguientes fragmentos: «si a alguien se le deniega la libertad sexual en virtud de una *justificación utilitaria* que depende críticamente de las *preferencias morales* de otras personas...» (Dworkin, R., «Is there a right to pornography?», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 1, 2, 1981, p. 207, la cursiva es mía; nótese que las razones morales reducidas a *deseos y preferencias* son conducidas por Dworkin al plano del *cálculo utilitario*). *Vid*. también, en el mismo artículo, y también en defensa de un «derecho a la pornografía»: «supongamos que... los *deseos y preferencias*

nes morales que se oponen a conductas como el aborto no son tratadas como auténticas «razones» que *obligan* en conciencia, sino como puros intereses individuales sin un fundamento distinto que cualquier otro deseo o impulso de la sensibilidad. Esto tiene graves consecuencias, como ilustra la inaplicación del principio *favor libertatis* a la regulación de la negativa a abortar. Cuando *todos* los derechos y libertades se consideran, indistintamente, como *preferencias* y, desde esa consideración, los que genuinamente constituyen preferencias se toman demasiado en serio, la libertad de conciencia —esto es, no la libertad de *hacer lo que uno quiere*, sino la libertad de *hacer lo que uno debe*— pierde su *pedigree*. Nadie garantiza entonces que los derechos de la conciencia —los más importantes en el pensamiento liberal clásico— hayan

---

de editoriales y consumidores resultan contrapesados por los *deseos y preferencias* de la mayoría, incluyendo sus *preferencias* sobre cómo deberían otros conducir su vida» (p. 201, la cursiva es mía; vid. también, del mismo autor, la sección «The Right to Liberties», en *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978, pp. 272 y ss.). A partir de esta concepción de lo moral, Dworkin concluye que tratar las *preferencias* morales de los individuos de un modo distinto es una forma de *discriminación de las personas*, tesis cuya debilidad es puesta de relieve, entre otros, por GEORGE, R. P., «The Concept of *Public* Morality», *American Journal of Jurisprudence*, 45, 2000, pp. 27 y ss. Conviene añadir que semejante uso del lenguaje contradice la experiencia ordinaria del discurso *moral*, el cual apela a razones no instrumentales no reducibles a *preferencias* subjetivas carentes de validez general —pocas personas critican la pornografía porque «no les gusta»; lo hacen porque es «indigna», porque «degrada» a la persona y a la sociedad, porque es «destructiva» para la ecología moral. Sobre el abandono del discurso político clásico de los *fines* naturales y las consecuencias políticas de dicho abandono, *vid*. Spaemann, «Zur Ontologie der Begriffe 'Rechts' und 'Links'», en *Grenzen. Zur ethischen Dimension des Handeln*, Klett-Cotta, Stuttgart, 2001, pp. 260 y ss.; *vid*. también, del mismo autor, *Rousseau: ciudadano sin patria*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, en especial las pp. 7 y ss.; así como la lúcida crítica de McIntyre, A., *After Virtue*, University of Notre Dame Press, Indiana, 1981 (caps. 2 y 3). En el mismo plano subjetivo plantea Dworkin la discusión sobre el aborto. Para él, «la cuestión crucial» —o sea, lo primero que procedería *cuestionarse*— es «si un estado puede imponer una interpretación canónica sobre el valor intrínseco de la vida (humana)» («What the Constitution says», en *Freedom's Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, p. 104). La respuesta negativa no puede descansar en el desacuerdo ético, como sugiere Dworkin (*vid. v. gr.* «Roe in Danger», en Op. cit., p. 45; y «What the Constitution Says», Op. cit., p. 93), puesto que, no siendo el desacuerdo una base suficiente para negar la existencia de una respuesta correcta en relación con una discusión, fundar el derecho al aborto en el desacuerdo sobre el valor intrínseco de la vida humana supone *privilegiar una de las posiciones en liza* y sustraerla del debate político. En otro pasaje, sin embargo, Dworkin parece aproximarse a las posturas que niegan la condición moral de «persona» al *nasciturus* e incluso al recién nacido por carecer de *autoconciencia subjetiva* (*vid*. «*Roe* in Danger», en *Freedom's Law*, cit., 1996, p. 50). *Vid*. una penetrante crítica a esta tesis —que identifica la personalidad y la dignidad con una cualidad, con algo que «se tiene» en un momento determinado, y no con el ser que posee estas cualidades— en Spaemann, R., «Are All Human Beings Persons?», en *Persons. The Difference Between 'Someone' and 'Something'*, Oxford University Press, Oxford, 2006 (repr. 2012), pp. 236 y ss.

de anteponerse a otras *preferencias*, toda vez que éstas dejen de ser propiamente libertades y se conviertan en *prestaciones*.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Francfort del Meno, 1986.

BROCK, P., «Conscientious objection», en YOUNG, N. J. (ed.), *The Oxford International Encyclopedia of Peace*, Oxford University Press, 2010 (versión online en: www.oxfordreference.com).

BROWNLEE, K., «Conscientious Objection, Civil Disobedience», en MARMOR, A. (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Routledge, Nueva York y Londres, 2011.

CEBRIÁ GARCÍA, M., «Objeción de conciencia del personal sanitario y reformas legislativas en España», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 27, 2011.

DOMINGO GUTIÉRREZ, M., «La objeción de conciencia al aborto. Evolución jurisprudencial», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 23, 2010.

DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978.

———, «Is there a right to pornography?», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 1, 2, 1981, pp. 177-212.

———,*Freedom's Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.

FERRERES, V., Justicia constitucional y democracia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 2012.

GALLEGO ANABITARTE, A., «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. Contribución a la teoría del Estado de derecho», *Revista de Administración Pública*, 34, 1961, pp. 11-52.

GARCÍA MACHO, R., *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992.

GEORGE, R. P., «The Concept of Public Morality», *American Journal of Jurisprudence*, 45, 2000, pp. 17-34.

GREENWALT, K., *Religion and the Constitution*, Princeton University Press, Princeton, 2009.

HEVAL ÇINAR, Ö., *Conscientious Objection to Military Service in International Human Rights Law*, Palgrave MacMillan, 2013.

KLUTH, W., «Prohibición del exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán» (trad. E. Ortiz Calle), *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 1998, pp. 219-237.

LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid 1994.

LERCHE, P., *Übermass und Verfassungsrecht*, Heymanns, Colonia - Berlín - Múnich - Bonn, 1961.

MCINTYRE, A., *After Virtue*, University of Notre Dame Press, Indiana, 1981.

NAVARRO-VALLS, R. «Una ocasión perdida. Comentario a la STC 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.

———, «La objeción de conciencia al aborto: nuevos datos», en *La objeción de conciencia. Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Generalitat Valenciana, Valencia, 1993.

NAVARRO-VALLS, R., y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley*, Iustel, Madrid, 2011.

RAWLS, J., *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1971.

RAZ, J., «A Right to Dissent? Conscientious Objection», en *The Authority of Law*, Oxford University Press, 2ª edición, 2009.

SCHMIDT-AßMANN, E., *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, 2ª edición, Heidelberg, 2004.

SIMÓN YARZA, F., *Medio ambiente y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Tribunal Constitucional, Madrid, 2012.

SPAEMANN, R., *Persons. The Difference Between 'Someone' and 'Something'*, Oxford University Press, Oxford, 2006 (repr. 2012).

———, «Zur Ontologie der Begriffe 'Rechts' und 'Links'», en *Grenzen. Zur ethischen Dimension des Handeln*, Klett-Cotta, Stuttgart, 2001.

———, *Happiness and benevolence*, T&T Clark (lic. University of Notre Dame Press), Edimburgo, 2000.

———, *Rousseau: ciudadano sin patria*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (trad. F. Simón Yarza), Madrid, 2013.

STUART MILL, J., *On Liberty* (1859), James R. Osgood & Co., Boston, 1871.