SENTENCIA Nº 419/2013
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA
Sección 2ª

RECURSO DE APELACION Nº 648/2012

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:
PRESIDENTE
D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA
MAGISTRADOS
Dª. MARTA ROMERO LAFUENTE
D. JOSE BAENA DE TENA

En la Ciudad de Málaga a dieciocho de febrero de dos mil trece.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente Sentencia en el recurso de apelación, interpuesto por el SERVICIO ANDALUZ DE SALUD, representado por la Letrada Dª. Carmen Terrón Moreno, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Málaga de fecha 23 de febrero de 2012 en el recuso contencioso-administrativo nº 68/11. Como parte apelada comparece Dª S , representada por el Procurador D. José Manuel González González.

Ha sido Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado, D. José Baena de Tena, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Málaga dictó sentencia estimando el recurso interpuesto.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo dictó resolución, cuya parte dispositiva se da aquí por reproducida en su contenido.

TERCERO.- Contra dicha resolución, por la representación procesal de la parte recurrente, se interpuso Recurso de Apelación, el que fue admitido a trámite, dándose traslado a las demás partes personadas, por quince días, para formalizar su oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO.- No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia apelada estimó la pretensión de la hoy parte apelada, dentro

del proceso especial de protección de los derechos fundamentales, en orden a reconocer su objeción de conciencia por motivos deontológicos y, como consecuencia, su negativa a implicarse directamente en cualquier acto relacionado con la interrupción voluntaria del embarazo, tanto en la fase consultiva como en la preparatoria y en la ejecutiva, desde el entendimiento de que la negativa de la Administración a esa solicitud vulneraba el derecho fundamental consagrado en el art. 16.1 de la Constitución.

La Administración sanitaria andaluza insiste en su recurso de apelación desde la base de que en el Texto Fundamental no se contiene la objeción de conciencia respecto del aborto, no pudiéndose incluir ésta en el texto en pro de la libertad religiosa que se consagra en el referido. art. 16.

SEGUNDO.- Plateada así la cuestión que ha de abordar la Sala, ésta, hace suyas las consideraciones de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 1 de julio de 2012 (Recurso 1049/11). Las siguientes:

"En principio debemos recordar que, como ha señalado la STC 154/2002, de 18 de julio , siguiendo la STC 57/1994, de 28 de febrero , FJ 6, citada al efecto por la STC 58/1998, de 16 de marzo , FJ 3, que "los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (STC 11/1981 , FJ 7 , y 1/1982 , FJ 5, entre otras)", y que, "en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986 , FJ 3)".

De lo expuesto se desprende, según afirman las mencionadas Sentencias, que "todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 69/1982, FJ 5 , y 13/1985 , FJ 2), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone (STC 37/1989 , FJ 7), y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981 , FJ 10 ; 196/1987 , FFJJ 4 a 6 ; 12/1990, FJ 8 , y137/1990 , FJ 6)".

Ya se dijo en la STC 15/1982 , fundamento 7 .°, que, a diferencia de lo que ocurre con otras manifestaciones de libertad de conciencia, el derecho a la objeción no consiste fundamentalmente en la garantía jurídica de la abstención de una determinada conducta (la del servicio militar), sino que ese derecho introduce una excepción que ha de ser declarada efectivamente existente en cada caso. Es decir, que no se garantiza una abstención, sino el derecho a ser declarado exento el objetor del servicio militar, que habrá de cumplirse de no mediar esa declaración. De ahí, añade la citada Sentencia, que «la objeción de conciencia exija para su realización la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador en los términos que prescribe el art. 30.2 de la Constitución , con las debidas garantías, ya que sólo si existe tal regulación puede producirse la declaración en la que el derecho a la objeción de conciencia encuentra su plenitud».

De ahí la necesidad de la interpositio legislatoris. Por un lado, el legislador, la comunidad, no puede satisfacerse con la simple alegación de una convicción personal que, por excepcional, ha de ser contrastada para la satisfacción del interés común. De otro, el objetor, para la recognoscibilidad de su derecho, ha de prestar la necesaria colaboración si quiere que su derecho sea efectivo para facilitar la tarea de los poderes públicos en ese sentido (art. 9.2 C.E .), colaboración que ya comienza, en principio, por la renuncia del titular del derecho a mantenerlo -frente a la coacción externa- en la intimidad personal, en cuando nadie está «obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias» (art. 16.2 C.E .). La idea de que el derecho, incluso el fundamental, repudia toda regulación legal no parece conformarse con la técnica constitucional: el propio art. 16 ya admite la entrada legislativa al determinar que las libertades que reconoce pueden ser limitadas por el orden público protegido por la Ley, lo que es independiente, por otra parte, de la mínima regulación precisa para que el derecho sea viable, como antes se ha indicado. Conclusión que es mucho más clara y terminante cuando se trata de un derecho, si bien constitucionalmente reconocido, no fundamental".

No obstante sería bueno recordar la STC 15/1982, de 23 de abril , que, además de calificarlo como derecho constitucional, dijo que el derecho a la objeción de conciencia era una «concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el art. 16 », después de haber indicado la conexión entre la objeción deconciencia y la libertad de conciencia.

El Pleno de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, en sentencias (cuatro) de 11 de febrero de 2009 dictadas en los recursos de casación 948/08 , 949/08 , 905/08 y 1013/08 , examinó, entre otras cuestiones, si existe o no en nuestro ordenamiento un reconocimiento de alcance general del derecho a la objeción de conciencia. De la sentencia dictada por el Pleno de la Sala en el recurso de casación 948/08 extraemos los siguientes párrafos:

"(...) Sobre lo primero, además de recordar que el único supuesto en el que la Constitución contempla la objeción de conciencia frente a la exigencia del cumplimiento de un deber público es el previsto en su artículo 30.2 , hemos de reiterar que la doctrina del Tribunal Constitucional solamente ha admitido, fuera de ese caso, el derecho a objetar por motivos de conciencia del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado. Asimismo, es preciso añadir que ni las normas internacionales, ni la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo han reconocido en el ámbito educativo.

Desde luego, nada impide al legislador ordinario, siempre que respete las exigencias derivadas del principio de igualdad ante la ley, reconocer la posibilidad de dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos. Lo que ocurre es que se trataría de un derecho a la objeción de conciencia de rango puramente legislativo --no constitucional-- y, por consiguiente, derivado de la libertad de configuración del ordenamiento de que dispone el legislador democrático, que podría crear, modificar o

suprimir dicho derecho según lo estimase oportuno.

Para sostener que, más allá de los específicos supuestos expresamente contemplados por la Constitución, de ésta surge un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, que no podría ser ignorado por el legislador, suele invocarse --como se ha hecho en el caso ahora examinado-- el artículo. 16 de la Constitución. La idea básica de quienes sostienen esta postura es que la libertad religiosa e ideológica garantiza no sólo el derecho a tener o no tener las creencias que cada uno estime convenientes, sino también el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias. Pero ésta es una idea muy problemática, al menos por dos órdenes de razones.

En primer lugar, una interpretación sistemática del texto constitucional no conduce en absoluto a esa conclusión. Incluso, pasando por alto que la previsión expresa de un derecho a la objeción de conciencia al servicio militar en el artículo 30.2 no tendría mucho sentido si existiese un derecho a la objeción de conciencia de alcance general dimanante del artículo 16 , es lo cierto que el tenor de este último precepto constitucional dista de abonar la tesis de que la libertad religiosa e ideológica comprende el derecho a comportarse siempre y en todos los casos con arreglo a las propias creencias. En efecto, la libertad religiosa e ideológica no sólo encuentra un límite en la necesaria compatibilidad con los demás derechos y bienes constitucionalmente garantizados, que es algo común a prácticamente todos los derechos fundamentales, sino que topa con un límite específico y expresamente establecido en al artículo 16.1 de la Constitución : "el mantenimiento del orden público protegido por la ley". Pues bien, por lo que ahora importa, independientemente de la mayor o menor extensión que se dé a la noción de orden público, es claro que ésta se refiere por definición a conductas externas reales y perceptibles. Ello pone de manifiesto que el constituyente nunca pensó que las personas pueden comportarse siempre según sus propias creencias, sino que tal posibilidad termina, cuanto menos, allí donde comienza el orden público.

En segundo lugar, en contraposición a la dudosa existencia en la Constitución de un derecho a comportarse en todas las circunstancias con arreglo a las propias creencias, se alza el mandato inequívoco y, desde luego, de alcance general de su artículo 9.1 : "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Este es un mandato incondicionado de obediencia al Derecho. Derecho que, además, en la Constitución española es el elaborado por procedimientos propios de una democracia moderna. A ello hay que añadir que el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general a partir del artículo 16, equivaldría en la práctica a que la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de Derecho.

Una vez sentado que el artículo 16 de la Constitución no permite afirmar un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, es preciso verificar si podría

encontrar fundamento en la jurisprudencia o en algún instrumento internacional.

Comenzando por los precedentes jurisprudenciales, la verdad es que distan de ser nítidos y lineales. Es indiscutible que la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 , relativa a la despenalización del aborto en ciertas circunstancias, afirma que el personal sanitario puede oponer razones de conciencia para abstenerse de participar en intervenciones dirigidas a la interrupción del embarazo. Pero a partir de aquí sería muy difícil extraer un principio general por constituir claramente un supuesto límite.

Más clara, como precedente en materia de objeción de conciencia, es la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002 , relativa a la condena penal de unos padres que, a causa de sus creencias religiosas, no autorizaron una transfusión sanguínea para su hijo menor, que luego falleció. Ciertamente, el Tribunal Constitucional consideró que dicha condena penal supuso una violación de la libertad religiosa de los padres; lo que, al menos implícitamente, implica admitir que la libertad religiosa puede tener algún reflejo en el modo de comportarse. Pero tampoco sería fácil extraer de aquí un principio general, por varios motivos: se trata de una sentencia atinente a cuestiones específicamente religiosas, no morales en general; se trata de una sentencia aislada; y se trata, sobre todo, de una sentencia muy ligada a las innegables exigencias de justicia material del caso concreto.

Y, en cuanto a las sentencias del Tribunal Constitucional 177/1996 y 101/2004 , se contemplaban casos en que un militar y un policía fueron obligados a participar en actos religiosos. Cuando alguien sometido a una especial disciplina es obligado a participar en un acto religioso, hay sencillamente una violación de su libertad religiosa.

La jurisprudencia constitucional española, en suma, no ofrece base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general. Y, por lo que se refiere a instrumentos internacionales que satisfagan las características exigidas por el artículo 10.2 de la Constitución para ser guía de la interpretación en materia de derechos fundamentales, el único que puede traerse a colación es el artículo 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que dispone: "Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio".

Es verdad que este precepto no limita el derecho a la objeción de conciencia a un ámbito material determinado. Y es probable que, tras la mención específica a la Carta en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008 , por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, aquélla debe ya ser utilizada como canon interpretativo aun cuando el mencionado Tratado de Lisboa no haya todavía entrado en vigor. Ahora bien, la propia Carta circunscribe su eficacia a aquellos supuestos en que los Estados apliquen Derecho de la Unión Europea, lo que claramente no ocurre en el caso ahora examinado. El artículo 10.2 de la Carta , además, requiere expresamente una "interpositio legislatoris" para desplegar sus efectos, por lo que no admite un derecho a la objeción de conciencia en ausencia de ley que lo regule (...).

TERCERO.- De la anterior exposición, pues, se puede deducir que para el caso de que una mujer decida interrumpir voluntariamente su embarazo, no se exime al médico del deber de informarle sobre las prestaciones sociales a las que tendría derecho, caso de proseguir el embarazo, y sobre los riesgos somáticos y psíquicos que razonablemente se puedan derivar de su decisión. Resulta imposible poder predeterminar el alcance subjetivo que para cada médico supondrá en relación con sus creencias religiosas o ideológicas, por ejemplo, el hecho de tener que informar a una mujer que haya decidido abortar de los riesgos somáticos y psíquicos que razonablemente se puedan derivar de su decisión, y ello partiendo de la base de que en ningún caso se puede ofender a quien está en contra del aborto y debe informar sobre las prestaciones sociales a las que tendría derecho caso de seguir con su embarazo.

Por tanto, el médico, que legítimamente opte por la objeción de conciencia, a la que tiene derecho según su norma reguladora, no queda eximido de informar a la mujer sobre los derechos que el Estado le otorga en esta materia.

En realidad el planteamiento de la demanda parte de estimar la objeción de conciencia como un derecho absoluto frente a cualquier otro derecho, incluso sobre el derecho a la vida pues no se puede entender de otro modo que se cuestione la posibilidad de solventar un riesgo vital derivado de la práctica de una interrupción del embarazo. El problema es que la determinación del contenido del derecho es individual y es el individuo quien debe afrontar su posición frente a la norma y desde esa posición confrontar su libertad con la obligación legal que se le impone. A priori, pues, no se puede sostener que las obligaciones del personal sanitario respecto de la interrupción voluntaria del embarazo vulnera el art. 16 de la Constitución porque parte de una prioridad absoluta de la objeción de conciencia que equivale a su consideración como derecho primario y absoluto que deben respetar el resto de los derechos reconocidos.

Debemos recordar que el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo , de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, establece que en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes; el médico se sitúa frente a una decisión personal del individuo que afecta a su esfera personal en ejercicio de un derecho fundamental, (art. 16.1 CE) y que la sociedad protege a través de un sistema de protección expresamente establecido (Ley Orgánica 2/2010) y ante la que solamente se le exige informar sobre unos derechos que anudados a otros configuran esa decisión personal.

Al hilo de estos razonamientos se ha de tener presente que el art. 19 de la LO 2/10, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, dispone que lo profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que

el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo.

De lo que se deduce que, ante todo, que el derecho a la objeción de conciencia en relación a la interrupción del embarazo no es un derecho fundamental que quepa incardinarlo en el art. 16.1 de la Constitución que, por el contrario es objeto de una regulación legal ordinaria, a la que el interesado debe sujetarse en cada caso concreto estando excluida de la misma la atención médica anterior y posterior a la intervención propia de la interrupción del embarazo.

CUARTO.- Por todo lo anterior procede la estimación del presente recurso y, en cuanto al pago de las costas procesales causadas en el recurso de apelación y visto el resultado favorable para la parte apelante, no procede condenar a su pago a la misma, según lo dispuesto en el art. 139 de la Ley 29/98.

Vistos los preceptos legales de general aplicación,

F A L L A M O S

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Málaga, en los autos antes mencionados, que revocamos. Sin costas.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número 1 de Málaga para su notificación y ejecución.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos,

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Iltmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-