Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogado

El derecho a la objeción de conciencia individual e institucional en materia de aborto no punible

Autor: Nora, Juan Pablo

Legajo: 23185

Mentor: Elías, Sebastián

Victoria, 28 de julio de 2016

Agradecimientos

Este trabajo de graduación es la culminación de una gran etapa de mi vida: mi carrera universitaria. Para llegar aquí, transité un largo camino de desafíos, frustraciones, oportunidades, miedos y alegrías; pero no lo hice solo. Es por eso que quiero agradecer a todas aquellas personas que formaron parte de esta gran experiencia:

A mis padres y mis hermanos, que a la distancia estuvieron presentes en cada paso que di;

A mis amigos de Mendoza, quienes se sintieron siempre cerca pese a estar del otro lado del país;

A mis amistades en Buenos Aires, principalmente a Laura, Sebastián y Lucas, quienes fueron un gran sostén en estos años;

Al Diácono Guido, un gran amigo que despertó en mí la inquietud que llevó a la elección de este tema para el trabajo;

Al Instituto Mater Dei, principalmente a la Hermana María Eugenia y la Hermana Marina, con quien tuve grandes charlas sobre el tema que analizo aquí;

Al grupo universitario Santo Tomás Moro, al que le debo gran parte de las reflexiones que me llevaron a realizar este trabajo;

A la familia Domínguez, que me recibió en su hogar y fue también familia para mí;

A mi mentor, Sebastián Elías, quien me acompañó en la elaboración de lo que aquí presento hoy;

A mis amigos de la universidad, con quienes viví y compartí esta etapa que llega a su fin;

A todas aquellas personas que fueron compañía con sus oraciones;

Y por último y más importante, a Dios, Quien estuvo, está y estará presente en los caminos que recorra en esta vida.

Universidad de San Andrés

Índice

Agradecimientos 2
Introducción 4
La objeción de conciencia 8
Los deberes legales y la objeción de conciencia 9
La objeción de conciencia, la libertad y la dignidad humana 15
La objeción de conciencia en la jurisprudencia argentina 16
La objeción de conciencia y el aborto no punible 21
Breve paréntesis: la existencia del derecho al aborto en Argentina 24
El derecho a la objeción de conciencia frente al reconocimiento del derecho al aborto no punible 30
El médico como objetor de conciencia 31
Los sistemas de organización y la potencialidad de discriminación hacia los objetores registrados 32
Los sistemas de derivación y el personal que colabora con la prestación de salud 34
La objeción de conciencia en los hospitales estatales. El médico como "oficial público" 35
La objeción en las clínicas privadas y la "objeción de conciencia institucional" 36
Conclusiones y lineamientos para una legislación 40
Bibliografía 44
Bibliografía WEB 44

Universidad de SanAndrés

Introducción

El presente trabajo de graduación tiene como objetivo justificar la existencia del derecho a la objeción de conciencia por parte de los profesionales de la salud en materia de aborto no punible, tanto en el ámbito de la medicina privada como el de la pública. Para ello, se sostendrá la importancia de la libertad de las personas humanas y jurídicas en concordancia con los derechos contemplados por la Constitución Nacional de nuestro país, a saber: autonomía de la voluntad, libertad de culto y libertad de conciencia. A su vez, se buscará proponer, a modo de ejemplo, una serie de lineamientos para la regulación de este derecho en el ámbito legal argentino.

Antes de avanzar en el trabajo, y con el fin de lograr una mejor comprensión del tema, es necesario fijar ciertas pautas que permitan visualizar qué tipo de discusión se desarrollará, y qué predisposición se recomienda asumir al lector frente a ello. Para ello se comenzará brindando una primera aproximación a la definición de objeción de conciencia. Marcelo Alegre, quien reconoce la existencia del derecho a la objeción de conciencia, lo define como "el derecho a no ser obligado a realizar acciones que contrarían convicciones éticas o religiosas muy profundas del individuo"[1].

Como se ha expresado en la definición, la objeción de conciencia está motivada por razones estrictamente personales, fundadas en las creencias del individuo. Sobre este punto, Robert P. George, en su trabajo "Conscience and Its Enemies"[2], al realizar una crítica al "Department of Health and Human Services ("HHS") contraception and abortion drug mandate" de los Estados Unidos de América, sostiene que las apreciaciones que regula la objeción de conciencia –en este caso en la salud reproductiva, tema de este trabajo de graduación– son éticas y filosóficas, y no gozan de la objetividad de la ciencia, lo que conllevaría que los fundamentos utilizados en la reglamentación de este derecho pertenecieran al ámbito ideológico.

Teniendo en cuenta lo antes descripto, es necesario destacar que, aun cuando existan normativas expresas que limiten el ejercicio de este derecho con el fin de encontrar un equilibrio entre los intereses de diversos individuos, este trabajo se centrará en ahondar sobre el peso que poseen las razones de índole filosófica, moral y ética que han inspirado o se han utilizado como fundamento para las legislaciones existentes, y que deberían ser tenidas en cuenta para futuras regulaciones de este derecho.

---

[1]ALEGRE, Marcelo, "Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva", en Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política y M. Alegre, *Derecho y sexualidades: [SELA 2009]*, Buenos Aires, Libraria, 2010, pág. 13.
[2]GEORGE, Robert P., "Conscience and Its Enemies", *Catholic Social Science Review*, Vol. 18, 2013, págs. 281-288.

Debido a la naturaleza de este trabajo, se buscará introducir al lector en un campo de estudio[3] reciente que tiene como fin el entendimiento de los prejuicios que existen frente a la exposición de un tema o un punto de vista: la cognición cultural (*cultural cognition*). Este fenómeno ha sido explicado por Dan M. Kahan y Donald Braman en su trabajo "Cultural Cognition and Public Policy" (La Cognición Cultural y la Política Pública) de la siguiente forma:

> *Esencialmente, los compromisos culturales son previos a las creencias fácticas en temas de gran contenido político. La cultura es previa a los hechos, no solo en el sentido evaluativo en que los ciudadanos pueden preocuparse más sobre cómo el control de armas, la pena de muerte, las regulaciones ambientales y otros temas similares son coherentes con sus valores culturales, que de la importancia a las consecuencias de dichas políticas. Por el contrario, la cultura es anterior a los hechos en el sentido cognitivo de que lo que los ciudadanos creen acerca de las consecuencias empíricas de estas políticas deriva de sus visiones culturales del mundo. Basado en una variedad de mecanismos psicológicamente superpuestos, los individuos aceptan o rechazan pretensiones sobre las consecuencias de políticas controversiales basándose en su visión de una buena sociedad[4].*

Esta forma de percepción de los contenidos en temas controversiales afecta a la evaluación que realizan los individuos al analizar dichos temas, ya que los valores culturales preexistentes constituyen un prejuicio (*bias*) que influye en la apreciación de argumentos o puntos de vista no coherentes con dichos valores culturales. Es así que "debido a que la cognición cultural determina qué tipos de información los individuos consideran confiables, las creencias culturales polarizadas de este tipo persisten obstinadamente frente a los avances científicos en su entendimiento"[5]. Cabe destacar que este trabajo de graduación no consiste en un análisis de evidencia científica, pero que es necesario comprender este fenómeno debido a la importancia que tiene la cognición cultural en la evaluación de argumentos. Es así que en el ámbito legal, y

[3]Para profundizar sobre los estudios sobre cognición cultural véase: http://www.culturalcognition.net/papers-topical/

[4]KAHAN, Dan M. y Donald BRAMAN, *Cultural Cognition and Public Policy*, [en línea], <http://www.culturalcognition.net/browse-papers/cultural-cognition-and-public-policy.html> [Consulta: 20 de mayo de 2016], pág. 148 (Traducción propia): "Essentially, cultural commitments are prior to factual beliefs on highly charged political issues. Culture is prior to facts, moreover, not just in the evaluative sense that citizens might care more about how gun control, the death penalty, environmental regulation and the like cohere with their cultural values than they care about the consequences of those policies. Rather, culture is prior to facts in the cognitive sense that what citizens believe about the empirical consequences of those policies derives from their cultural worldviews. Based on a variety of overlapping psychological mechanisms, individuals accept or reject empirical claims about the consequences of controversial polices based on their vision of a good society".

[5]Ibídem, pág. 169 (Traducción propia): "Moreover, because cultural cognition determines what sorts of information individuals find reliable, culturally polarized beliefs of this sort stubbornly persist in the face of scientific advances in understanding".

principalmente en el proceso de decisión judicial (*adjudication*), se han realizado diversos estudios sobre los distintos tipos de razonamientos que llevan a tomar una posición frente a la argumentación de las partes y cómo esta influye en la apreciación de la evidencia[6].

Para comprender los efectos de la cognición cultural se expondrán algunos conceptos que se desprenden de este fenómeno, destacando que sus fundamentos se encuentran en el campo de la antropología y en el de la psicología social. En el primero, se debe determinar el lugar donde uno se coloca de acuerdo con su visión cultural del mundo, es decir, siguiendo a Douglas y Wildavsky, en la tipología en la que se encuentre una persona dependiendo de sus intereses. Es así que existen dos grandes espectros de intereses: la "visión de grupo", que involucra la importancia del interés público frente a un tema, y la "visión de red o cuadrícula" (*grid*), que se compone de la existencia o no de características sociales predeterminadas que afecten la distribución de los recursos políticos en la población[7]. La primera de las visiones descriptas se extiende desde los intereses individualistas hasta los solidarios o comunitarios, mientras que la segunda propone una sociedad igualitaria o la jerarquización de las reglas sociales.

El segundo campo, la psicología social, suma la importancia de los valores sociales frente al proceso de decisión en cuanto a qué actividades son necesarias para alcanzar los intereses propuestos en las visiones anteriores. Aquí tenemos, en primer lugar, el fenómeno de la "evitación de la disonancia cognitiva" (*cognitive-dissonance avoidance*) que propone que las cosas que son nobles son percibidas como benignas, mientras aquellas que son básicas o simples son peligrosas[8]. Y a esta evitación se suma el papel de las emociones (affect), que influyen en la percepción de cuán dañinas las actividades a realizar pueden ser; perjuicio que se mide a través de la reacción emocional producida frente a una situación determinada. El último componente aquí es el valor cultural, que muestra cuándo una reacción es buena o mala y así define el valor axiológico de la actividad.

Asimismo, en segundo lugar, la psicología social propone dos dinámicas: las dinámicas "dentro del grupo" (*in-group*) y "fuera del grupo" (*out-group*)[9]. Bajo ellas, con el fin de comprender los riesgos, las personas se basan solamente en aquellas afirmaciones en las que confían por ser parte de su grupo de valores, lo que genera que

[6]KAHAN, Dan M., *Law of Cognition and the Cognition of Law*, [en línea], <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2515068> [Consulta: 20 de mayo de 2016].
[7]KAHAN, Dan M. y Donald BRAMAN, óp. cit., pág 151.
[8]Ibídem, pág. 153.
[9]Ib., pág. 153.

otros individuos sean de confianza, siempre y cuando compartan su visión cultural del mundo.

Es así que, el campo antropológico y el de la psicología social demuestran que los intereses y los valores culturales afectan a la percepción de los individuos frente a ciertos temas, actividades y situaciones. Esta influencia se denomina "sesgo de confirmación o asimilación" (*biased assimilation*) y consiste en la tendencia de las personas a condicionar la aceptación de nueva información como confiable, basándose en la conformidad que tengan con sus creencias preexistentes[10]. Dentro de este prejuicio que se crea en el ámbito de la cognición cultural también se genera un "realismo ingenuo", entendido como una disposición que poseen los individuos a considerar las creencias que predominan dentro de su grupo cultural como verdades objetivas, desestimando o evaluando prejuiciosamente aquellas afirmaciones pertenecientes a un grupo de intereses opuestos[11].

Habiendo determinado la existencia de prejuicios en la evaluación de argumentos derivados del fenómeno de la cognición cultural, es necesario plantear brevemente si existen mecanismos para que tanto el lector como el autor no se vean influenciado por dichos prejuicios en la lectura y la redacción del presente trabajo, respectivamente. Para ello, se intentará utilizar una herramienta que contrarreste los efectos de la cognición cultural: "la identidad de afirmación" (*identity affirmation*). Esta supone que cuando los individuos reciben información sobre una cuestión, de tal manera que afirmen sus valores, y no de una forma denigrante hacia sus creencias preexistentes, se reduce la resistencia frente a aquello que se les presenta. Es así que las formas discursivas, así como los contenidos de las políticas que se estén analizando, deben ser lo suficientemente amplios para lograr un efecto inclusivo y de identificación hacia los diversos grupos que puedan analizar dichos contenidos.

Para este trabajo se buscará mantener un debate lo suficientemente rico, más allá de que se concluya tomando una posición frente a la objeción de conciencia, con el fin de evitar los prejuicios derivados de la cognición cultural y así poder sentar algunas pautas claras para la regulación de este derecho en el ámbito de la salud. Frente a este tipo de temas no existe posibilidad de ser imparcial, pero eso no es lo que se ha buscado evitar al realizar un breve resumen sobre la cognición cultural, sino que la importancia de este tema radica en que el lector sepa de antemano que podrá verse influenciado por este fenómeno, aun cuando el autor procure utilizar una forma discursiva basada en las reglas de la "identidad de afirmación" para evitar este fenómeno desde su lugar.

[10]Ib., pág. 163.
[11]Ib., pág. 164.

La objeción de conciencia

De acuerdo a lo vertido en la introducción, la objeción de conciencia puede definirse como el incumplimiento de un deber legal por parte de una persona, quien justifica su negativa en razones morales, religiosas o cualquier otra de índole estrictamente personal. De acuerdo con lo sostenido por Joaquín Brage Camazano[12], la objeción de conciencia implica cuatro componentes para su configuración, a saber: la preexistencia de un deber legal, la existencia de razones que impidan a la persona actuar conforme a dicho deber, la decisión de incumplir y por último, la situación de hecho de hacer efectiva su objeción. Respecto a este último punto, el autor sostiene que el reconocimiento legal de la posibilidad de incumplimiento no caracteriza a este instituto, ya que la existencia de sanciones frente al accionar del individuo depende de las normas previstas por el Estado. En este sentido, una persona puede invocar su derecho a la objeción de conciencia aun en los casos en los que exista una prohibición expresa a hacerlo; las sanciones correspondientes dependerán, así, de los criterios judiciales, de acuerdo con las costumbres del sistema jurídico del que se trate, ya sea aplicando la ley o estableciendo directivas jurisprudenciales que eviten o hagan efectiva la punibilidad propia del incumplimiento de una obligación para el caso en particular.

Cabe distinguir la objeción de conciencia de las "opciones" de conciencia. En este último tipo de instituto jurídico, la ley prevé distintos caminos a seguir por parte del individuo para el cumplimiento del deber legal. Así, se brindan, como su nombre indica, opciones para que la persona elija la forma en que, respetando sus creencias morales, se acate el deber en cuestión. Es importante destacar que la objeción de conciencia, la posibilidad de incumplimiento, puede formar parte de las opciones frente al mandato de la norma; pero esto no es un requisito fundamental en este tipo legal.

Marcelo Alegre, por su parte, destaca los requisitos que son necesarios para que la objeción de conciencia sean procedentes, los cuales se desprenden del Fallo "Portillo" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que se analizará en otra sección de este trabajo:

> *1. El derecho a la libertad de conciencia es, con permiso por la obviedad, un derecho, por lo que no puede subordinarse (como en "Lopardo") a meras consideraciones de conveniencia o utilidad pública.*

[12] BRAGE CAMAZANO, Joaquín, "Breves reflexiones sobre una posible regulación global por ley de las 'opciones de conciencia'", en Roca, María J. (coord.), *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 101-124.

2. El derecho a la libertad de conciencia excede el derecho a la libertad de cultos, alcanzando a las convicciones éticas, ("sistema de valores no necesariamente religiosos", según Portillo).

3. La objeción debe ser sincera.

4. Este derecho merece tutela más allá de que su titular sostenga una creencia minoritaria.

5. Debe distinguirse el caso en el que la objeción de conciencia no contradice otro derecho de aquel en que sí "conlleva un peligro grave o inminente a los intereses protegidos por el Estado"

6. En los casos en que sea posible, debe buscarse conciliar el cumplimiento de los deberes legales con el respeto a las convicciones del objetor.[13]

Los deberes legales y la objeción de conciencia

En base a lo anterior, es necesario que exista un deber legal para que el individuo pueda incumplirlo. Carl Cohen[14] sostiene que el análisis a realizar frente a las normativas que prevén la objeción de conciencia debe hacerse en un plano subjetivo y no en el objetivo, ya que, como se desprende por definición de este derecho, al estar incumpliendo una norma el individuo siempre estará errado objetivamente frente a los criterios legislativos que dieron origen a dicha norma. A su vez, Cohen argumenta que no es de importancia si la creencia de la persona es errónea o no, solo es necesario que medie honestidad que haga que la objeción sea conforme con aquellas creencias que la persona tenga. Para el autor, cuando un hombre realiza una acción en la que no cree, u omite hacer algo coherente a lo que cree, no podría resguardarse en este derecho ya que sería una actitud hipócrita de su parte.

Dicho esto, es necesario analizar qué es necesario para la existencia de una obligación hacia el objetor, cuyos valores morales no coinciden con el mandato legal. Para ello se debe separar la cuestión en dos partes: la primera, cuándo existe una obligación legal como tal en el plano objetivo; y la segunda, si la aplicación al caso subjetivo puede provocar la inexistencia de una obligación para la situación en particular.

En el primer plano es importante diferenciar cuándo algo es legalmente obligatorio desde la perspectiva de dos teorías del derecho: el derecho positivo y el derecho natural. El derecho positivo puede definirse como todo derecho escrito dispuesto por los órganos estatales de una soberanía. En este sentido, algo es legalmente obligatorio cuando la ley escrita lo exige. En el plano de la teoría del derecho natural el análisis para tratar la

[13] ALEGRE, Marcelo, óp. cit., pág. 15.

[14] COHEN, Carl, *Conscientious Objection*, [en línea], <http://www.jstor.org/stable/2379480> [Consulta: 9 de febrero de 2016]

cuestión se tomará como punto de partida la siguiente idea que se relaciona con el iusnaturalismo: *la ley injusta no es ley*, en cuanto a su obligatoriedad de cumplimiento.

El derecho natural puede definirse como "el conjunto de principios de razonabilidad práctica en el ordenamiento de la vida humana y las comunidades humanas"[15]. De acuerdo a John Finnis, lo "legalmente obligatorio" desde la perspectiva del derecho natural tiene dos sentidos importantes: uno legal y uno moral.

El primero puede resumirse en tres pasos lógicos fundamentales[16]: Primero, los hombres, para lograr el bien común y la organización social, deben ser respetuosos de la ley; luego, donde una norma es considerada obligatoria por estar así estipulado en la ley, la única forma existente para ser respetuoso de la ley es cumplir con dicha norma; y, por consiguiente, se debe realizar aquello que la norma manda en los casos en los que es obligatoria por estar así dispuesto en la ley.

De acuerdo a John Finnis, el primero de los pasos podría ser objetado en aquellos casos en los que, con el fin de preservar el bienestar común, el incumplimiento de la ley podría ser necesario. Esto provoca que este primer paso, la observancia del derecho como herramienta del bien común, no constituya en sí mismo un principio fundamental del razonamiento práctico, lo que hace que su aplicación y fuerza puedan variar en el esquema propuesto.

El segundo, estipula que todo hombre que desea ser respetuoso de la ley debe cumplir con los mandatos que han sido dispuestos como obligatorios, en todos los casos en los que se deba, por mandato legal, actuar de esa forma. A su vez, este postulado contiene otro aspecto importante del sistema legal: si la norma ha previsto una obligación, también prevé que esta esté en consonancia con el resto del sistema legal y que pueda aplicarse en todas las ocasiones en las que deba ser aplicada de acuerdo al mandato existente. Es así que no habría, legalmente, ninguna otra regla o principio en el que una persona pueda resguardarse para no cumplir con la obligación, ya que su cumplimiento está previsto para que no colisione con ninguna otra norma. El individuo solo tiene la opción de obedecer la ley o incumplirla, siendo el incumplimiento un símbolo de rebelión frente al sistema legal. De acuerdo a esto, la norma no prevé un sistema de retroalimentación desde el segundo paso al primero, es decir, a los valores que podrían generar en el primer paso una fuerza variable de qué constituye el bienestar común, ya que la norma prevé una solución taxativa para determinar esto. A lo sumo podría concluirse aquí que este análisis se ha realizado en el plano legislativo, lo que convierte

[15]FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pág. 280, (Traducción propia): "the set of principles of practical reasonableness in ordering human life and human community".
[16]Ibídem, pág. 316.

al primer paso lógico antes enunciado en un marco invariable. Cabe destacar que estamos tratando con un postulado dentro de la teoría del derecho natural y no con la realidad de los sistemas legales, ya que estos, en general, no prevén, ni pueden hacerlo completamente, toda colisión que pueda existir entre distintas normas, aunque logran establecer principios para la resolución de los casos de conflicto.

Por último, llegando al tercer paso, es una consecuencia directa que los buenos ciudadanos que quieren ser respetuosos de la ley deben seguir la norma de la forma en la que esta ha sido dispuesta.

Pero el segundo sentido de lo legalmente obligatorio, el sentido moral, conlleva una reconsideración por parte del ciudadano del primer paso lógico del punto anterior, al no tratarlo como un marco dado de principios al adicionar un criterio moral de evaluación de qué es necesario para buscar el bien común. Y esto lleva a su vez a dos puntos importantes: primero, que existiría un principio moral que indica que las leyes han sido provistas para ser aplicadas de manera directa y que ya han sido evaluados los posibles conflictos que podrían existir entre distintas normas, por lo que no es necesario para el individuo buscar un balance entre leyes contradictorias; y segundo, que la obligación legal de cumplir con la norma es también una obligación moral. A su vez esto debe diferenciarse del principio general de que lo legalmente obligatorio es invariable, ya que la obligación legal de cumplir con la norma es claramente distinta a la obligación moral de obedecer cada ley. Esta última tiene la capacidad de variar en intensidad dependiendo del tipo de norma del que se trate, debido a que distintos aspectos de la vida en sociedad requieren más regulación que otros. Mientras mayor sea la regulación, mayor es la cantidad de conflictos morales que se pueden presentar frente a ella.

En relación con esto, Hart sostiene que una regla impone obligaciones si se dan tres condiciones fundamentales: primero, si “la exigencia general en favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande”[17]; segundo, si “las reglas sustentadas por esta presión social seria son reputadas importantes porque se las cree necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de ella al que se atribuye gran valor”[18]; y tercero, si “la conducta exigida por estas reglas, aunque sea beneficiosa para otros, puede hallarse en conflicto con lo que la persona que tiene el deber desea hacer”[19]. Lo anterior no implica cuándo una obligación es o no vinculante, sino solamente habla de

[17] HART, H. L. A. y Genaro R. CARRIÓ, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pág. 107.
[18] Ibídem, pág. 108.
[19] Ib., pág. 109.

su validez: “un deber es legalmente válido si es parte del sistema legal (…), y un deber legal es moralmente válido solo si existen razones morales sólidas que lleven a su cumplimiento”[20]. La obligación será vinculante siempre y cuando el sistema legal así lo haya fijado, pero la validez moral del deber es la que dependerá de la evaluación que realice el individuo sobre la situación y dé origen a la presión social que lo incline al acatamiento de la norma.

Entendido así los dos aspectos de lo legalmente obligatorio y los pasos lógicos que ambos comprenden de manera interrelacionada en la evaluación y búsqueda del bien común, es importante retomar la idea de que *ley injusta no es ley* y así continuar con el razonamiento lógico del tema. Para ello es necesario comprender los tipos de injusticia que existen en el ámbito legal y que afectarían a la obligatoriedad de una norma de acuerdo a lo visto anteriormente.

El primer tipo de injusticia se encuentra en el ámbito de la autoridad y su interrelación con el bien común. En la vida en sociedad se brinda poder a ciertos individuos que tendrán como función el dictado de normas que busquen el bienestar de la comunidad. Es así que en los casos en los que se utiliza la potestad de legislar buscando un interés distinto al bien común, el uso de esta autoridad es defectuoso. Cabe destacar que esto no implica que toda norma que haya sido motivada de manera errónea será necesariamente injusta solo por haber mediado un mal uso de la autoridad, ya que su contenido puede lograr una mejora en el bienestar social.

El segundo tipo evalúa la autoría de la norma y la competencia de quien la ha dictado. En general, los sistemas legales determinan los diversos organismos y personas que dictarán sus normas, y con ello la materia y la medida en la que cada uno de ellos podrá hacerlo. En todos los casos en los que el autor de una ley no posea la potestad de dictarla nos encontramos frente al denominado abuso de poder y a una injusticia frente a aquellos que deben sujetarse a dicha ley. Es necesario agregar que hay casos en los que, por cuestiones de emergencia social, ciertos organismos podrían dictar normas que busquen lograr el ordenamiento de la sociedad[21].

El tercer tipo de injusticia involucra a la posibilidad que un individuo posee para cumplir con la ley. La autoridad que dicta las normas debe, a su vez, prever que exista una igualdad de oportunidad entre los ciudadanos de conocerlas y cumplirlas. La no existencia de formas predispuestas para que exista esta igualdad de oportunidad es una forma de abuso de poder y, por consiguiente, de injusticia.

---

[20] GREEN, Leslie, *Legal Obligation and Authority*, 2003 [en línea], <http://plato.stanford.edu/entries/legal-obligation/> [Consulta: 23 de julio de 2016]. (Traducción propia): He holds that a duty is legally valid if it is part of the legal system (…), and a legal duty is morally valid only if there are sound moral reasons to comply with it.

[21] FINNIS, John, óp. cit., pág. 352.

Por último, el cuarto tipo es la injusticia en la distribución de privilegios, es decir, la disposición de que ciertos individuos o grupos gocen de prerrogativas que otros no tengan y que corresponden a todos los ciudadanos por igual. Esto se ve principalmente en el campo de los derechos humanos, donde no se podría negar el ejercicio de un derecho a una persona y permitírselo a otra bajo un criterio discriminatorio.

Dicho lo anterior debemos preguntarnos cuál sería el efecto de una injusticia en la obligación y si esto produce cambios en la obediencia hacia esta. En algunos sistemas legales, cuando una norma es considerada injusta conforme a los principios que rigen dichos sistemas, existen procedimientos para que sea declarada inaplicable, ya sea en general o en casos particulares. Un ejemplo de esto es el control de constitucionalidad existente en Argentina, en el que una norma puede ser declarada nula en un caso particular si es contraria a las disposiciones vertidas en la Carta Magna.

Pero el anterior es el caso en el que se ha predeterminado una lista de principios que rigen un sistema legal. Hay otras ocasiones en las que no se prevé un mecanismo para solicitar la declaración de injusticia de una norma, o que tampoco existe dentro del cuerpo legislativo vigente el principio invocado con el que esta última colisiona. En estos casos, en el sentido moral de lo que es legalmente obligatorio, una persona tiene la potestad de desestimar aquellas leyes que se ven afectadas por alguno de los tipos de injusticia antes nombrados[22].Esto se debe a que la norma injusta carece de la autoridad propia que la hace obligatoria, por afectar de algún modo el bienestar social. Y no solo constituye una potestad del individuo, ya que aún en las sociedades democráticas "sus miembros [tienen el] (…) deber de confrontar con su propia conciencia todas aquellas normas que le atañen a su dignidad en cuanto persona"[23]. Todo esto debe comprenderse en un ámbito de razonabilidad lógica, ya que no podría declararse injusta una ley por una razón que no sea entendible dentro de dicho ámbito.

Como consecuencia de lo explicado previamente, podemos ampliar el postulado *ley injusta no es ley*, agregando que también *carece de autoridad para sujetar a un individuo al cumplimiento de una obligación*. Esto debe comprenderse en el sentido moral antecedentemente expuesto, ya que en el sentido meramente legal la norma puede ser obligatoria. A su vez, se puede ampliar aún más lo anterior si incluimos lo sostenido por Cohen. Si se debe tener en cuenta la subjetividad que debe existir en la concepción de un ciudadano de que un acto es moralmente injusto, cabría decir que

[22] Ib., pág. 360.
[23]ROCA, María, "Dignidad de la persona, pluralismo y objeción de conciencia", en *Opciones De Conciencia: Propuestas Para Una Ley*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, págs. 63 y 64.

aquella norma a la que existe oposición no sería legalmente obligatoria para él en su sentido moral.

En conclusión, el postulado "ley injusta no es ley" implica[24]:

> *(i) que algunos contenidos de sentido normativo tienen para ciertas comunidades el estatus (…) de ley, (ii) que esa ley es injusta (un juicio crítico de razonabilidad práctica, ya sea correcto o incorrecto), y (iii) que la obediencia a esa ley (…) no está justificada o no es requerida por el principio derivativo y rebatible de razonabilidad práctica de que las leyes imponen obligaciones morales*

Lo anterior nos lleva a considerar bajo qué concepción debemos comprender la potestad de los ciudadanos de evaluar si una norma es injusta moralmente. Si relacionamos los argumentos del iusnaturalismo con la definición dada de objeción de conciencia veremos que esta teoría del derecho puede ser utilizada como herramienta para cuestionar la obediencia a la ley. Como se ha dicho anteriormente, los sistemas legales prevén medios para cuestionar la conformidad de las leyes frente a casos en particular, pero en lo que buscamos centrarnos aquí es en la posibilidad de cuestionar la obediencia desde un plano moral que puede o no estar incluido entre los principios vertidos en un cuerpo legal como lo es una constitución. Además, desde el razonamiento realizado podemos ver que la aplicación de la objeción de conciencia es la apropiada para estos casos, ya que no se discute que una norma es legalmente obligatoria desde el punto de vista legal, entendido de la forma en que se ha explicado, sino que el cuestionamiento proviene desde el plano de las creencias morales, que es el fundamento de este derecho.

Existiendo, así, la objeción de conciencia como la forma por excelencia de cuestionamiento moral hacia la justicia y obligatoriedad de una norma, es preciso comprender su importancia para el ordenamiento de una comunidad. Toda sociedad requiere para su orden un sistema legal que contemple derechos y obligaciones hacia los ciudadanos, así como sanciones en caso de incumplimiento. A su vez, las comunidades están formadas por una gran diversidad de personas que pueden o no poseer los mismos valores. La objeción de conciencia solo puede existir en aquellos casos donde existan individuos o grupos cuya opinión, religión, ética o cultura sean minoritarios o distintos al común de la sociedad donde se encuentren. Si los valores fueran homogéneos no existiría este derecho, ya que no podría existir una norma que contraríe las creencias generales por ser esta dictada por los mismos ciudadanos, ya sea de forma directa o a través de representantes (por ejemplo, el poder legislativo). Pero es la diversidad la que da origen a este derecho, y la apreciación por el valor de la diferencia de opiniones la que le da sustento. Cohen sostiene que, la diversidad "no solo

[24]FINNIS, John, óp. cit., pág. 365.

añade riqueza e interés a la vida de toda la sociedad, sino que también puede ser esencial para la vida de la comunidad a lo largo del tiempo"[25]. Es que su papel es permitir la adaptación a los constantes cambios que se producen en el entorno, y la "preservación de un rango amplio de esquemas morales dentro de la comunidad es una forma inteligente y humana de seguro de vida político"[26]. Además, protegiendo la objeción de conciencia el Estado cuida del bienestar de sus ciudadanos en los planos individual y general, ya que permite que los sistemas jurídicos se acomoden a la pluralidad social[27].Así, el reconocimiento de este derecho no se limita a los grupos minoritarios solamente, ya que en otras oportunidades, quienes en principio son mayoría podrían encontrarse en una situación en la que requieran del ejercicio de la objeción de conciencia. Así, estamos frente a una "válvula de presión legal, que ha sido creada deliberadamente para aliviar la tensión generada entre las convicciones morales profundamente arraigadas y las demandas de la ley, cuando dicha tensión se hace extrema"[28]. Y tal es la importancia de la objeción de conciencia fundada en la moral que el derecho debe colocarse al servicio de esta última para garantizar la autonomía y la diversidad de los ciudadanos. Al respecto, María Roca sostiene que

> *La relación entre Derecho y Moral se realiza a través de la persona, y, por tanto, el Derecho que aspire a ser algo distinto que la mera imposición del poder político por la fuerza coercitiva, deberá hacer posible la autonomía de la persona, de la cual el legislador no es el intérprete exclusivo, nadie puede sustituir al sujeto en el juicio de su conciencia[29].*

Universidad de SanAndrés

La objeción de conciencia, la libertad y la dignidad humana

Tal como se ha introducido en el apartado anterior, este derecho tiene el rol de garantizar la autonomía de los ciudadanos y proteger la diversidad de la comunidad. A su vez, en aquellos sistemas jurídicos donde se reconocen la libertad de culto, la de empresa, entre otras, como derechos –por ejemplo, en la Constitución Nacional de la República Argentina–, la objeción de conciencia las resguarda, ya que dichas libertades hacen a la dignidad de la persona como tal. Esto se debe a que

[25]COHEN, Carl, óp. cit., pág. 270.
[26]Ibídem, pág. 270.
[27]COMBALÍA, Zoila, "La necesidad de flexibilización del derecho y la objeción de conciencia en una sociedad plural (Contraste entre el sistema continental y el angloamericano)", en Roca, María (coord.), *Opciones De Conciencia: Propuestas Para Una Ley*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 69.
[28]COHEN, Carl, óp. cit., pág. 269.
[29]ROCA, María, óp. cit., pág. 44.

> *La libertad y la dignidad humanas son de algún modo indivisibles. Por ello, quien ejerce la objeción de conciencia, de alguna manera está potenciando la libertad de los demás, aunque otros no la ejerciten. Porque no se puede querer la libertad sólo para sí mismo. Igualmente, si un sujeto ejerce una determinada práctica o conducta que degrada la dignidad humana (…), el hecho de que medie consentimiento del sujeto titular de la dignidad, no llega a evitar totalmente que se produzca lesión de la dignidad humana propia y ajena. De ahí que haya unos límites que son indisponibles tanto para el sujeto titular de la dignidad humana como para los poderes públicos. Si estos límites se traspasaran, la dignidad humana dejaría de ser de modo efectivo el fundamento último del orden político y social. En los supuestos en los que el poder público ha traspasado esos límites, la objeción de conciencia constituye una llamada de atención sobre la necesidad del reconocimiento de esa dignidad.*[30]

El ejercicio de la libertad es la máxima expresión de la autonomía de las personas y no debe ser restringido abusivamente por parte del Estado. Es así que se ha contemplado la objeción de conciencia en distintos sistemas jurídicos, ya sea a través de la jurisprudencia o de leyes, como la forma de preservar esa libertad.

La objeción de conciencia en la jurisprudencia argentina

La Corte Suprema de Justicia de la República Argentina ha tenido la labor de reconocer jurisprudencialmente la existencia de la objeción de conciencia. Diversos fallos del Tribunal han tenido como objeto el ejercicio de este derecho; a continuación se realizará un recorrido por aquellos de mayor importancia para este trabajo.

El fallo "Agüero Carlos Antonio c./ Universidad Nacional de Córdoba s./ entrega de diploma", del año 1949, puede considerarse como el primer caso en el que se evalúa la naturaleza de la libertad de conciencia y su impacto en el cumplimiento de obligaciones que la afecten a esta. La Corte Suprema sostiene que "dicha libertad consiste en no ser obligado a un acto prohibido por la propia conciencia, sea que la prohibición obedezca a creencias religiosas o a convicciones morales"[31]. En el caso, Carlos Agüero se negaba a realizar el juramento necesario para el ejercicio profesional del título de procurador con fundamento en sus creencias religiosas, ya que "toda forma de jurar le está prohibida"[32]. El Tribunal le negó la excepción al juramento, aunque reconociendo la existencia de la libertad de conciencia, argumentando que para que ella

[30] Ibídem, pág. 64.
[31] CSJN, Fallos 214:139, considerando 8°.
[32] Ibídem, considerando 9°.

mediara era necesaria la existencia de “violencia alguna de conciencia”[33], situación que no se encontraba presente en el caso bajo análisis debido a que se cuestionaba solamente la solemnidad en la forma del acto de juramento y no la promesa objeto de este. Carlos Agüero no tenía conflicto con el fondo del juramento, sino con la forma de cumplirlo, lo que había demostrado proponiendo una fórmula distinta a la solemne dispuesta por la autoridad legítima, y que poseía el mismo contenido de la promesa. Al no mediar violencia en la materia, de fondo, “no es admisible que se haga cuestión de la solemnidad con que la autoridad entiende que debe requerirla”[34] y que “está en estricta congruencia con el orden institucional de la comunidad de que el actor es miembro”[35]. Pese a la negación de la pretensión del demandante, podemos tomar dos conclusiones de la jurisprudencia sentada en este fallo: en primer lugar, que la libertad de conciencia es un derecho que no solo se funda en creencias religiosas sino también en convicciones morales; y en segundo lugar, que para no ser obligado a realizar un acto es necesario que este “violente la conciencia”[36].

En 1982, la Corte Suprema se pronunció sobre el caso “Recurso de hecho deducido por Fernando Gabriel Lopardo en la causa Lopardo, Fernando Gabriel s/ insubordinación”, en el que el demandante solicitaba es que se lo eximiera de la obligación de “prestar el servicio militar, pues al vedarle su credo armarse y adiestrarse para la guerra resultaría vulnerado su derecho a profesar libremente su culto y su libertad de conciencia”[37]. Aquí, el Tribunal Supremo negó dicha exención la considerar que el mandato de “armarse en defensa de la Patria” (art. 21 CN) es de orden público, y “la libertad de conciencia, en su ejercicio, halla su límite en las exigencias razonables del justo orden público, del bien común de la sociedad toda y en la protección de la existencia y de los legítimos derechos de la nación misma”[38]. Además, sostiene que “los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos a las leyes que reglamenten razonablemente su ejercicio”[39], por lo que los derechos se deben conciliar con los deberes impuestos por la Carta Magna. De acuerdo a esto, la sentencia fija el criterio de que la libertad de conciencia no puede ser invocada frente a obligaciones de orden público.

En la sentencia sobre el caso “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Santa Coloma, Luis Federico y otros c/ E.F.A.”, la Corte Suprema realiza una

[33] Ib., considerando 9°.
[34] Ib., considerando 10°.
[35] Ib., considerando 10°.
[36] Ib., considerando 10°.
[37] CSJN, Fallos 304:1524, considerando 6°, segundo párrafo.
[38] Ibídem, considerando 7°.
[39] Ib., considerando 6°.

aclaración que, sin ser específicamente sobre la objeción de conciencia, sirve para comprender la potestad de los jueces en el análisis de la moralidad de los individuos. En la causa, los demandantes reclamaban una indemnización por la muerte de sus tres hijas y las lesiones que sufrió su hijo en un accidente ferroviario. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial había reducido el monto de los daños y perjuicios al desestimar parte de los daños materiales provocados por la muerte de las menores, y al sostener que el dolor de la pérdida de un ser querido no podía ser reparado económicamente. La Corte, por su parte, sostuvo que la apreciación realizada por la Cámara obligaba a los demandantes a asumir el dolor de manera heroica al "soportar calladamente la pérdida de sus tres hijas"[40], lo que constituía un acto "que no puede ser impuesto a lo demás, sino solo libremente escogido por ellos"[41]. Así, también expresó que

> *no figura entre las potestades de un estado constitucional imponer a los habitantes cargas que superen a las requeridas por la solidaridad social. Es obvio que, desde una especial –y respetable– concepción de la ética, puede mirarse a la reparación del daño moral como un apartamiento de las rigurosas exigencias que tal ética formula a quienes deseen seguirla. Pero no cabe que los jueces se guíen, al determinar el derecho, por patrones de moralidad que excedan los habitualmente admitidos por el sentimiento medio, pues, como lo señala Cardozo, "los jueces deben dar vigor con sus creencias a la moralidad corriente de hombres y mujeres de conciencia recta" (…). En efecto, la decisión judicial no ha de reemplazar las opciones éticas personales cuya autonomía también reconoce el art. 19 de la Constitución Nacional*[42]

Así, el papel de los jueces es velar por las opciones éticas de los individuos y no reemplazarlas con sus concepciones personales. "Por respetable que sea la opinión personal de los jueces, ésta no puede prevalecer sobre las normas constitucionales ni con ellas se puede nutrir la elaboración dogmática de un concepto"[43] de forma que se afecten principios sentados en la Carta Magna.

Por su parte, en la causa "Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 ley 17.531" del año 1989, la Corte Suprema se pronuncia a favor de la objeción de conciencia frente a un ciudadano que solicitaba exceptuarse el servicio militar por ir en contra de sus valores religiosos. Este fallo no solo reconoce a la libertad de conciencia como un derecho autónomo y no como una derivación de la libertad de culto[44], sino que también aclara que el sistema de creencias que lleva a un individuo a objetar contempla tanto a los

[40] CSJN, Fallos 308:1160, considerando 8°, segundo párrafo.
[41] Ibídem, considerando 8°, segundo párrafo.
[42] Ibídem, considerando 8°, primer párrafo.
[43] CSJN, Fallos 329:5266, considerando 22°.
[44] CSJN, Fallos 312:496, considerando 9°.

valores religiosos como a los éticos “en los que el sujeto basa su propio proyecto de vida”[45]. El Tribunal también sostuvo que no es labor de la Corte analizar la prohibición religiosa sobre la que se funda el reclamo del demandante, ya que esto se encuentra fuera de su competencia, argumento que puede relacionarse al fallo “Santa Coloma”, anteriormente explicado. Para que pueda ejercerse este derecho se debe probar que la obligación legal “le causaría un serio conflicto de conciencia”[46], y que el individuo debe invocar sus motivos “con sinceridad”[47]. Además, no es necesario que la ley prevea explícitamente la posibilidad de objetar, “dado que los derechos individuales (…) deben ser hechos valer obligatoriamente por los jueces en los casos concretos, sin importar que se encuentren incorporados o no a la legislación”[48]. En el caso, respecto al servicio militar, se sostiene que en tiempos de paz no existe un “peligro grave o inminente a los intereses protegidos por el Estado”[49], pero que la situación requeriría otro tipo de análisis, ya que nada impide “que los problemas como el de autos no puedan suscitarse en términos de oposición o de conflicto”[50], lo que indica que hay una posibilidad de que la objeción de conciencia medie hasta en situaciones de emergencia. Finalmente, la Corte resuelve que si el objeto de utilizar armas en el servicio militar es lo que realmente produciría un perjuicio a la conciencia del demandante, entonces se lo excluirá de esa actividad, pero que al no existir un conflicto en otras tareas auxiliares al ámbito militar, podrá realizar el servicio de conscripción sin el empleo de armas; se exceptúa solamente del cumplimiento de aquellas tareas que tengan un conflicto sincero con la libertad de conciencia de la persona.

En el caso “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar”, el demandante solicitaba que se evitara todo tipo de tratamiento médico hacia su persona que involucrara transfusiones sanguíneas, por ser estas perjudiciales frente al culto que profesaba. La Corte en su voto mayoritario desestimó la causa por considerar inoficioso pronunciarse, es decir, que, debido a que el señor Bahamondez se encontraba fuera de peligro y dado de alta en el momento en que el Tribunal debía resolver sobre la cuestión, se decidió no realizar un análisis de fondo del caso por no haber derechos en juego a ese momento. Pese a ello, los ministros Cavagna Martínez, Boggiano, Belluscio y Petracchi resolvieron, en disidencia, sobre la cuestión de fondo; los argumentos de sus votos son importantes para el tema de este trabajo. Por un lado, Cavagna Martínez y Boggiano sostuvieron que

[45] Ibídem, considerando 9°.
[46] Ib., considerando 12°.
[47] Ib., considerando 13°, segundo párrafo.
[48] Ib., considerando 15°, último párrafo.
[49] Ib., considerando 11°
[50] Ib., considerando 11°, tercer párrafo.

> *la libertad religiosa es un derecho natural e inviolable de la persona humana, en virtud del cual en materia de religión nadie puede ser obligado a obrar contra su conciencia ni impedido de actuar conforme a ella, tanto en privado como en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos*[51]

Así, con fundamento en el derecho a la libertad de culto, se muestra que la ley no puede obligar a actuar a un individuo en contra de su conciencia, tanto en el ámbito de su vida privada como en el ámbito público. Por otro lado, Belluscio y Petracchi resolvieron que

> *el artículo 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros*[52]

y luego agregan que "tal principio resulta de particular aplicación al presente caso, en el que se encuentran comprometidas, precisamente, las creencias religiosas"[53]. Las disidencias anteriores demuestran la importancia de la libertad como derecho y su influencia en el accionar de los ciudadanos.

En el caso "Asociación de Testigos de Jehová c/Consejo Provincial de Educación del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad" la demandante solicitó la inconstitucionalidad de la Resolución 100/95 dictada por el Gobierno de la Provincia de Neuquén que establecía la obligación de los docentes a respetar los símbolos patrios. La Asociación de Testigos de Jehová argumentó que la Resolución originaba un perjuicio en base a sus creencias y solicitaba que los fieles de ese credo fueran eximidos de dicha obligación. La Corte Suprema, en su mayoría, decidió que no existía un caso propiamente dicho, ya que no había una situación concreta donde se solicitara la declaración de inconstitucionalidad de la norma, a la vez que la Resolución bajo análisis no había sido publicada correctamente, lo que no la hacía obligatoria. En disidencia, Highton de Nolasco realiza un análisis sobre la cuestión que es oportuno para analizar la objeción de conciencia, por lo que se ha decidido incluir este caso en este resumen de jurisprudencia. La magistrada sostuvo que

> *la libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común*[54]

---

[51]CSJN, Fallos 316:479, considerando 9° de la Disidencia de los señores Cavagna Martínez y Boggiano.
[52]Ibídem, considerando 8° de la Disidencia de los señores Belluscio y Petracchi.
[53] Ib., considerando 9° de la Disidencia de los señores Belluscio y Petracchi.
[54]CSJN, Fallos 328:2966, considerando 13° de la Disidencia de la señora Highton de Nolasco.

En consonancia con ello, la jueza Highton de Nolasco aclaró que la objeción de conciencia no conlleva desestimar los deberes de los ciudadanos para con la comunidad, sino que estos siguen siendo un imperativo exigible por el Estado[55]. Deberá analizarse cuánto podría afectar al bien común el incumplimiento en cada caso en particular para entender la extensión que debe tener la pretensión del individuo.

Por último, y en circunstancias muy similares al fallo "Bahamondez", encontramos la causa "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias". En este caso del año 2012, el señor Pablo Jorge Albarracini Ottonelli había realizado una declaración bajo instrumento público de que, en caso de que no estuviera consciente y fuese necesario realizarle tratamientos médicos, se oponía al uso de transfusiones sanguíneas en su cuidado de salud. Su padre, el demandante, solicitaba que se procediera contra la voluntad de su hijo, que se encontraba sin posibilidad de expresar su voluntad, y se le realizaran las transfusiones sanguíneas que fueran necesarias para salvar su vida. La Corte Suprema, trayendo a colación y haciendo suyos los argumentos antes explicados de las disidencias de los fallos "Bahamondez" y "Asociación de Testigos de Jehová", resolvió que se debía respetar el derecho de libertad de culto y autonomía del paciente, ya que había expresado su voluntad oportunamente a través del instrumento público.

La objeción de conciencia y el aborto no punible

Habiendo sentado las bases sobre cuáles son los fundamentos esenciales de la objeción de conciencia en general, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y al derecho natural, es propicio avanzar en el estudio de este derecho en el ámbito de los abortos no punibles. Cabe destacar que la inclusión de este análisis dentro del concepto "salud reproductiva" depende de ideas ético-filosóficas y no de fundamentos médicos, como sostiene Robert P. George[56], por lo que pueden existir diversas discrepancias en este punto de acuerdo a los autores que se estudien sobre el tema.

La objeción de conciencia frente al aborto no punible es trascendente debido a los derechos que se encuentran en juego en esta situación. Por un lado, el médico objetor goza de libertad de culto, de conciencia, de empresa, entre otros. Por otro lado, también podría sostenerse que está en juego la integridad de la mujer a la que no se le realiza el procedimiento abortivo, que comprendería su salud física, psíquica y espiritual. Al

[55]Ibídem, considerando 18°de la Disidencia de la señora Highton de Nolasco.
[56]GEORGE, Robert. P., óp. cit.

respecto, Marcelo Alegre sostiene que se pone “en riesgo la vida, la salud, la integridad física o la autonomía de las personas”[57]. Es así que nos encontramos frente a un campo en el que habría una colisión entre los derechos de diversos individuos, lo que requeriría un análisis que permita dilucidar cuáles deberían prevalecer ante otros.

De la forma anterior es como se ha estudiado tradicionalmente el derecho a la objeción de conciencia. Pero este enfoque de colisión entre derechos no es el que se quiere proponer en este trabajo. Si tenemos en cuenta el concepto de “identidad de afirmación” del que se ha hablado en el capítulo introductorio, debería realizarse un análisis que busque, sin menoscabar los intereses de las diversas partes, una solución que satisfaga o sea conforme a la visión cultural de las distintas posiciones a adoptar sobre la cuestión. Para ello es necesario comprender primeramente cuáles serían estas posiciones.

Marcelo Alegre las separa en dos grupos generales, a la vez que, desde su posición restrictiva de la objeción de conciencia, propone una tercera basada en lo que sostiene son criterios de igualdad[58]. En primer lugar, la posición “libertarista” sostiene que la objeción de conciencia no tiene límites, aun en el campo médico donde puede llegar a afectarse la salud y la integridad de terceros, como se ha mencionado anteriormente. El fundamento principal de esta perspectiva se da por la búsqueda de primacía de la libertad del hombre por sobre los mandatos estatales. Es así que si un médico se negara a realizar un aborto no punible no debería tener consecuencia alguna, así como tampoco obligación de remitir el paciente a otro profesional no objetor.

En segundo lugar, el “modelo conciliatorio” busca la limitación de la obligación de conciencia al sostener que, pese a que se acepta la negativa a realizar un procedimiento, el médico que incumple debe colocar a alguien en su lugar para que se lleve a cabo el tratamiento. Es así que solo se podrá ejercer una objeción cuando exista la posibilidad de derivar la intervención a otro profesional. Este modelo es cuestionado por limitar la autonomía de la voluntad de los médicos, así como también por implicar una derivación que no provoca un desprendimiento de la responsabilidad moral frente al acto que se busca incumplir. Esto se debe a que aquella persona que realiza la derivación ha facilitado de alguna forma la realización del procedimiento, por lo que puede considerarse a sí misma como un partícipe necesario frente a ese acto.

En tercer y último lugar, la posición tomada por Marcelo Alegre implica la imposibilidad de ejercer el derecho a la objeción de conciencia en la mayoría de los casos, con algunas excepciones menores. Así, el autor sostiene que primero es

[57]ALEGRE, Marcelo, óp. cit., pág. 17.
[58]Ibídem, págs. 20-25.

necesario garantizar un acceso universal a las prestaciones de salud sexual y reproductiva, y sobre esta base establecer una serie de normas que determinen paso a paso un ejercicio limitado de la objeción. Al mismo tiempo, reconoce que en la práctica, debido a la realidad de nuestro país, la garantía del acceso a la salud primaría casi en todos los casos por sobre la autonomía de la voluntad de los médicos, ya sea por razones como la falta de personal en hospitales públicos y privados, como la realidad que existiría en regiones del país donde ya de por sí el servicio médico sería deficiente.

Sin realizar un análisis crítico a lo sostenido por este autor, ya que se hará posteriormente en este trabajo, es importante destacar que las posiciones descriptas tienen su fundamento en el conflicto entre derechos que antes se han enunciado. Primero, la posición "libertarista" haría primar la autonomía y las libertades del objetor de conciencia por sobre la mujer; aunque modificando el punto de enfoque sobre el tema podría no ser así. Esto se debe a que si se piensa en el Estado como el último garante de los derechos, es él quien debe prever solamente los medios para garantizar su ejercicio, a la vez que es él el único responsable por el incumplimiento de dicha garantía. Así, no habría un conflicto entre los derechos de dos individuos, sino solamente entre el Estado y aquellos individuos que no pueden acceder a los procedimientos que se encontrarían garantizados por aquél. Aquí, el papel del Estado consiste en prever las situaciones de objeción y tomar los recaudos necesarios que permitan el ejercicio de los derechos que promueve.

En los casos del "modelo conciliatorio" y la posición propuesta por Marcelo Alegre, no podría encontrarse un campo en donde no se hable de colisión de derechos e intereses. Esto se debe a que el primero se funda en la idea de que el tratamiento se debe realizar porque existe un derecho a ello, el que se estaría oponiendo a la objeción del médico, al menos en forma parcial, debido a la participación indirecta que tiene este último a derivar a otro profesional, o a la participación directa en los casos en los que no exista otro individuo que pueda realizarlo; en este último se evidencia notablemente que se ha considerado superior el interés del paciente por sobre el del médico. Por su parte, en la posición del autor existe una clara alusión a la existencia de derechos por parte de las mujeres y de cómo se debe limitar la objeción de conciencia para que se respeten los anteriores.

Es así que, puede concluirse que la posición "libertarista" es la que más podría satisfacer los criterios de "identidad de afirmación", ya que por medio de ella podrían garantizarse de manera más completa los intereses de las partes afectadas en el campo de los abortos no punibles, tanto los médicos como aquellas personas que reclaman el ejercicio de un procedimiento abortivo en los casos de no punibilidad.

Universidad de San Andrés

Breve paréntesis: la existencia del derecho al aborto en Argentina

Como se ha dicho anteriormente, para que medie la objeción de conciencia es necesaria la existencia de una obligación legal de realizar un acto. Aun bajo la posición "libertarista", desde el enfoque de inexistencia de conflicto de derechos de dos individuos, es fundamental que el Estado haya previsto una obligación hacia el médico para que este pueda negarse a realizarla. Como nos encontramos frente a la idea de "aborto no punible", se analizará brevemente qué implica la no punibilidad de un acto, si esto conlleva la existencia de un derecho y, por último, si en Argentina puede sostenerse el "derecho al aborto no punible" o el "derecho a los abortos permitidos por la ley". Cabe destacarse que la existencia de un derecho al aborto requiere de un análisis mucho más profundo de aquél que se hará aquí; solo se busca ilustrar la problemática por su relación con el tema de este trabajo.

Wesley Newcomb Hohfeld[59] sostuvo que los términos en la práctica judicial gozan de especificidad y no pueden intercambiarse libremente unos por otros, ya que esto conlleva una confusión en sus significados. Específicamente, analizó los conceptos de "derecho" (right), "privilegio" (privilege), "poder legal" (power), "inmunidad" (immunity), "deber" (duty), "inhabilidad legal" (disability) y "responsabilidad" (liability). Debido a que no todos los anteriores son pertinentes en el análisis a realizar en este trabajo, se enfocará la cuestión en las concepciones de "derecho", "deber", "inmunidad", "inhabilidad legal" y "responsabilidad".

El sentido estricto de "derecho" puede hallarse al comprender la correlación que existe entre este y los "deberes". Estos últimos pueden definirse, valga la redundancia, como "aquello que uno debe o no debe hacer"[60]. Hohfeld sostiene que "cuando un derecho es invadido, un deber es violado"[61]. Para mostrar esto, el autor menciona el siguiente ejemplo: si una persona, ***X***, posee un derecho en contra de otra, ***Y***, de que esta última permanezca fuera de las tierras de la primera; ***Y*** tiene, correlativamente, el deber de no entrar a las tierras de ***X***[62]. Esta correlatividad es la que demuestra cuándo nos encontramos fehacientemente frente a un "derecho", el que podría reemplazarse por "pretensión" (claim) si es necesario buscar un sinónimo para este concepto[63].

[59]HOHFELD, Wesley Newcomb, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, [en línea], <http://www.hiit.fi/files/ns/Herkko/SOME%20FUNDAMENTAL%20LEGAL%20CONCEPTIONS%20AS%20APPLIED%20IN%20JUDICIAL%20REASONING.pdf> [Consulta: 30 de mayo de 2016]
[60]Ibídem, pág. 9.
[61]Ib., pág. 9.
[62]Ib., pág. 9.
[63]Ib., pág. 10.

Por su parte, la "inmunidad" puede describirse como la "libertad frente al poder legal o 'control' de otro dentro de una relación legal". La "no punibilidad" se encuentra dentro de la esfera de la "inmunidad", ya que implica la exención de una pena frente al control estatal cuando se ha realizado una conducta no permitida. Esto se ve aún más al tener en cuenta que la "responsabilidad", el concepto opuesto a "inmunidad", es la "'condición en la que un individuo es colocado después de un incumplimiento contractual, o de la violación de alguna obligación que recaía sobre él'"[64]. A su vez, dicha condición puede dar origen a un "deber". Lo anterior puede ilustrarse con el siguiente ejemplo: si una persona ***X*** comete un homicidio, es "responsable" frente a la ley por incumplir la obligación legal de no matar, y en ella se crea el "deber" u obligación adicional de cumplir con la pena prevista para esos casos de acuerdo al Código Penal. En contraposición, la "inmunidad" previene dicho estado de "responsabilidad", por lo que frente a un acto realizado, aunque prohibido, no se dará origen a un "deber". Lo anterior se comprende por la correlatividad existente con la "inhabilidad legal" del Estado para generar un deber hacia el individuo que goza de inmunidad.

Conforme a lo antedicho, podría sostenerse que la no punibilidad es la inmunidad de la que goza un ciudadano frente al poder punitivo del Estado cuando se ha realizado un acto generalmente prohibido por este último. Así, que un hecho sea no punible no conlleva necesariamente la existencia de un derecho, ya que lo único que implica es la inhabilidad legal del Estado para penar. Si habláramos de un derecho, este no debería ser reconocido desde la perspectiva de la inmunidad, ya que esta última no implica un deber correlativo. Si una persona tuviera derecho, por ejemplo, al aborto legal en casos particulares, instantáneamente el Estado, como garante último de los derechos, tendría un deber u obligación correlativos. Así, el paso desde la no punibilidad hacia el derecho no es inmediato, ya que requiere de un reconocimiento expreso de este último por ser conceptos diferentes. Desde este punto de vista teórico, la no punibilidad de algunos casos de aborto, contemplada en el artículo 86 del Código Penal, no conlleva necesariamente la existencia de un derecho al aborto. Al respecto, Juan José Benítez sostiene que

> *no tenemos derecho de hacer todo lo no prohibido, tan sólo tenemos la libertad de hacerlo, sin que de ello deriven respuestas obligadas por parte del ordenamiento jurídico. Ya que aunque podamos hacer todo aquello que no se nos haya prohibido, ello no implica que estemos en condiciones de esgrimir dicha posibilidad -meramente fáctica- enarbolándola como un derecho*[65]

[64] Ib., pág. 21.
[65] BENÍTEZ, Juan José, *¿Puede una eximente de punibilidad dar derechos?*, [en línea], La Ley Online, cita online AR/DOC/4289/2012, [Consulta: 20 de mayo de 2016].

Por su parte, el Lucas Grosman ha sostenido que

> *la ausencia de castigo penal no necesariamente significa que el Estado deba proteger la conducta frente a interferencias de terceros, y mucho menos que deba facilitar o incluso garantizar su realización; solo significa que la Constitución prohíbe que esa conducta reciba un castigo penal*[66].

A su vez, en un breve análisis sobre la no punibilidad de "la interrupción de un embarazo producto de una violación"[67], el autor ha dicho que

> *Frente a esta conducta, podemos pensar que existen, potencialmente, tres formas de protección, de menor a mayor: como primera opción, no castigar penalmente a la mujer; como segunda opción, considerar que la mujer tiene un derecho a realizar esta conducta; como tercera opción, concederle un derecho a acceder efectivamente a esta conducta. En la primera opción, el presupuesto es que la conducta es reprochable e indeseable, pero no lo suficientemente grave como para que la mujer vaya presa. Si así fuera, nada impediría que el Estado persiguiera penalmente, por ejemplo, a los médicos intervinientes. En el otro extremo, en la tercera opción, el presupuesto es que es deseable que la mujer que así lo desea efectivamente pueda interrumpir el embarazo en las circunstancias apuntadas, y por ende el Estado debe proveer los medios –atención médica pública– para que así sea*[68].

Respecto a la segunda opción, el autor sostiene que el reconocimiento del derecho no conlleva que el Estado deba proveer de manera gratuita los tratamientos pertinentes, pero que implicaría al menos la abstención "de sancionar penalmente al médico interviniente y posiblemente también debería regular de forma restrictiva la facultad de los médicos de oponer una objeción de conciencia"[69]. Aunque lo enunciado es comprendido como un punto medio entre las opciones antes citadas, la regulación de la objeción de conciencia es una forma activa de garantizar el ejercicio de un derecho por parte del Estado. Es por ello que esta posición que toma el autor debería ser dividida en otras dos: primero, la abstención de penar tanto a la mujer como al médico interviniente, en donde solo habría no punibilidad y no necesariamente el reconocimiento de un derecho; y segundo, donde sí podría hablarse de derecho de la mujer en el caso de inmunidad de ella y del profesional, sumado a una regulación de la objeción de conciencia. De todas maneras, esta última parece relacionarse más con la idea de que el "Estado debe proveer los medios"[70], la tercera opción del autor, ya que ellos no solo

---

[66] GROSMAN, Lucas, *Autonomía y* Drogas, [en línea], <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1106&context=yls_sela> [Consulta: 20 de mayo de 2016], pág. 12.
[67] Ibídem, pág. 13.
[68] Ib., págs. 13-14.
[69] Ib., pág. 14.
[70] Ib., pág. 14.

comprenden la atención médica pública, sino también los marcos regulatorios pertinentes para que sea posible el ejercicio de un derecho.

El Código Penal Argentino, en su artículo 86 recepta, en primera instancia, la no punibilidad del aborto en situaciones específicas. Como se ha sostenido, la no punibilidad no requiere en sí misma que deba existir un deber estatal, ya que no se trata de un derecho, sino solamente de una exención de responsabilidad frente a la comisión de un acto en general penado. Más allá del alcance que pueda tener el artículo 86 del Código, ya sea que incluya o no los casos de violación en general, o que se deba interpretar restrictivamente solo a la situación donde se encuentra involucrada una "mujer idiota o demente" –cuestión que no es tema de este trabajo–, es pertinente analizar si en Argentina puede hablarse de derecho aborto legal en los casos de no punibilidad, ya no desde una perspectiva meramente legal, sino contemplando ahora la jurisprudencia sobre el tema.

La Corte Suprema de Justicia se pronunció el trece de marzo de 2012 en el caso "F. A. L. s/ medida autosatisfactiva", en el que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut había permitido la realización de una práctica abortiva a una menor que había sido víctima de violación por parte de su padre. La menor no era "idiota o demente", por lo que se encontraba en tela de juicio si el inciso 2° del artículo 86 del Código Penal incluía el caso en cuestión. Por un lado, la Corte resolvió que dicho caso se encontraba contemplado en la norma. Aunque la sentencia del Tribunal haya tomado un criterio interpretativo amplio sobre el inciso en cuestión, basándose en observaciones y recomendaciones de organismos internacionales, así como en un criterio de no discriminación de las personas sin ningún tipo de déficit mental, lo que se hace realmente pertinente para este trabajo es el paso lógico de la argumentación de la Corte que lleva a considerar la no punibilidad como un verdadero derecho al aborto. Y no solo esto, sino que lo hace llegando a la medida de la tercera opción que sostiene Grosman, explicada anteriormente: se reconoce el "derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras"[71].

Por otro lado, el Tribunal sostuvo que en el Código Penal existen "supuestos específicos de despenalización del aborto"[72] y que la mujer no "puede ni debe ser privada del derecho que le asiste la interrupción del [embarazo] ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible"[73]. Además, concluye que se debe facilitar el "ejercicio de un derecho expresamente reconocido por el legislador en el

[71]CSJN, Fallos 335:197, considerando 19°, segundo párrafo.
[72]Ibídem, considerando 19°, tercer párrafo.
[73]Ib., considerando 21°.

artículo 86, inciso 2°, del Código Penal"[74] porque estamos frente a un caso de "aborto autorizado por el legislador penal"[75]. En el considerando 25 de la decisión también se hace alusión a la idea de que la despenalización conlleva la autorización y la legalización de la práctica abortiva.

Por último, la Corte, en sus considerandos 29 y subsiguientes, exhorta con cierto tinte legislativo a las autoridades nacionales y provinciales que se regulen protocolos que contemplen los medios para que se haga efectivo el acceso al aborto en los casos contemplados por el Código Penal, y que se disponga de un "adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia"[76], entre otras cosas. Mucho se ha dicho al respecto del carácter cuasi legislativo de la sentencia del Tribunal en este caso[77], pero, fuera de ello, la conversión jurisprudencial que llevó a una norma de no punibilidad a ser considerada un derecho podría ser uno de los aspectos más particulares de esta decisión.

Lo dicho anteriormente corresponde solamente al voto mayoritario de la Corte, mientras que el voto de la Ministra Carmen Argibay no posee este salto lógico que se busca cuestionar. Ella no mencionó, en parte alguna de su voto, un derecho a la interrupción legal del embarazo, a la vez que no sentó criterios que puedan ser tachados por ser de índole más legislativa que judicial. La Ministra sostuvo que este artículo del Código Penal "define la *no punibilidad* del aborto practicado, con su consentimiento, a una mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación"[78]. A su vez, y teniendo en cuenta que para la existencia de un derecho debe existir un reconocimiento expreso como se ha dicho anteriormente, es destacable que la Sra. Argibay haya concluido que

> *La potestad relativa a la estructuración de la solución legal en forma de autorización normativa de excepción es competencia exclusiva del Poder Legislativo. En esta medida, en tanto el legislador determine los intereses que colisionan y defina con claridad el contexto fáctico en el que deba tener lugar la injerencia, y siempre y cuando el remedio legal previsto para resolverlo resulte proporcional para compensar la gravedad del conflicto, la decisión sobre cuál de los intervinientes*

[74] Ib., considerando 23°.
[75] Ib., considerando 24°, segundo párrafo.
[76]Ib., considerando 29°.
[77] Sobre el tema, véase GALLI FIANT, María Magdalena, *Efectos de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de abortos no punibles*, en La Ley Online, cita online AR/DOC/3278/2014; IRIBARNE, Héctor P., *Un prudente valladar al uso alternativo del derecho por parte de la Corte Suprema de Justicia. Efectos en las provincias y en sede administrativa*, en La Ley Online, cita online AR/DOC/2300/2013; RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, *Un grave error hermenéutico (El fallo de la Corte Suprema sobre aborto*, en La Ley Online, cita online AR/DOC/47/2013; BASSET, Úrsula Cristina, *¿Legalizar el aborto?*, en La Ley Online, cita online AR/DOC/5377/2012; entre otros.
[78]CSJN, Fallos 335:197, considerando 14° del Voto de la señora Argibay.

tiene que soportar el menoscabo de un bien jurídico constituye una valoración propia de su competencia[79].

Cabe destacar que el Ministerio de Salud de la Nación redactó, con posterioridad al fallo "F. A. L. s/ medida autosatisfactiva", el "Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo" –que en la próxima sección del trabajo se analizará con más atención–, en el año 2015. Además, otras jurisdicciones provinciales también lo han hecho. Aquí, como su nombre lo indica, se habla expresamente de un derecho al aborto en los casos de no punibilidad. Este documento, que no ha sido publicado a través de una Resolución Ministerial como lo había sido hecho la "Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles" en el año 2010, fue redactado conforme a los lineamientos sentados por la Corte Suprema en el caso antes mencionado. Al mediar un reconocimiento expreso de un derecho, podríamos cuestionar si esta es realmente facultad del Ministerio de Salud. Cabe destacar que también se estaría regulando sobre el derecho constitucional a la vida, potestad claramente ajena al ámbito del Poder Ejecutivo[80]. Por otro lado, Pablo Yurman, desde el punto de vista de la competencia ministerial, ha dicho que

> *hay una cuestión de jerarquía de normas. Una de inferior jerarquía no puede imponerse por sobre otra superior. Y en esto se nota claramente que una norma ministerial no puede de ninguna manera, por vía de reglamentación, modificar una norma de rango superior como sería, en este caso puntual, el Código Penal de la Nación que como tal fue sancionado y sólo puede ser reformado por el Congreso Nacional, única autoridad competente en esa materia. De modo que las guías ministeriales incurren en una reglamentación que es inconstitucional (…) porque no son la autoridad competente para realizar dicha labor*[81].

Siguiendo esto, el autor sostiene que las guías y protocolos de interrupción del embarazo son inconstitucionales, lo que llevaría a que las disposiciones que ellas contienen no sean obligatorias. En particular, respecto a la objeción de conciencia en estos casos, argumenta que "como no hay obligación de realizar una conducta que según el derecho es ilícita (cometer aborto), entonces tampoco se puede obligar a nadie a ser objetor en conciencia de algo a lo que no está obligado a realizar"[82]. Y esta falta de un deber de realizar un aborto es correlativa con la falta de un derecho, ya que, como se sostuvo en base a los estudios de Hohfeld, esta correlatividad es necesaria.

---

[79] Ibídem, considerando 14°, segundo párrafo.
[80] Este argumento se desprende de una observación realizada por Sebastián Elías al revisar este trabajo.
[81] YURMAN, Pablo, *Aborto y objeción de* conciencia, [en línea], <http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/inmanencia/article/viewFile/4334/4008> [Consulta: 15 de febrero de 2016], pág. 15.
[82] Ibídem, pág. 15.

En conclusión, podría sostenerse, más allá de lo argumentado por la Corte Suprema en el caso “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva”, podría cuestionarse si realmente existe un derecho al aborto no punible y, por consiguiente, un deber por parte de los médicos de practicarlo. Además, volviendo a la posición “libertarista” y a la teoría de la “identidad de afirmación” antes explicada, si tomáramos como cierta la existencia de un derecho en estos casos, la obligación no recaería sobre los profesionales de la medicina, sino sobre el Estado, quien puede garantizar los medios para el ejercicio de las pretensiones de los ciudadanos. Debido a ello, es necesario analizar la importancia de la objeción de conciencia en este ámbito y recomendar lineamientos para una legislación que contemple estos principios, trabajo que se realizará en las secciones siguientes.

El derecho a la objeción de conciencia frente al reconocimiento del derecho al aborto no punible

Si el sistema jurídico argentino reconoce de modo claro e indiscutible un derecho a la interrupción legal del embarazo en los casos contemplados por el Código Penal, entonces existiría una obligación estatal de prestar los medios para la realización de los procedimientos atinentes al ejercicio de ese derecho. A su vez, el Estado debe garantizar las pretensiones de todas las partes que podrían verse involucradas en la situación, a saber, la mujer que desea realizarse el aborto, los médicos que podrían ser convocados para ello y que tienen conflictos morales, éticos, filosóficos y religiosos que los impedirían actuar conforme a sus creencias, y aquellas personas que indirectamente tienen un papel necesario en la realización de la práctica. Sobre estas últimas es necesario analizar qué extensión debe existir en la protección de sus intereses y si pueden invocar la objeción de conciencia como medio para garantizarla. Por otro lado, al hablar de personas no solo debe circunscribirse el término a la persona humana, sino también a la jurídica, en el ámbito de las objeciones institucionales de conciencia. Como se ha dicho anteriormente, no es propicio presentar este tema como un mero conflicto entre los derechos de los individuos, sino que cambiar el enfoque ayuda a buscar soluciones que sean más beneficiosas para el conjunto general de la sociedad.

Muchos son los aspectos que se encuentran alrededor de la idea de objeción de conciencia en el ámbito médico. Primero, la idea sentada por algunos autores de que existe una incompatibilidad entre la profesión médica y el ser objetor, ya que el ingreso a esta es voluntaria, a diferencia con lo que sucedía con la conscripción obligatoria y el

servicio militar[83]. Segundo, la utilización de registros de objetores para prever los casos en los que podrían existir conflictos y así asegurar la prestación del tratamiento médico. Tercero, la existencia de un deber de derivar por parte del profesional objetor, o la utilización de un sistema previo que evite dicha derivación y cómo esto se pueden afectarlos derechos de los colaboradores o facilitadores de la medicina frente al procedimiento abortivo. Cuarto, el ejercicio de este derecho en los hospitales públicos, y el concepto del médico como oficial público en dicho entorno. Quinto y último, la objeción de conciencia de las instituciones, ya sean confesionales o no. Estos aspectos sirven para guiar el análisis y evaluar cuál sería la mejor solución que garantice un correcto ejercicio de la objeción de conciencia.

El médico como objetor de conciencia

La profesión médica en general "enfrenta al médico a situaciones en las cuales entran en conflicto los valores"[84]. Al respecto, la Academia Nacional de Medicina ha sostenido que "cada persona tiene el derecho de construir su propia escala de valores y actuar de acuerdo a los mismos, y el derecho moral de oponerse a actuar, en los casos en los que esos actos colisionan con su conciencia"[85]. En su posición, la Academia sostiene la posibilidad de ser profesional de la medicina y ser objetor al mismo tiempo, al respetarse aquellos valores que el médico posee. Pero este no es un punto sobre el que no exista controversia. Es así que hay posturas que argumentan que "el saber médico es un monopolio al cual se accede de manera voluntaria y que permite acceder a prácticas valoradas socialmente de manera exclusiva"[86], lo que da origen a un "rol de privilegio" por parte del profesional que no permite una compatibilidad absoluta con la objeción de conciencia. Al respecto, Marcelo Alegre sostiene esta incompatibilidad, y concluye que "la omisión de quien ejerce el poder del que están investidos los profesionales de la salud es equiparable moralmente a una acción, en este caso, una acción de obstrucción al ejercicio del derecho a la salud"[87]. Pero esto no es necesariamente así, ya que el uso de la objeción de conciencia en este campo no tiene como fin impedir que se lleve a cabo una práctica, sino solamente que el profesional no

[83]ALEGRE, óp. cit., págs. 17-18.
[84]ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA, *Aborto y objeción de* conciencia, [en línea], <http://www.acamedbai.org.ar/pdf/declaraciones/ABORTOYOBJECIONDECONCIENCIA.pdf> [Consulta: 20 de mayo de 2016], pág. 3.
[85]Ibídem, pág. 3.
[86]COMITÉ HOSPITALARIO DE BIOÉTICA DEL NUEVO HOSPITAL DE RÍO CUARTO "SAN ANTONIO DE PADUA", *La objeción de conciencia en el ejercicio de la práctica sanitaria*, [en línea], <http://www.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2012/07/Objeci%C3%B3n-de-Conciencia-CHB.San-Antonio-de-Padua.-RIO-IV.pdf> [Consulta: 25 de mayo de 2016], pág. 5.
[87] ALEGRE, óp. cit., pág. 18.

sea quien deba ser parte de ella ni facilitarla. Por otro lado, no todos los campos de la salud podrían contribuir en un procedimiento abortivo, sino que solo algunas especialidades y la profesionalización dentro de cada una de ellas tienen injerencia en el tratamiento pertinente. Los médicos ginecólogos y obstetras son quienes tendrían el conocimiento para poder llevar a cabo una interrupción de un embarazo, pero no necesariamente vean esto como parte de lo que desean hacer en su carrera profesional, sino que han realizado los estudios en estos campos con otros fines, como el cuidado prenatal, las enfermedades femeninas, entre otras. Los profesionales de la salud tienen también un derecho a elegir en qué campos de la medicina quieren trabajar, y ello no es incompatible con la objeción de conciencia en tanto y cuanto se explicite los campos en los que prestará sus servicios y aquellos en los que no lo hará. Para ello, sería propicio que si se busca garantizar el acceso al aborto existan especializaciones que se destinen expresamente para esos casos[88]. Es por esto que en distintos ámbitos se prevé el uso de declaraciones juradas para objetores de conciencia con el fin de "garantizar el cumplimiento del derecho a la atención sanitaria"[89] de forma organizada.

Los sistemas de organización y la potencialidad de discriminación hacia los objetores registrados

El Comité Hospitalario de Bioética del Nuevo Hospital de Río Cuarto "San Antonio de Padua", luego de realizar un estudio respecto de la objeción de conciencia en su institución , sostuvo que es necesario "normar o protocolizar el ejercicio de los derechos de ambas partes [con el fin de] garantizar una solución previa a la ocurrencia del conflicto. De esta manera se equilibrarían los intereses tanto del objetor como de los pacientes"[90]. Y recomienda

> *Una manifestación previa y por escrito, donde se expresen y argumenten las razones esenciales, siempre sería conveniente y transparentaría el procedimiento; sobre todo en las manifestaciones dentro de las Instituciones. En este caso y cuando la objeción implique la no prestación, se tomará el recaudo necesario para no limitar la asistencia. Los Comités Hospitalarios de Bioética pueden colaborar en el aspecto formativo de los profesionales de la salud respecto a la objeción de conciencia,*

[88]ROE, Jane, Colin FRANCOME y Maureen BUSH, *Recruitment and Training of British Obstetrician-Gynaecologists for Abortion Provision: Conscientious Objection versus Opting out*, [en línea], <http://www.jstor.org/stable/3775065> [Consulta: 9 de febrero de 2016], pág. 102.
[89]MACÍAS, Andrea L. y Marcela OLIVERO (coords.), *Documento sobre la objeción de conciencia en el contexto de la atención de la salud, en la Provincia de Neuquén*, [en línea] <http://www.saludneuquen.gob.ar/wp-content/uploads/2014/03/Documento-Objeci%C3%B3n-de-Conciencia.pdf> [Consulta: 10 de febrero de 2016], pág. 3.
[90]COMITÉ HOSPITALARIO DE BIOÉTICA DEL NUEVO HOSPITAL DE RÍO CUARTO "SAN ANTONIO DE PADUA", óp. cit, pág. 8.

fomentando un cuestionamiento ético de las prácticas cotidianas y promoviendo una actitud preventiva de los conflictos emergentes[91].

La Provincia de Santa Fe posee, desde el año 2010, un Registro de Objetores de Conciencia para el sistema sanitario. Cabe destacar que esta es una norma provincial, pero el análisis de este caso en particular contribuye para comprender cómo debería regularse este derecho. Aquí, se garantiza, por medio de la inscripción al Registro, el derecho de objeción de conciencia, con el límite de 90 días para disponer del "reemplazo del objetor, de modo de garantizar el acceso efectivo y oportuno a las prestaciones requeridas por la población"[92]. Lo que se busca aquí es permitir la organización del personal médico para contar siempre con profesionales que puedan realizar los procedimientos que sean necesarios[93]. Por otro lado, en "situaciones atípicas o que merezcan un análisis particular"[94], se permitirá el análisis del caso a los Comités respectivos de Bioética y Docencia e Investigación. En este caso, el Registro es de acceso público, tal como se menciona en la motivación de la Resolución 843/2010 de la Provincia de Santa Fe. Marcelo Alegre se pronuncia a favor de la publicidad del registro[95], aunque es necesario analizar qué implicancias podría tener un sistema público y uno privado.

En el primero, cualquier persona que quisiera recibir un tratamiento médico sabría de antemano a dónde dirigirse, lo que disminuiría la necesidad de los médicos de objetar cuando se les presenta una situación conflictiva. En el segundo, el uso de registros privados por parte de hospitales, ya sean estatales o no, evita las posibilidades de estigmatización o discriminación que pueden afectar a los profesionales médicos. El Comité Hospitalario del Hospital "San Antonio de Padua" argumenta en esta dirección, sosteniendo que la objeción de conciencia puede exponer al profesional a una "actitud discriminatoria por parte de la sociedad"[96]. En este mismo orden de ideas, en el análisis realizado por Jane Roe, Colin Francome y Maureen Bush en Gran Bretaña, un país en donde la objeción de conciencia se encuentra contemplada en el Abortion Act de 1967, también demuestra que algunos médicos "han sufrido discriminación por esta razón, y algunos otros mencionaron presión y hostilidad, y no directamente discriminación"[97]. La Provincia del Neuquén en su "Documento sobre la objeción de conciencia en el contexto de la atención de la salud", elaborado por la Red de Comités de Bioética Asistencial en

[91] Ibídem, pág. 8.
[92]Resolución 843/2010 del Ministerio de Salud de la Provincia de Santa Fe, artículo 4°.
[93]Ibídem, artículo 5°.
[94]Ib., artículo 6°.
[95]ALEGRE, óp. cit., pág. 23.
[96]COMITÉ HOSPITALARIO DE BIOÉTICA DEL NUEVO HOSPITAL DE RÍO CUARTO "SAN ANTONIO DE PADUA", óp. cit, pág. 7.
[97]ROE, Jane, Colin FRANCOME y Maureen BUSH, óp. cit., pág. 101.

el mes de octubre del año 2015, se inclina por el registro privado de objetores de conciencia, con fundamento en la Ley Nacional de Protección de Datos Personales[98]. A su vez, prevé que el registro sea de índole institucional para garantizar la organización de los servicios asistenciales.

Los sistemas de derivación y el personal que colabora con la prestación de salud

Lo anterior se relaciona con la búsqueda de un sistema que evite la necesidad del profesional de derivar al paciente a otro médico, ya que esto, como se ha dicho anteriormente en el trabajo, podría afectar de todas formas su conciencia. En las legislaciones que se prevé este camino como único medio suelen existir conflictos en la prestación del servicio asistencial, lo que ha llevado a diversas críticas de este modelo[99]. Cabe recordar que este sistema es el que propone el "modelo conciliatorio" explicado al comienzo de este capítulo. En base a esto, sería preferible la aplicación de un registro de objetores como los descriptos anteriormente. Pero cabría hacer aquí una aclaración en cuanto a las personas que se encuentran en el entorno de los profesionales de la salud, ya que ha habido situaciones en las que ellas han objetado la redacción de una carta de derivación a otro médico[100]. En este punto, en el caso "R. v. Salford Health Authority, ex parte Janaway [1988]" resuelto por la Corte de Apelaciones de Gran Bretaña, sentó un criterio de "proximidad física" que sostuvo que la objeción de conciencia solo protegía al "personal clínico y no clínico involucrado en el 'trabajo en equipo' de un procedimiento abortivo (…) en el hospital"[101]. Esta interpretación podría considerarse restrictiva frente al ejercicio de este derecho, pero parecería acertada. Como todos los derechos, la objeción debe ser regulada y no podría implicar que se evite la prestación garantizada por otro derecho extendiendo la primera en forma desmedida. A su vez, ya sea a través de un sistema de derivación o un sistema de registro de objetores, siempre habrá personal administrativo que deberá prever la organización de los profesionales objetores y no objetores, así como también personal de atención al público que tendrá la labor de entregar información sobre los procedimientos que realizan o no los anteriores. Abarcar todos estos individuos podría llevar a un conflicto de derechos, que es lo que se busca prevenir realmente.

[98]MACÍAS, Andrea L. y Marcela OLIVERO (coords.), óp. cit., pág. 10.
[99]Por ejemplo, véase, LEMA, V.L., *Conscientious Objection and Reproductive Health Service Delivery in Sub-Saharan Africa*, [en línea], <http://www.jstor.org/stable/23317028> [Consulta: 9 de febrero de 2016].
[100]GRUBB, Andrew, *Participating in Abortion and the Conscientious Objector*, [en línea], <http://www.jstor.org/stable/4507151> [Consulta: 9 de febrero de 2016]
[101]Ibídem, pág. 164, (Traducción propia): "clinical and non-clinical staff involved in the "team effort" of an abortion procedure (…) at the hospital".

La objeción de conciencia en los hospitales estatales. El médico como "oficial público"

En el caso de la objeción de conciencia en los hospitales públicos, una postura sostiene que "no es aceptable que se nieguen prestaciones de salud en instituciones públicas, lo que implicaría un uso privado del poder estatal, la quintaesencia del abuso de poder"[102]. Aunque los médicos en estos casos son oficiales del Estado, esto no quiere decir que al haber tomado dicho puesto puedan ser privados de un derecho constitucional. Existe otro ámbito en el que se ha tratado esto y que ayuda a comprender el fenómeno de la objeción en la esfera estatal: la negativa de jueces de paz y personal de los Registros Civiles a unir en matrimonio a personas del mismo sexo. Al respecto, Alberto Sánchez introduce el tema al sostener que

> *está claro que un funcionario de registro civil puede ejercer su derecho a negarse a casar parejas del mismo sexo fundado en la objeción de conciencia, como podría un médico de un hospital público negarse a practicar un aborto o un maestro a enseñar contenidos aberrantes en el aula[103].*

En consonancia, Alberto Arias afirma que

> *Se nos podría decir que la objeción de conciencia no puede alegarse por los Oficiales Públicos porque vulnera los derechos y libertades fundamentales de los demás, pero esta norma limitativa no puede ser nunca operativa, conforme a nuestra legislación interna, y para ser efectiva deberá reglamentarse necesariamente por el Congreso Nacional en una ley especial que establezca la prohibición[104].*

Luego, el mismo autor agrega que no debe generarse un conflicto profundo sobre el tema, ya que la administración estatal

> *Sólo debe procurar el objetor de conciencia que sea otra persona física —como subrogante suyo— la que lleve adelante estos actos administrativos nuevos, como lo son en sus días de vacaciones o enfermedad o ausencia legal por cualquier otra situación procedente— asistencia a congresos de derecho o cursos de especialización, por ejemplo —, como también debe ser suplido el Oficial Público cuando el acto jurídico familiar se insta y celebra por un familiar suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad[105].*

---

[102]ALEGRE, óp. cit., pág. 24.
[103]SÁNCHEZ, Alberto M., *La objeción de conciencia frente a la unión entre personas del mismo sexo*, [en línea], en La Ley Online, cita online AR/DOC/5439/2010, [Consulta: 26 de mayo de 2016].
[104]ARIAS, Alberto J., *La objeción de conciencia y la inconstitucionalidad de la ley 26.618*, [en línea], en La Ley Online, cita online AR/DOC/6961/2010, [Consulta: 26 de mayo de 2016].
[105]Ibídem.

El sistema más propicio para llevar a cabo estas tareas por parte de la administración, en nuestro caso, de los hospitales estatales es la utilización de registros internos de objetores. El hecho de que el médico sea considerado un oficial público no implica que se pueda ignorar su derecho a la objeción de conciencia, al mismo tiempo que el ejercicio de este no debe plantearse como un conflicto, sino como una cuestión a tener en cuenta para la organización de las tareas médicas. Cabe destacar aquí que puede cuestionarse esto en base a la concepción de que los recursos económicos del Estado son limitados; pero si se prevé la existencia de reemplazos en los casos de licencia como sostiene Arias, entonces puede preverse también la existencia de objetores –siempre y cuando se observe que, sin juzgar la razonabilidad del motivo de la objeción, la acción a realizar pueda provocar un daño en la conciencia del individuo. Aun cuando la puesta en marcha de un sistema organizacional como el que se menciona consuma recursos de tiempo y personal, el Estado es el garante de los derechos y debe buscar los medios para poder garantizar las pretensiones de los ciudadanos.

La objeción en las clínicas privadas y la "objeción de conciencia institucional"

En el caso de los hospitales y clínicas privadas, no habría dificultades mayores en cuanto a la objeción de conciencia, ya que se podrían utilizar también registros internos. Para Marcelo Alegre, la postura "libertarista" "es compatible con que las instituciones de salud se nieguen a contratar objetores"[106]. Este argumento es, en una primera aproximación, correcto, ya que las instituciones médicas poseen libertad de contratación. La cuestión aquí es dilucidar si esto no conllevaría una exclusión discriminatoria hacia los objetores. Teniendo en cuenta que el ejercicio de la objeción de conciencia suele ser invocado mayoritariamente por razones de índole religiosa, indirectamente podría llegar a discriminarse en base a un criterio protegido por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos[107]. Este es un asunto que va más allá del tema específico de este trabajo, ya que requeriría un análisis puntual de la cuestión que por motivos de brevedad no puede ser incluido aquí. Se puede sostener, de todas formas, que los criterios de empleo podrían tener en cuenta la cantidad de objetores en el plantel médico y así buscar específicamente profesionales no objetores para lograr un balance y garantizar el servicio asistencial. Así, no existiría un criterio discriminatorio

[106]ALEGRE, óp. cit., pág. 21.
[107]Estos tratados gozan de jerarquía constitucional de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución de la Nación Argentina. Las previsiones sobre discriminación se encuentran en: Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), artículo 1°, inciso 1; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 2°.

contrario a las disposiciones legales, sino que se estaría buscando un equilibrio de representación de objetores y no objetores en el personal que lleva a cabo la prestación de salud.

Otra cuestión que se relaciona con las instituciones privadas es la posibilidad de invocar lo que se denomina “objeción de conciencia institucional”. Esta ha sido receptada en el sistema legal argentino específicamente en la Ley 25.673 que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. En ella, en su artículo 10°, sin hacer mención expresa al término utilizado aquí, se exceptúa a las instituciones confesionales de la provisión de anticonceptivos al público. En el decreto reglamentario de dicha ley sostiene que “Se respetará el derecho de los objetores de conciencia a ser exceptuados de su participación en el PROGRAMANACIONAL DE SALUD SEXUAL Y PROCREACION RESPONSABLE previa fundamentación”, es decir, previo aviso a las autoridades sanitarias a través de los registros que se dispongan a tal fin.

La objeción de conciencia institucional, aunque receptada en nuestro sistema legal, ha sido cuestionada, al sostener que “la objeción de conciencia está ligada de manera indisoluble a una mente, a una persona de carne y hueso”[108]. Pero la conciencia en este caso no surge de un ser “de carne y hueso”, sino que surge de las directivas, objetivos y valores que sostiene la organización en sus estatutos y demás documentos pertinentes. Así ha sido reconocido en la jurisprudencia extranjera, principalmente en el caso “Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc., 573 U.S.” de la Corte Suprema de los Estados Unidos, y también en nuestro país en el caso “M., C. E. – V., H. G. c. Sanatorio Allende s/amparo” del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de 30ª Nominación de Córdoba.

En el caso de la Corte Suprema estadounidense, tres sociedades anónimas cerradas (closely-held corporations) realizaron una demanda a la secretaría de salud sosteniendo que la obligación de proveer a sus empleados de la cobertura de métodos anticonceptivos considerados abortivos violaba su libertad religiosa, protegida por la “Religious Freedom Restoration Act of 1993 (RFRA)”. Frente a su negativa de prestar dicha cobertura enfrentaban la posibilidad de ser multados con sumas de US$1,3 millones diarios o US$475 millones anuales. La Corte estadounidense reconoció su inclusión dentro de la protección provista por de la norma antes nombrada, así como también, el derecho a que la compañía sea considerada una objetora de conciencia frente al aborto.

Para ello, sostuvo que el medio que utilizó el Congreso para garantizar a las mujeres el acceso a métodos anticonceptivos no era el adecuado, ya que existían otros

[108]ALEGRE, óp. cit., pág. 24.

métodos que no violaban la libertad religiosa de los demandantes. Además, ya existían otras organizaciones religiosas sin fines de lucro que no proveían la cobertura en cuestión, y en estos casos el Departamento de Salud y Servicios Humanitarios (HHS) de EEUU había implementado un sistema que facilitaba la prestación de este servicio. Si la HHS ya consideraba a estas organizaciones sin fines de lucro como "personas" bajo la protección del RFRA, entonces no habría razón alguna para excluir de dicha protección a las organizaciones con fines de lucro como lo eran las demandantes. Por otro lado, como bien detallan María Marta Didier, Esteban José Ignacio Romero y, Nicolás Francisco Parini en su análisis del caso

> *la Corte aduce que es importante recordar que su propósito es proveer protección a los seres humanos. En efecto, una sociedad es simplemente una forma de organización usada por los seres humanos para alcanzar objetivos. Cuando los derechos, sean constitucionales o legales, son extendidos a las corporaciones, el propósito es proteger los derechos de las personas que las integran. Por ejemplo, proteger a las corporaciones de las expropiaciones sin justa compensación protege a todos aquellos que obtienen un bienestar financiero de la compañía. Y, concluye "proteger el libre ejercicio de la religión de las sociedades como Hobby Lobby, Conestoga y Mardel protege la libertad religiosa de los humanos que son dueños y controlan esas compañías"*[109].

Además, la Corte estadounidense reconoce que no está en su potestad revisar si la creencia de que el acto al que se está obligando a las empresas (la cobertura de anticonceptivos abortivos) es o no razonable, sino que solo importa la convicción por parte de los demandantes de que se estaría facilitando la comisión de un acto inmoral[110]. Por último, considera que, bajo un escrutinio estricto, no habría afectación en el acceso de anticonceptivos por parte de las empleadas de las compañías demandantes, debido a la existencia de un sistema alternativo para organizaciones sin fines de lucro, por lo que no existe limitación alguna en conceder la protección a las empresas, "personas" incluidas dentro de las disposiciones de objeción de conciencia pertenecientes a la RFRA[111]. Así, las mujeres que trabajen en compañías objetoras se incluyen en el sistema previsto por el Departamento de Salud y Servicios Humanitarios de EEUU para organizaciones sin fines de lucro, lo que garantiza el acceso a cobertura de anticonceptivos.

[109]DIDIER, María Marta, Esteban J. I. ROMERO y Nicolás F. PARINI, *Objeción de conciencia: Un fallo trascendente de la Corte Suprema de los Estados Unidos*, [en línea], en La Ley Online, cita online AR/DOC/3944/2014, [Consulta: 25 de mayo de 2016].
[110]Corte Suprema de los Estados Unidos, "Burwell, Secretary of Health and Human Services, ET AL. v. Hobby Lobby Stores, Inc., ET AL.", sección IV, apartado C.
[111]Ibídem, sección V, apartado B.

Por su parte, en la jurisprudencia argentina, encontramos el caso “M., C. E. – V., H. G. c. Sanatorio Allende s/amparo” del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de 30ª Nominación de Córdoba. En él, una pareja solicitó el parto inducido de su hijo por nacer que padecía de anencefalia, lo que lo hacía inviable, a la vez que estaba en juego la salud de la madre. Así, a través de una medida cautelar, pedían que se obligara al centro médico a realizar la práctica, frente a la objeción del médico y de dicho lugar de llevarla a cabo. Dejando de lado la evaluación de si el caso debía ser comprendido bajo las causales de aborto no punible del Código Penal o si se trataba de un parto inducido solamente –a lo que el Magistrado respondió en esta última dirección–, nos centraremos en los argumentos que reconocen la existencia de la objeción de conciencia institucional. En el caso, el Juez sostiene que

> *Se trata de un claro caso de la denominada "Objeción de Conciencia Institucional" que sólo puede ser planteada por Centros de Salud Privados, y no por los Públicos, que dependen del Estado. En este orden de ideas, se ha señalado con claridad que "nos referimos a las clínicas o sanatorios que son personas jurídicas –no hospitales públicos–, como tampoco a las personas individuales que son sus directivos o los médicos no directivos que cumplen labores en ella, sino a la institución misma... Ellas, según las razones que daremos, pueden invocar esta desobediencia cuando estén impuestas de tener que cumplir actos que si bien están permitidos civilmente, son a la vez contradictorios con los mismos postulados identitarios de la Institución de que se trata... son actos que legalmente están permitidos; por caso baste para ilustrar el supuesto, recordar que dentro de la tipicidad de nuestro código penal hay cierto tipo de abortos que están permitidos en su realización. Dichos abortos permitidos por la ley, cuando son requeridos en su concretización en ciertos ámbitos que por su conciencia institucional resultan indudablemente refractarios a ella, la invocación de la objeción de conciencia institucional es una posibilidad legítima"*[112]

A su vez, argumenta que aunque la ley 25.673 contempla para otro ámbito este instituto jurídico, ello no impide que podría aplicarse por analogía en este caso. Además, sostiene que existen otras instituciones médicas en las que se puede realizar el tratamiento, por lo que no habría dificultad alguna en permitir que el Sanatorio Allende ejerza el derecho de objetar sin limitaciones[113]. De esta forma, se reconoce la existencia de la objeción de conciencia institucional en un caso muy cercano al tema de este trabajo.

[112]Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de 30ª Nominación de la Provincia de Córdoba, “M., C. E. – V., H. G. c. Sanatorio Allende s/amparo”, sección 6, punto 4.
[113]Ibídem, sección 6, punto 9.

Conclusiones y lineamientos para una legislación

En los capítulos anteriores se ha analizado el derecho a la objeción de conciencia, enfocado principalmente en los casos de aborto no punible. Se ha buscado mantener una argumentación que permita elaborar la cuestión sin necesidad de presentar un conflicto con otros derechos e intereses relacionados con el tema. Es así que se quiere resaltar que es importante que existan legislaciones claras en la materia, tanto en la regulación de la objeción, como en el ámbito de los abortos no penados por la ley. Debido a que la discusión en este campo es presentada tradicionalmente como un conflicto entre las pretensiones de los individuos, no se elaboran normas que responsabilicen únicamente al último garante de los derechos: el Estado. En cuanto a los medios económicos con los que este último cuenta, ya ha habido casos de objeción de conciencia tales que se ha trasladado a una persona a otra provincia para que se realizara la interrupción de un embarazo[114]. Esto no quiere decir que la solución sea movilizar a los pacientes por todo el país; por el contrario, esto podría haberse prevenido si se hubiese contado con un sistema organizado de objetores. La inversión en un sistema como tal permitiría cumplir con los deberes del Estado, a la vez que se resguardan los intereses de los ciudadanos. Aquí, la mejor cura para el problema es la prevención.

En Argentina no existe actualmente un sistema a nivel nacional que promueva el ejercicio de la objeción de conciencia en los casos de aborto no punible. Las únicas legislaciones que existen al respecto son procedimentales (protocolos médicos), resoluciones ministeriales (que como se ha dicho anteriormente no podrían modificar leyes y menos reglar derechos constitucionales), o simples documentos que podrían compararse con declaraciones no vinculantes legalmente (como es el caso del Protocolo del Ministerio de Salud del año 2015). Cabe destacar que es facultad del Poder Legislativo regular el ejercicio de los derechos constitucionales, más allá de que las cuestiones procedimentales específicas sean atribución propia de cada jurisdicción provincial. Así lo reconoció la Sra. Argibay en su voto en el Fallo “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva”. Es por ello que el Congreso es quien debe fijar los criterios de fondo sobre la cuestión y, de ser necesario, también definir expresamente los alcances de la no punibilidad del aborto dispuesta por el Código Penal.

Por su parte, a nivel provincial se han dictado normas que regulan el procedimiento para objetar. Es así en el caso de Santa Fe específicamente, donde ha previsto un registro público. Neuquén, en cambio, solo ha presentado un documento que exhorta a

[114] ALEGRE, óp. cit., pág. 13.

las instituciones a llevar un registro privado, con la misma finalidad de organización de las prestaciones médicas, pero no vinculante en términos legales.

Dicho lo anterior, y retomando los puntos que se han tratado a lo largo de este trabajo, se elaborará seguidamente una lista de los lineamientos generales que debería contemplar el Congreso para una regulación de este derecho.

1. El reconocimiento expreso del derecho a la objeción de conciencia frente a los abortos no punibles garantizaría su invocación por parte de los profesionales de la medicina y sus colaboradores. También se debería prever un apartado especial sobre la "objeción de conciencia institucional".

2. Es necesario realizar capacitaciones sobre la materia en las distintas instituciones, tanto públicas como privadas, para comprender la importancia de este derecho, las posibilidades de ejercerlo y los pasos necesarios para hacerlo. También, se debería crear un sistema que busque evitar un rechazo hacia los objetores en términos de discriminación laboral o por cuestiones de creencias morales y religiosas. Como se dicho en los capítulos anteriores de este trabajo, las empresas pueden negarse a emplear objetores, pero la causa para ello debería ser la búsqueda de un equilibrio en la organización interna de los servicios médicos que presta la compañía, y no las creencias morales del objetor, ya que esto último llevaría a un acto discriminatorio que afecta a la libertad de conciencia. Cabe destacar que la cuestión aquí no es sencilla, ya que la diferenciación entre una causa u otra puede tener dificultades probatorias. Respecto a esto último, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que quien alega la existencia de discriminación debe acreditar los hechos que sean idóneos para inducir su existencia, mientras que el demandado deberá probar que hubo otro "motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación"[115].

3. Llevar un registro de objetores de carácter privado, es decir, sin acceso completo al público, con el fin de evitar una estigmatización social a los profesionales que opten por ejercer este derecho. Este registro, aunque privado, debería estar interconectado entre los diversos centros asistenciales para garantizar, en el caso en el que no existan profesionales que puedan realizar la práctica en un hospital, la derivación directa del paciente a otro lugar. A su vez, permitirá la organización de tareas, turnos de guardias y licencias dentro de cada institución. Esto es aplicable no solo a las clínicas privadas, sino también a los hospitales estatales, ya que en este último ámbito los médicos deben tener la garantía de ejercer su derecho –como se ha dicho en el apartado anterior, esto solo puede sostenerse si se acepta la existencia de un derecho al aborto que conlleve una obligación del profesional a realizarlo.

[115] CSJN, Fallos 334:1387, considerando 11° segundo párrafo.

4. Aunque son entendibles los sistemas de plazos de derivación, como el contemplado en la legislación santafecina, o en la "Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles" del Ministerio de Salud de la Nación del año 2010, donde los plazos son 90 días y 5 días, respectivamente, un sistema organizado por un registro permitiría una derivación más pronta que se daría al ingresar un paciente al nosocomio. Debe procurarse disminuir lo más posible la demora, pero esta es una tarea estatal o de los centros privados que no debe afectar el ejercicio de la objeción.

5. Al momento de la registración del objetor, es importante que se haga una declaración jurada que deje en claro los procedimientos que el profesional rechaza por sus creencias personales. Como no puede analizarse la razonabilidad o no de la causa de objeción, como lo ha sostenido nuestra Corte y también su par estadounidense, solo podría solicitarse un listado de las prácticas que no realizará y una declaración de que es una decisión sincera fundada en sus convicciones morales, éticas, filosóficas o religiosas. Podría sostenerse que algunos profesionales utilizarían este registro para no realizar procedimientos complejos, pero, aunque sería muy dificultoso cuestionar a cada objetor, sería razonable hacerlo de manera tal de generar un efecto disuasivo hacia las personas que objetaran por estas causas externas a sus creencias morales.

6. Un registro adicional que involucre a aquellas personas que tienen un papel fundamental en la facilitación de las prácticas abortivas (enfermeros, anestesistas, entre otros), para que ellos puedan a su vez ejercer su derecho y se prevean los reemplazos pertinentes cuando sea necesario.

7. En el caso de la "objeción de conciencia institucional", los centros médicos deberían poseer algún tipo de declaración pública que permita a los pacientes saber de antemano qué procedimientos se realizan y cuáles no en el establecimiento. Pese a ello, en los casos en los que se presenten individuos que requieran de estas prácticas, la institución deberá derivar a otro centro asistencial inmediatamente sin dilaciones innecesarias. Para ello, es importante que se posea una lista de instituciones privadas objetoras, o que se envíe al interesado a un hospital estatal con las previsiones logísticas correspondientes.

8. Los organismos que controlan la actividad médica, así como las asociaciones de profesionales, deberán realizar inspecciones para prevenir que exista discriminación laboral hacia los objetores. Esta podría presentarse no solo en la instancia de empleo de médicos, sino también en la organización de tareas como turnos de guardia en ciertos horarios nocturnos sin la posibilidad de rotación, espacios de consultas en condiciones irregulares, entre otros.

Universidad de San Andrés

Aquí no se sostiene que la regulación de la objeción de conciencia en el ámbito de abortos no punibles sea algo sencillo y que no implique una inversión estatal considerable. Está claro que los recursos no son ilimitados. Pero ello no conlleva que se deba privar a los profesionales de la medicina y sus colaboradores del ejercicio de un derecho reconocido constitucionalmente. Las normas de fondo que se dicten a nivel federal deben contener lineamientos que disminuyan los conflictos que pueden presentarse en este campo; más cuando estos son previsibles mediante una buena organización de tareas. Por su parte, es imperativo que las jurisdicciones provinciales sigan estos lineamientos en la redacción de las normas de procedimiento, que no pueden afectar de manera alguna a este derecho, ya que no está entre sus potestades modificarlo.

QUAERERE VERUM
Universidad de
SanAndrés

Bibliografía

ALEGRE, Marcelo, Marcelo, *Derecho Y Sexualidades: [SELA 2009]*, Buenos Aires, Libraria, 2010.

BERGALLO, Paola, "Aborto y justicia reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado", *Cuestión de derechos: revista electrónica*, N° 1, Julio 2011, págs. 20-44.

CABAL, Luisa, Mónica OLAYA y Valentina ROBLEDO, "Striking a Balance: Conscientious Objection and Reproductive Health Care from the Colombian Perspective", *Health and Human Rights*, Vol. 16, N° 2, Health Rights Litigation (Diciembre 2014), págs. 73-83.

FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

GEORGE, Robert P., "Conscience and Its Enemies", *Catholic Social Science Review*, Vol. 18, 2013.

HART, H. L. A. y Genaro R. CARRIÓ, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007.

ROCA, María J. (coord.), *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

Bibliografía WEB

ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA, *Aborto y objeción de* conciencia, [en línea], <http://www.acamedbai.org.ar/pdf/declaraciones/ABORTOYOBJECIONDECONCIENCIA.pdf> [Consulta: 20 de mayo de 2016].

ARIAS, Alberto J., *La objeción de conciencia y la inconstitucionalidad de la ley 26.618*, [en línea], en La Ley Online, cita online AR/DOC/6961/2010, [Consulta: 26 de mayo de 2016].

BENÍTEZ, Juan José, *¿Puede una eximente de punibilidad dar derechos?*, [en línea], La Ley Online, cita online AR/DOC/4289/2012, [Consulta: 20 de mayo de 2016].

CALO, Zachary R., *Constructing the Secular: Law and Religion Jurisprudence in Europe and the United States* [en línea]. <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/32792/RSCAS_2014_94.pdf?sequence=1> [Consulta: 11 de diciembre de 2015].

QUAERERE VERUM
Universidad de San Andrés

CLÉRICO, Laura y Liliana RONCONI, *Impacto del bloque de constitucionalidad en la interpretación del derecho común. La interpretación amplia de los abortos permitidos en Argentina* [en línea]. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002012000200005&script=sci_arttext> [Consulta: 10 de diciembre de 2015].

COHEN, Carl, *Conscientious Objection*, [en línea], <http://www.jstor.org/stable/2379480> [Consulta: 9 de febrero de 2016].

COMITÉ HOSPITALARIO DE BIOÉTICA DEL NUEVO HOSPITAL DE RÍO CUARTO "SAN ANTONIO DE PADUA", *La objeción de conciencia en el ejercicio de la práctica sanitaria*, [en línea], <http://www.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2012/07/Objeci%C3%B3n-de-Conciencia-CHB.San-Antonio-de-Padua.-RIO-IV.pdf> [Consulta: 25 de mayo de 2016].

DIDIER, María Marta, Esteban J. I. ROMERO y Nicolás F. PARINI, *Objeción de conciencia: Un fallo trascendente de la Corte Suprema de los Estados Unidos*, [en línea], en La Ley Online, cita online AR/DOC/3944/2014, [Consulta: 25 de mayo de 2016].

GREEN, Leslie, *Legal Obligation and Authority*, 2003 [en línea], <http://plato.stanford.edu/entries/legal-obligation/> [Consulta: 23 de julio de 2016].

GROSMAN, Lucas, *Autonomía y* Drogas, [en línea], <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1106&context=yls_sela> [Consulta: 20 de mayo de 2016].

GRUBB, Andrew, *Participating in Abortion and the Conscientious Objector*, [en línea], <http://www.jstor.org/stable/4507151> [Consulta: 9 de febrero de 2016].

HOHFELD, Wesley Newcomb, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, [en línea], <http://www.hiit.fi/files/ns/Herkko/SOME%20FUNDAMENTAL%20LEGAL%20CONCEPTIONS%20AS%20APPLIED%20IN%20JUDICIAL%20REASONING.pdf> [Consulta: 30 de mayo de 2016].

HYMOWITZ, Kay S., *Natural Lawyer* [en línea]. <http://www.nytimes.com/2013/06/23/books/review/conscience-and-its-enemies-by-robert-p-george.html?_r=1> [Consulta: 10 de diciembre de 2015].

KAHAN, Dan M. y Donald BRAMAN, *Cultural Cognition and Public Policy*, [en línea], <http://www.culturalcognition.net/browse-papers/cultural-cognition-and-public-policy.html> [Consulta: 20 de mayo de 2016].

KAHAN, Dan M., *Law of Cognition and the Cognition of Law*, [en línea], <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2515068> [Consulta: 20 de mayo de 2016].

LEMA, V.L., *Conscientious Objection and Reproductive Health Service Delivery in Sub-Saharan Africa*, [en línea], <http://www.jstor.org/stable/23317028> [Consulta: 9 de febrero de 2016].

MACÍAS, Andrea L. y Marcela OLIVERO (coords.), *Documento sobre la objeción de conciencia en el contexto de la atención de la salud, en la Provincia de Neuquén*, [en línea] <http://www.saludneuquen.gob.ar/wp-content/uploads/2014/03/Documento-Objeci%C3%B3n-de-Conciencia.pdf> [Consulta: 10 de febrero de 2016].

ROE, Jane, Colin FRANCOME y Maureen BUSH, *Recruitment and Training of British Obstetrician-Gynaecologists for Abortion Provision: Conscientious Objection versus Opting out*, [en línea], <http://www.jstor.org/stable/3775065> [Consulta: 9 de febrero de 2016].

SÁNCHEZ, Alberto M., *La objeción de conciencia frente a la unión entre personas del mismo sexo*, [en línea], en La Ley Online, cita online AR/DOC/5439/2010, [Consulta: 26 de mayo de 2016].

SHINAR, Adam, *Dissenting from Within: Why and How Public Officials Resist the Law* [en línea]. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2055263> [Consulta: 10 de diciembre de 2015].

YURMAN, Pablo, *Aborto y objeción de* conciencia, [en línea], <http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/inmanencia/article/viewFile/4334/4008> [Consulta: 15 de febrero de 2016].

Universidad de SanAndrés