

T-388/2009

OBJECIÓN DE CONCIENCIA Y ABORTO
UNA PERSPECTIVA GLOBAL SOBRE
LA EXPERIENCIA COLOMBIANA

O'NEILL
INSTITUTE
FOR NATIONAL & GLOBAL HEALTH LAW

GEORGETOWN LAW

women's **L I N K** worldwide

T-388/2009

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y ABORTO

**UNA PERSPECTIVA GLOBAL SOBRE
LA EXPERIENCIA COLOMBIANA**

O'NEILL
INSTITUTE
FOR NATIONAL & GLOBAL HEALTH LAW

GEORGETOWN LAW

women's **L I N K** worldwide

Women's Link Worldwide y O'Neill Institute for National and Global Health Law de Georgetown University expresan su profundo agradecimiento a las diferentes personas que colaboraron en la realización de esta publicación. Ana Ayala del O'Neill Institute y Mariana Ardila de Women's Link Worldwide —precedida por Sarah Houlihan y Katherine Romero— la coordinaron y editaron, con la dirección de Oscar Cabrera y Mónica Roa, respectivamente. Carolina Dueñas, Jorge Andrés Bravo y Cristina Sánchez Velázquez, así como Elsa Meany, Ariadna Tovar y Blakeley Decktor, de Women's Link Worldwide, colaboraron en la revisión de los textos. El O'Neill Institute contó con la valiosa ayuda de sus pasantes Carlos Bravo Ramírez, Juan Miguel Litvachkes, Karina Rangel Castilla y Claudia Torres Patiño para la revisión de los textos. Ana María Hanssen estuvo a cargo de la traducción de las biografías y Eliane Barreto tradujo el resto de los textos.

Women's Link Worldwide, 2014
info@womenslinkworldwide.org
www.womenslinkworldwide.org

O'Neill Institute for National and Global Health Law,
Georgetown University, 2014
oneillinstitute@law.georgetown.edu
www.law.georgetown.edu/oneillinstitute

Diseño y producción editorial: Exilio Gráfico



Este trabajo está editado bajo licencia Creative Commons:
Reconocimiento, No Comercial, Compartir Igual

ÍNDICE

I. Introducción. Perspectivas comparadas sobre objeción de conciencia al aborto: Colombia como lugar de partida de un debate interdisciplinario y global	7
II. T-388/2009. Extractos de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia	27
III. Reflexiones iniciales desde la perspectiva de una activista	63
<i>Carmen Barroso</i>	
IV. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre la objeción de conciencia	71
<i>Bernard M. Dickens</i>	
V. El debate global	91
V/a. La objeción de conciencia frente al aborto legal (o la reacción frente al <i>problema</i> del aborto legal) en América Latina	93
<i>Mercedes Cavallo y Agustina Ramón Michel</i>	
V/b. Lecciones de Colombia para Estados Unidos: un marco instructivo para analizar la objeción de conciencia al aborto	117
<i>Louise Melling y Jennifer Lee</i>	
V/c. Objeción de conciencia y reducción de daños en Europa	129
<i>Ruth Fletcher</i>	
V/d. Uso proactivo de la objeción de conciencia para prestar servicios de salud a personas migrantes en situación administrativa irregular: breve estudio de caso de España	155
<i>Women's Link Worldwide</i>	
V/e. Sentencia T-388/2009: comentarios a la decisión de la Corte Constitucional de Colombia desde la perspectiva regional africana	165
<i>Charles Ngwena</i>	

VI. La objeción de conciencia en Colombia: amenaza para el matrimonio igualitario	187
<i>Manuel Yasser Páez</i>	
VII. Conclusiones	197

I

INTRODUCCIÓN.
PERSPECTIVAS COMPARADAS
SOBRE OBJECCIÓN DE
CONCIENCIA AL ABORTO:
COLOMBIA COMO LUGAR
DE PARTIDA DE UN DEBATE
INTERDISCIPLINARIO
Y GLOBAL

1. EL CONTEXTO COLOMBIANO

En 2006, con la sentencia C-355/06, se logró en Colombia un avance histórico en materia de derechos reproductivos. Se pasó de la penalización absoluta del aborto a un reconocimiento del derecho al aborto bajo un régimen de causales que permite su práctica en ciertas circunstancias¹: cuando la vida o la salud física o mental de la mujer está en riesgo, cuando el embarazo es producto de una violación o cuando el feto tiene malformaciones que hacen inviable su vida fuera del útero². Desde ese momento empezó la lucha por la implementación efectiva de la decisión y, como era de esperarse, uno de los principales debates ha sido alrededor de la regulación de la objeción de conciencia.

En el marco de esta lucha, la Corte Constitucional ha sido uno de los actores clave. Desde que emitió la sentencia C-355/06, ha resuelto favorablemente al menos ocho reclamos constitucionales por denegación de acceso al aborto legal³. En estas decisiones posteriores, la Corte no se ha limitado a resolver el caso concreto que le fue planteado sino que ha ido más allá. De un lado, le ha asignado el carácter de fundamental al derecho al aborto legal y seguro en los eventos despenalizados⁴. De otro lado, ha trazado reglas concretas que deben guiar la implementación de la sentencia C-355 de 2006⁵ de modo tal que el acceso al derecho sea no solo permitido sino garantizado activamente por el estado a través del sistema de salud⁶.

La sentencia T-388/09 es una de estas decisiones, especialmente relevante en lo que toca con la objeción de conciencia al aborto. Decisiones anteriores⁷ y posteriores⁸ de la misma Corte han tratado el asunto, pero fue esta sentencia la que recogió y complementó las reglas jurisprudenciales que hasta el momento habían sido construidas, que han sido fielmente reiteradas desde entonces. Es posible sostener que fue en esta sentencia en la que la Corte indicó cuál es la naturaleza, fundamento, contenido, titularidad, modo de ejercicio y límites de la objeción de conciencia frente a la prestación de servicios de aborto en Colombia.

La decisión fue producto de una acción de tutela⁹ interpuesta en nombre de una mujer embarazada de un feto con graves malformaciones que hacían inviable su vida fuera del útero materno¹⁰. A pesar de estar incurso en una de las causales de aborto legal, de acuerdo a la sentencia C-355/06, el médico al que fue

remitida la mujer le exigió ilegítimamente una orden judicial previa. Interpuesta la acción de tutela, el juez de primera instancia se declaró impedido para fallar alegando objeción de conciencia y remitió el caso a su superior, quien posteriormente le indicó la imposibilidad legal de negarse a decidir por esta razón. Frente a esta determinación, el juez objetor decidió negar la protección del derecho al aborto basándose en su conciencia. En segunda instancia la tutela se falló favorablemente y se practicó el aborto. El caso fue seleccionado para ser revisado por la Corte Constitucional¹¹, que aprovechó la oportunidad para desarrollar su jurisprudencia en torno a la objeción de conciencia frente al aborto, no solo en lo que respecta a los jueces sino en lo relativo al personal proveedor de servicios de salud.

Con base en el carácter pluralista del estado colombiano y en el respeto de los derechos fundamentales a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la Corte reconoce en la sentencia que existe un derecho a la objeción de conciencia derivado de estas normas constitucionales y que es posible ejercerlo frente a la práctica de la provisión de servicios de aborto. No obstante, también advierte que este, como todos los derechos constitucionales, no es absoluto. Encuentra límites que provienen de su fundamento mismo —la protección de la integridad moral del ser humano— y otros justificados en el respeto de los derechos fundamentales de otras personas. En el caso del aborto, expresó la Corte, se encuentran en juego los derechos a la salud, a la integridad personal, a la vida y, en general, los derechos reproductivos de la mujer.

Como se verá en el primero de los artículos que conforman esta publicación, el cual presenta en detalle los estándares fijados en la sentencia T-388/09, estos límites tienen consecuencias concretas respecto de quién puede ejercer la objeción de conciencia al aborto en Colombia: solo son titulares del derecho las personas —no las instituciones— que intervienen directamente en el procedimiento. Además, se excluye la posibilidad de que los funcionarios judiciales puedan usarla, ya que su función es resolver las cuestiones que se les presenten aplicando el marco jurídico y no su conciencia. También los límites tienen efectos específicos en cuanto a lo que cuenta como una *verdadera* objeción de conciencia —contenido— y en lo relativo a las condiciones de ejercicio. Respecto de las condiciones, indicó la Corte que existe la obligación de remitir a un prestador dispuesto y disponible y que, en casos de que este no exista, el objetor pierde la posibilidad de alegar la objeción, así como en aquellos casos de emergencia médica.

La importancia de esta decisión para asegurar el acceso al aborto legal y seguro en Colombia es innegable. Debido a que no existe, hasta el momento, regulación alguna emitida por el Congreso o el Gobierno¹², la sentencia ofreció mayor claridad al ejercicio de la objeción de conciencia frente al aborto, un paso necesario para que esta no se use como barrera de acceso. Este fenómeno venía ocurriendo con mucha frecuencia con anterioridad a la decisión¹³, debido a que muchas de las personas y organizaciones que en 2006 trataron de impedir que la Corte Constitucional despenalizara parcialmente el aborto, promovieron posteriormente un ejercicio de la objeción de conciencia que no buscaba tanto proteger la integridad moral de las personas como dificultar la implementación efectiva de la sentencia C-355/06¹⁴. Además, la sentencia sigue siendo importante cuando se emita cualquier ley o decreto de regulación ya que deberán seguir los límites mínimos establecidos por la Corte.

Es imposible negar que después de emitida la sentencia T-388/09, el abuso de la objeción de conciencia en este terreno aun existe¹⁵. Sin embargo, las organizaciones que luchan en contra del mismo y las colombianas en general tienen en esta decisión una base constitucional clara sobre la cual reclamar el acceso al aborto legal y seguro. Los reglamentos posteriores de entidades públicas que vigilan a los proveedores de salud públicos y privados han adoptado al pie de la letra las reglas contenidas en esta decisión, dándole una aplicación práctica a este fundamento legal¹⁶. De modo tal que autoridades públicas, jueces y prestadores del servicio de salud, sean públicos o privados, tendrán que atenerse a consecuencias legales si no se acogen a los estándares fijados en la sentencia T-388/09. Estas pueden incluir sanciones disciplinarias, éticas y civiles¹⁷, las cuales ya se han aplicado en al menos en dos ocasiones¹⁸.

Precisamente por su importancia, la sentencia T-388/09 ha tenido que afrontar ataques legales. Inmediatamente después de su expedición, tres ciudadanos y el mismo Procurador General de la Nación¹⁹ solicitaron a la Corte Constitucional su anulación, argumentando, entre otras cosas, que el diseño de reglas sobre objeción de conciencia al aborto iba más allá de lo decidido en la sentencia C-355/06. Afortunadamente la sentencia resistió este primer asalto ya que la Corte decidió negar las peticiones reafirmando su poder para crear reglas jurisprudenciales que favorezcan la implementación de los derechos constitucionales reconocidos en el 2006²⁰.

Más recientemente, en 2010 y 2011, la Procuraduría General de la Nación emitió directrices dirigidas a los funcionarios públicos que desarrollan actividades relacionadas con las sentencias C-355/06 y T-388/09, refiriéndose a un supuesto *derecho de las instituciones a objetar conciencia al aborto*, en contravía de lo que estas dos sentencias habían indicado claramente con anterioridad²¹. El efecto de confusión generado por estos lineamientos no era menor si se tiene en cuenta que la Procuraduría investiga disciplinariamente a los funcionarios públicos en Colombia²². A raíz de una tutela interpuesta en 2012 por 1280 mujeres colombianas reclamando su derecho a la información veraz e imparcial en materia reproductiva, la Corte Constitucional ordenó al Procurador General, entre otras cosas, retractarse y retirar esas referencias de sus circulares²³. Así, los estándares fijados en la sentencia T-388/09 fueron salvaguardados una vez más.

2. PROMOVRIENDO UN DEBATE GLOBAL E INTERDISCIPLINARIO

El arduo debate acerca de la objeción de conciencia al aborto no es exclusivo de Colombia ni de los países en vía de desarrollo. En todo lugar en el que este ha sido despenalizado de alguna forma, se ha discutido y se sigue discutiendo qué es una *verdadera* objeción de conciencia y quién, cómo y cuándo puede ejercerla. El reconocimiento de que este es un tema actual, global y clave para el acceso al aborto legal y seguro, unido al convencimiento de que los estándares de la sentencia T-388/09 van por el camino correcto pero también son susceptibles de ser mejorados, llevaron a Women's Link Worldwide y al O'Neill Institute for National and Global Health Law de Georgetown University a unirse para publicar el presente libro en español y en inglés.

En esta publicación, las reglas sobre objeción de conciencia establecidas en la sentencia colombiana son analizadas en perspectiva comparada por mujeres y hombres con distintas profesiones y roles en el campo de los derechos y la salud sexual y reproductiva —la academia, el activismo político o legal, la prestación de servicios, etc.— que a su vez se sitúan en varias de las zonas geográficas en las cuales la objeción de conciencia al aborto es un tema actualmente debatido o lo será en el futuro próximo (América Latina, Europa, África y Estados Unidos).

En América Latina las discusiones sobre la regulación de la objeción de conciencia son más álgidas a medida que la penalización absoluta del aborto desaparece y se busca la implementación efectiva de lo ganado, ya sea un régimen de causales —como en Colombia en 2006— o la legalización del aborto por solicitud de la mujer con un límite temporal —como ocurrió en Uruguay en 2012²⁴ y en México D.F. en 2007²⁵—. Por ejemplo, si alguna de las propuestas de despenalización del aborto que están siendo consideradas por el Parlamento de Chile es aprobada²⁶, este debate será sin duda central. En Estados Unidos, la controversia en este campo está a la orden del día en el contexto de la comprensiva reforma al sistema de salud que incluyó algunos componentes de salud reproductiva dentro de los seguros obligatorios. Muchas empresas buscaron eximirse de esta inclusión a través de la objeción de conciencia, obteniendo recientemente una victoria en la Corte Suprema de Estados Unidos²⁷. En Europa, a pesar de que últimamente no ha habido mayores cambios respecto de la legalidad del aborto, la lucha por implementar lo existente ha desencadenado interesantes debates a nivel nacional y regional. Específicamente en Irlanda, el tema ha estado en discusión después de que en 2013 se incorporaron en una ley los eventos que permitían acceder al aborto legal, sin regular el asunto de la objeción de conciencia al mismo²⁸. Finalmente, al continente africano no han llegado aun las discusiones sobre objeción de conciencia al aborto, pero están próximas a arribar. La región cuenta desde 2003 con el único tratado internacional que incluye una disposición específica que obliga a los estados partes a permitir y garantizar la interrupción del embarazo en varias hipótesis: el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África; conocido como el Protocolo Maputo²⁹. A medida que su ratificación avanza y su implementación doméstica es exigida, el asunto de la objeción de conciencia al aborto surgirá con fuerza, sin duda alguna, a nivel nacional y regional.

Con esta combinación de sexos, profesiones, roles y zonas geográficas esperamos que se inicie un diálogo global. Por un lado, que el debate colombiano sea aprovechado al máximo en otros lugares del mundo y, por el otro, que se genere un *efecto boomerang* bajo el cual los estándares colombianos sean refinados y complementados en otros países y regiones para contribuir posteriormente a la inacabada discusión en Colombia. Apostamos también porque esta retroalimentación o *fertilización cruzada* hará más claras y estables las reglas sobre objeción de conciencia alrededor del mundo y, de esta forma, mejorará en alguna medida el acceso al aborto legal y seguro.

3. LOS AUTORES Y SUS APORTES AL DEBATE

De conformidad con la metodología descrita anteriormente, las reflexiones iniciales de la publicación son escritas por Carmen Barroso, doctora en Psicología Social, cuya trayectoria profesional combina variados roles y el conocimiento de varias regiones del mundo. Habiendo iniciado su carrera como académica en el área de estudios de la mujer en su natal Brasil, posteriormente se unió al mundo del activismo ayudando a fundar cientos de grupos de mujeres en África, Asia y América Latina. Ahora, desde su cargo como Directora Regional de International Planned Parenthood Federation, añade la perspectiva de la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva en América Latina y el Caribe. Ella resalta lo que encuentra valioso en la sentencia de la Corte colombiana y que en su opinión otros países deberían aplicar: la protección del pluralismo religioso sin dejar de lado la imposición de límites a la objeción de conciencia. Especialmente relevante para América Latina y el Caribe es, en su concepto, la exclusión de la objeción de conciencia por instituciones privadas que ofrecen servicios de salud, numerosas y de gran tamaño en la región.

Ahora bien, Carmen Barroso propone ir más allá de los estándares colombianos en dos sentidos. En primer lugar, lograr diferenciar a través de la formación obligatoria para los objetores los casos en que hay una *verdadera* afectación de la conciencia de aquellos en los que, detrás de las pretendidas razones de conciencia, se esconden simples prejuicios y desconocimiento de información científica. En segundo lugar, propone reconocer que también es legítimo objetar conciencia frente a normas que restringen la prestación o financiamiento del aborto, al menos en aquellos casos en los que la vida y salud de la mujer están en riesgo. Como se verá, este uso de la objeción de conciencia que hemos denominado proactivo o positivo también es defendido en el artículo sobre América Latina y ha sido puesto en práctica en España frente a las leyes que restringen el acceso de las personas migrantes en situación administrativa irregular a los servicios de salud. Sobre esto último, hemos incluido un estudio de caso a continuación del artículo sobre Europa.

Hechas las reflexiones iniciales, el primero de los artículos presenta de forma comprensiva los estándares fijados en la sentencia T-388/09 sobre objeción de conciencia al aborto. Nadie mejor para esta tarea que el profesor de la Universidad de Toronto Bernard Dickens, experto en integrar medicina, ética y derecho.

Dickens es doctor en Derecho y académico reconocido, con cientos de publicaciones sobre derecho médico y de la salud y bioética, especialmente en aspectos relativos a la reproducción, incluyendo el aborto. A su vasta experiencia en la academia se suma su rol como Director del Comité de Ética de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO).

Su artículo, además de describir las reglas de la sentencia T-388/09, detecta la correspondencia de la misma con estándares derivados de tratados internacionales de derechos humanos, particularmente del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También identifica algunas coincidencias con normas existentes o en nacimiento en otros países —por ejemplo con Estados Unidos respecto de la objeción de conciencia ejercida por funcionarios públicos— así como algunas diferencias, análisis en el cual los estándares colombianos resultan más adecuados. Es el caso de la comparación con una reciente decisión escocesa —aun pendiente de resolución final por la Corte Suprema del Reino Unido— que no distingue entre el personal médico involucrado directa e indirectamente en el procedimiento de interrupción para efectos de autorizar el uso de la objeción de conciencia³⁰. Según el autor, la Corte Suprema al revisar este caso debería adoptar el parámetro de la sentencia T-388/09 que, como se vio, sí hace tal distinción. En definitiva, indica que la decisión trasciende el país en el que fue emitida y puede iluminar la regulación en otros países del mundo.

Dickens examina con particular detalle quiénes quedarían excluidos de la posibilidad de objetar debido a la restricción según la cual solo aquellos que participen directamente en el procedimiento de interrupción pueden hacer uso de la misma, y ofrece luces sobre cómo operaría esta regla en los casos de aborto con medicamentos, dos asuntos que la decisión de la Corte colombiana no especifica. Dando inicio a la *fertilización cruzada* que queremos promover, en este punto el autor indica que se podrían adaptar para Colombia algunos estándares europeos, como aquellos que excluyen a los farmacéutas de la posibilidad de objetar conciencia a la entrega de anticonceptivos prescritos³¹.

Desde el cono sur Mercedes Cavallo y Agustina Ramón Michel abren el debate global con un artículo enfocado en América Latina. Ambas autoras han desempeñado variados roles que las sitúan en un lugar privilegiado para el análisis regional. Mercedes Cavallo es abogada con una maestría en Derechos Sexuales y Re-

productivos de la Universidad de Toronto y profesora de la Universidad de Palermo en Argentina. Ha combinado cargos en la rama judicial de su país Argentina con el activismo nacional trabajando, por ejemplo, en la Asociación por los Derechos Civiles (ADC). Así mismo ha tenido la oportunidad de incidir en el área de las políticas públicas como miembro del Consejo Asesor del Programa de Salud Integral Adolescente del Ministerio de Salud. Por su parte, Agustina Ramón Michel es abogada y cursa su doctorado en Derecho en la Universidad de Palermo en Argentina. Es investigadora adjunta del Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES) en temas de salud y derechos reproductivos. Ha estado involucrada en el litigio de casos en su natal Argentina, así como en actividades de asistencia técnica nacional y regional, en el campo de los derechos reproductivos. Ha publicado investigaciones sobre aborto relativas a Argentina y a otros países de América Latina, como Colombia y México, con el objetivo de informar al activismo y capacitar en la materia.

Más que presentar un panorama detallado de la región entera en comparación con la sentencia colombiana, las autoras ponen la lupa sobre dos aspectos relacionados entre sí que son comunes a la forma como funciona la objeción de conciencia al aborto en América Latina. Seguramente expertos de otras regiones encontrarán situaciones similares en sus contextos y podrán tomar prestadas sus reflexiones. En primer lugar, Cavallo y Ramón Michel indican que, en muchos casos, las verdaderas razones que llevan a los prestadores de salud a objetar conciencia al aborto no son morales. Lo que sucede es que, por la inacción del estado en construir condiciones favorables de acceso al servicio, para los prestadores de salud resulta demasiado problemático —*costoso*— ofrecerlo, ante lo cual acuden a la objeción de conciencia como excusa para negarlo de forma aparentemente legítima. En segundo lugar, y en relación directa con lo anterior, las autoras llaman la atención sobre el peligro de que una figura como la objeción de conciencia, diseñada para proteger las convicciones morales minoritarias en una sociedad, paradójicamente termine siendo un instrumento para imponer una moral determinada. Si los estados latinoamericanos siguen omitiendo su deber de construir condiciones favorables para el acceso al servicio, los prestadores seguirán acudiendo masivamente a pretendidas objeciones de conciencia para evadir los costos, lo que deriva —casi que inadvertidamente— en el triunfo de una moral determinada a costa de la vida y la salud de las mujeres. En este contexto, la sentencia T-388/09 ofrece elementos para empezar a diferenciar una *verdadera* objeción de conciencia de aquella que no lo es.

Desde el activismo político y legal en el norte global, Louise Melling y Jennifer Lee extraen de la sentencia colombiana lecciones sumamente útiles para el debate estadounidense. Ambas forman parte del Centro para la Libertad de la Unión Americana de Libertades Civiles (ACLU), el cual trabaja, entre otros, en asuntos de libertad reproductiva y libertad religiosa y de creencias. Ambas han estado involucradas en demandas ante cortes federales y estatales de leyes que restringen derechos reproductivos como la anticoncepción y el aborto y llevan adelante una campaña para evitar el uso en Estados Unidos de la religión para discriminar.

Melling y Lee encuentran que el modelo de análisis que usa la Corte colombiana es totalmente diferente al que usan los jueces y legisladores de su país, lo cual tiene consecuencias directas en el régimen de la objeción de conciencia al aborto. En el primero se toman en cuenta, además de los derechos del objeto, los daños que trae para la mujer el permitir la objeción de conciencia al aborto, sobre todo para su dignidad. En el modelo estadounidense solo se considera la protección de la conciencia moral y religiosa del objeto.

En efecto, con excepción de los casos de emergencia médica, se permite rehusarse a prestar servicios de aborto sin siquiera imponer la obligación de referir a otro dispuesto a hacerlo. También, en al menos un caso, se ha permitido objetar a personas que están remotamente involucradas en el procedimiento de interrupción. Asimismo, la objeción de conciencia institucional al aborto es permitida, con la misma excepción de emergencia médica, en muchos estados. Esta regulación es similar en el caso de los anticonceptivos. En algunos casos se ha permitido que las farmacias se nieguen a proporcionarlos y, en el marco de la reforma a la salud que exige a los empleadores brindar seguros de salud a sus empleados, la objeción de conciencia ha sido recientemente extendida por la Corte Suprema de Justicia a titulares tales como pequeñas y medianas empresas con ánimo de lucro organizadas alrededor de valores religiosos³². Lo que las autoras echan de menos aquí es una consideración que sí fue hecha en la sentencia T-388/09: que los empleados no pueden ser obligados ni directa ni indirectamente a compartir las creencias religiosas de las empresas para las que laboran.

Al finalizar su contribución, Melling y Lee ponen el dedo en la llaga al indicar la perplejidad de la situación descrita si se tiene en cuenta que, en Estados Unidos, el aborto legal tiene un ámbito mucho más amplio

que en Colombia al estar permitido por solicitud de la mujer, al menos durante un periodo del embarazo. Se podría afirmar que, de acuerdo con Melling y Lee, he aquí algo que el *norte* debe aprender del *sur*.

La perspectiva europea está a cargo de Ruth Fletcher, profesora e investigadora en derecho médico de la Facultad de Derecho Queen Mary de la Universidad de Londres y quien también ha dictado cursos sobre ética médica y derecho. Fue Directora Asociada del Centro para el Derecho, Género y Sexualidad del Consejo de Investigación en Artes y Humanidades del Reino Unido. Una de sus áreas de investigación y publicación es la reproducción y la sexualidad como objeto de disputas legales. Así, ha documentado y criticado los argumentos y estrategias que regulan el aborto. En últimas, la profesora Fletcher está interesada en la reproducción como lugar clave para el derecho y el género.

La autora afirma que el modelo de análisis usado en la sentencia T-388/09 puede iluminar las discusiones europeas en curso. Fletcher denomina a este modelo de *reducción de daños* porque tiene en cuenta las consecuencias que la objeción de conciencia trae para la mujer embarazada y trata de minimizarlas. En su concepto, esta es la perspectiva adecuada, pues son estos posibles daños los que legitiman las limitaciones a la objeción de conciencia. Después de presentar un completo panorama de los debates —en los que están involucradas cortes, legisladores y comités de regulación de nivel regional y nacional en Irlanda, Italia, Polonia y el Reino Unido— la autora estudia cómo los estándares de la sentencia T-388/09 podrían ser útiles. En primer lugar, resalta como adecuadas las restricciones a la objeción de conciencia institucional para el contexto irlandés, país en el que hay gran presencia de instituciones prestadoras de salud de afiliación católica. En segundo lugar, con base en la prohibición de discriminación, refuerza la justificación ofrecida por la Corte colombiana para la exclusión de la objeción de conciencia por personas indirectamente involucradas en el procedimiento de interrupción del embarazo. Aquí, al igual que Dickens, la autora argumenta que la Corte Suprema del Reino Unido debería usar el modelo de reducción de daños para revocar el caso escocés que elimina la diferencia entre participación directa e indirecta³³.

Fletcher también señala las coincidencias entre los estándares colombianos y los del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya que ambos muestran —implícita o explícitamente— que la objeción de conciencia

es un derecho con limitaciones considerables, posición que también fue sostenida recientemente por el Comité Europeo de Derechos Sociales en un reclamo contra Italia por permitir un ejercicio irrestricto de la misma³⁴. Otro de los puntos comunes identificado por la autora es la necesidad de que el sistema de salud garantice que haya suficientes profesionales de la salud no objetores de modo tal que la mujer que solicita el servicio pueda ser efectivamente referida y la protección de la conciencia no derive en una denegación sistemática del acceso al aborto. Esto es claro tanto para la Corte colombiana en la sentencia T-388/09, como para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en dos casos decididos en contra de Polonia³⁵, así como para el Comité Europeo de Derechos Sociales en la mencionada decisión IPPF-EN contra Italia.

El debate global se cierra con la perspectiva africana de Charles Ngwena, doctor en Derecho y profesor del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Pretoria, Sudáfrica. Además de su vasta experiencia como profesor de derecho en universidades de África, el Reino Unido y Norteamérica, es editor y prolífico escritor en temas que combinan los derechos humanos y la salud sexual y reproductiva, así como la bioética y el derecho médico, con énfasis en la región africana. El profesor Ngwena revela que la mayoría de los países de su continente tienen leyes sobre aborto que, correctamente interpretadas, distan de la prohibición total y recuerda la norma del Protocolo de Maputo a la que ya se ha hecho referencia³⁶. Sin embargo, acto seguido presenta un panorama regional en el que poquísimas leyes abordan la objeción de conciencia al aborto, las que lo hacen lo hacen de manera superficial y ninguna corte nacional o regional se ha visto abocada aun a resolver un litigio relacionado. En este contexto, en cuánto más avance la implementación de normas nacionales y regionales, el autor prevé que las cortes y los legisladores de África deberán enfrentarse a la regulación de la objeción de conciencia al aborto y ve en la sentencia colombiana una herramienta a la que podrían y deberían acudir. En efecto, el profesor Ngwena resalta el valor transnacional de la sentencia T-388/09 por dos razones: 1) el estar basada en principios constitucionales comunes a Colombia y a varios estados africanos y 2) por su correspondencia con tratados internacionales de derechos humanos que las naciones africanas también han ratificado. Se podría indicar que, de acuerdo con el autor, he aquí algo que el *sur* puede tomar del *sur*. Correlativamente, esperamos que una vez los estados africanos empiecen a desarrollar estándares en la materia, aporten tanto al *norte* como al *sur latinoamericano*.

Finalmente, con el último artículo hemos querido ejemplificar la forma en que la sentencia T-388/09 ha servido eficazmente a *causas hermanas*, concretamente a la lucha por el matrimonio igualitario en Colombia. La contribución es hecha por Manuel Páez, abogado colombiano y profesor de la Universidad Externado de Colombia quien trabajó para Colombia Diversa, la organización no gubernamental que encabeza el activismo legal en este asunto en el país. El autor describe cómo, después de la expedición por parte de la Corte Constitucional de una sentencia favorable al matrimonio igualitario, se promovió por parte del Procurador General de la Nación³⁷ el uso de la objeción de conciencia por notarios y jueces para rehusarse a aplicarla. Afortunadamente, en la sentencia T-388/09 se había indicado que los funcionarios judiciales no podían objetar conciencia al cumplimiento del derecho vigente, lo que ayudó a contener la amenaza de abuso de la figura. Este tipo de amenazas no se presentan solo en Colombia. En su artículo Melling y Lee advierten que empresas estadounidenses con ánimo de lucro de la más variada índole están buscando negarse a prestar sus servicios a la población de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales e Intersexo (LGBTI) con fundamento en la objeción de conciencia. A un nivel más general, estos ejemplos demuestran que los avances en el campo de los derechos de las mujeres pueden contribuir a promover los derechos de la población LGBTI por lo que más puentes académicos y activistas deben tenderse para aprovechar al máximo los argumentos y estrategias comunes que pueden beneficiar a las dos causas.

En definitiva, con esta fórmula que mezcla hombres y mujeres del mundo académico, del activismo y de la prestación de servicios, de diversas profesiones y regiones del mundo, a propósito de los estándares colombianos sobre objeción de conciencia al aborto, esperamos que el terreno quede abonado para iniciar una conversación global e interdisciplinaria que rinda frutos para avanzar en el acceso al aborto legal y seguro alrededor del mundo, en un marco de respeto a los derechos humanos de todos los involucrados.

¹ La sentencia fue emitida a raíz de una demanda contra el Código Penal presentada como parte del proyecto LAICIA (Litigio de Alto Impacto en Colombia: la Inconstitucionalidad del Aborto) por Women's Link Worldwide. Todo el proceso judicial fue acompañado por un amplio y diverso debate social que se nutrió de la larga lucha del movimiento de mujeres por la despenalización del aborto en Colombia, así como de otros sectores que se sumaron para apoyar la demanda. Sobre esto, ver Isabel Cristina Jaramillo y Tatiana Alfonso Sierra, Capítulo I, Capítulo II y Capítulo III en *Mujeres, Cortes y Medios: la reforma judicial del aborto* (Bogotá: Universidad de los Andes y Hombre Editores, 2008); ver también Capítulo I en *Un derecho para las mujeres: la despenalización parcial del aborto en Colombia* (Bogotá, Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, 2009).

² Ver Corte Constitucional, 10 mayo 2006, sentencia C-355/06, Gaceta de la Corte Constitucional (Colom.), *disponible en*: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm> (consultado 8 julio 2014).

³ Ver Corte Constitucional, 9 marzo 2007, sentencia T-171/07, Gaceta de la Corte Constitucional (Colom.), *disponible en*: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-171-07.htm> (consultado 9 julio 2014); Corte Constitucional, 20 noviembre 2007, sentencia T-988/07, Gaceta de la Corte Constitucional (Colom.), *disponible en*: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-988-07.htm> (consultado 9 julio 2014); Corte Constitucional, 28 febrero 2008, sentencia T-209/08, Gaceta de la Corte Constitucional (Colom.), *disponible en*: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-209-08.htm> (consultado 9 julio 2014); Corte Constitucional, 2 octubre 2008, sentencia T-946/08, Gaceta de la Corte Constitucional, s.p. (Colom.), *disponible en*: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-946-08.htm> (consultado 9 julio 2014); Corte Constitucional, 28 mayo 2009, sentencia T-388/09, Gaceta de la Corte Constitucional (Colom.), *disponible en*: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-388-09.htm> (consultado 9 julio 2014); Corte Constitucional, 22 julio 2010, sentencia T-585/10, Gaceta de la Corte Constitucional, s.p. (Colom.), <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-585-10.htm> (consultado 9 Julio 2014); Corte Constitucional, 25 agosto 2012, sentencia T-636/11, Gaceta de la Corte Constitucional, s.p. (Colom.), <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-636-11.htm> (consultado 9 Julio 2014); Corte Constitucional, 3 noviembre 2011, sentencia T-841/11, Gaceta de la Corte Constitucional, s.p. (Colom.), <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-841-11.htm> (consultado 9 Julio 2014). Debido a las barreras que aun subsisten para la plena implementación de la sentencia C-355/06, algunas de las mujeres a las que se les ha negado la prestación del servicio de interrupción del embarazo han acudido a organizaciones no gubernamentales que las representan legalmente para interponer sus reclamos ante los sistemas de salud y de justicia. Se destaca la labor de la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, colectivo de

personas y organizaciones que, entre otros servicios, brinda acompañamiento legal a las mujeres que desean practicar-se un aborto legal.

⁴ Ver sentencia T-355/06; sentencia T-585/10 y sentencia T-841/11.

⁵ Sobre estas reglas ver *Lo que hay que saber sobre el aborto legal en Colombia: Lineamientos constitucionales para el ejercicio del derecho al aborto en Colombia (2006-2013)* (Bogotá: Women's Link Worldwide, 2013).

⁶ A pesar de esto, aun subsisten obstáculos de implementación. Sobre los mismos, ver Dalen Annika, *La implementación de la despenalización parcial del aborto en Colombia*, Documentos No. 11, eds. Reino de los Países Bajos y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Bogotá: DeJusticia). Ver también Chaparro Nina y otros, *Lejos del derecho. La interrupción voluntaria del embarazo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud*, Colección DeJusticia, ed. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Bogotá: DeJusticia).

⁷ Ver sentencia T-171/07; sentencia T-209/08; sentencia T-946/08. Incluso la misma sentencia C-355/06 se había pronunciado sobre la misma.

⁸ Ver sentencia T-585/2010.

⁹ La acción de tutela es el mecanismo procesal sencillo y rápido que la Constitución colombiana de 1991 creó para la protección de los derechos fundamentales. Expresamente, el artículo 86 de la Constitución colombiana de 1991 indica que *"toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. [...] En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión"*.

¹⁰ Ver sentencia T-388/09.

¹¹ De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución colombiana de 1991 y el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional está facultada para seleccionar, de forma discrecional, cualquier fallo de tutela emitido por los jueces inferiores. Al cabo de la revisión, mediante una sentencia, la Corte puede confirmar, revocar o modificar la decisión tomada.

¹² El Decreto 4444 de 2006, emitido por el Presidente de la República, regulaba someramente la objeción de conciencia al aborto legal en su artículo 5. Concretamente, la limitaba a individuos —excluyendo la objeción colectiva— y a

prestadores directos del servicio. Sin embargo, esta reglamentación fue suspendida provisionalmente desde 2006 y anulada de forma definitiva en 2012 por razones formales por el Consejo de Estado de Colombia, máximo tribunal en asuntos administrativos.

13 Ver *Un derecho para las mujeres: la despenalización parcial del aborto en Colombia* (Bogotá: Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, 2009), p. 46.

14 La Corte detectó este fenómeno a través de informes solicitados a instituciones gubernamentales y no gubernamentales en el proceso que terminó con la expedición de la sentencia T-388/09. En estos se hizo referencia constante a la objeción de conciencia como barrera de acceso. Un resumen de los informes está consignado en la sentencia T-388/09 (numeral 7.4. de los antecedentes).

15 Ver *supra* nota 6, Dalen Annika, *La implementación de la despenalización parcial del aborto en Colombia*, 29. Así mismo, ver Chaparro Nina y otros, "Lejos del derecho. La interrupción voluntaria del embarazo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud", Colección DeJusticia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia), Bogotá, noviembre de 2013.

16 Ver Circular Externa 003 de 2013, 26 abril 2013, Diario Oficial (Colom.) y la Circular 043 de 2012, 30 noviembre 2012, Registro Distrital 5152 (Colom.).

17 Ver sentencia T-209/08 y sentencia T-388/09.

18 En 2009, el Tribunal de Ética Médica de Caldas sancionó con un mes de suspensión a un médico objetor que no remitió a la mujer que solicitó el servicio a otro médico dispuesto y disponible para prestarlo. Esta decisión fue confirmada posteriormente en apelación por el Tribunal Nacional de Ética Médica (Tribunal Nacional de Ética Médica Sala Plena, 24 noviembre 2009, Proceso 680 *Superintendencia Nacional de Salud c. Doctor XX*, Gaceta Jurisprudencial [junio, 2013] [p. 21] [Col.]). Así mismo, el Hospital Universitario San Ignacio, institución privada de origen católico, fue sancionado económicamente por la Secretaría de Salud de Bogotá con aproximadamente 5.000 dólares, entre otras cosas, por alegar objeción de conciencia institucional a la práctica del aborto (Dirección de Desarrollo de Servicios de Salud de Bogotá D.C., 16 noviembre 2008, Resolución No. 1254, Consideraciones del Despacho [Col.]). Esta sanción fue confirmada en apelación, aunque disminuida a 3.500 dólares aproximadamente (Secretaría Distrital de Salud de Bogotá D.C., 30 noviembre 2009, Resolución N° 1277, Consideraciones del Despacho).

19 En Colombia, el Procurador General está encargado, entre otros, de vigilar el cumplimiento de las decisiones judiciales, de la protección de los derechos humanos y de ejercer el poder disciplinario frente a todos los funcionarios públicos, con excepción de los jueces y del Presidente de la República (artículos 277 y 278 de la Constitución Colombiana de 1991). En ejercicio de esta última función, puede incluso removerlos de sus cargos si han cometido una falta lo suficien-

temente grave. En 2009, Alejandro Ordoñez Maldonado fue elegido como Procurador General de la Nación. Posteriormente, fue reelegido en 2013 y su periodo terminará en 2017. Antes de tomar posesión de este cargo, Ordoñez había publicado varios libros. En uno de ellos, sostuvo que *“cualquier ciudadano en ejercicio de funciones públicas o sin ellas, puede proponer la objeción de conciencia cuando se le solicite realizar una actuación permitida o regulada por nuestro ordenamiento jurídico o por un acuerdo internacional abiertamente contrario al orden natural o a la ley divina, y aun mas, con posterioridad al control de constitucionalidad correspondiente los funcionarios públicos deberían tener el derecho a desobedecer las leyes si estas violan la ley divina”* (Alejandro Ordoñez Maldonado, *Ideología de género: utopía trágica o subversión cultural* [Bogotá: Universidad Santo Tomas, 2006]). En otro de sus libros describe su preocupación por el activismo en el campo de los derechos humanos de este modo: *“el gran reto de la revolución cultural hoy es disolver los principios y valores sobre los que se funda la familia cristiana, su carácter heterosexual, monógamo, indisoluble, y fecundo; son obstáculos que quieren remover a toda costa mediante la aprobación, en principio, del divorcio, la anticoncepción, el aborto y el matrimonio homosexual, primera fase que están por concluir”* (Alejandro Ordoñez Maldonado, *El nuevo derecho, el nuevo orden mundial y la revolución cultural* [Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2007]). Así las cosas, tres años después de la despenalización parcial del aborto en Colombia, Ordoñez, abierto opositor al aborto legal, fue encargado de vigilar el cumplimiento de la sentencia C-355/06. En ejercicio de sus funciones como Procurador, ha solicitado la nulidad de todas las sentencias sobre aborto que la Corte Constitucional ha emitido durante su periodo, peticiones que han sido denegadas hasta el momento por la misma Corte. Ver Corte Constitucional, 5 agosto 2010, Auto 283/2010, Gaceta de la Corte Constitucional s.p. (Colom.), <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/-2010/a283-10.htm> (consultado 9 julio 2014) y Corte Constitucional, 28 febrero 2012, Auto 038/2012, Gaceta de la Corte Constitucional, s.p. (Colom.), <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2012/a038-12.htm> (consultado 9 julio 2014).

²⁰ Auto 283/2010.

²¹ Circular 021, Directrices y recomendaciones en relación con el Cumplimiento de las órdenes tercera y cuarta de la sentencia T-388 de 2009, 27 julio 2011 (Colom.), *disponible en*: http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/CIRCULAR_T-388_DE_2009_29jul.pdf (consultado 9 julio 2014) y Circular 029, 13 mayo 2010 (Colom.).

²² Constitución Política de Colombia, art. 277.

²³ Corte Constitucional, 10 agosto 2012, sentencia T-627/12, Gaceta de la Corte Constitucional, s.p. (Colom.), *disponible en*: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-627-12.htm> (consultado 9 Julio 2014). En esta sentencia se ordenó al Procurador rectificar varias afirmaciones engañosas respecto a varios derechos reproductivos como la anti-concepción oral de emergencia y el aborto legal. La decisión fue fruto de un litigio estratégico liderado por Women’s Link Worldwide en el que se logró hacer exigible, por primera vez en Colombia, el derecho a la información reproductiva.

24 El 22 de octubre de 2012, el poder legislativo de Uruguay emitió la Ley 18.987 mediante la cual se despenaliza el aborto durante las primeras 12 semanas de embarazo con el cumplimiento de varios requisitos previos. Después de este plazo, la misma ley indica que, con el cumplimiento de otros requisitos, es legal proceder a la interrupción del embarazo en casos de grave riesgo para la salud de la mujer embarazada, cuando existan malformaciones incompatibles con la vida extrauterina y cuando el embarazo sea producto de violación.

25 El 25 de abril del 2007 la Asamblea Legislativa del Distrito Federal expidió un decreto que reformó el Código Penal del Distrito Federal en el sentido de considerar el aborto como delito solo cuando se practica después de las 12 semanas de embarazo, además de adoptar algunas medidas relacionadas con el sector salud para garantizar el acceso al servicio. (Ver Decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona La Ley de Salud para el Distrito Federal, Gaceta Oficial del Distrito Federal, No. 70, abril 26, 2007). Además, desde antes de esta despenalización, el mismo Código reformado enlista en el artículo 148 como excluyentes de responsabilidad las siguientes causales: cuando el embarazo es producto de violación, cuando hay afectación grave de la salud de la mujer embarazada, cuando el feto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo y cuando el aborto es resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada.

26 Pablo Cádiz, "Los proyectos de ley sobre despenalización del aborto que Bachelet podría patrocinar", *La Tercera*, Mayo 28, 2014, *disponible en*: <http://www.latercera.com/noticia/politica/2014/05/674-579951-9-los-proyectos-de-ley-sobre-despenalizacion-del-aborto-que-bachelet-podria.shtml> (consultado 1 julio 2014).

27 Ver *Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., Petitioners v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.* 573 U. S. 354 (2014).

28 Estas son: cuando hay riesgo real y sustancial de pérdida de la vida para la mujer embarazada derivado de una enfermedad física, en casos en los que existe un riesgo sustancial de suicidio, o en casos de emergencia médica. Ver *Protection of Life During Pregnancy Act 2013 (Act No. 35/2012) (Ir.)*, *disponible en*: <http://www.irishstatutebook.ie/pdf/2013/en.act.2013.0035.pdf> (consultado 9 julio 2014).

29 Los eventos son asalto sexual, violación, incesto y cuando se ponga en peligro la salud mental o física de mujer o su vida o la del feto. Ver *Ibid.*, art. 14.2.c.

30 *Doogan and Wood v. Greater Glasgow and Clyde Health Board* [2013] CSIH 36, *disponible en*: <http://www.scotcourts.gov.uk/opinions/2013CSIH36.html> (consultado 9 julio 2014).

31 *Pichon and Sajous v. France*, No. 49853/99, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2001), *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-22644> (consultado 9 julio 2014).

32 *Ver Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., petitioners v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*

33 *Ver supra* nota 30.

34 Comité Europeo de Derechos Sociales, *IPPF-EN v. Italy*, Complaint No. 87/2012 (3 septiembre 2013), *disponible en*: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/NewsCOEPortal/CC87Merits_en.asp (consultado 9 julio 2014).

35 *P. and S. v. Poland*, No. 57375/08, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2012), *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-114098> (consultado 9 julio 2014); *R.R. v. Poland*, No. 27617/04, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2011), *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104911> (consultado 9 julio 2014).

36 *Ver supra* nota 24.

37 *Ver supra* nota 19.

II

T-388/2009.
EXTRACTOS DE LA
SENTENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL
DE COLOMBIA

Acción de tutela instaurada por BB actuando en representación de su compañera permanente AA contra SaludCoop EPS.

Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil nueve (2009).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º, de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Aclaración previa

En el presente caso debe aclararse que por estar profundamente involucrada la dignidad de la actora, la Sala ha decidido no hacer mención al nombre de la titular de los derechos, como medida para garantizar su intimidad, su buen nombre y su honra. En este sentido se tomarán medidas para impedir su identificación, reemplazando el nombre de la actora y el de su esposo por las letras AA y BB respectivamente.

Adicionalmente, en la parte resolutive de esta sentencia se ordenará que la Secretaría de esta Corporación y que los jueces de instancia guarden estricta reserva respecto de la parte actora en este proceso.

2. Hechos

1.- Relató el peticionario, que en el mes de abril de 2006 su compañera permanente presentó problemas estomacales (estreñimientos) por motivo de lo cual acudió al médico. Manifestó que el médico que había atendido a su compañera le había ordenado exámenes a fin de determinar el tipo de enfermedad que la aquejaba. Una vez obtenidos los resultados, le prescribió una ecografía transvaginal (expediente, cuaderno 1 a folio 1).

2.- Adujo que el día 18 de abril de 2006 el resultado de la ecografía había confirmado un embarazo de 8.1 semanas, normal. Añadió que el día 16 de mayo se le había practicado otra ecografía mediante la cual se había comprobado que el embarazo alcanzaba las 12.3 semanas (expediente, cuaderno 1 a folio 1).

3.- Expresó que el día 18 de julio de 2006 se le había realizado a la joven un estudio más profundo denominado "ECOGRAFÍA ULTRASONOGRÁFICA OBSTÉTRICA CON PERFIL BIOFÍSICO, la cual determinó en su conclusión MALFORMACIÓN OSEA". Según ese estudio, agregó, se sugirió complementar con una ecografía de tercer nivel (expediente, cuaderno 1 a folio 1).

4.- Sostuvo que el día 22 de julio de 2006 se le había realizado a su compañera el nuevo estudio sugerido, que arrojó el siguiente resultado:

"1.- útero grávido a expensa de P.U.V.L. de 19 semanas, podálico. 2.- velocimetría fetal normal. 3.- perfil biofísico 06/06 4.- HALLAZGOS COMPATIBLES CON DISPLASIA ESQUELÉTICA AFILIAR CON ACORTAMIENTO DE FÉMUR Y HÚMERO BILATERAL. COMENTARIO: Se sugiere Eco 3D de detalle y valoración ginecológica de tercer nivel" (mayúsculas dentro del texto original, expediente, cuaderno 1 a folio 2).

5.- Afirmó el actor que el 29 de julio de 2006 se le había llevado a cabo a AA la prueba sugerida por el médico tratante "Eco 3D de detalle y valoración ginecológica de tercer nivel" y los resultados habían sido los siguientes:

"1.- Consideramos que se trata de un feto único, polimalformado con signos severos de displasia ósea, que compromete principalmente las extremidades superiores e inferiores. 2.- Igualmente observamos severa restricción del crecimiento intrauterino retardado con percentiles inferiores al 2%. 3.- Los cambios displásicos óseos plantean como diagnóstico diferencial la posibilidad de una osteogénesis imperfectas, cuyo diagnóstico diferencial podría ser con una displasia diastrofia o una displasia tanatofórica, lo cual debe tenerse en cuenta para decidir la conducta" (expediente cuaderno 1 a folio 2).

6.- Indicó que el galeno Francisco Osorio había recomendado realizar una Junta Médica con la participación de los siguientes especialistas: "JORGE LINERO, FRANCISCO OSORIO, EVER MELÉNDEZ todos GINECO-OBSTETRAS, CLAUDIA FERRIGNO-COORDINADORA MÉDICA y resaltó que la Junta había resuelto que era preciso 'interrumpir el embarazo por el diagnóstico clínico y ecografía de tercer nivel anotados'" (subrayado añadido por el actor, expediente, cuaderno 1 a folio 2).

7.- Narró el peticionario que SaludCoop había emitido un escrito en donde autorizaron la hospitalización "por embarazo de 23 semanas, por feto único, polimalformado, con probable displasia ósea" en donde se recomendaba interrumpir el embarazo. Mediante autorización numero 4032358 se autorizó el procedimiento y se remitió a la paciente a la ciudad de Barranquilla (expediente, cuaderno 1 a folio 2).

8.- Refirió que en Barranquilla fue atendido en la Clínica SaludCoop por el médico ginecólogo JORGE DE ÁVILA, quien consideró "que debía llevarse a cabo el procedimiento de acuerdo a la Constitución colombiana, que para estos casos exige el procedimiento para interrumpir el embarazo". No obstante, exigió orden de autoridad judicial previa para proceder a realizar tal intervención quirúrgica (expediente, cuaderno 1 a folio 2).

3. Legitimidad en la parte activa

En el presente caso el señor BB interpone tutela en representación de su compañera permanente y titular de los derechos presuntamente afectados, en razón a que para la fecha de presentación de la ac-

ción de tutela la señora AA se encontraba afectada de diversas dolencias que le impedían ejercer sus derechos por sí misma.

Como se aprecia a folio 81 del cuaderno principal, para mediados de agosto de 2006 la señora AA presentaba dolor tipo contracciones de creciente intensidad, cefalea y sangrado vaginal, según lo confirma evaluación hecha por la propia SaludCoop EPS (entidad privada aseguradora en salud).

4. Solicitud de tutela

El actor quien obra a nombre de su compañera permanente demanda que se proceda a realizar el procedimiento de interrupción del embarazo y se ordene la prueba genética y patológica *“cuyos costos deben ser asumidos por la empresa prestadora de servicios de salud SaludCoop, sean amparados o no por el POS (plan obligatorio de salud), o en su defecto el ente gubernamental FOSIGA [sic]”*. Exige, además, que le sean reembolsados los gastos efectuados con antelación a la presentación y fallo de la tutela pues para tales efectos asumió una deuda que debe cancelar. En atención a la situación que padece su compañera permanente, es preciso practicar la interrupción del embarazo de modo urgente para evitar causar mayor trauma tanto a su compañera como a él, toda vez que no resulta *“fácil sufrir este trauma cuando es [su] primer bebé en común y ella lleva dos pérdidas por diferentes circunstancias las cuales deben ser analizadas por todos los medios científicos que sean posibles para así traer al mundo hijos sanos y con buen futuro”*.

[...]

6. Intervención de la entidad demandada

SaludCoop EPS considera que en el caso bajo examen la acción de tutela resulta improcedente. Encuentra, de una parte, que el ciudadano BB, quien obra a nombre de su compañera permanente, solicita se le practique a la joven interrupción voluntaria del embarazo, servicio este que no ha sido negado por parte de la EPS. Considera, de otra parte, que quien obra a nombre de la mencionada ciudadana no ha logrado de-

mostrar la incapacidad de pago, razón por la cual no es factible solicitar la práctica de procedimientos excluidos del POS. Alega que en caso de concederse la protección invocada, se vincule al ESTADO-FOSYGA *“para que asuma directamente los gastos que se generen por los servicios que solicite el accionante, los cuales no pueden ser prestados por la EPS por no estar incluidos en el POS”*.

7. Sentencias objeto de revisión

7.1. Asunto previo: impedimento del juez Segundo Penal Municipal de Santa Marta

El juez de primera instancia se declaró impedido por razones de conciencia para conocer de la tutela —folio 33 y 34—. En su opinión, el nasciturus es persona desde el momento mismo de la concepción y, en consecuencia, según lo dispuesto tanto en el Preámbulo de la Constitución Nacional, como en el artículo 11 superior, su vida debe protegerse desde ese instante. A juicio del *a quo*, el artículo 18 de la Constitución Nacional garantiza la libertad de conciencia por lo cual a partir de lo allí dispuesto se le asegura que dada su formación cristiana no se vea obligado por ningún motivo, ni bajo ninguna circunstancia a ordenar la interrupción del embarazo puesto que ello chocaría con su *“concepción PERSONAL, basada en principios bíblicos como el expresado en el capítulo 20 versículo 13 ‘no debes asesinar’”* (mayúsculas añadidas por el *a quo*). Por los motivos indicados, estimó el *a quo* que ordenar la interrupción del embarazo significaría desconocer la ley divina. Así las cosas, resolvió declararse impedido y ordena remitir la acción de tutela a la Oficina Judicial para la designación correspondiente.

Mediante providencia emitida el día 25 de agosto de 2006, la jueza Segunda Penal del Circuito de Santa Marta resuelve no darle curso a la solicitud de impedimento elevada por el juez Segundo Penal Municipal de Santa Marta por estimar que las causales de impedimento son de interpretación restrictiva y de carácter taxativo. En su opinión, las creencias religiosas del funcionario judicial no lo *“deben despojar para cumplir con la misión encomendada por la Constitución y la ley”*. Estos motivos, a su juicio, no representan *“impedimento alguno y así lo entiende la ley cuando en la consagración de las causales de*

impedimento no tiene en cuenta las creencias de tipo religioso, las inclinaciones políticas o concepciones éticas de los funcionarios judiciales”.

En opinión de la jueza, quienes desempeñan su labor en la administración de justicia no pueden dejarse *“influir por ese tipo de ataduras que se muestra más como un rezago de épocas pretéritas, afortunadamente superadas en las que la justicia se veía influida por tales concepciones de carácter subjetivo en cabeza del funcionario judicial”.* Por los motivos expresados, y una vez descartado la existencia de causales para que prosperara el impedimento, se resolvió asignar la competencia para conocer de la acción de tutela impetrada al juez Segundo Penal Municipal de Santa Marta.

7.2. Sentencia de primera instancia

Por medio de sentencia dictada el día 31 de agosto de 2006 el Juzgado Segundo Penal Municipal de la ciudad de Santa Marta resolvió negar la tutela. Fundamentó su decisión en objeción de conciencia que, a su vez, se encontraba basada en las mismas razones empleadas para justificar el impedimento antes mencionado.

7.3. Sentencia de segunda instancia

Por medio de providencia fechada el día 8 de septiembre de 2006 el Juzgado Segundo Penal de Circuito de Santa Marta revocó en todas sus partes el fallo de tutela y concedió el amparo de los derechos constitucionales fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud en conexión con la vida, así como ordenó a la EPS SaludCoop que en un término perentorio de cuarenta y ocho horas procediera a interrumpir el embarazo de la joven por los motivos expuestos en la sentencia. Ordenó, asimismo, practicar las pruebas diagnósticas *“sobre el feto y los padres conforme lo recomendaron los médicos tratantes y suministrarle a la joven la atención psicológica que requiera”.*

[...]

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

[...]

2. Presentación del caso y problemas jurídicos objeto de estudio

El peticionario, quien obra en nombre de su compañera permanente, solicitó le fuera realizado a esta última el procedimiento de interrupción del embarazo por grave malformación del feto —de conformidad con lo establecido en la sentencia C-355 de 2006, mediante la cual la Corte Constitucional, interpretando los arts. 122, 123 y 124 de la Ley 890 de 2004, concluyó que resulta legítima la práctica del aborto inducido en algunas circunstancias, dentro de las cuales está el presentarse “grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico”—, así como exigió a la EPS le fueran practicados a la joven los exámenes de diagnóstico indispensables para determinar las causas de la malformación del feto.

A partir de las pruebas allegadas al expediente, se confirmó que con fundamento en los exámenes practicados a la actora, los médicos habían constatado polimalformación y probable displasia ósea del feto, por lo cual se convocó Junta Médica con la participación de médicos y médicas especialistas quienes llegaron a la conclusión de conformidad con la cual era preciso interrumpir el embarazo de manera urgente.

Una vez concedida la autorización para efectuar la interrupción del embarazo, la entidad demandada accedió a realizar el procedimiento pero el médico ginecólogo Jorge de Ávila solicitó orden de autoridad judicial para proceder a realizar tal intervención quirúrgica. De otra parte, SaludCoop EPS se negó a llevar a cabo los exámenes de diagnóstico encaminados a determinar los motivos de las malformaciones en el feto. Alegó la EPS que estas prestaciones no estaban incluidas en el Plan Obligatorio de Salud y que no se había probado por parte del peticionario la incapacidad de pago, con lo cual, insistió la entidad demandada, no resultaba factible aplicar las excepciones previstas por la jurisprudencia constitucional para reclamar prestaciones por fuera del POS.

El juez de primera instancia se declaró impedido por razones de conciencia para conocer de la tutela —folio 33 y 34—. Mediante providencia emitida el día 25 de agosto de 2006, la jueza Segunda Penal del Circuito de Santa Marta resuelve no darle curso a la solicitud de impedimento elevada, por estimar que las causales de impedimento son de interpretación restrictiva y de carácter taxativo. Por esta razón, resolvió asignarle la competencia para conocer de la acción de tutela impetrada al Juzgado Segundo Penal Municipal de Santa Marta.

Devuelto el expediente para ser fallado por el juez *a quo*, este último decidió negar la protección invocada —folio 59 a 65—. Dentro de las consideraciones de la sentencia señaló la objeción de conciencia derivada del artículo 18 de la Constitución Nacional como argumento para no ordenar la interrupción del embarazo. Estimó que la aplicación de esta figura se extendía también a las autoridades judiciales de la República por cuanto, en su opinión, tales autoridades eran también “*seres humanos con formación filosófica, religiosa, cultural etc.*”. Por esos motivos decidió negar la tutela.

En segunda instancia, con fundamento en la providencia fechada el día 8 de septiembre de 2006 el Juzgado Segundo Penal de Circuito de Santa Marta revocó en todas sus partes el fallo de tutela y concedió el amparo de los derechos constitucionales fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud en conexión con la vida de la actora —folios 91 a 102—; así mismo, ordenó a la EPS SaludCoop que en un término perentorio de 48 horas procediera a interrumpir el embarazo de la joven por los motivos expuestos en la sentencia. De igual manera, ordenó practicar las pruebas diagnósticas “*sobre el feto y los padres conforme lo recomendaron los médicos tratantes y suministrarle a la joven la atención psicológica que requiera*”.

Siendo estos los hechos, encuentra que para resolver el caso concreto es necesario esclarecer los siguientes problemas jurídicos:

- i) ¿Qué mandatos se derivan del contenido de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional en materia de derechos sexuales y reproductivos para las mujeres?

ii) ¿Qué consecuencias prácticas surgen para las EPSs, las IPSs (instituciones prestadoras de servicios de salud, públicas o privadas) y el personal médico que en ellas labora en cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006?

iii) ¿Pueden los funcionarios judiciales declararse objetores de conciencia en desarrollo de sus funciones y, en consecuencia, abstenerse de resolver un caso que les haya sido asignado para su conocimiento, máxime cuando el mismo involucre la garantía de derechos fundamentales?

[...]

4.4. Conclusiones sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres

Vistas las cosas de la manera descrita hasta este lugar, se concluye lo siguiente:

i) Las mujeres puestas bajo las hipótesis contenidas en la sentencia C-355 de 2006 gozan del derecho a decidir libres de presión, coacción, apremio, manipulación y, en general, cualquier suerte de intervenciones inadmisibles respecto de la interrupción voluntaria de su embarazo. Es este un derecho de las mujeres quienes aun colocadas en los supuestos allí determinados también pueden elegir con libertad llevar a término su embarazo.

ii) Todas las mujeres deben poder contar con la información suficiente, amplia y adecuada que les permita ejercer a cabalidad y en libertad sus derechos sexuales y reproductivos, lo que incluye, el derecho a estar plenamente enteradas respecto de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 [...].

iii) Los servicios de interrupción del embarazo bajo las hipótesis contempladas en la sentencia C-355 de 2006 deben estar **disponibles en todo el territorio nacional** —bajo estricto seguimiento de los postulados de referencia y contrarreferencia— y las mujeres en estado de gravidez han de poder acceder a los mismos en todos los niveles de complejidad que lo requieran.

iv) Las personas profesionales de la salud y, en general, el personal de salud que atienda la solicitud de las mujeres relativa a la interrupción voluntaria de su embarazo están obligados a ofrecer plena garantía de confidencialidad y, en consecuencia, a respetar el derecho de las mujeres a la intimidad y a la dignidad. Guardar el secreto profesional se convierte en una obligación de primer orden para los prestadores de servicios de salud en relación con este tópico.

v) Ni las mujeres que optan por interrumpir voluntariamente su embarazo bajo las hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006, ni quienes atienden su solicitud, pueden ser víctimas de discriminación o de prácticas que limiten de alguna forma o impidan su acceso al lugar de trabajo o a centros educativos o su afiliación al sistema general de salud o riesgos profesionales.

vi) Los departamentos, distritos y municipios están obligados a asegurar la **suficiente disponibilidad de servicios de la red pública** con el propósito de garantizarles a las mujeres gestantes el acceso efectivo al servicio de interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de calidad y de salubridad.

vii) Ninguna entidad prestadora de salud —sea pública o privada, confesional o laica— puede negarse a la interrupción voluntaria del embarazo cuando la mujer se encuentra bajo los supuestos establecidos en la sentencia C-355 de 2006 —cualquiera que sea el tipo de afiliación a la seguridad social que tenga la mujer y con independencia de su condición social, económica, edad, capacidad de pago, orientación sexual o etnia—.

viii) Está terminantemente prohibido elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales a las establecidas en la referida sentencia C-355 para la práctica del aborto en los supuestos allí previstos. Entre las barreras inadmisibles se encuentran, entre otras:

[...]

- Alegar objeción de conciencia colectiva que desencadena, a su turno, objeciones de conciencia, institucionales e infundadas.
- Suscribir pactos —individuales o conjuntos— para negarse a practicar la interrupción del embarazo.
- Acogerse a formatos o plantillas de adhesión que incidan en que las entidades hospitalarias no cuenten en su planta de personal con médicos dispuestos a prestar los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, sea por cuanto estos profesionales de la medicina son víctimas de discriminación en el momento en que se efectúa su vinculación laboral o por cuanto, una vez vinculados, reciben presiones en el sentido de abstenerse de practicar abortos.

[...]

5. La objeción de conciencia: sentido y alcances en un estado social democrático, participativo y pluralista de derecho como el colombiano (artículo 1º y 7º superiores)

5.1. La objeción de conciencia como derecho fundamental y su carácter relacional en el ordenamiento jurídico

Con antelación se mencionó que un punto crucial en el asunto *sub judice* era el relativo a la objeción de conciencia, en general, y, en particular, la pregunta acerca de si quienes detentan la calidad de autoridades judiciales en un estado social, democrático y pluralista de derecho podían alegar la objeción de conciencia para negarse a tramitar y a decidir un asunto puesto a su consideración o podían fallar sustentados en sus propias convicciones absteniéndose de aplicar la normatividad vigente.

Para responder estos interrogantes, resulta preciso advertir que el texto constitucional colombiano tiene unas características específicas que lo diferencian de otras Constituciones no solo por la extensión de su articulado sino en razón de la manera como allí se regulan diferentes aspectos de la vida social, política, cultural e institucional bajo un mismo hilo conductor, cual es, la democracia participativa y pluralista respetuosa de la dignidad humana.

A partir de la lectura del artículo primero constitucional, queda claro que entre los rasgos con que la Norma Fundamental caracteriza al estado colombiano se encuentran el de ser un estado social, democrático y participativo de derecho respetuoso de la dignidad humana, y abierto al pluralismo. Según el referido precepto:

*“Colombia es un **estado social de derecho**, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, **democrática, participativa y pluralista**, fundada en el **respeto de la dignidad humana**, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.*

Uno de los rasgos distintivos del estado es, por tanto, su apertura al pluralismo. Tal apertura se conecta al menos con tres dimensiones: ser el reflejo de una sociedad que (i) admite y promueve de manera expresa el hecho de la diversidad (artículo 7º superior)¹; (ii) aprecia de modo positivo las distintas aspiraciones y valoraciones² existentes hasta el punto de proteger de modo especial la libertad religiosa³, de conciencia y pensamiento⁴ así como la libertad de expresión⁵ y (iii) establece los cauces jurídicos, políticos y sociales que servirán para dirimir los posibles conflictos que se presenten en virtud de la diferencias vigentes en un momento determinado.

La Constitución marca, pues, las condiciones de posibilidad de la diversidad como hecho social y cultural así como los linderos dentro de los cuales habrán de realizarse las muy distintas aspiraciones valorativas, cosmovisiones e ideologías propias de una sociedad heterogénea. Al legislador le corresponde, en efecto, un papel protagónico en relación con el reconocimiento del pluralismo y de la diversidad⁶. En este sentido, el diseño de todas las políticas debe llevarse a cabo de forma tal que las diferencias no se hagan invisibles y se brinde un espacio propicio a la manifestación de los distintos matices ideológicos, culturales, étnicos y sociales.

Desde luego, tanto el trabajo legislativo como las actuaciones de las autoridades públicas y de las personas particulares también están sujetos a límites, pues, de no estarlo, se tendría que considerar a la Constitución como el reflejo de lo resuelto arbitrariamente en sede legislativa. Esto conduciría o bien a un or-

den cerrado y totalitario en donde tan solo dominarían los valores que decida de manera dogmática, abarcadora y excluyente el legislador o a una situación en la que cada autoridad pública o cada persona particular podría actuar de conformidad con su propio criterio sin importar que con ello se obre de manera desproporcionada e injusta y sin reparar en la necesidad de garantizar el respeto por los derechos de los demás con el fin de obtener al menos un mínimo de integridad y cohesión social bajo el respeto del pluralismo como lo ordena expresamente el texto constitucional (artículo 1º). Justamente para evitar lo anterior, la Constitución colombiana fija límites. El texto constitucional significa, por consiguiente, no solo motor y campo de acción de la tarea legislativa sino que representa, a un mismo tiempo, frontera y freno de las actuaciones en el ámbito estatal.

Uno de los límites, tal vez el principal, con que se encuentran los poderes constituidos en ejercicio de sus funciones son los derechos fundamentales, entendidos esta vez como ámbitos de autonomía individual que resultan infranqueables para el legislador o la administración de un estado democrático y pluralista. En este contexto es que se encuentra el sustento conceptual de la objeción de conciencia, cuyo propósito inicial es preservar las propias convicciones sean ellas de orden ideológico, religioso o moral⁷. Esta corporación se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la objeción de conciencia, en materias como el servicio militar⁸, la educación⁹, respecto de la obligación de prestar juramento¹⁰, en materia de obligaciones laborales¹¹ y en materia de salud¹², entre otras.

En general, la objeción de conciencia se presenta cuando el cumplimiento de la normatividad vigente exige por parte de las personas obligadas a cumplirlo un comportamiento que su conciencia prohíbe¹³. En otras palabras, la objeción de conciencia supone la presencia de una discrepancia entre la norma jurídica y alguna norma moral¹⁴. Aquí no tiene lugar una apelación a la ruptura de una norma con el sentimiento de justicia de la comunidad sino que se resiste su aplicación porque riñe con las propias convicciones morales. Quien ejerce la objeción de conciencia *"no invoca la ilegalidad ni busca el cambio de las políticas o de programas impulsados por un gobierno"*¹⁵. Es una persona que *"se apega al Derecho, pero su observancia le provoca problemas con sus convicciones morales más íntimas, con su conciencia crítica"*¹⁶. La idea central consiste en que se incumple un deber jurídico por razones morales y se busca con ello preservar la propia

integridad moral, lo que no supone el propósito de que otras personas “*se adhieran a las creencias o practiquen las actuaciones del objetor*”¹⁷.

El nexo entre la objeción de conciencia y el derecho a la libertad de pensamiento, a la libertad religiosa y a la libertad de conciencia es muy grande hasta el punto de poder afirmar que la objeción de conciencia resulta ser uno de los corolarios obligados de estas libertades. Desde esa perspectiva, existe un escenario de realización humana dentro del cual las interferencias estatales o son inadmisibles o exigen una mayor carga de justificación. Así, quien objeta por razones de conciencia goza *prima facie* de una presunción de corrección moral. El estado, debe, entretanto, aportar los argumentos que justificarían una intervención en este campo en principio inmune a cualquier interferencia.

Así se ha reconocido en ordenamientos como el estadounidense —tanto por legislación en el nivel federal, como en el nivel estadual en casi todos los estados de la unión—, aunque la objeción de conciencia en el caso de la interrupción del embarazo no esté consagrada expresamente en la Constitución; de igual forma en Francia, luego de la decisión del Consejo Constitucional de 23 de noviembre de 1977, se entiende que la objeción de conciencia en materia de aborto tiene valor constitucional y no simplemente legal¹⁸, y, finalmente, como ejemplo resulta también pertinente mencionar el caso español, en donde se ha reconocido el derecho al personal médico que participa en la interrupción del embarazo.

Ahora bien, uno de los motivos en los que se sustenta la obediencia al derecho descansa sobre la base de garantizar a las personas la posibilidad de ejercer el derecho a la libertad de conciencia. Desde luego, este derecho no es ilimitado y pueden surgir restricciones pues, de lo contrario, no sería factible adoptar medidas vinculantes para las personas asociadas. En similar sentido, jamás se podría hablar de normas aceptadas en forma libre y consciente si no se garantizara el derecho a la libertad de conciencia.

No se trata, por tanto, de verificar si las convicciones que esgrime quien ejerce la objeción de conciencia son justas o injustas, acertadas o erróneas. En principio, la sola existencia de estos motivos podría justificar la objeción por motivos de conciencia. **El problema surge cuando la exteriorización de las pro-**

pias convicciones morales con el propósito de evadir el cumplimiento de un deber jurídico interfiere el ejercicio de los derechos de otras personas. Dicho en otros términos: cuando con el ejercicio de la objeción de conciencia se obstaculiza el ejercicio de los derechos de terceras personas, entonces el asunto se convierte en un problema de límites al ejercicio de derechos fundamentales, esto es, *“en un problema de colisión entre el derecho individual y los valores y principios, derechos o bienes protegidos por el deber jurídico”*¹⁹. Nos hallamos, pues, ante un problema de límites de los derechos constitucionales fundamentales²⁰.

A partir de lo expuesto en precedencia se deriva que **el ejercicio de la objeción de conciencia puede desencadenar y, de hecho, desata consecuencias frente a terceras personas. Por eso, resulta imposible catalogar la objeción de conciencia como un acto que permanece ubicado dentro del fuero interno de quien la ejerce.** Cuando se manifiesta la objeción por motivos de conciencia, ello supone incumplir un deber jurídico *“con mayor o menor proyección social”*²¹. Admitida esa circunstancia, surge la cuestión de ponderar hasta qué punto es posible el ejercicio de la objeción por motivos de conciencia —la cual *prima facie* puede parecer justificada—, vista desde la óptica de las consecuencias negativas que su ejercicio produce respecto de los derechos de terceras personas.

En efecto, la protección de los derechos ocupa un lugar preferencial dentro de los propósitos constitucionales. Ello implica que el sentido y alcance de las fronteras fijadas por la Constitución ha de establecerse de manera que se confiera la más amplia realización posible al ejercicio eficaz y real de los derechos, lo que obliga a interpretar dichas fronteras utilizando criterios restrictivos y favorables a una extensiva puesta en vigencia de los derechos. Empero, resulta preciso admitir que no siempre se dispone de criterios jurídicos claros para determinar de antemano en caso de conflicto entre derechos o entre derechos y bienes jurídicamente protegidos, a cuál magnitud se le ha de conferir prioridad y en qué grado. Semejante situación no se soluciona sentando criterios generales capaces de resolver las polémicas de una vez por todas y para siempre. Si bien es cierto, parece posible sentar algunas pautas orientadoras, el derecho a alegar la inobservancia de un deber jurídico por motivos de conciencia debe ser analizado a la luz de las exigencias de cada caso en concreto.

Dentro de las pautas guía podrán mencionarse —como lo ha recordado la doctrina— el grado de importancia que ostenta “*el bien o valor jurídico o derecho protegido por el deber jurídico incumplido*”²². Así como “*el grado de reversibilidad de la lesión que tal incumplimiento produce*”²³. Cuando la obligación en cabeza de quien objetó implica una intervención apenas marginal o mínima de los derechos de terceras personas o puede encontrarse una persona que cumpla esa obligación sin que exista detrimento alguno de tales derechos, entonces no se ve motivo para impedir el ejercicio de la objeción de conciencia. Lo mismo sucede cuando el deber jurídico se establece en propio interés o beneficio de quien efectúa la objeción.

Algo diferente sucede entretanto con normas que contienen obligaciones destinadas a proteger intereses de personas determinadas. Tal es el caso de lo establecido en la sentencia C-355 de 2006. Las mujeres que se encuentran bajo las hipótesis que, con base en la interpretación de la Constitución, fueron avaladas por la Corte tienen interés en que si se hallan en esos supuestos, no se las penalice cuando deciden interrumpir en forma voluntaria su embarazo. En esta eventualidad se trata de intereses suficientemente relevantes que justifican restringir la libertad de conciencia por cuanto, de lo contrario, se desconocerían de manera desproporcionada los derechos constitucionales fundamentales de estas mujeres: su derecho a la salud, a la integridad personal, a la vida en condiciones de calidad y de dignidad. Se vulnerarían sus derechos sexuales y reproductivos y se les causaría un daño irreversible.

En efecto, también a este respecto podrían trazarse distinciones. Como lo recordó la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, una situación es, por ejemplo, la que deben afrontar los médicos que por motivos de conciencia se oponen a la práctica de interrupción voluntaria del embarazo al considerar que esta acción riñe de manera profunda con sus convicciones morales. En esta contingencia, cuando resulta factible asegurar que otra persona profesional de la medicina puede practicar la interrupción voluntaria del embarazo y ello ocurrirá de modo que se preserven de manera efectiva los derechos de la mujer gestante colocada bajo los supuestos previstos en la referida sentencia, entonces no habría ningún reproche frente al ejercicio de la objeción de conciencia.

Cosa distinta se presenta cuando el estado o las entidades promotoras de salud no aseguran la presencia del número de profesionales de la medicina suficientes para garantizar los derechos que le reconoció la

sentencia C-355 de 2006 a las mujeres. Si solo existe una persona profesional de la medicina que pueda practicar la interrupción voluntaria del embarazo bajo las hipótesis previstas en la referida sentencia, entonces deberá practicarlo; con independencia de si se trata de un médico adscrito a una entidad hospitalaria privada o pública, confesional o laica. En esta hipótesis la restricción a la libertad de conciencia del médico es totalmente legítima —en tanto proporcional y razonable—, pues conlleva la protección [entre otros] del derecho a la vida y la salud de la mujer embarazada; en otras palabras, ante esta eventualidad las consecuencias de la no prestación del servicio de interrupción del embarazo trae consigo perjuicios directos e irreversibles para la mujer gestante e infringe sus derechos constitucionales fundamentales, razón por la cual no puede admitirse su ejercicio cuando las consecuencias negativas sean tan elevadas en materia de derechos fundamentales.

Esta afirmación tiene fundamento, de una parte, i) al carácter relacional de los derechos que implica, de un lado, ejercer con libertad las libertades pero sin que ese ejercicio redunde en abuso o interfiera de manera injustificada, desproporcionada o arbitraria en el ejercicio de las libertades de las demás personas. ii) Significa, de otro lado, que las personas se reconozcan como parte integrante de un conglomerado social frente al cual surge el deber de propugnar por actuaciones respetuosas del bienestar general, solidarias, justas y equitativas. Actuaciones todas estas, sin las cuales el desarrollo integral de las personas y de la sociedad en su conjunto sería muy difícil e incluso poco probable. Y, finalmente, iii) resalta el papel especial que dentro de la sociedad cumplen los profesionales de la salud, especialmente cuando su labor implica la prestación de un servicio público, pues a la vez que se coloca en una posición especial respecto de los usuarios del servicio, de la misma se derivan deberes imposibles de aplazar o eludir.

Para el tema en concreto y entre los numerosos problemas vinculados con la pregunta acerca de los límites al ejercicio del derecho a objetar el cumplimiento de un deber jurídico por motivos de conciencia, uno de los más fundamentales y a la vez persistentes es la necesidad de fijar prioridades. Como se indicó, para tales efectos no parece factible sentar reglas o criterios muy generales y debe atenderse, más bien, a las circunstancias de cada asunto en particular. En el caso de las mujeres gestantes puestas bajo las hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006, en principio, las personas profesionales de la medicina pueden eximirse de

practicar la interrupción del embarazo por motivos de conciencia sí y solo sí se garantiza la prestación de este servicio en condiciones de calidad y de seguridad para la salud y la vida de la mujer gestante que lo solicite, sin imponerle cargas adicionales o exigirle actuaciones que signifiquen obstaculizar su acceso a los servicios de salud por ella requeridos, y con ello, desconocerle sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la salud sexual y reproductiva, a la integridad personal, a la dignidad humana.

En relación con lo antedicho cabe recordar en este lugar lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia T-209 de 2008 cuando sostuvo que “*la objeción de conciencia no [era] un derecho absoluto*” e insistió en que “[*l]os profesionales de la salud [debían] atender las solicitudes de interrupción de embarazo en forma oportuna de conformidad con la sentencia C-355 de 2006 y [era] su obligación remitir inmediatamente a la mujer embarazada a un profesional de la salud que [pudiera] practicar dicho procedimiento*”. A lo anterior agregó la Corporación en la precitada providencia T-209 de 2008:

“ii) en atención a la situación subjetiva de aquellos profesionales de la salud que en razón de su conciencia no estén dispuestos a practicar el aborto se les garantiza la posibilidad de acudir al instituto denominado objeción de conciencia; iii) pueden acudir a la objeción de conciencia siempre y cuando se trate realmente de una ‘convicción de carácter religioso debidamente fundamentada’, pues de lo que se trata no es de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto; y, iv) la objeción de conciencia no es un derecho absoluto y su ejercicio tiene como límite la propia Constitución en cuanto consagra los derechos fundamentales, cuya titularidad también ostentan las mujeres, y por tanto no pueden ser desconocidos” (subrayado ausente en texto original).

En acuerdo con lo anterior, resulta pertinente mencionar que existe un límite respecto de la titularidad para ejercer el derecho a la objeción de conciencia y, en este sentido, la Sala deja en claro que la objeción de conciencia se predica del personal que realiza directamente la intervención médica necesaria para interrumpir el embarazo. *Contrario sensu*, no será una posibilidad cuya titularidad se radique en cabeza del personal que realiza funciones administrativas, ni de quien o quienes lleven a cabo las activi-

dades médicas preparatorias de la intervención, ni de quien o quienes tengan a su cargo las actividades posteriores a la intervención.

En efecto, no guarda relación alguna con la naturaleza de la objeción de conciencia que el personal encargado de la apertura de la historia clínica, del archivo de la institución, de la recepción de los pacientes, de la limpieza de las instalaciones, etc. se abstenga de llevar a cabo su labor, pues difícilmente podrá encontrarse conexión real con motivos morales, filosóficos o religiosos; de la misma forma no existirá dicha posibilidad respecto del personal que desarrolla las labores médicas preparatorias como la práctica de los exámenes necesarios, la orientación respecto de las consecuencias del procedimiento, la asistencia psicológica previa a la intervención, etc.; finalmente, tampoco se encuentra sentido a que el personal médico que debe ayudar a la paciente en su etapa de recuperación luego de la intervención manifieste objeción de conciencia, pues la conexión entre los posibles motivos morales, religiosos o filosóficos y el incumplimiento de la labor que en ese preciso momento se realizan carece de fundamento alguno, siendo, por el contrario, muestra de una simple reprobación por la conducta ya realizada, situación que resulta por completo ajena a la objeción de conciencia, como hasta ahora ha sido explicada.

Finalmente, considera la Sala que deben existir límites formales, en el sentido de prever ciertos requisitos y procedimientos para ejercer en estos precisos casos el derecho de objetar en conciencia. En caso de que el personal médico que participará directamente en la intervención conducente a interrumpir el embarazo desee manifestar su objeción de conciencia respecto del procedimiento encomendado deberá hacerlo por escrito expresando:

- i) Las razones por las cuales está contra sus más íntimas convicciones la realización del procedimiento tendente a interrumpir el embarazo en ese específico caso, para lo cual no servirán formatos generales de tipo colectivo, ni aquellos que realice persona distinta a quien ejerce la objeción de conciencia, y
- ii) El profesional médico al cual remite a la paciente que necesita ser atendida. Esto teniendo siempre como presupuesto que se tenga certeza sobre la existencia de dicho profesional, sobre su peri-

cia para llevar a cabo el procedimiento de interrupción del embarazo y de su disponibilidad en el momento en que es requerido.

De esta forma se respeta el carácter garantista y plural que tiene el núcleo esencial de los derechos fundamentales, a la vez que se generan elementos para impedir que la objeción se constituya en barrera de acceso a la prestación del servicio esencial de salud de interrupción voluntaria del embarazo para las pacientes que así lo soliciten y se aporta seriedad y rigurosidad al ejercicio de la objeción de conciencia.

Queda pues de relieve, que la objeción de conciencia es un derecho de las personas **en el ámbito de su esfera privada** encaminado a lograr que el reducto más íntimo —su pensamiento y su conciencia— puedan ser conformados con plena libertad sin injerencias estatales o de particulares por entero inadmisibles en este terreno. Que cuando se ejerce dicho derecho, y en virtud de su carácter relacional, este tiene límites que no puede sobrepasar, so pena de realizar un ejercicio ilegítimo del derecho.

5.2. La objeción de conciencia como derecho individual y no institucional o colectivo

Resulta pertinente recalcar que las personas jurídicas no son titulares del derecho la objeción de conciencia y, por tanto, a las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud no les es permitido oponerse a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. En efecto, el ejercicio de la objeción de conciencia no se asimila a la simple opinión que se tenga sobre un asunto; por el contrario, son las más íntimas y arraigadas convicciones del individuo las que pueden servir como fundamento para el ejercicio de este derecho. Esta característica es ajena a las personas jurídicas, que en su constitución y ejercicio pueden concretar principios como la libertad de empresa o derechos fundamentales de sus socios, mas estos no podrán nunca transmitirles caracteres éticos y morales propios y exclusivos de las personas naturales.

Se resalta que negar el derecho de objeción de conciencia a las personas jurídicas, además de responder plenamente a la naturaleza de este, resulta un mecanismo efectivo para evitar limitaciones abusivas de la li-

bertad de las personas que laboran en las instituciones prestadoras del servicio de salud, las cuales podrían verse coaccionadas por posiciones restrictivas impuestas por los cuadros directivos de dichas instituciones.

En este punto no resultaría válido diferenciar, para el tema en concreto, entre las personas jurídicas privadas y públicas. Las principales razones serán que se trata de la prestación del *servicio público* de salud, dentro del sistema público de salud establecido por el estado, en donde se ve involucrada la protección de derechos fundamentales de los usuarios. En estos eventos no se está ante una institución privada que presta el servicio de salud en condiciones establecidas por un acuerdo privado basado en la mera liberalidad de las partes involucradas; por el contrario, se trata de la implementación del sistema de salud público, creado y vigilado en su ejecución por el estado y financiado con recursos públicos, en el que, aunque tienen oportunidad de participar personas jurídicas particulares, las reglas son muy lejanas a aquellas que regulan la primera situación mencionada. Cuando es el aspecto público el que prima en la prestación de un servicio [público], la autonomía privada debe entenderse drásticamente reducida, especialmente cuando se trata de la protección efectiva y real de derechos fundamentales como la salud, la vida, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

5.3. Las autoridades judiciales no pueden escudarse en la objeción de conciencia para negarse a tramitar o a decidir un asunto que se ponga bajo su consideración

La objeción de conciencia es un derecho que se garantiza de modo extenso en el campo privado —cuando no está de por medio el desconocimiento de derechos de terceras personas—. No obstante, queda excluida alegarla cuando se ostenta la calidad de autoridad pública. Quien ostenta tal calidad, no puede excusarse en razones de conciencia para abstenerse de cumplir con sus deberes constitucionales y legales pues con dicha práctica incurriría en un claro desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 2º y 6º de la Constitución Nacional. De conformidad con el primero:

“Son fines esenciales del estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la

participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares”.

Mientras que el sexto consagra:

“Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Lo consignado en los artículos transcritos, pone de relieve el papel que desempeñan las autoridades públicas y las diferencias sustanciales que surgen respecto del sentido y alcance de los deberes en cabeza de estas autoridades si se comparan con los que radican en cabeza de las personas particulares en lo relativo al ejercicio de la objeción de conciencia. Cuando se acepta voluntariamente ostentar la calidad de autoridad judicial e, incluso, cuando en calidad de particulares se asumen compromisos que implican el ejercicio de la actividad jurisdiccional, una de las consecuencias, si no la más importante, es el compromiso de velar por el estricto cumplimiento de la normatividad vigente.

En efecto, cuando un funcionario o funcionaria judicial profiere su fallo no está en uso de su libre albedrío. En estos casos el juez se encuentra ante la obligación de solucionar el problema que ante él se plantea —art. 230 de la Constitución—, con base en la Constitución y demás normas que compongan el ordenamiento jurídico aplicable. Esto por cuanto su función consiste precisamente en aplicar la ley —entendida esta en sentido amplio—, de manera que no le es dable con base en convicciones religiosas, políticas, filosóficas o de cualquier otro tipo faltar a su función. Lo anterior no significa que como persona no tenga la posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales; significa que en su labor de adminis-

trar justicia sus convicciones no lo relevan de la responsabilidad derivada de su investidura, debiendo administrar justicia con base única y exclusivamente en el derecho, pues es esa actitud la que hace que en un estado impere la ley y no los pareceres de las autoridades públicas, es decir, lo que define que en un estado gobierne el derecho y no los hombres, siendo esta la vía de construcción y consolidación del estado de derecho.

Adicionalmente, admitir la posibilidad de objetar por motivos de conciencia la aplicación de un precepto legal determinado significa, en el caso de las autoridades jurisdiccionales, aceptar la denegación injustificada de justicia y obstaculizar de manera arbitraria el acceso a la administración de justicia. Debe tenerse presente, que con el ejercicio de la función judicial está en juego la protección de los derechos constitucionales fundamentales que han sido, a su turno, el resultado de grandes esfuerzos por parte de grupos de la sociedad históricamente discriminados; como, en el caso que nos ocupa, lo han sido las mujeres.

Ha de repararse, de la misma manera, en que estas conquistas cristalizadas bajo la forma de derechos fundamentales, no siempre reciben aceptación pacífica por parte de todos los sectores de la sociedad y se ven expuestas, con frecuencia, a los ataques provenientes de quienes pretenden imponer un punto de vista abarcador y excluyente incompatible, como ya se dijo, con la apertura al pluralismo y con la necesidad de proteger y promover la diversidad cultural, tal como lo disponen los artículos 1º y 7º de la Constitución Nacional en armonía con otros preceptos contenidos en la misma Norma Fundamental²⁴.

Aquí cabe, por consiguiente, afirmar que las autoridades judiciales deben dejar de lado sus consideraciones de conciencia para que, en desarrollo del estado de derecho, se garantice el derecho que tienen las personas a acceder a la justicia y, por esa vía, asegurar que sus derechos constitucionales fundamentales sean debidamente respetados y protegidos. No se pueden convertir las razones particulares de conciencia de un funcionario o de una funcionaria judicial en obstáculo que impida a las personas obtener pronta y debida justicia.

Aparece claro, entonces, que quien voluntariamente resuelve convertirse en miembro de la rama judicial debe dejar de lado sus consideraciones de conciencia cuando se encuentre en ejercicio de sus funciones y ha de aplicar la normatividad vigente. Otra cosa sucede cuando estas personas obran en la esfera privada, por cuanto en ese ámbito la Constitución Nacional les reconoce la plena posibilidad de obrar de conformidad con los mandatos de su conciencia y les asegura que ello tendrá lugar sin intromisiones inadmisibles por parte del estado o de particulares.

Lo hasta ahora expresado se complementa con una reflexión de un tema anexo que se vincula inescindiblemente al asunto en estudio como parte de los elementos que garantizan una adecuada protección del derecho por cuenta de las autoridades judiciales: el tiempo que los jueces emplean para decidir sobre las acciones de tutela.

Las acciones de tutela deben ser falladas en el tiempo previsto por el art. 86 de la Constitución y el art. 29 del decreto 2591 de 1991 con miras a que se concrete la protección del derecho fundamental y se evite la consumación del daño.

Es de especial importancia recordar que el juez, sobre todo en casos como el que ahora nos ocupa, debe emplear todos los elementos que el ordenamiento pone a su alcance para evitar que se consume el daño sobre el derecho fundamental; en este sentido, el término de diez días para proferir fallo es solo un límite máximo —art. 86 de la Constitución— y que, por tanto, si las circunstancias lo ameritan el juez de tutela debe esforzarse en proferir un fallo en un tiempo que proteja efectivamente el derecho amenazado o vulnerado.

Cualquier omisión del juez en este sentido podría originar una situación irreversible para la mujer que, en el evento concreto, generaría responsabilidad del estado por inactividad de sus funcionarios, caso en el que debería estudiarse la viabilidad de una acción de repetición contra el funcionario que omitió proteger efectivamente el derecho.

5.4. Conclusiones

En conclusión, lo establecido respecto del ejercicio de la objeción de conciencia implica lo siguiente:

i) La objeción de conciencia es un derecho constitucional fundamental que como todo derecho dentro de un marco normativo que se abre a la garantía de protección y estímulo de la diversidad cultural (artículo 1º y artículo 7º constitucionales) no puede ejercerse de manera absoluta.

ii) El ejercicio del derecho constitucional fundamental a la objeción de conciencia recibe en la esfera privada por la vía de lo dispuesto en el artículo 18 superior una muy extensa protección que solo puede verse limitada en el evento en que su puesta en práctica interfiera con el ejercicio de derechos de terceras personas.

iii) Solo el personal médico cuya función implique la participación directa en la intervención conducente a interrumpir el embarazo puede manifestar objeción de conciencia; *contrario sensu*, esta es una posibilidad inexistente para el personal administrativo, el personal médico que realice únicamente labores preparatorias y el personal médico que participe en la fase de recuperación de la paciente.

iv) La objeción de conciencia se debe manifestar por escrito y debe contener las razones que impiden al funcionario llevar a cabo la interrupción del embarazo.

v) En lo relativo a la práctica del aborto inducido, la Corporación mediante la sentencia C-355 de 2006 destacó la necesidad de asegurar que el ejercicio *prima facie* admisible de la objeción de conciencia de personas profesionales de la medicina que obran como prestadores directos del servicio, pudiera restringirse cuando su ejercicio trae como consecuencia imponer una carga desproporcionada a las mujeres que colocadas bajo las hipótesis establecidas en la mencionada sentencia optan por la interrupción del embarazo.

vi) En cuanto es manifestación de íntimas e irrenunciables convicciones morales, filosóficas o religiosas, la objeción de conciencia es un derecho de cuya titularidad se encuentran excluidas las personas jurídicas.

vii) Las personas que ostentan voluntariamente la calidad de autoridades judiciales no pueden excusarse en la objeción de conciencia para dejar de cumplir una norma que ha sido adoptada en armonía con los preceptos constitucionales y que goza, en consecuencia, de legitimidad y validez pues ello supone desconocer el mandato establecido en el artículo 2º superior de acuerdo con el cual dentro de los fines estatales se encuentra “*garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*” así como proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares. La objeción de conciencia resulta, pues, en este entorno inadmisibles, por cuanto se traduce en una denegación injustificada de justicia y se liga con una seria, arbitraria y desproporcionada restricción de derechos constitucionales fundamentales, tanto más, cuanto varios de estos derechos han sido el resultado de luchas libradas por sectores de la sociedad históricamente discriminados cuyos logros suelen no ser bien recibidos por amplios sectores sociales quienes escudados en el ejercicio de la objeción de conciencia pretenden proyectar en la esfera pública sus convicciones privadas con una lógica impositiva y excluyente que contraría por entero el mandato de protección y estímulo de la diversidad cultural consignado de manera especial en la Norma de Normas (artículos 1 y 7 o superiores).

[...]

7. El caso concreto

[...]

A folio 33 del expediente, cuaderno 1º, se encuentra un escrito emitido por el juez Segundo Penal Municipal de la ciudad de Santa Marta el día 23 de agosto de 2006 mediante el cual resuelve decla-

rarse impedido para tramitar y decidir la acción de tutela de la referencia en los términos que se transcriben a continuación:

“Después de analizar la presente acción de tutela con base en el Decreto 2591/91 resuelve declararse impedido por las siguientes razones: / Si bien es cierto en armonía con el Código Civil, la criatura que permanece en el vientre de la accionante no es persona, de acuerdo a mi sentir, es una vida, lo anterior en armonía con la sentencia de la Corte Constitucional (T-179 de 1993), ser al que denomina la literatura jurídica NASCITURUS, ha expresado la Corte Constitucional: / ‘Nasciturus es el término con el que se denomina al no nacido que está por nacer. La discusión acerca de si el nasciturus es persona o no ha sido clásica en la literatura jurídica’ (subrayado añadido por el juez) / Dice también la Corte Constitucional en la Sentencia referenciada: / ‘Constitucionalmente la protección del No nacido se encuentra en el Preámbulo y en el artículo 11 (del derecho a la vida)’. / Lo anterior en armonía con el artículo 18 de la Constitución Nacional que en mi calidad de persona como juez de la República, garantiza mi libertad de conciencia, dicho de otra manera por mi formación CRISTIANA, BAJO NINGUNA CIRCUNSTANCIA ORDENARÉ la interrupción del embarazo, que en mi concepción PERSONAL, basado en principios bíblicos como el expresado en el capítulo 20 versículo 13 ‘no debes asesinar’ viola la ley divina, por lo que me declaro IMPEDIDO para resolver la presente acción de tutela, por ir en contra de mi conciencia. / Por lo anterior se ordena remitir la presente acción de tutela a la oficina Judicial para la designación correspondiente. Anótese la salida” (mayúsculas y subrayados añadidos por el juez).

Por medio de sentencia dictada el día 31 de agosto de 2006 el Juzgado Segundo Penal Municipal de la ciudad de Santa Marta resolvió negar la tutela. Fundamentó su decisión en la objeción de conciencia. En relación con lo anterior dijo que “[quería] dejar constancia [...] que muy a [su] pesar se [había declarado] impedido para conocer del presente procedimiento por la Institución de la OBJECCIÓN DE CONCIENCIA, la cual [era] Constitucional pues [estaba] plasmada en el artículo 18 de la Carta Magna”. Añadió que a propósito del caso bajo examen de su despacho se [presentaba] una “confrontación entre la ley y la conciencia individual que la Constitución Nacional [permitía] con la Institución de la OBJECCIÓN DE CONCIENCIA y por lo tanto no [existía] delito o falta alguna” (mayúsculas añadidas por el juez).

[...]

[Que] el artículo 18 [era] parte de la norma de normas y no [existía] nada conocido que [indicara] la exclusión de los jueces de la República, los cuales [eran] seres humanos con formación filosófica, religiosa, cultural, etc. [Agregó, finalmente,] que “no [había] podido estar tranquilo ante la pregunta de una persona en la calle, quien, [le había manifestado]: ‘doctor, dígame una cosa, ¿ese feto de seis meses está vivo verdad? Y lo sacan vivo y después, ¿cómo lo matan?, ¿lo estrangulan?, ¿lo inyectan o lo dejan en la mesa de cirugía hasta que se muera?’. Añadió que esta pregunta formulada por un transeúnte no [lo había dejado] dormir”. Luego de citar algunos pasajes doctrinales concluyó que no podía conceder el amparo solicitado por los motivos expresados.

Como se indicó en precedencia, el *ad quem* —Juzgado Segundo de Circuito de Santa Marta— revocó en todas sus partes el fallo emitido por el *a quo* y concedió el amparo de los derechos constitucionales fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud de la actora, así como ordenó a la EPS SaludCoop que en un término perentorio de 48 horas procediera a interrumpir el embarazo de la joven por los motivos expuestos en la sentencia. Ordenó, asimismo, practicar las pruebas diagnósticas “sobre el feto y los padres conforme lo recomendaron los médicos tratantes y suministrarle a la joven la atención psicológica que [requiriera]”.

Por ello en el caso *sub judice* se presentó carencia actual de objeto, por cuanto, de acuerdo con el informe del Procurador Delegado para la Defensa del Menor y la Familia y en cumplimiento del fallo de segunda instancia, el día nueve de septiembre del año 2006 se realizó la interrupción del embarazo. No obstante, dada la trascendencia y la relevancia constitucional que tiene el asunto bajo examen para el debido cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006 y con el propósito de atender a los fines de unidad interpretativa que asisten a la Corte Constitucional, consideró la Sala indispensable realizar las precisiones desarrolladas en precedencia a la luz de las cuales queda claro que el juez *a quo* obró de manera por entero incompatible con lo dispuesto con la normatividad vigente, primero, al negarse a conocer del trámite de la tutela invocada por motivos de conciencia y, luego, al denegar el amparo sobre la base de argumentos religiosos

por entero inaceptables en un estado social, democrático, participativo y pluralista de derecho como lo es el estado colombiano (Art. 1º C. N.).

[...]

La novedad en los efectos de la sentencia C-355 de 2006 y los varios aspectos difíciles que el tema involucra hacen que en este caso no se haga lo que de ordinario correspondería y que será obligatorio en los casos futuros: compulsar copias tanto a la Fiscalía como al Consejo Seccional de la Judicatura para lo de su competencia. Lo anterior no obsta para que la Corte resalte la gravedad del proceder del juez de primera instancia y la necesidad de que una conducta así no vuelva a presentarse y, por consiguiente, enfatice en que el desconocimiento de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional tiene consecuencias, máxime cuando dicha conducta afecte negativamente la protección debida a los derechos fundamentales.

En este lugar debe la Sala destacar, de nuevo, cómo por más profundas y respetables que sean las creencias religiosas de las autoridades judiciales en su ámbito personal, tales autoridades no pueden abstenerse de tramitar y decidir un caso puesto a su consideración aduciendo motivos de conciencia y tampoco pueden decidir con fundamento en sus propias convicciones morales desconociendo la obligación en cabeza suya de decidir de conformidad con la normatividad vigente, la cual, como se indicó, comprende no solo la ley, en sentido estricto, sino también la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia emitida en sentencias de control de constitucionalidad de las leyes y el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional cuando conlleva la infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, tal como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-335 de 2008. En otros términos: está vedado a quienes ejercen jurisdicción dictar lo que deben efectuar las personas en materia de valoraciones morales o abstenerse de aplicar la normatividad vigente y expedida en armonía con lo dispuesto en la Constitución Nacional, porque la consideran incompatible con sus propias creencias religiosas, morales, culturales o ideológicas. Si lo hacen, podrían incurrir en la hipótesis prevista para que se configurara el delito de prevaricato por acción. Por consiguiente surge la posibilidad de ser sancionadas penal y disciplinariamente.

Ha insistido la Corte Constitucional y lo reiteró en las consideraciones de la presente sentencia, en que las autoridades judiciales no pueden alegar la objeción de conciencia para abstenerse de autorizar solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo cuando la mujer gestante se halla en los supuestos permitidos por la sentencia C-355 de 2006. Por demás, no existe dentro del ordenamiento jurídico colombiano una disposición que permita a las autoridades judiciales declararse impedidas —como inicialmente alegó el *a quo*— para abstenerse de tramitar y de fallar tutelas en esas eventualidades. De una parte, y por los motivos indicados en las consideraciones de la presente sentencia, las funcionarias y los funcionarios judiciales emiten sus sentencias en derecho y no en conciencia. De otra, las causales de impedimento en el caso de las autoridades judiciales son taxativas —no prevén la objeción de conciencia— y son de interpretación restrictiva pues su ejercicio, como se explicó, significa un obstáculo al acceso a la administración de justicia y, con ello, una denegación injustificada de justicia y ausencia de protección de los derechos constitucionales fundamentales en contravía con lo dispuesto por la Constitución Nacional (arts. 2º y 6º C. N.).

[...]

Con apoyo en lo antedicho, confirmará la Sala el fallo emitido por el *ad quem* bajo las consideraciones expuestas y desarrolladas en la presente providencia. Adicionalmente, urgirá al Ministerio de la Protección Social así como al Ministerio de Educación Nacional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo para que de manera constante e insistente diseñen y pongan en movimiento campañas masivas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos que contribuyan a asegurar a las mujeres en todo el territorio nacional el libre y efectivo ejercicio de estos derechos y, en tal sentido, el conocimiento de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 así como lo desarrollado en la presente providencia y hagan el debido seguimiento de tales campañas para poder constatar su nivel de impacto y eficacia. Que estas campañas se enfoquen a transmitir información completa sobre la materia en términos sencillos, claros y suficientemente ilustrativos.

Así mismo, instará a la Superintendencia Nacional de Salud para que adopte las medidas indispensables con el fin de que las EPSs e IPSs —independientemente de si son públicas o privadas laicas o confesiona-

les— cuenten con las personas profesionales de la medicina y el personal idóneo y suficiente para atender el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo los supuestos previstos en la sentencia C-355 de 2006 sin incurrir en exigencias adicionales inadmisibles —como las enumeradas por esta Sala en el fundamento jurídico número 8 de la presente sentencia— cuya existencia obstaculiza la puesta en práctica de los derechos constitucionales fundamentales de las mujeres. Lo anterior deberá suceder en todos los niveles territoriales con estricta observancia de los postulados de referencia y contrarreferencia asegurando de esta manera que dentro de las redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal se garantice el servicio de interrupción voluntaria del embarazo.

[...]

III. DECISIÓN

[...]

RESUELVE:

[...]

SEGUNDO.- CONFIRMAR, con fundamento en las consideraciones expuestas y desarrolladas en la presente providencia, la sentencia emitida el día 8 de septiembre de 2006 por el Juzgado Segundo Penal de Circuito de Santa Marta la cual revocó en todas sus partes el fallo de tutela emitido por el *a quo* y concedió el amparo de los derechos constitucionales fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud en conexión con la vida de la ciudadana AA.

TERCERO.- ORDENAR al Ministerio de la Protección Social así como al Ministerio de Educación Nacional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo para que de manera pronta, constante e insistente diseñen y pongan en movimiento campañas masivas de promoción de los derechos sexuales

y reproductivos que contribuyan a asegurar a las mujeres en todo el territorio nacional el libre y efectivo ejercicio de estos derechos y, en tal sentido, el conocimiento de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 así como lo desarrollado en la presente providencia y URGIR a estas mismas entidades para que hagan el debido seguimiento de tales campañas con el objetivo de poder constatar su nivel de impacto y eficacia. Que las campañas se enfoquen a transmitir información completa sobre la materia en términos sencillos, claros y suficientemente ilustrativos.

CUARTO.- ORDENAR a la Superintendencia Nacional de Salud para que de manera pronta adopte las medidas indispensables con el fin de que las EPS e IPS —independientemente de si son públicas o privadas, laicas o confesionales— cuenten con las personas profesionales de la medicina así como el personal idóneo y suficiente para atender el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo los supuestos previstos en la sentencia C-355 de 2006 así como se abstengan de incurrir en exigencias adicionales inadmisibles —como las enumeradas por la Sala en el fundamento jurídico número 8 de la presente sentencia y bajo entera observancia de las exigencias determinadas en el fundamento jurídico 31 de la misma—. Lo anterior deberá suceder en todos los niveles territoriales con estricta consideración de los postulados de referencia y contrarreferencia asegurando, de esta manera, que dentro de las redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal se garantice el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo las hipótesis establecidas en la sentencia C-355 de 2006.

QUINTO.- COMUNICAR la presente decisión a la Superintendencia Nacional de Salud, al Defensor del Pueblo y al Procurador para que, dentro de la órbita de sus competencias, hagan seguimiento del cumplimiento de la presente sentencia e informen del mismo dentro del término de tres meses a la Corte Constitucional.

[...]

NOTAS

¹ Así lo dispone el artículo 7 de la Constitución Nacional: *“el estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”*.

² La aspiración de una norma constitucional como la de 1991 es obtener, en la medida de lo jurídico, fáctico y económicamente posible, la más plena realización de los valores y principios consagrados en el Preámbulo: *“el pueblo de Colombia en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz [...]”*.

³ Artículo 19: *“se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley”*.

⁴ Artículo 18: *“se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”*.

⁵ Artículo 20: *“se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”*.

⁶ El legislador tiene una muy amplia potestad de configuración no solo, y ante todo, porque supone representar a la sociedad en su conjunto (mayoría y minorías) algo que no ocurre con respecto a los demás poderes públicos sino por la manera como adopta sus decisiones: por medio del debate, de la discusión y de la publicidad (artículos 132 a 187 de la Constitución). Esto hace que el Congreso posea un mayor grado de legitimidad.

⁷ Marina Gascón Abellán, *Obediencia al Derecho y Objeción de Conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 202.

⁸ Sentencias T-409 de 1992, C-511 de 1994, C-561 de 1995, T-363 de 1995, C-740 de 2001, T-355 de 2002, T-332 de 2004.

⁹ Sentencias T-539a de 1993, T-075 de 1995, T-588 de 1998, T-877 de 1999, T-026 de 2005.

¹⁰ Sentencias T-547 de 1993, C-616 de 1997.

¹¹ Sentencias T-982 de 2001, T-332 de 2004.

¹² Sentencias T-411 de 1994, T-744 de 1996, T-659 de 2002, T-471 de 2005.

13 *Ibid.*, p. 203.

14 *Ibid.*, p. 204.

15 Lidia Casas, "La objeción de conciencia en salud sexual y reproductiva. Una ilustración a partir del caso chileno". En: *Más allá del Derecho. Justicia y Género en América Latina*, Luisa Cabal y Cristina Motta, (compiladoras), Bogotá, Siglo del Hombre Editores, p. 275.

16 *Ibid.*

17 *Ver supra* nota 7, p. 217.

18 *Ver*: Guillermo Escobar Roca, *La objeción de conciencia en la Constitución española*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 148 y 149.

19 *Ibid.*, p. 281.

20 *Ibid.*, p. 281-282.

21 *Ibid.*, p. 225.

22 *Ver supra* nota 7, p. 226.

23 *Ibid.*

24 Un caso paradigmático se presentó recientemente en España a raíz de la legalización del matrimonio entre parejas del mismo sexo. Respecto de esta posibilidad se elevaron voces que abogaban por el derecho de los jueces y de las autoridades públicas (bien fueran las funcionarias o funcionarios judiciales encargados del registro civil o alcaldes o concejales) para excusarse en razones de conciencia para intervenir en la celebración de tales uniones. Varios sectores de la sociedad y particularmente el Comité Ejecutivo de la Conferencia Episcopal Española manifestaron su desaprobación frente a la ley de matrimonios entre personas del mismo sexo y reivindicaron el derecho a la objeción de conciencia de las autoridades públicas para abstenerse de intervenir en la celebración de estas uniones. Cfr. <http://www.fluvium.org/-textos/cultura/cul271.htm>. También el Vaticano se pronunció al respecto para manifestar su disenso. El Gobierno español reaccionó pronto realizando el hecho de ser esta justamente una conquista comprometida "*con una concepción de la dignidad de la persona y la libertad en una sociedad abierta y plural*". Cfr. <http://www.deia.com/es/imprensa/2005/04/26-araba/d2/110577.php>.

III

REFLEXIONES INICIALES DESDE
LA PERSPECTIVA DE UNA
ACTIVISTA

CARMEN BARROSO



CARMEN BARROSO

Originaria de Brasil, Carmen fue profesora en la facultad de Sociología de la Universidad de Sao Paulo e investigadora Senior en la Fundación Carlos Chagas, donde creó el primer y más importante centro de estudios sobre la mujer de Brasil.

Desde 1991 hasta 2003, fue directora del Programa de Población y Salud Reproductiva de la Fundación MacArthur. Bajo su liderazgo, el programa financió a cientos de organizaciones locales en África, Asia y Latinoamérica y ayudó a dar a conocer las voces y experiencias de las mujeres del Sur Global en los foros de política internacional, especialmente durante la emblemática Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994.

Desde el 2003, Carmen se desempeña como la Directora Regional de International Planned Parenthood/Hemisferio Oeste (IPPF/WHR por sus siglas en inglés). Por medio de 41 asociaciones de miembros en las Américas y el Caribe, IPPF/WHR provee cerca de 33 millones de servicios al año.

Ha sido miembro de diferentes comités y comisiones internacionales. Actualmente es parte del Consejo Directivo de International HIV/AIDS Alliance, es Presidenta Adjunta del Panel de Género y Salud de la Organización Panamericana de la Salud y es miembro del Grupo de Expertos Independientes que forma parte de la Estrategia Global para Mujeres y Niños designado por el Secretario General de las Naciones Unidas.

Carmen tiene un doctorado en Psicología Social de la Universidad de Columbia. Ha recibido innumerables premios y reconocimientos académicos y por su servicio a la comunidad. Recientemente fue designada como una de los cien líderes mundiales en materia de salud maternal por parte de Women Deliver. La Dra. Barroso ha publicado numerosos artículos en revistas profesionales y medios, tanto en Brasil como en otros países, y ha sido consultora de varias organizaciones internacionales e intergubernamentales.

Mi corazón se rompió cuando leí este caso. Aunque no es para nada extraño que ocurra, de todos modos es molesto conocer las largas batallas legales por las que tuvo que pasar una joven para acceder a la interrupción del embarazo a la que legalmente tenía derecho.

Escribo esto, no desde la perspectiva de una académica, sino más bien como alguien que ha promovido, por décadas y de múltiples maneras, el derecho al aborto legal y seguro. Al inicio de mi carrera fui coautora de un libro sobre el aborto, publicado por el Frente Feminista en Sao Paulo¹. En la década de los 90, otorgué financiamiento a grupos que luchaban por el derecho al aborto en América Latina, África y Asia, incluyendo Católicas por el Derecho a Decidir y el Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) en México. Actualmente, como Directora Regional de International Planned Parenthood Federation/Región del Hemisferio Occidental, trabajo con organizaciones locales que no solo proveen planificación familiar para disminuir la necesidad de un aborto, sino que promueven también el derecho a acceder a servicios de aborto seguro cuando esta surge.

Desde diferentes perspectivas, siempre he mantenido la pasión por cambiar el destino de las mujeres, quienes no deberían tener que arriesgar sus vidas para ejercer el derecho a controlar su propio cuerpo y, desde una mirada pragmática, siempre he buscado la manera más efectiva de hacer de esto una realidad en diferentes contextos sociales, culturales y políticos. Tanto mi compromiso con esta causa como mi enfoque estratégico se derivan del respeto a la evidencia sólida y a los argumentos racionales que, entre otras cosas, aprendí de mi padre —un profesor de filosofía—, y que continué aprendiendo a través del rigor de los cursos de estadística de mi posgrado. Comparto esta historia personal para explicar lo mucho que aprecio el elaborado análisis de la Corte Constitucional colombiana sobre la objeción de conciencia al aborto y, también, para generar una mejor comprensión de mis reflexiones.

Permítanme comenzar por lo que encontré especialmente valioso en la decisión de la Corte. En primer lugar, que la decisión esté fundamentada en la noción de una sociedad pluralista es muy alentador, sobre todo en América Latina donde hemos luchado —con éxito relativo— para establecer la separación entre la Iglesia y el estado. Una y otra vez, en cada debate público sobre el aborto, nos encontramos en la necesi-

dad de argumentar que las personas que están en contra del derecho a decidir no tienen derecho a imponer su punto de vista como absoluto y exclusivo en una sociedad que tiene una pluralidad de perspectivas. En aras de la coherencia —si no por la mayor probabilidad de ganar aliados entre los indecisos— se deduce que también debemos defender la libertad religiosa y sus consecuencias dentro de los límites establecidos por un orden normativo superior.

Aquí, de nuevo, las observaciones de la Corte son muy acertadas. El derecho a la objeción de conciencia no es absoluto, ni puede atentar contra la facultad de otra persona de ejercer sus derechos. Utilizando principios jurídicos ampliamente conocidos —proporcionalidad, razonabilidad y reversibilidad— la Corte establece unas condiciones importantes que limitan el denominado derecho a la objeción de conciencia a la práctica del aborto, y que deberían aplicarse de la misma manera en otros países: solo las personas, no las instituciones, tienen derecho a objetar; solo las personas que participan directamente en la prestación del servicio pueden hacerlo, y todo objetor de conciencia tiene la obligación de remitir a la mujer a otra persona capacitada y dispuesta a prestar el servicio.

La prohibición categórica de la objeción de conciencia por parte de instituciones privadas que prestan servicios públicos podría tener un fuerte impacto en una región donde los servicios de salud son frecuentemente proporcionados por instituciones religiosas que reciben fondos públicos pero que se rigen por valores privados. En realidad, la Corte fue más allá al indicar que las instituciones deben contar con suficientes proveedores del servicio de aborto para poder responder a las necesidades de sus usuarias. Es interesante que la Corte fundamentó su decisión tanto en argumentos lógicos (solo los individuos tienen conciencia) como en consideraciones prácticas (deben existir suficientes proveedores), siendo ambos muy válidos.

El único punto en el que considero que la Corte no va lo suficientemente lejos es en su negativa a establecer normas y criterios generales, a pesar de que este caso da luces sobre varias reglas muy útiles. Establece, por ejemplo, que la persona que declara su objeción de conciencia debe presentar por escrito tanto las razones de la objeción como una remisión a un colega que acepte realizar la interrupción. Esta sabia

recomendación debería aplicarse en todos los casos. Hay otros puntos en los que se plantean cuestiones muy importantes que no derivan en recomendaciones generales. Por ejemplo, los conceptos de urgencia e irreversibilidad que aplican especialmente a la gestación por su rápido desarrollo y su fecha límite de nueve meses. La Corte da diez días a los jueces para resolver una solicitud de aborto, pero no establece tal precisión para los proveedores de servicios salud. Se necesitan urgentemente reglas claras que se apliquen de manera efectiva a las instituciones de salud para garantizar la prestación oportuna de los servicios de aborto a todas las mujeres que enfrentan circunstancias similares a las de la demandante del caso objeto de la presente publicación.

En un nivel más general, tal vez fuera de la competencia de la Corte, necesitamos urgentemente una mejor definición de lo que es “conciencia”. Los límites entre religión, moral, ideología y política deben ser mejor definidos y necesitamos debatir si todas las razones son igualmente válidas para una objeción de conciencia. Sospecho que gran parte de lo que se presenta como valores fundamentales en realidad no son más que un conjunto de hábitos heredados, prejuicios y mala interpretación de la información médica. Me gustaría proponer una idea para el debate: la objeción de conciencia informada. En una sociedad que respete el estado de derecho, las autoridades legítimas —las cortes— podrían designar un panel de expertos para preparar un breve curso de derechos humanos y aborto que los objetores de conciencia tendrían que tomar antes de ser relevados de la obligación de prestar el servicio de aborto. Sé que puedo ser acusada de replicar la versión perversa del consentimiento informado usada por aquellos que se oponen al derecho a decidir, pero ofrecer una oportunidad para educar a personal de la salud de vieja data no hace ningún daño si esta formación está fundamentada en evidencia sólida.

La otra dirección hacia la que debemos avanzar es en el reconocimiento de la objeción de conciencia en la prestación de los servicios de aborto, como lo ha planteado recientemente Lisa H. Harris en el *New England Journal of Medicine*². Inspirada en el libro clásico de Carole Joffe, *Doctors of Conscience: The Struggle to Provide Abortion before and after Roe v. Wade*³ —que retrata doctores tradicionales altamente calificados que, guiados por su conciencia, pusieron todo en juego para proveer abortos seguros por razones humanitarias antes de que fueran legales en Estados Unidos—, argumenta que es importante equilibrar el

énfasis actual en los deberes negativos con los deberes positivos. He aquí la descripción de Joffe sobre cómo estos médicos eran conscientes:

“Lo hicieron con poco que ganar y mucho que perder, enfrentando multas, encarcelamiento y pérdida de su licencia médica. Lo hicieron porque las creencias que más les importaban los obligaban a hacerlo. Vieron morir mujeres por abortos autoinducidos y por abortos practicados por personas no calificadas. Ellos entendieron que el aborto seguro salvaba vidas. Entendieron que la prestación de servicios de aborto honraba ‘la dignidad de la humanidad’ y hacerlo era lo correcto —incluso lo justo—. Realizaron abortos ‘por razones de conciencia’”⁴.

Joffe también argumenta que un desequilibrio en la aplicación de la noción de conciencia tiene importantes consecuencias jurídicas. Por ejemplo, no hubo exención en el cumplimiento de la ley para aquellos que en conciencia se opusieron a la *Ley Mordaza Global*, una antigua política que impedía a las organizaciones que recibían ayuda de Estados Unidos de América utilizar estos fondos para proporcionar, en sus países, información sobre aborto legal, servicios o remisiones a profesionales disponibles⁵.

Del mismo modo, Harris señala que una consecuencia perniciosa y general de este desequilibrio es reforzar el estigma asociado al aborto:

“[L]a ecuación según la cual conciencia es igual a no proveer servicios de aborto contribuye a la estigmatización de los prestadores de este servicio. Si los médicos que ofrecen servicios de aborto no tienen un derecho legítimo de actuar en buena conciencia, al igual que sus homólogos que se oponen al aborto, la implicación es que actúan con mala conciencia o careciendo completamente de la misma. Esta idea refuerza la imagen de los proveedores de aborto como faltos de moral. Estos estereotipos pueden disuadir a los médicos de ofrecer los servicios de aborto, contribuyendo a la escasez de proveedores. Aun más importante, los estereotipos pueden tener consecuencias peligrosas: los sociólogos confirman que el acoso y la violencia son las formas extremas de la estigmatización”⁶.

La sentencia colombiana es un hito que merece ser estudiado y difundido. Considerando las leyes restrictivas que existen en algunos países de nuestra región, tenemos muchos profesionales de la salud respetados que están arriesgando sus carreras y su reputación por defender los derechos de las mujeres. Un esfuerzo concertado para aplicar una definición más equilibrada de conciencia beneficiaría a muchas, muchas, mujeres a la vez que protegería al personal de la salud que se atreve a servirles.

NOTAS

¹ Frente de Mulheres Feministas, *O Que e o Aborto?* (Sao Paulo: Cortez,1980).

² Lisa H. Harris, "Recognizing Conscience in Abortion Provision", *New England Journal of Medicine* 367 (2012): 981-983.

³ Carol Joffe, *Doctors of Conscience: The Struggle to Provide Abortion before and after Roe v. Wade* (Boston: Beacon Press, 1995).

⁴ *Ibid.*

⁵ La Ley Mordaza Global (*The Global Gag Rule*) —o Política de Ciudad de México— fue impuesta por primera vez por la administración de Reagan en 1984 en la Conferencia Internacional sobre la Población de las Naciones Unidas en Ciudad de México. Fue anulada en 1993 por el presidente Clinton, vuelta a imponer en 2001 por el presidente George W. Bush y, una vez más, anulada por el presidente Obama en 2009.

⁶ *Ver supra* nota 2, p. 982.

IV

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA SOBRE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

BERNARD M. DICKENS



BERNARD M. DICKENS

Abogado con máster en Derecho y doctor en Derecho y Criminología, así como en Jurisprudencia Médica (Universidad de Londres). La Universidad de Sherbrooke (Quebec, Canadá) le otorgó el grado honorario de doctor en Derecho. Además de ser miembro del colegio de abogados de Inglaterra y del de Ontario, es Oficial de la Orden de Canadá.

Bernard es profesor emérito de Derecho y Políticas Públicas en Salud de las Facultades de Derecho, de Medicina y en el Centro de Bioética de la Universidad de Toronto. Es coeditor de asuntos éticos y legales de la revista *International Journal of Gynecology and Obstetrics* y, desde el año 2003, ha presidido el comité ético de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO, por sus siglas en inglés).

El profesor Dickens ha escrito más de 435 publicaciones, incluyendo libros, capítulos de libros, artículos e informes, principalmente en las áreas de la medicina y del derecho de la salud. Es coautor, junto con Rebecca J. Cook y Mahmoud F. Fathalla, de *Salud Reproductiva y Derechos Humanos: integración de la medicina, la ética y el derecho*, publicado en 2003 por Oxford University Press. Su último libro, escrito junto con Rebecca J. Cook y Joanna N. Erdman, se titula *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*, publicado en agosto de 2014 por University of Pennsylvania Press. Próximamente será publicado también en español.

1. INTRODUCCIÓN

La Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-355 de 2006, determinó las condiciones bajo las cuales el aborto puede ser realizado legalmente en Colombia. La sentencia T-388/09¹ aborda el caso de la terminación de un embarazo, con indicación médica y judicialmente autorizado, de un feto con graves malformaciones de cerca de 23 semanas de edad gestacional, para la que se requirió cirugía. En la sentencia T-388/09, la Corte retoma la sentencia C-355/06 e ilustra cómo la objeción de conciencia del personal de salud para no participar en un procedimiento de aborto debe ser equilibrada con el reclamo, también consciente, de las mujeres de acceder a atención de salud en casos de aborto. En últimas, se consolidaron los estándares jurídicos con respecto a:

- a) El alcance legítimo de las solicitudes de objeción de conciencia respecto de los procedimientos dirigidos a terminar un embarazo;
- b) Los límites de dichas solicitudes, y
- c) Los legítimos solicitantes de las mismas.

Si bien la Corte Constitucional aclaró de esta forma los estándares jurídicos para la objeción de conciencia al aborto en Colombia, su jurisprudencia trasciende este país y sus disposiciones constitucionales particulares. La sentencia de la Corte encuentra un lugar adecuado en la jurisprudencia internacional, además de darle luces a la misma, al tiempo que es enteramente consistente con los tratados internacionales aplicables.

La Corte Constitucional de Colombia se pronunció sobre el derecho a salud de las mujeres cuando el personal de salud invoca de manera adecuada su derecho a la objeción de conciencia para realizar procedimientos de aborto legal. La Corte reconoció que el objetivo de formarse y cualificarse como profesional de la salud (lo que puede requerir una fuerte inversión pública) es ofrecer atención médica en lugar de negarla u obstaculizarla². Por consiguiente, aquellos con licencia para proporcionar tratamientos médicos legales solo pueden negarse a brindar atención de forma excepcional. La excepción depende de que los pacientes tengan alternativas ciertas para acceder al tratamiento médico adecuado, te-

niendo en cuenta que el objetivo y la responsabilidad del sistema de salud es atender las necesidades de los pacientes en lugar de los intereses espirituales, o de otra índole, de los proveedores de servicios de salud. La Corte se basó en su jurisprudencia de 2006 sobre la legalidad del aborto, para determinar que la objeción de conciencia es justificable solo cuando es factible que la paciente reciba la atención para el aborto de forma oportuna y apropiada por parte de otro profesional de salud capacitado y dispuesto a proporcionarla³.

La Corte dictaminó que es necesario proteger el ejercicio de las libertades, como la objeción de conciencia; pero, solo en la medida en que no resulta, incluso de forma inadvertida, en abuso o injerencia injustificada, desproporcionada o arbitraria en los derechos de las demás personas. La objeción del personal de salud calificado para realizar un aborto legal es aceptable solo si, a pesar de la objeción de conciencia por parte del proveedor de servicios inmediato, existe la garantía de que las mujeres embarazadas tendrán acceso a servicios de calidad y seguros, sin barreras adicionales que interfieran con su acceso al sistema de salud y sin limitar sus derechos constitucionales a la vida y a la salud sexual y reproductiva, o el respeto de su integridad personal y dignidad humana.

La Corte reiteró el principio político y filosófico del estado de derecho por encima de la obediencia a una ley *superior* o *divina* interpretada, de diversas formas, por autoridades religiosas o similares que no están sometidas al control democrático. La sentencia es respetuosa de la libertad religiosa y de la libertad de conciencia, así como de la necesidad de manifestar el mismo respeto por la decisión consciente de recurrir a un aborto legal o de abstenerse de participar en este. La Corte mantuvo el equilibrio exigido por el derecho internacional al indicar que la objeción de conciencia no puede ser absoluta. Por ejemplo, el artículo 18(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece que:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye [...] la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”.

No obstante, el artículo 18(3) establece que:

“La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

Por lo tanto, el derecho a la objeción de conciencia está limitado por determinados intereses, como la salud y la protección y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de las demás personas.

Este artículo ofrece una breve mirada general del derecho a la objeción de conciencia en relación con el aborto, definiendo su alcance y sus límites. El artículo destaca la importancia de la sentencia T-388/09 en el desarrollo de normas más claras sobre cuándo se puede invocar el derecho a la objeción de conciencia en este contexto, examinando con detalle la sentencia e indicando en qué medida la decisión contribuye al debate y proporciona luces sobre quién puede invocar el derecho a la objeción de conciencia y cuándo puede hacerlo. Dada la importancia que tienen los funcionarios públicos, como los jueces, para garantizar el acceso a los servicios de aborto, el presente artículo les dedica una sección entera.

2. EL ALCANCE LEGÍTIMO DEL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

La Corte determinó que el derecho a la objeción de conciencia para realizar los procedimientos de aborto es legítima cuando se cumplen dos condiciones básicas: 1) cuando el objetor está obligado legalmente a llevar a cabo un acto de *directa participación* en un procedimiento de aborto, y 2) cuando la mujer que solicita el aborto legal tiene una alternativa viable para acceder al procedimiento oportunamente⁴.

Según la Corte, la *participación directa* en un aborto se relaciona con la preparación quirúrgica, gestión y realización del mismo. La objeción de conciencia, por lo tanto, debe estar disponible para el personal de enfermería que prepara a la paciente inmediatamente antes del procedimiento, por cirujanos, anesestesiólogos e instrumentadoras quirúrgicas. De la categoría de *participantes directos* se excluye el personal de sa-

lud que proporciona a las pacientes los cuidados de rutina, tales como el ingreso hospitalario, la acomodación antes de la preparación para la cirugía y la prestación de cuidados postoperatorios. Incluidos en esta categoría están también los médicos en formación a quienes se solicite que observen los procedimientos quirúrgicos, así como los miembros del personal administrativo de la institución de salud. El personal administrativo directamente involucrado con el procedimiento de aborto puede incluir médicos, enfermeras o, por ejemplo, parteras o personas que desempeñan su cargo en una jerarquía religiosa como, por ejemplo, los sacerdotes ordenados. No obstante, las acciones como la admisión de pacientes que solicitan un aborto en las instituciones de salud, la programación de espacio y tiempo para la cirugía, la aprobación de salida después del procedimiento quirúrgico y la gestión de la cobertura del seguro no se consideran una *participación directa* que justifique, legalmente, la solicitud de objeción de conciencia. Del mismo modo, los participantes involucrados más remotamente, como el personal de oficina, el personal de ambulancia y los farmacéutas que despachan medicamentos de rutina no se consideran *participantes directos* en los procedimientos médicos de las pacientes⁵.

Los ejemplos dados en la sentencia T-388/09 para explicar lo que se considera como participación directa e indirecta no contemplaron el aborto no quirúrgico realizado mediante la administración de fármacos abortivos en las primeras semanas de embarazo, particularmente el uso de mifepristona y misoprostol. La administración de estos medicamentos produce lo que hoy se denomina frecuentemente *aborto con medicamentos* o *aborto médico*, para diferenciarlo del aborto quirúrgico. No obstante, los principios establecidos por la Corte Constitucional parecen aplicarse también al aborto farmacológico puesto que el razonamiento de la Corte no se basó en el tipo de procedimiento, sino en los derechos en juego, que son los mismos sea el aborto médico o quirúrgico. Esto significa que los médicos u otras personas autorizadas para prescribir medicamentos, pueden invocar la objeción de conciencia para prescribir fármacos abortivos. Vale la pena señalar, sin embargo, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado que los farmacéutas no pueden invocar la objeción de conciencia para negarse a entregar medicamentos anticonceptivos prescritos de forma que en la práctica se prohíba u obstruya el acceso de las pacientes a los mismos⁶. Este mismo principio podría aplicarse a la entrega de medicamentos abortivos, ya que el acto de dispensar estos fármacos no se considera una *participación directa* en el procedimiento de aborto.

El personal de enfermería que realiza, bajo supervisión médica, abortos con prostaglandina son consideradas como *participantes directos* con derecho a la misma protección jurídica que gozan sus supervisores médicos⁷, así como el derecho a invocar la objeción de conciencia. En este tipo de procedimiento, los médicos inician la acción mediante la inserción de un catéter delgado en el útero de la paciente y de cánulas en sus venas. Luego, miembros del personal de enfermería supervisan la administración de la prostaglandina y de la oxitocina, ajustando el goteo según sea necesario. A continuación, este personal atiende directamente a las pacientes mientras el contenido uterino es expulsado, completando así, la interrupción del embarazo. Tanto los médicos como el personal de enfermería que se ocupa de estas pacientes son, en consecuencia, participantes directos pues en efecto llevan a cabo este tipo de abortos. Por el contrario, ni el personal que limpia los quirófanos luego de los procedimientos ni el personal de enfermería que cuida a las mujeres en la recuperación postoperatoria entran en esta categoría.

La Corte consideró que no es factible establecer normas o criterios generales para determinar los límites del derecho a la objeción de conciencia, puesto que estos deben determinarse en cada caso. Sin embargo, citó y reafirmó la sentencia C-355 de 2006 para indicar que, en principio, el personal de salud que objeta está obligado a remitir a la paciente a quien se ha negado el aborto a otro que esté capacitado y dispuesto a realizarlo. La Corte determinó que el estado o el sistema de salud deben garantizar la presencia de un número suficiente y una adecuada distribución del personal de salud para proteger los derechos de las mujeres que quieren acceder a un servicio de aborto legal. Si, en la práctica, solo está disponible un profesional para realizar de forma oportuna el aborto legal que la mujer solicita, este estará legalmente obligado a realizar el procedimiento, ya sea que esté vinculado a un hospital público o privado, religioso o laico. En este caso, la restricción a la libertad es proporcional y razonable, puesto que la continuación no deseada del embarazo ocasionaría a la mujer un perjuicio directo e irreversible que duraría toda su vida, además de vulnerar sus derechos constitucionales fundamentales. En consecuencia, los profesionales, las asociaciones de profesionales y/o las autoridades gubernamentales de salud pueden librar a estos profesionales de esta responsabilidad legal estableciendo mecanismos para una remisión oportuna de pacientes a otros profesionales que estén dispuestos y que puedan proveer el aborto y servicios médicos comparables⁸.

Invocar el derecho a la objeción de conciencia requiere asimismo que se realice de forma honesta. Se ha observado, en ocasiones, que los profesionales de la salud que plantean objeción de conciencia para realizar un aborto en hospitales públicos lo hacen por temor al estigma social pero luego ofrecen el servicio, con mayor confidencialidad y por lo general con un costo mayor, en instalaciones privadas y, a veces, en clínicas donde tiene intereses económicos⁹. Sin embargo, no hay evidencia de esto ante la Corte Constitucional y esta no se refirió a este tipo de declaraciones engañosas. Del mismo modo, la Corte tampoco abordó lo que significa un fundamento religioso adecuado para la conciencia en otros países ya que, en Colombia, las demandas de objeción de conciencia al aborto, casi invariablemente, se derivan de la adhesión a la Iglesia católica romana.

El enfoque de la Corte sobre cómo evitar que el derecho a la objeción de conciencia provoque un daño grave e irreversible a las mujeres y una negación de su derecho constitucional a la vida, confirma que la conciencia no puede ser invocada para negar el servicio cuando la continuación del embarazo pone en peligro la vida o, de forma permanente, la salud. De todos modos, la doctrina del *doble efecto* que, en principio, la Iglesia católica romana ha aceptado, dicta que “*no hay maldad en realizar un procedimiento legítimo por una razón apropiada cuando el efecto de no hacerlo es inadecuado para su propio bien*”¹⁰. En otras palabras, el objetivo legítimo de proteger la vida o la salud de la mujer es característico de este procedimiento y la terminación de ese embarazo que la pone en peligro es un efecto secundario incidental no deseado, pero inevitable, que no genera ninguna culpa¹¹. Por lo tanto, interrumpir un embarazo que salva o protege la salud de la mujer no deshonra la conciencia.

3. LÍMITES DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Como se señaló previamente, los límites admisibles de la objeción de conciencia están implícitos en lo que queda por fuera de lo que la Corte reconoció como el ámbito legítimo de la objeción. El objetivo de la Corte no fue definir o delimitar el alcance de la objeción de conciencia en términos arrogantes, sino afrontar un desafío al derecho en una democracia, generado por demandas de conciencia religiosa. La Corte citó disposiciones constitucionales destinadas a asegurar una democracia participativa y pluralista, respetuosa

de los derechos humanos —incluyendo los derechos religiosos— sin favorecer a una religión sobre otra y sin obligar a las personas a ajustarse a valores o principios de inspiración religiosa que voluntariamente no comparten. La moral o las convicciones de conciencia de cada persona deben ser protegidas y respetadas cuando al hacer esto no se perjudica significativamente el igual derecho de las otras personas a su propia moral o convicciones de conciencia. La Corte consideró esto especialmente pertinente en el contexto del aborto ya que la sentencia C-355 de 2006 protege los intereses de mujeres y niñas para acceder a abortos que son legales dentro de los términos de esa sentencia. La C-355/06 está basada en intereses de suficiente importancia —los derechos constitucionales de la mujer a la vida, a la salud, a la integridad personal, a la dignidad y la protección contra un daño irreversible— como para justificar la restricción de la libertad de conciencia.

Para dar efecto a la conclusión anterior, la Corte limitó el uso de la objeción de conciencia al personal de salud involucrado en los procedimientos de aborto. No obstante, para cada caso deben declarar su objeción de conciencia por escrito, indicando los motivos de su objeción a este caso en particular. La objeción debe hacer referencia a los hechos particulares de ese caso, sin utilizar conceptos generales o apoyándose en otras personas o entidades, como las autoridades religiosas. El escrito debe además indicar el médico sustituto a quien se va a remitir la paciente y que está dispuesto y capacitado para realizar el aborto cuando sea necesario. La transgresión de estas normas puede derivar en sanciones por el ejercicio ilegítimo del derecho a la objeción de conciencia.

En su argumentación la Corte indicó que los derechos fundamentales de las personas bajo la Constitución, que incluyen el derecho al aborto legal en las condiciones especificadas en su sentencia de 2006, no siempre son bien recibidos. Los ataques contra estos derechos se basan a menudo en perspectivas absolutistas, incompatibles con los principios de pluralidad y diversidad cultural. La Corte no adjudicó explícitamente a las autoridades de la Iglesia católica romana la responsabilidad de dirigir este tipo de ataques en Colombia, pero aludió al desprecio que las autoridades de la Iglesia han expresado hacia las leyes democráticas que se apartan de la interpretación que hace la Iglesia de la ley divina, lo que a menudo se invoca para respaldar las solicitudes de objeción de conciencia¹².

Con respecto a la solicitud de objeción de conciencia de un juez (véase FUNCIONARIOS PÚBLICOS, más adelante), la Corte señaló de inmediato que las autoridades judiciales deben dejar de lado sus convicciones personales para que el estado de derecho pueda proteger los derechos constitucionales fundamentales de las personas y garantizar que tales derechos sean respetados. El estado de derecho, que protege las decisiones de los poderes públicos laicos, de origen democrático y responsables ante el público, contrasta con la ley natural interpretada por la religión, en particular, la ley natural de la Iglesia católica romana. Esta supuesta *ley* se basa en la afirmación de que la razón humana universal puede discernir entre leyes universales, objetivas y morales lo que, por ejemplo, permite justificar la desobediencia civil a la legislación estatal. En la tradición católica romana, los principios de la ley natural son revelados a los concilios designados por los papas y, desde 1870, se ha sostenido que las declaraciones papales sobre la doctrina, expresadas *ex cathedra*, son doctrinalmente infalibles, y exigen obediencia¹³. La Corte dejó en claro que en Colombia (un estado pluralista democrático respetuoso de las convicciones religiosas y de otro tipo), la objeción de conciencia está sujeta a los límites jurídicos que protegen los derechos constitucionales de las mujeres, entre otros, el derecho al aborto legal. El estado de derecho exige y justifica la obediencia a la ley establecida bajo la Constitución del estado, en lugar de hacerlo frente a principios que se cree que fueron revelados por la divinidad a un líder religioso que no responde políticamente ante el público.

Según el artículo 18(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y diversas normas constitucionales y legales análogas, las personas son libres en su pensamiento, conciencia y religión. El límite lo establece el artículo 18(3) del PIDCP que reconoce cómo uno puede “*manifestar su propia religión o creencias*”. Manifestar la religión o las creencias está “*sujeto únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger [...] los derechos y libertades fundamentales de los demás*”. La Corte Constitucional impuso estos límites jurídicos sobre la objeción de conciencia con el interés de proteger el derecho fundamental de las mujeres al aborto legal.

Es frecuente que se exija a los empleadores ajustarse a las prácticas religiosas de sus empleados tanto como sea razonablemente posible, pero nunca hasta el punto en que esto afecte el propósito del empleo del trabajador. Por ejemplo, no se debe ofrecer al personal de salud objetor de conciencia —y ellos no

deberían aceptar— empleos que requerirán inevitablemente la desobediencia a su conciencia¹⁴. El personal de enfermería que se opone al aborto debe ser reemplazado, cuando sea posible, por otro no objetor cada vez que se requiera la participación directa en los procedimientos de aborto sin que esto comprometa el empleo de los objetores y el desarrollo de su carrera. Sin perjuicio de los deberes de ajuste razonable por parte de los empleadores, los empleados objetores deben sin embargo decidir si eliminan las manifestaciones de sus convicciones o buscan otro empleo que sea compatible con sus preferencias¹⁵.

4. LOS TITULARES DEL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Se ha explicado que solamente el personal de salud y otros que podrían ser participantes directos en un procedimiento de aborto tienen derecho a no hacerlo por razones de conciencia. La Corte Constitucional estableció claramente que las instituciones de salud, en particular los hospitales, no pueden alegar objeción de conciencia como un derecho institucional o de forma colectiva¹⁶. Esto es de importancia mundial tomando en cuenta el número de países en donde existen hospitales de filiación religiosa. De hecho, en Estados Unidos y en Canadá, por ejemplo, las agencias católicas están utilizando su influencia financiera y política para lograr fusiones con hospitales no católicos, especialmente aquellos en crisis económica¹⁷. Esto puede estar haciéndose con el propósito de crear nuevas instituciones hospitalarias que sigan las directrices católicas romanas y que, por lo tanto, restrinjan la prestación de aquellos servicios de salud a los que se opone la Iglesia, en particular, los servicios de aborto.

El rechazo de la Corte Constitucional al derecho de una institución médica (como un hospital, una clínica, o una facultad de medicina) a invocar la objeción de conciencia para darle cabida al aborto es además coherente con la doctrina católica romana. En la tradición católica, el aborto es considerado como un pecado mortal, lo que significa la *muerte del alma*, a menos que se conceda la absolución a la persona infractora. Sin embargo, una *persona* jurídica como lo es una entidad hospitalaria, no tiene un alma que deba preservarse y, por lo tanto, no existiendo un alma, no puede existir un derecho a la objeción de conciencia¹⁸. El “*derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión*”, como derecho humano, protege a los seres humanos vivos y no a las entidades que se crean para fines sociales, comercia-

les u otros, incluso si estas entidades se consideran como *personas jurídicas* de conformidad con otras áreas del derecho.

En la C-355 de 2006, la Corte sostuvo que un hospital no puede invocar el derecho a la objeción de conciencia. Un hospital, como entidad corporativa, no puede en sí mismo ejercer la medicina o participar directamente en procedimientos médicos. La Corte reiteró este estándar en la sentencia T-388/09, señalando específicamente que las instituciones tienen terminantemente prohibido alegar objeción de conciencia, así como celebración de acuerdos individuales o colectivos de objeción, negarse a practicar abortos y/o manifestar que ninguno de los profesionales de la salud del hospital va a participar en la prestación de servicios de aborto. Esta última prohibición se basó en el temor de que, después de la sentencia C-355, algunas instituciones de salud discriminaran a profesionales que quisieran ser contratados, o a los ya contratados, disuadiéndolos de proporcionar un aborto legal médicamente requerido y solicitado por la mujer. La Corte hizo hincapié en la necesidad de evitar que las entidades que prestan servicios de salud limiten las libertades individuales de sus empleados conscientemente comprometidos con el cuidado de sus pacientes, mediante restricciones doctrinales o lineamientos impuestos por el personal directivo¹⁹.

Los hospitales, ya sean públicos o administrados por instituciones religiosas, son frecuentemente valiosos para las comunidades en las que se ubican. Incluso, fuera de las zonas más pobladas, pueden ser los únicos centros a los que pueden acudir de manera efectiva los residentes de las zonas de influencia para recibir la atención médica necesaria más allá de los servicios más básicos. Cuando los hospitales inducen o alientan a las comunidades a depender de sus servicios para la atención en salud, no es admisible que estos y/o sus proveedores de servicios médicos obstruyan la atención invocando razones de conciencia, a menos que las personas que dependen de ellos sean remitidas rápidamente a centros alternativos de atención accesibles, apropiados y dispuestos a brindar asistencia.

Entre los miembros de las confesiones religiosas cristianas, los católicos romanos se diferencian de muchas maneras de, por ejemplo, los Testigos de Jehová. Los primeros ejercen influencia internacional a través del estatus de la Santa Sede (es decir, el Vaticano), mientras que los segundos no tienen una in-

fluencia comparable. La iglesia de los católicos romanos afirma ser la iglesia universal a la que todos deben pertenecer y por ello se opone, nacional e internacionalmente, a la promoción e implementación de políticas contrarias a sus enseñanzas, mientras que los miembros de los Testigos de Jehová rechazan el uso de transfusiones de sangre y productos de sangre en su propio tratamiento médico individual pero no promueven o hacen campañas para que las transfusiones y productos sanguíneos sean negados a aquellos con diferentes creencias.

Uno podría dudar de la conveniencia y del nivel de respeto ético hacia una comunidad que dependa de los servicios de salud de un hospital afiliado a los Testigos de Jehová que realizara procedimientos quirúrgicos y similares, pero que prohibiera la prestación de servicios de transfusión sanguínea o el uso de productos sanguíneos como el plasma. Algunas comunidades, sin embargo, dependen de hospitales católicos que niegan los servicios de aborto y el acceso a métodos modernos de anticoncepción y servicios comparables que ofenden la conciencia católica. Tales restricciones en los hospitales de filiación religiosa contradicen el pluralismo exigido por la Constitución de Colombia.

5. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Una característica notable del caso que condujo a la decisión de la Corte Constitucional fue que, aunque los médicos habían recomendado la interrupción del embarazo de la mujer demandante, para garantizar su legalidad se realizó una —innecesaria— solicitud de aprobación judicial previa, frente a la cual el juez se negó a ejercer su jurisdicción basado en un conflicto de intereses relacionado con su objeción de conciencia para declarar este aborto como legal. Cuando un juez superior rechazó su declaración y el caso le fue devuelto para que lo decidiera, el juez negó la protección, de nuevo, por razones de objeción de conciencia. La Corte Constitucional condenó esta actitud como una omisión grave de la función judicial y una violación del estado de derecho. Los funcionarios públicos, explicó la Corte, no pueden dejar de ejercer sus funciones públicas debido a sus creencias personales. Los jueces, en particular, no pueden aplicar la ley a la que se comprometieron respetar, subordinándola a sus principios personales y poniéndola a disposición de sus sistemas religiosos o de otro tipo de creencias individuales.

Los jueces gozan de libertad de pensamiento, conciencia y religión en sus vidas personales o privadas; pero, al igual que el personal de salud, farmacéutas²⁰, parteras²¹ y otros, no son libres “de manifestar [su] religión o creencias” para negar a otras personas sus derechos y sus libertades fundamentales. La responsabilidad en cuanto al respeto de los derechos de las demás personas, como el derecho de las mujeres al aborto legal, son de especial importancia en el desempeño de cargos públicos. De la misma manera que los bomberos no pueden elegir con base en sus convicciones y creencias personales, cuales propiedades van a intentar preservar del fuego y cuales van a permitir pasivamente que se quemen, los jueces no pueden decidir si juzgan o no un caso que se les asigna y que están autorizados para juzgar o determinar la sentencia con base en sus convicciones personales y no de acuerdo al derecho.

El fallo de la Corte encaja en una naciente jurisprudencia que distingue entre la conciencia y/o las convicciones religiosas que los funcionarios públicos pueden tener en sus vidas privadas y las creencias que pueden manifestar legítimamente en el ejercicio de sus funciones públicas. En *Rodríguez c. Chicago*, la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de Estados Unidos sostuvo que un oficial de policía designado para defender una clínica de abortos de una multitud hostil no podría rechazar su asignación por motivos de objeción de conciencia a los procedimientos que se realizan en dicha clínica²². Asimismo, una Corte de Apelación de una provincia canadiense declaró que si bien un funcionario de una institución religiosa (por ejemplo, una iglesia) puede, con base en la libertad de religión, negar a la solicitud de matrimonio a una pareja del mismo sexo, los comisionados matrimoniales, autorizados por el gobierno para solemnizar los matrimonios no religiosos, no pueden discriminar por motivos de orientación sexual y negarse a cumplir con sus responsabilidades públicas sobre la base de sus convicciones religiosas personales²³. Estos casos confirman que los funcionarios públicos deben servir al público de forma neutral, sin favorecer o discriminar por motivos personales religiosos o de otro tipo. Al igual que en el sector privado, no pueden aceptar el cargo si no pueden cumplir, con base en sus creencias o conciencia personales, con cualquiera de las funciones requeridas, tampoco pueden supeditar las responsabilidades que corresponden a su cargo a sus intereses religiosos o personales de otro tipo.

6. CONCLUSIÓN

La Corte Constitucional de Colombia ha dirigido su atención a las características específicas de la Constitución Nacional que la distinguen de otras Constituciones. La Corte destacó que un requisito constitucional es que Colombia sea una democracia participativa y pluralista, respetuosa de la dignidad humana. La aceptación del pluralismo no solo permite, sino que promueve la diversidad y reconoce la protección especial de la libertad de todas las religiones. Implícito en este enfoque de interpretación y aplicación de la Constitución, está que ninguna religión o institución religiosa tiene prioridad sobre otra y que ningún punto de vista religioso o no religioso puede delimitar la agenda de desarrollo nacional. La libertad religiosa da cabida al respeto de las diferencias religiosas —incluyendo lo que alguna religión puede considerar como pecado o herejía— y niega la superioridad de una religión o confesión religiosa sobre otra. El marco constitucional establece para todas las personas lo que pueden o tienen la obligación de hacer, así como lo que les está prohibido hacer.

Esto permite observar un contraste frente al predominio de la Iglesia Católica Romana en el desarrollo e interpretación de la ley entre los vecinos de Colombia, en donde altos líderes de la iglesia intencionalmente influyen y pueden llegar a intimidar a políticos y jueces. En 1991, el papa Juan Pablo II explicó sin embargo, el respeto y la deferencia que los gobiernos y tribunales deben otorgar a la conciencia individual²⁴. Su discurso sobre el respeto de la conciencia puede parecer de un modo un llamado interesado a los gobiernos de países comunistas, ateos y represivos para que respetaran la conciencia católica; sin embargo, sus palabras tienen también relevancia fuera de ese contexto. El papa señaló que “[una] grave amenaza para la paz es la desencadenada por la intolerancia, que se manifiesta en la negación de la libertad de conciencia a las demás personas. Los excesos a los que la intolerancia puede conducir ha sido [sic] una de las lecciones más dolorosas de la historia”²⁵. Agregó que “la libertad de conciencia no confiere el derecho a recurrir de manera indiscriminada a la objeción de conciencia. Cuando una libertad establecida se convierte en licencia o en una excusa para limitar los derechos de los demás, el estado está obligado a proteger, también por la vía legal, los derechos inalienables de sus ciudadanos y ciudadanas contra tales abusos”²⁶.

Bajo este espíritu, la Corte Constitucional de Colombia ha interpretado y aplicado la Constitución Nacional, protegiendo los derechos de la mujer sobre su propio cuerpo a través del acceso al aborto legal y limitando el abuso de la objeción de conciencia hecha con el propósito o el efecto de negar estos derechos.

NOTAS

¹ Corte Constitucional, 28 mayo 2009, sentencia T-388/09, Gaceta de la Corte Constitucional (Colom.), *disponible en*: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-388-09.htm> (consultado 28 julio 2014).

² *Ibid.*, en sec. 4.2.

³ *Ibid.*, en sec. 4.3.

⁴ *Ibid.*, en sec. 5.1.

⁵ *Ver Ibid.* El análisis de la Corte Constitucional que diferenció entre participación directa en el aborto y gestión administrativa de las pacientes que solicitan un aborto es similar al del caso *Doogan y Wood* de 2012 realizado por la Outer House del Tribunal Superior de Justicia escocesa. *Ver Doogan and Wood v. Greater Glasgow and Clyde Health Board* [2012] CSOH 32. En este caso, dos parteras invocaban el derecho a la objeción de conciencia por motivos religiosos cada vez que se les solicitaba delegar, supervisar y/o apoyar al personal de su institución que tenía a su cargo pacientes que ingresaban para un aborto médico o quirúrgico. Su demanda se basaba en su condición de coordinadoras de sala de partos del hospital, sala que proporcionaba atención a las mujeres para parto, interrupción de embarazos por solicitud o, por ejemplo, extracción de fetos muertos. Su pretensión fue rechazada por la Outer House. La Corte sostuvo que las parteras no participaban directamente en los procedimientos de aborto ya que su empleo involucraba la gestión y liderazgo del personal involucrado, particularmente, delegar a las parteras el cuidado directo de las pacientes, lo que incluía ofrecer supervisión y apoyo, así como proporcionar servicios similares a auxiliares de enfermería, tales como garantizar la supervisión, el entrenamiento y la educación. Ellas no proporcionaban atención personal a pacientes individuales. Como tal, sus derechos no son ni absolutos ni ilimitados, aunque su reclamo reflejara derechos humanos importantes y legítimos (párr. 75). Sin embargo, en 2013 la Inner House revocó esta decisión, determinando que la distinción entre participación directa e indirecta no era importante, dejando de considerar los derechos de las pacientes bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos (párr. 69). El caso está actualmente en espera de apelación ante la Corte Suprema del Reino Unido y podría llegar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁶ *Pichon and Sajous v. France*, No. 49853/99, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2001), *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-22644>. A pesar de ser una decisión sobre la admisibilidad más que sobre los méritos de la demanda, el caso puede, sin embargo, ser más persuasivo que uno obligatorio; *ver* Mark Campbell, "Conscientious Objection, Health Care and Article 9 of the European Convention on Human Rights", *Medical Law International* 11(4) (2011): 284-304.

- 7 *Royal College of Nursing of the U.K. v. Department of Health and Social Security* (1981), 1 All England Reports 545 (House of Lords).
- 8 *Ver Holly F. Lynch, Conflicts of Conscience in Health Care: An Institutional Compromise* (Cambridge: MIT Press, 2008).
- 9 Anibal Faundes, Graciana Alves y María José Duarte, "Conscientious Objection or Fear of Social Stigma and Unawareness of Ethical Obligations", *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 123 (2013): S57-S59.
- 10 Bernard Dickens y Rebecca Cook, "The Scope and Limits of Conscientious Objection", *International Journal of Gynecology & Obstetrics* 71(1) (2000): 71-77 (citando a Joseph M. Boyle, "Toward Understanding the Principle of Double Effect", *Ethics* 90 [1980]: 527-538).
- 11 Philippa Foot, "The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect", *Oxford Review* 5 (1967): 5-15.
- 12 Julieta Lemaitre, "Catholic Constitutionalism on Sex, Women, and the Beginning of Life", en *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*, eds. Rebecca J. Cook, Joana Erdman y Bernard M. Dickens (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014), 239-257.
- 13 *Ver Dena S. Davis, "Contraception, Abortion, and Health Care Reform: Finding Appropriate Moral Ground", Miss. C. L. Rev* 29(2) (2010): 379-386. *Contrastar J. Finnis, Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1980) con Nicolas Bamforth y David A.J. Richards, *Patriarchal Religion, Sexuality and Gender: A Critique of New Natural Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007).
- 14 En el caso escocés de *Doogan and Wood* (*ver supra* nota 5), las parteras, como parte de sus responsabilidades laborales, debían supervisar, pero no participar directamente en la prestación del servicio de aborto. Eran libres de conservar sus convicciones religiosas pero no de manifestar convicciones incompatibles con los términos del empleo que habían aceptado.
- 15 *Ver la discusión en Mark Campbell M. (ver supra* nota 6).
- 16 *Ver supra* nota 1, en sec. 5.2.
- 17 Bernard M. Dickens, "The Right to Conscience", en *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*, eds. Rebecca J. Cook, Joana Erdman y Bernard M. Dickens (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014), 236.
- 18 *Ver supra* nota 1, en sec. 5.2.
- 19 *Ver Bernard Dickens y Rebecca Cook, "Conscientious Commitment to Women's Health", International Journal of Gynecology and Obstetrics* 113 (2011): 163-166.

20 *Ver supra* nota 1.

21 *Ibid.* en sec. 4.3.

22 *Rodriquez v. Chicago*, 156 F. 3rd 771 (7th Circuit, 1998).

23 Klebuc y otros, (2011) SKCA 3 (Saskatchewan Ct. App.), *disponible en*: http://www.christianlegalfellowship.org/-files/christianlegalfellowship/Interventions/marriage%20act/marriage_commissioner_reference_decision_saskatchewan_court_of_appeal.pdf.

24 Papa Juan Pablo II, "Si quieres la paz respeta la conciencia de cada hombre". Mensaje de Su Santidad el Papa Juan Pablo II en el XXIV Día Mundial de la Paz, Ciudad del Vaticano, 1 de enero de 1991, *disponible en*: http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_08121990_xxiv-world-day-for-peace_sp.html.

25 *Ibid.* en ¶ 11.

26 *Ibid.* en ¶ 24.

V

EL DEBATE GLOBAL

V/a

LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA
FRENTE AL ABORTO LEGAL
(O LA REACCIÓN FRENTE AL
PROBLEMA DEL ABORTO LEGAL)
EN AMÉRICA LATINA

MERCEDES CAVALLO y
AGUSTINA RAMÓN MICHEL



MERCEDES CAVALLO

Abogada por la Universidad Torcuato Di Tella (2007), Magister (LL.M.) en Derechos Sexuales y Reproductivos por la Universidad de Toronto (2009), Título de Posgrado en Mujeres y Derechos Humanos por la Universidad de Chile (2011), y Candidata a Magíster en Derecho Penal de la Universidad Di Tella (2014). Durante 2007 y parte de 2008, Mercedes ocupó el cargo de Prosecretaria Administrativa en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En 2010, a su vuelta de Toronto, trabajó como abogada litigante en la firma JC Abogados y Asociados. Desde noviembre de 2011 hasta marzo de 2013 se desempeñó como Directora del Área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Asociación por los Derechos Civiles. Actualmente, es Secretaria del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n°4 de la Capital Federal. Desde marzo de 2011, Mercedes integra el Consejo Asesor del Programa de Salud Integral Adolescente del Ministerio de Salud de la Nación, donde también fue consultora y capacitadora. Por último, Mercedes es profesora de Teoría del Derecho en la Universidad de Palermo.



AGUSTINA RAMÓN MICHEL

Abogada de la Universidad de Tucumán (Argentina) y estudiante de doctorado (actualmente en licencia) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo (Argentina). Recibió una beca doctoral por parte del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Durante 2013 y 2014 fue becaria Fulbright y estudiante de Maestría en Derecho en la Universidad de Texas en Austin. Agustina hizo estudios de postgrado en Relaciones y Negociaciones Internacionales en la Universidad de San Andrés/FLACSO (Argentina). Desde agosto del 2007 ha sido miembro del equipo de investigación del Departamento de Salud, Economía y Sociedad en el Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES) en Buenos Aires, donde ha trabajado en proyectos financiados por la Organización Mundial de la Salud, el Fondo de Población de Naciones Unidas y las Universidades de Bergen, de Nueva York y Harvard. En la actualidad es investigadora adjunta en dicha institución. Agustina es profesora de la Universidad de Palermo y de la Universidad de San Andrés. Además, ha recibido varias becas y participado en el programa de conjunto de la Universidad de Palermo y la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. Ha estado involucrada en casos de derechos reproductivos en Argentina.

1. INTRODUCCIÓN

Protegida en las Constituciones de nuestros países, la libertad continúa siendo una conquista endeble en Latinoamérica y el Caribe (LAC). La libertad de conciencia, la libertad religiosa y la libertad de decidir acerca de nuestra sexualidad y reproducción son algunas de sus formas. Sin embargo, la objeción de conciencia (OC), en el marco de los servicios integrales de aborto legal, parecería poner en tensión estas libertades, en la medida en que un profesional de la salud¹ reclama ser exceptuado del cumplimiento de un deber jurídico y médico al atender la solicitud de una mujer, alegando que esa solicitud afecta sus más íntimas convicciones morales.

Al mismo tiempo, la OC también interpela los compromisos de igualdad, en la medida en que supone resistir el cumplimiento de una norma aplicable como regla a todos, y que son las mujeres con menos recursos (económicos y sociales) las expuestas a mayores perjuicios en la implementación de la OC en el campo de la salud sexual y reproductiva.

Desde hace algunos años, la OC se ha instalado en el campo de la salud y los derechos sexuales y reproductivos (SDSR) en varios países de LAC²; algunos se han prestado a incorporarla en sus legislaciones sobre aborto legal³.

Una de las razones por la que estamos dispuestos, como comunidades políticas, a permitir que una persona se exceptúe del cumplimiento de un deber que recae sobre el resto de su grupo, es para proteger su integridad moral. Sin embargo, en el terreno de la sexualidad y la reproducción, debemos identificar las diferencias entre un instituto que protege la integridad moral personal y una figura que encubre e invisibiliza barreras que aun permanecen instaladas en el diseño e implementación de políticas y regulaciones de aborto legal⁴.

La OC ha sido identificada como una de las principales barreras para el acceso al aborto legal, pero ¿es la OC una barrera? ¿Qué dinámicas, prácticas, creencias y percepciones hay detrás de la OC? ¿Están los pro-

fesionales negándose a ofrecer una práctica que subvierte o violenta sus convicciones morales más vitales, o acaso la OC se ha instalado como el recurso para evadir la incorporación de la atención de los abortos legales en LAC, porque resulta demasiado *costoso* para los profesionales dar respuesta?

Actualmente, asistimos al desafío de dar lugar de conceptualizaciones de la OC, definiciones jurídicas y regulaciones que capturen *el mejor derecho* local, así como intensificar los esfuerzos para distinguir los auténticos casos de OC de otros factores. Estas tareas son necesarias para evitar una entrada jurídica torpe de la OC en la SDR, que funcione como una versión adaptada del ingreso del Caballo de Troya en el campo de la práctica médica, desbaratando los esfuerzos por garantizar que las mujeres puedan decidir acerca de si ser madre y cuándo.

Dado este escenario, en este artículo primero nos avocaremos a definir la figura de la OC en la provisión del aborto legal, desde lo que creemos es una perspectiva respetuosa de los derechos constitucionales y, así como de las necesidades y expectativas de las mujeres. En segundo lugar, señalaremos los factores que contribuyen a que, para los profesionales de la salud, la provisión del aborto legal sea más *costosa* que ampararse en la OC y negar el servicio. En tercer lugar, apuntamos algunas medidas vinculadas al diseño e implementación de políticas públicas, destinadas para contrarrestar el uso inadecuado de la OC y evitar que otros comportamientos, dinámicas y posiciones sean absorbidos por la OC y cristalizados como tales. Por último, presentamos unas reflexiones finales.

2. EL VALOR DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y SUS IMPLICACIONES

Cada profesional de salud llega al sistema con creencias religiosas, ético-morales y convicciones políticas que, junto a lo experimentado durante su educación y en los servicios sanitarios, informarán su conciencia. Como bien lo marca Sepper⁵, se puede esperar que la formación profesional, técnica pero también ética, guíe a la persona en las prácticas de rutina; pero, de vez en cuando, se pueden producir situaciones en la que la decisión profesional requiera de una reflexión y juicios morales que pongan en conflicto creencias determinantes de la persona con otros deberes éticos y obligaciones legales.

La OC es el mecanismo destinado a proteger valores morales centrales de la persona, cuando estos son contrarios a las acciones requeridas por obligaciones públicas, como la profesional de la salud que declara la OC frente a un caso de aborto legal⁶. De esta forma, la OC es una forma de hacer valer los criterios éticos y morales individuales sobre lo que la ley ordena⁷.

Posiblemente el aspecto más valioso de la OC es proteger a las personas con convicciones morales divergentes o minoritarias en una sociedad⁸. Ya sea inspirada en el derecho natural, en doctrinas religiosas o en teorías morales seculares, la OC ha sido un refugio para la libertad moral de las personas. Así, la OC ha sido utilizada desde tiempos inmemorables para resistir leyes y al propio estado. Tiene en su historia una familiaridad con la desobediencia civil pero se distingue de ella, entre otras características, por la ausencia de motivación política⁹.

Ahora bien, no obstante la OC sea algo valioso para proteger, como integrantes de una comunidad política también deseamos que las normas se apliquen con algún criterio de igualdad. En la medida en que el derecho tiene vocación de generalidad basada en las expectativas de obediencia y la OC supone eludir el cumplimiento de un deber que recae sobre el resto del grupo destinatario, este dispositivo debe usarse cuando lo que está en juego es la integridad moral y las convicciones morales centrales de la persona obligada¹⁰. Justamente por la excepcionalidad y las implicaciones que tiene la OC es que la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que para que un profesional de la salud objete el procedimiento de aborto es necesario que explicita las razones por las que el aborto colisiona con sus más íntimas convicciones¹¹.

Lo anterior supone argumentar que no todas las creencias morales individuales tienen la misma fuerza ni podrían justificar la alegación de la OC. La creencia moral en disputa, independientemente de su fuente (religiosa, moral), debe tener un lugar fundante y decisivo en la vida de la persona¹². En otras palabras, la observancia del deber jurídico debe amenazar con tener un impacto en la cosmovisión moral de la persona.

En esa misma línea, la OC supone que el profesional reconoce que la conducta exigida es legal, pese a que él lo considera moralmente contrario a su cosmovisión¹³. La OC no es un acto anárquico o revolucionario,

ni pretende cuestionar las decisiones institucionales¹⁴. En el caso del aborto legal, el objetor no está disputando la legalidad de esta práctica, sino que pide ser eximido de participar en ella por razones de conciencia, y no por otro tipo de reparos, como ser clínicos o profesionales¹⁵. Por lo tanto, un objetor de conciencia en situaciones de aborto legal no pone en cuestión, por ejemplo, que la interrupción del embarazo realizada en las condiciones adecuadas es un procedimiento seguro.

Sin ingresar en cuestiones regulativas, es importante señalar que en el contexto del aborto legal, la OC será legítima si, y solo si, hay otro profesional igualmente capacitado y accesible. Ello así porque la OC no puede usarse de forma tal que el derecho de otra persona termine seriamente afectado. En otras palabras, la legitimidad de abstenerse de realizar un acto, depende del daño o no a derechos de terceros. Así lo entendió la Corte Constitucional de Colombia, que expresó que los límites para el ejercicio de la OC son los derechos de otras personas. El Tribunal enfatizó que es necesario que el profesional se asegure que haya otro profesional que pueda interrumpir el embarazo. La Corte, sin embargo, aclaró que si no existe otro profesional dispuesto a realizar el aborto, es necesario restringir la libertad de conciencia para no amenazar los derechos de las mujeres a la salud, la integridad personal y la vida en condiciones de calidad y de dignidad¹⁶. La protección de los derechos de las mujeres llevan a la Corte a sentar un deber de garantía de accesibilidad, en cabeza de las instituciones prestadoras de servicios de salud públicos y privados¹⁷.

Es fundamental recordar que la conciencia no solo está compuesta por las convicciones morales *conflictivas* con la obligación legal (en la situación bajo análisis: la participación en un procedimiento de aborto legal). La conciencia de cualquier persona está informada por múltiples fuentes de creencias y valores, al tiempo que toda persona forma parte de una comunidad plural, con derechos pero también cargas, algunas de las cuales exige realizar acciones que pueden estar en tensión con algunas de nuestras creencias.

Es así que la escena del profesional de salud objetando sucede en un contexto normativo denso: la propia práctica profesional en salud está sustentada en convicciones, valores, compromisos y experiencias con contenido normativo, que tienen un espacio privilegiado al momento de evaluar una situación compleja

moralmente¹⁸. Esto quiere decir que principios fundantes de la práctica de la salud, como el de beneficencia, no maleficencia y consentimiento informado, están llamados a tener un rol protagónico en la reflexión y posterior decisión del profesional¹⁹.

Lo anterior advierte que la OC tiene también una dimensión moral costosa vinculada a la decisión de no cumplir con ciertos principios y deberes legales, profesionales y morales que tienen la vocación de guiar el comportamiento de la persona que brinda servicios de salud. Apartarse del pedido de una mujer que solicita una interrupción del embarazo es mantenerse al margen, no involucrarse bajo la justificación de un conflicto moral²⁰. ¿Acaso no nos enfrentamos a lo largo de nuestras vidas con situaciones en donde principios y normas morales, intuiciones, experiencias y emociones no parecen acomodarse de modo consistente? ¿Y es acaso la búsqueda de *pureza moral* la respuesta?²¹.

En todo caso, así como reconocemos que algunos profesionales pueden estar frente a un dilema moral, hay que darse cuenta que la decisión de las mujeres de abortar es una decisión moralmente aceptable, y que esta decisión es llevada a cabo, en gran parte de LAC, en un contexto hostil e indiferente de las necesidades de las mujeres, especialmente de algunos grupos de mujeres²². Del mismo modo, la decisión de los profesionales de cumplir con sus deberes de atención de abortos legales es moralmente meritoria, mucho más aun cuando se tiene en cuenta el contexto fuertemente desfavorable en que deben actuar en la mayoría de los servicios de salud de la región.

No debe perderse de vista que lo que está en juego en la discusión de la OC no es solo una cuestión moral y de debido comportamiento profesional sino también una cuestión de políticas de salud pública en reproducción y sexualidad. Dados los daños que genera y potencialmente puede generar —sobre cada mujer individualmente, sobre el grupo de mujeres eventuales usuarias de los servicios de aborto legal y también sobre las políticas de SDR— la OC exige que ajustemos la definición a aquello que realmente configure una situación de conflicto moral insuperable que justifique el incumplimiento de un deber legal en un terreno tan disputado como la reproducción y la sexualidad.

Por esto, creemos que hay al menos tres puntos centrales a tener en cuenta. Primero, una garantía amplia de la OC resulta relativamente razonable en contextos donde el acceso al servicio de SDSR está asegurado, mas no en regiones donde el acceso está fuertemente obstruido. El encuadre de la discusión así como el tratamiento personal y jurídico debiera ser aquel que coloque a la decisión de interrumpir un embarazo como una decisión moralmente defendible, y no solamente *tolerable* por algunas sociedades y legislaciones, o *que deben cargar* los profesionales de la salud.

Segundo, si bien muchas personas tienen convicciones religiosas profundas que les generan fuertes resistencias a participar de algunos procedimientos, cuando abordamos la cuestión de la OC a lo largo de la historia, no podemos ignorar que la religión y los credos han sido utilizados para restringir las libertades e imponer ideas de moralidad pública. Por ello, las pretensiones que puede dar lugar la OC sobre esta base deben someterse a un escrutinio político riguroso.

Tercero, hay que tener presente que parte del goce de las libertades en democracia es contar con opciones morales valiosas. Si el sistema de salud no genera incentivos para que los profesionales se presten a realizar abortos legales, ni trabaja para dar cuenta de que la decisión de la mujer acerca de la continuación o interrupción de un embarazo es una decisión moral respetable, el resultado no será únicamente la inaccesibilidad al servicio de salud, sino también la imposición de una única moral aceptable, la que ha triunfado en las formas y el los textos de los códigos penales durante tantas décadas en LAC. Arribaríamos a la paradójica situación en la que un instituto (la OC) que tiene como vocación proteger a la minoría es utilizado por la mayoría para negar derechos, ignorar necesidades de un grupo (las mujeres en situación de aborto), minar la legitimidad de profesionales (dispuestos a cumplir con sus deberes) e imponer una moral única.

Lo dicho hasta acá nos interpela sobre los límites y las justificaciones de la OC desde un punto de vista conceptual. Reflexionemos, a continuación, sobre el uso de la OC en el contexto del campo de la SDSR en la región.

3. EL CONTEXTO: EL USO DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA ANTE EL PROBLEMA DEL ABORTO LEGAL

La OC, entendida como un mecanismo para proteger la integridad de las personas involucradas en un conflicto moral entre deberes, es, como lo señalamos, algo valioso y susceptible de ser protegido²³. Sin embargo, no parecen ser estas íntimas convicciones morales o religiosas las que llevan a ciertos profesionales de la salud a objetar conciencia frente al aborto legal en algunos servicios a lo largo de LAC.

Un primer paso, en esta tarea de definir y regular la OC en la SDSR, es advertir cómo interactúan otros factores relacionados a la ausencia del estado en promover una visión de respeto a los derechos de las mujeres, miedos, prejuicios y resistencias profesionales, entre otros. Asimismo, en varios países de LAC se observa el uso de la OC como la respuesta del sector salud a aquello que es considerado un problema: el aborto legal²⁴.

Si esto es cierto, los activistas por el derecho al aborto legal y seguro deben retirar, por un momento, la mirada sobre la OC, y hacerse dos preguntas:

- a) ¿Cuáles son los factores que convierten a la práctica del aborto legal en un *problema* para el profesional que debe realizarlo?
- b) ¿Cuáles son las medidas de posible implementación para impedir dicha resistencia?

A continuación arriesgaremos algunas respuestas.

a) ¿Cuáles son los factores que convierten a la práctica del aborto legal en un problema para la profesional que debe realizarlo?

El aborto es una práctica que involucra, directa o indirectamente, a varios actores. En primer lugar, a la mujer que lo requiere; en segundo lugar, al sector salud que es el encargado de brindar atención si la mu-

jer lo solicita²⁵; en tercer lugar, al estado, que es el encargado de regularlo y garantizarlo. Sin embargo, a la hora de pensar en los factores que convierten al aborto en un problema, la cadena de responsabilidades se invierte. En primer lugar, es el estado, mediante la criminalización, regulación deficiente y ausencia de políticas institucionales, el principal responsable de la inaccesibilidad. En segundo lugar, es el sector salud, a través de la denegación del servicio, el siguiente responsable de la inaccesibilidad, una vez que el marco normativo es claro respecto de los permisos de no punibilidad.

De alguna forma, el estado, frente al aborto legal, externaliza los costos de su ineficacia, desidia o falta de voluntad política, al sector salud. Y este, a su vez, utiliza el instituto de la OC para externalizar esos costos que recaen en las mujeres, quienes terminan pagando los costos con su vida, su salud, su integridad, su libertad.

El aborto legal es el *tema caliente* que el estado pasa a los profesionales de la salud porque no se hace cargo de aquello que le corresponde hacer, y que los profesionales de la salud transfieren a las mujeres porque tampoco asumen aquello que, como sector salud y profesionales, les corresponde hacer. En este escenario, la OC opera como un *bastón terapéutico* para aquellos profesionales que no asumen sus deberes.

Pero, ¿qué es lo que hace al aborto *costoso* o *problemático*? Los factores son varios y operan en varias dimensiones. En la dimensión político-social, estos factores hacen que el aborto legal sea visto como algo estigmatizante, moralmente malo y prohibido, incluso en supuestos donde está expresamente permitido. En la dimensión estatal (regulatoria/judicial), estos factores contribuyen a que el aborto legal se asocie con consecuencias jurídicas indeseables —sanciones penales, civiles y/o administrativas— o a generar inseguridad jurídica. En la dimensión del sistema de salud, estos factores relacionan al aborto legal con la falta de prestigio profesional, la exposición a posibles intimidaciones y amenazas y la práctica de un procedimiento médico que muchos profesionales consideran desagradable²⁶.

En la dimensión político-social, algunos factores son:

- *Los estereotipos de género en torno al rol de las mujeres en la sociedad, asociado con la reproducción y la maternidad, que consideran como desviadas a aquellas mujeres que abortan.* El control social sobre el cuerpo de las mujeres justifica, e incluso considera necesaria, la criminalización del aborto²⁷.
- *La (jerarquía) de la Iglesia Católica²⁸ como una de las voces de oposición acérrima en LAC.* Su poder en el entramado político posibilitó que la noción del aborto *como un pecado* y de una antítesis entre los defensores *de la vida* y quienes están *en contra de la vida* permeara profundamente en distintas instituciones, escuelas, universidades, hospitales y en las personas que las integran²⁹. Si bien esto está en un claro proceso de cambio, aun las representaciones religiosas operan de distintas maneras.
- *Los intentos de promover el uso político de la OC por parte de actores conservadores³⁰.*
- *Las formas en que se da el debate público sobre aborto en LAC.* Enmarcado en una politización incendiaria³¹, de baja información y sonoridad vacía, la comprensión del asunto —en sus dimensiones de política criminal, salud pública y equidad de género— es extremadamente difícil.

En la dimensión estatal (regulatorio/judicial), algunos factores son:

- *La penalización del aborto, incluso con causales de excepción, como ocurre en muchos países de LAC, genera que el aborto se conciba como un problema legal para quien lo practique.* En este escenario, el aborto como un delito es posiblemente una de las principales causas del *efecto paralizante* de las profesionales de la salud frente a la práctica³².
- *La falta de incorporación de la atención de los abortos legales en los programas de SDR³³.*
- *La regulación deficiente de las políticas de aborto legal.* Esto incluye la falta de protocolos, como así también los protocolos que estipulan requisitos arbitrarios o poco claros. Esta situación regulatoria dificulta la tarea de los profesionales, cuya principal preocupación debería ser la protección de la salud de su paciente, pero acaba por ser no incurrir en supuestos delictivos, o ajustarse estrictamente a los sofisticados procedimientos allí descritos³⁴.
- *La permanencia del aborto quirúrgico en el imaginario de los tomadores de decisiones, profesionales de la salud y hacedores de políticas públicas, pese al uso extendido del misoprostol por parte de*

*las mujeres*³⁵. Pese al uso extendido del misoprostol (y en menor medida combinado con mifepristona) en la región, el aborto con medicamentos aun no parece haber ingresado en los actores claves (con excepción de las mujeres). Esto limita las formas e instituciones en que el servicio puede ser brindado, dado que no todos los efectores cuentan con los profesionales capacitados y los insumos necesarios para un aborto quirúrgico. Además, este método limita el universo de mujeres que pueden acceder más fácilmente al servicio, dado que es más caro que el aborto con medicamentos ya que requiere internación y anestesia, etc. Finalmente, la concepción del aborto únicamente en términos quirúrgicos, alimenta la imagen del aborto como algo *cruel* o *incómodo*, y fortalece el rol del profesional de la salud desde una perspectiva médica-hegemónica donde las pacientes son sujetos tutelables.

- *La falta de aprobación del misoprostol y mifepristona en las dosis adecuadas con indicación obstétrica-ginecológica.* Las barreras administrativas para la aprobación de las drogas que posibilitan el aborto con medicamentos perjudican tanto a las mujeres como a los profesionales de la salud³⁶. Para la profesional de la salud puede ser menos problemático recetar las drogas o incluso aplicarlas, mientras que para las mujeres puede ser más conveniente, barato y, en algunos casos, seguro, acudir a los medicamentos; tal como lo vienen haciendo en los últimos años³⁷.
- *La falta de encuadre de la atención de los abortos legales como un deber profesional contribuyen a la idea de que la provisión de abortos no punibles es de cumplimiento optativo para los médicos*³⁸.
- *La inexistente sanción a aquellos profesionales que incumplen su deber de brindar atención a las mujeres en situación de abortos legales.* El poder judicial tiene un rol esencial en asegurar el cumplimiento de la normativa que permite el aborto y sancionar su incumplimiento. La ausencia de adjudicación de responsabilidades refuerza la idea de que la provisión de abortos legales no es un deber médico al igual que otros —regido por las reglas del ejercicio de la medicina, derechos del paciente, etc.— sino, de nuevo, una acción de cumplimiento voluntario³⁹.
- *La falta de investigación y sanción a aquellos grupos y personas que intimidan a profesionales no objetores.* Una de las razones por las que los profesionales de la salud se resisten a atender a mujeres en situación de aborto es la perspectiva de recibir intimidaciones de organizaciones, personas y/o funcionarios. La falta de sanción judicial —y de apoyo institucional— a estos hostiga-

mientos contribuye a la idea de que practicar abortos no punibles (es decir, cumplir con la ley) trae aparejado un problema⁴⁰.

En la dimensión del sistema sanitario, algunos factores son:

- *La baja legitimación de aquellos profesionales que llevan adelante abortos vis-à-vis la percepción de bajo costo político y profesional de nombrarse objetor.* En las corporaciones médicas es usual el desprestigio de aquellos profesionales que llevan adelante abortos permitidos. Esta circunstancia, sumada a la indemnidad que reciben los objetores, desalientan a los profesionales.
- *Las mujeres que llegan a los servicios con edades gestacionales avanzadas.* A la hora de practicar un aborto, los profesionales de la salud no son indiferentes al momento gestacional del embarazo. Incluso dentro de los profesionales no objetores puede haber resistencias para practicar abortos en embarazos avanzados de segundo trimestre, por ejemplo. Hay circunstancias en que la interrupción de un embarazo de edad gestacional avanzada es inevitable (por ejemplo, complicaciones sobrevinientes en la salud de la mujer), pero hay circunstancias en que la demora de la mujer en acudir al servicio de salud se debe a falta de información, empoderamiento o experiencias (propias o vicarias) de malos tratos institucionales. Las edades gestacionales avanzadas exigen, en la mayoría de los casos, procedimientos quirúrgicos, que deben practicarse sobre fetos más desarrollado, lo que puede impactar emocionalmente en los profesionales.
- *La posición contraria al aborto de las asociaciones profesionales y escuelas de medicina.* De hecho, hay códigos de ética médica que establecen la defensa absoluta de la vida desde la concepción, sin admitir excepciones. Estas posiciones tienen un doble efecto sobre los profesionales, a nivel simbólico y a nivel práctico, dado que no solo implica la desaprobación de la comunidad médica a la que pertenecen, sino la posibilidad de que esa corporación imponga sanciones disciplinarias cuando tienen esa potestad.
- *La negativa de los seguros de mala praxis médica, de cubrir los daños derivados de abortos legales.* En algunos países, los seguros de mala praxis que contratan los profesionales de la salud excluyen de las prácticas cubiertas la realización de abortos en cualquier supuesto. En este escenario, y ante la posibilidad de que el aborto pueda implicar una complicación para la salud de la mujer, la falta de cobertura puede desalentar la práctica.

b) ¿Cuáles son las medidas de posible implementación para evitar las barreras mencionadas?

Al advertir los factores que determinan que el aborto legal sea un problema del que los profesionales no quieren hacerse cargo, se evidencia que la OC en ocasiones es empleada para liberarse de la obligación de realizar un procedimiento que resulta costoso o inconveniente. En definitiva, la práctica del aborto legal termina a cargo de unos pocos (y siempre los mismos) profesionales comprometidos con la SDR de las mujeres.

En esta sección proponemos medidas para reducir los *costos* que las proveedoras de salud deben enfrentar, de modo que sea *menos costoso* para el profesional cumplir con la ley y practicar abortos legales, que ampararse en la OC y no hacerlo. La idea es remover de la órbita de la OC, denegaciones del servicio que se fundan en razones distintas a las íntimas convicciones morales o religiosas de los profesionales.

En la dimensión político-social, algunas medidas posibles son:

i) En el debate público sobre aborto:

- Discutir el rol del derecho penal en la sociedad.
- Problematizar las dimensiones socioeconómicas, etarias, étnicas y de ruralidad.
- Cuestionar los roles tradicionales asociados al género.
- Exponer la altísima incidencia del aborto inseguro en la mortalidad materna.
- Señalar la ineficiencia histórica de la penalización del aborto.
- Difundir la literatura científica y prestigiosa que hay sobre el tema.
- Legitimar a las mujeres como tomadoras de decisión sobre algo tan íntimo como ser madres o no, y cuándo.

ii) En el debate sobre OC:

- Profundizar en la reflexión de las implicaciones morales que supone declararse objetor de conciencia, esto es, negarse a realizar una práctica a una paciente.
- Dar cuenta del impacto discriminatorio que tiene la OC, dado que las mujeres más expuestas a encontrarse con profesionales *objetores* son las que tienen más dificultades para obtener un aborto seguro.

- Reflexionar sobre el rol que les cabe a los profesionales de la salud y a las instituciones sanitarias en neutralizar o compensar, y no reforzar o multiplicar, las desigualdades o experiencias de marginación o trato indigno.
- Sumar al debate a los tomadores de decisión en el ámbito de la salud.
- Realizar entrevistas y difundir las percepciones y opiniones de las mujeres que se han enfrentado a médicos *objetores*.

En la dimensión estatal (regulatoria/judicial), algunas medidas posibles son:

- Despenalizar y legalizar el aborto.
- Enmarcar la atención del aborto en los servicios de salud como parte de las políticas de SDRS (de este modo, el aborto no es considerado una práctica aislada de la que puede prescindirse en los servicios de salud).
- Incorporar el aborto en la currícula de las carreras de salud. Esto posibilitaría la reconcepción del aborto como un procedimiento médico más, a la vez que formaría profesionales sensibilizados con el tema y preparados para ofrecer atención de calidad⁴¹.
- Trasladar los encuadres normativos y legales de la violencia de género y doméstica a los servicios de salud (o reforzar estos encuadres cuando ya fueron incorporados a la legislación). Esto posibilitaría concebir la negación de la práctica como, por ejemplo, casos de violencia institucional y obstétrica.
- Premiar las experiencias exitosas de servicios amigables en aborto legal.
- Aprobar el misoprostol y la mifepristona en las dosis adecuadas con indicación obstétrica-ginecológica⁴².
- Activar y hacer uso de los mecanismos institucionales de coordinación de políticas de salud en sistemas federales (ej. COFESA en Argentina). Estos espacios servirían para que los ministros se respalden mutuamente, reconozcan problemas generales y adviertan diferencias que exigen un tratamiento especial en sus respectivos contextos (entre ellos, la regulación de la OC).
- Hacer un mapa de la problemática que identifique y permita comprender la situación actual en la disponibilidad de profesionales dispuestos a cumplir con sus obligaciones y cuántos profesionales alegan o alegarían OC⁴³.

- Implementar campañas de información sobre el derecho a acceder a la información y atención del aborto legal. Esta medida podría favorecer a que determinadas mujeres concurren a los servicios de salud en edades gestacionales más tempranas.
- Exigir que los seguros de mala praxis cubran prácticas de aborto legal. La cobertura de mala praxis otorgaría tranquilidad y reaseguro a los profesionales, para que lleven adelante las prácticas.
- Sancionar el abuso de la OC o la denegación arbitraria del servicio. La sanción judicial o administrativa a los profesionales que incumplen con su deber implicaría la reafirmación del marco legal y la defensa de los derechos de las mujeres.
- Mejorar los incentivos económicos de los profesionales, tanto en la provisión de abortos quirúrgicos como en la atención de abortos con medicamento.

En la dimensión del sistema sanitario, algunas medidas posibles son:

- Promover, dentro de los servicios, ámbitos de encuentro entre aquellos profesionales más amigables a la práctica del aborto y aquellos más hostiles. El intercambio de opiniones favorece la empatía, la puesta en común de las experiencias, los puntos de encuentro y la coordinación.
- Promover el vínculo entre atención postaborto y aborto legal. El objetivo es reflexionar acerca de los procesos del primero, como modo de reproducir la actitud de cambio, de continuidad.
- Usar espacios disponibles (ateneos, congresos, etc.) para capacitaciones legales y científicas sobre el tema. Esta medida también contribuye a que el tema del aborto permee en aquellos espacios de la práctica profesional más hostiles al tema.

4. CONCLUSIÓN

Actualmente, en varios países de LAC están abiertos procesos de cambio en relación a los derechos reproductivos, incluido el aborto⁴⁴. Justamente, en estos procesos valiosos de desestabilización de prácticas, acuerdos informales y creencias, el riesgo de abordar de modo torpe la OC es minar los primeros pasos y el futuro de las políticas de SDSR.

Una pregunta fundamental en el contexto de varias jurisdicciones de la región es: ¿cómo protegemos la conciencia de los profesionales de la salud en el marco de un proceso incipiente de formulación de respuestas institucionales a las mujeres en situación de aborto? Creemos que un primer paso es ofrecer opciones morales valiosas, señalar las implicaciones que tiene apartarse de los deberes cotidianos de atención a la salud y recordar que estamos experimentando un proceso de cambio que exige soportar incertidumbres y malestares a favor de una comunidad política que brinda condiciones de vida posibles a las personas, y que se tome en serio la autonomía y responsabilidad de las personas.

La OC es una forma de asegurar el pluralismo moral y garantizar que las personas no sean llevadas al límite de su integridad moral cuando se trata del cumplimiento a las obligaciones que tenemos como integrantes de una comunidad política. Parecería entonces que los reclamos y las medidas sobre OC en el campo del aborto legal surgieron con una vocación normativa, al menos discursiva, de reconocimiento de la pluralidad. Sin embargo, *la culpa liberal* no debe hacernos actuar de modo impulsivo, generando un reconocimiento de la OC sin esfuerzos adicionales, no solo para formular regulaciones eficientes, sino también para desenmascarar aquellos factores que no son constituyentes de la OC, pero que tienen la capacidad de encontrar cobijo en su reconocimiento legal y frustrar la ampliación del acceso a la SDSR.

Todo estado democrático debe estar comprometido con la generación de espacios para la convivencia de múltiples creencias. Pero para que este compromiso no termine siendo una burla de unos hacia otros, debemos tener en consideración las condiciones fácticas, como las que indican que en el terreno de la reproducción y sexualidad hay barreras significativas y asimetrías entre las propias profesionales y los profesionales y las mujeres. En este sentido, la discusión sobre la OC parecería tener un efecto disonante sobre la comprensión del escenario actual. No son las profesionales que reclaman la OC quienes hoy están sometidas a presiones de conciencia, sino aquellas que cumplen, en medio de la soledad sin legitimidad, una bajísima institucionalidad y un altísimo voltaje político con sus deberes referidos a la atención del aborto.

Así como el aborto legal puede impulsar la aparición de la OC como un escudo moral, también es cierto que esta última exige preguntarse acerca de las obligaciones y responsabilidades morales que tienen las

profesionales de la salud en la provisión de servicios⁴⁵. Es decir, el rol que tienen los profesionales de la salud, sus deberes tanto éticos como legales, las implicaciones del uso de la OC en el terreno de la SDR, señalan que los desacuerdos morales entre convicciones individuales y deberes legales no son suficiente para dar lugar a la OC.

Frente a las incomodidades, miedos o resistencias que produce en el sector salud la posibilidad de hacer exigible la interrupción del embarazo, el estado y los actores con responsabilidades deben calmar la ansiedad por dar una respuesta inmediata, en este caso bajo la forma de OC. De lo contrario, probablemente no hagamos más que reforzar el *statu quo* y minar las oportunidades de dialogar, reflexionar y avanzar en un cambio que reconozca el derecho de las mujeres a tomar la decisión acerca de la maternidad.

En conclusión, la OC es un instrumento de gran valor democrático, en la medida en que permite salvaguardar la integridad moral de una persona y colaborar en la construcción de un pluralismo real. No obstante, esto no significa no ignorar los contextos, las prácticas y las dinámicas en que se quiere incorporar su uso, en este caso, el acceso al aborto legal en los servicios de salud, pues la experiencia indica que gran parte de las creencias morales en conflicto pueden ser más bien parte de las reacciones frente a un proceso complejo de cambio.

NOTAS

1 Para evitar el uso constante de *las* y *los*, utilizaremos el uso del femenino o del masculino en forma indistinta. En ambos casos, la intención es hacer una alusión a todas las personas, independientemente de su sexo o género; salvo cuando resulte clara la identificación o cuando así se aclare.

2 Este trabajo discute la OC de profesionales de la salud en el marco de los servicios de salud en LAC, tomando como referencia algunos países. No es parte de nuestro objetivo, entonces, presentar un panorama detallado de la región.

3 Ver la preocupación expresada por el Comité de Derechos Sexuales y Reproductivos de FLASOG en Luis Távora, II Congreso Internacional Jurídico sobre Derechos Reproductivos (conferencia, San José, Costa Rica, noviembre 28-30, 2011), *disponible en*: <http://www.sguruguay.org/attachments/article/168/RelatoFinaldpfObjeciónConc.pdf> (consultado 20 junio 2014). Para Colombia, ver Diana R. Bernal Camargo, "Aborto y objeción de conciencia", *Revista Red Bioética/UNESCO*, Año 3, 2(6) (2012): 11-22, *disponible en*: http://www.unesco.org.uy/shs/red-bioetica/fileadmin/shs/-red-bioetica/Revista_6/RevistaBioetica6b-11a22.pdf (consultado 20 agosto 2012). Para Brasil, ver Debora Diniz, "Conscientious Objection and Abortion: Rights and Duties of Public Sector Physicians", *Rev Saúde Pública* 45(5) (2011): 981-985; Antonio Fuchs, "Aborto legal: um debate ético entre médicos e juízes", Escola Nacional de Saúde Pública, mayo 13, 2011, *disponible en*: <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/informe/site/materia/detalhe/25348> (consultado 20 agosto 2012). Para Argentina, ver Marcelo Alegre, "Objeción de conciencia y salud sexual y reproductiva", Hoja Informativa No. 10, *Por la despenalización del aborto* (Junio 2009); Sonia Ariza, "La objeción de conciencia sanitaria en el mundo: su regulación", en *Aborto: Razones para su legalización*, comp. P. Bergallo y R. Michel (2014) (mimeo). Para Chile, ver Lidia Casas Becerra y Claudia Dides Castillo, "Objeción de conciencia y salud reproductiva en Chile: dos casos paradigmáticos", *Acta bioeth* 13(2) (2007), *disponible en*: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2007000200007&script=sci_arttext (consultado 17 junio 2014). Para México, ver Dora María Sierra Madero, "La protección jurídica de la objeción de conciencia en México", Capítulo 7, en *La objeción de conciencia en México: bases para un adecuado marco jurídico* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002), *disponible en*: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3083>. Para Uruguay, ver Francisco Coppola, "Interrupción voluntaria del embarazo y objeción de conciencia en Uruguay", *Revista Médica Uruguaya* 29(1) (2013): 36-39, *disponible en*: http://www.ginea.org/wp-content/uploads/2013/03/Articulo-Coppola-RMU_2013.pdf; *El Observador*, "Presentan procedimiento para declarar objeción de conciencia a abortos", 16 julio 2013, *disponible en*: <http://www.elobservador.com.uy/noticia/255319/presentan-procedimiento-para-declarar-objecion-de-conciencia-a-abortos/> (consultado 10 mayo 2014).

4 Entendemos como aborto legal aquellos casos en que la interrupción legal del embarazo está permitida legalmente, ya sea a través de un régimen de plazos o de causales.

⁵ Elizabeth Sepper, "Taking Conscience Seriously", *Virginia Law Review* 98 (2002): 1533, *disponible en*: <http://www.virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/1501.pdf> (consultado 17 junio 2014).

⁶ Diniz, "Conscientious Objection and Abortion: Rights and Duties of Public Sector Physicians".

⁷ Elizabeth Castillo Vargas, "Objeción de conciencia médica", *Profamilia*, 2005. El derecho del profesional de salud a negarse a proveer servicios legales y exigibles por motivos morales es reconocido por algunas Constituciones de modo explícito, en algunos tratados de derechos humanos, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW), el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ACHR). Pero estos instrumentos legales exigen ciertos requisitos, recaudos y excepciones para que la OC opere de forma legítima. Ver Wendy Chavkina, Liddy Leitmana y Kate Polin, "Conscientious Objection and Refusal to Provide Reproductive Healthcare: A White Paper Examining Prevalence, Health Consequences, and Policy Responses", *International Journal of Gynecology & Obstetrics* 123(3) (2013): 41-56. Para mayor detalle sobre el empleo de la OC de acuerdo a estándares de derechos humanos, ver Centro de Derechos Reproductivos (CDR), "Objeción de Conciencia y Derechos Reproductivos: Estándares Internacionales de Derechos Humanos", Julio, 2013, *disponible en*: <http://reproductiverights.org/es/document/objecion-de-conciencia-y-derechos-reproductivos-estandares> (consultado 17 junio 2014); Consorcio Latinoamericano contra el Aborto Ilegal (CLAI), Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), y Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología (FLASOG), "Misoprostol, regulaciones y barreras en el acceso al aborto legal: Regulación del uso obstétrico del misoprostol en los países de América Latina y El Caribe", Consorcio Latinoamericano contra el Aborto Ilegal, *disponible en*: http://www.clacaidigital.info:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/489/regulaciones_2013.pdf?sequence=1 (consultado 17 junio 2014).

⁸ Mark R. Wicclair, "Reasons and Healthcare Professionals' Claims of Conscience", *American Journal of Bioethics* 7(6) (2007): 21.

⁹ Alegre, "Objeción de conciencia y salud sexual y reproductiva", 6; C. Donda, Objeción de Conciencia, Alcance y limitaciones (conferencia, Seminario Nacional "Bioética y Aborto no Punible", Ciudad de La Plata, Argentina, Junio 27, 2007).

¹⁰ Mark R. Wicclair, "The Moral Significance of Claims of Conscience in Healthcare", *American Journal of Bioethics* 7(12) (2007): 30-31; *ver supra* nota 8, p. 22.

¹¹ Corte Constitucional, 28 mayo 2009, sentencia T-388/09, Gaceta de la Corte Constitucional (Colom.), ¶ 53, *disponible en*: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-388-09.htm> (consultado 17 junio 2014).

¹² *Ver supra* nota 10, Wicclair, "The Moral Significance of Claims of Conscience in Healthcare", p. 22.

¹³ *Ver supra* nota 6.

14 *Ver supra* nota 3, Alegre, "Objeción de conciencia y salud sexual y reproductiva", p. 6; *ver supra* nota 7, Castillo, "Objeción de conciencia médica".

15 *Ver supra* nota 8.

16 *Ver supra* nota 11. *Ver* Corte Constitucional, sentencia T-209/08, Gaceta de la Corte Constitucional (Colom.), *disponible en*: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/a279-09.htm> (consultado 17 junio 2014).

17 *Ver supra* nota 3, Ariza "La objeción de conciencia sanitaria en el mundo: su regulación", *supra* nota 7, CDR, "Objeción de conciencia y derechos reproductivos: estándares internacionales de derechos humanos", *supra* nota 7, Castillo, "Objeción de conciencia médica". Rebecca J. Cook, Mónica Arango Olaya y Bernard M. Dickens, "Healthcare Responsibilities and Conscientious Objection", *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 104 (2009): 249252; B. M. Dickens, "Legal Protection and Limits of Conscientious Objection: When Conscientious Objection Is Unethical", *Medicine and Law* 28(2) (2009): p. 337-347.

18 Martha Minow, "On Being a Religious Professional: The Religious Turn in Professional Ethics", *University of Pennsylvania Law Review* 150(2) (2009): 661-668.

19 *Ver supra* nota 5, 1537.

20 Louis-Jacques Van Bogaert, "The Limits of Conscientious Objection to Abortion in the Developing World", *Developing World Bioethics* 2(2) (2002): 131-143.

21 *Ibid.* en ¶ 135.

22 El caso de *Beatriz* en El Salvador en 2013 puso de manifiesto este contexto, y la violencia institucional que deben soportar muchas mujeres en la región. *Beatriz* era una mujer salvadoreña de 22 años que solicitó un aborto terapéutico debido a su condición de salud física (padece lupus eritematoso sistémico agravado con nefropatía lúpica y artritis reumatoide) y que el embarazo era de un feto anencefálico. Mediante pruebas médicas realizadas le diagnosticaron que el feto era anencefálico. Debido a su condición de salud, los médicos tratantes le recomendaron interrumpir el embarazo ya que su vida corría peligro. No obstante, se negaron a llevar a cabo la práctica, por temor a ser sancionados penalmente, lo que prolongó el embarazo hasta la 26 semana de gestación. El caso se llevó ante la justicia. El 28 de mayo de 2013, la Sala de lo Constitucional de la Corte denegó la petición de interrupción del embarazo, presentada el 11 de abril, pese al requerimiento de *Beatriz* y el apoyo de organizaciones locales, regionales y globales. El 29 de mayo la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó medidas provisionales a su favor, pero tampoco logró su objetivo. *Beatriz* estuvo hospitalizada en San Salvador hasta que dio a luz a una niña mediante una operación cesárea el 3 de junio. Sin embargo, la recién nacida murió horas después debido a la anencefalia. *Ver* Asunto B., Medidas Provisionales, Orden de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (29 mayo 2013), *disponible en*: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B_se_01.pdf (con-

sultado 17 junio 2014); Asunto B., Medidas Provisionales, Orden de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (19 agosto 2013), *disponible en*: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B_se_02.pdf (consultado 17 junio 2014).

23 *Ver supra* nota 6.

24 *Ver* Rebecca J. Cook, y Bernard M. Dickens, "The Growing Abuse of Conscientious Objection", *Ethics Journal of the American Medical Association* 8(5) (2006): 337-340; *ver supra* nota 7, Chavkina, Leitmana y Polin, "Conscientious Objection and Refusal to Provide Reproductive Healthcare: A White Paper Examining Prevalence, Health Consequences, and Policy Responses".

25 O, en el caso del aborto con medicamentos, recetar la droga y realizar, de ser necesario, un seguimiento, etc.

26 Debido a razones de espacio, no desarrollaremos los factores descriptos en esta clasificación. Esta clasificación no pretende ser exhaustiva, sino ilustrativa de las barreras que operan en los distintos niveles.

27 Paola Bergallo, "La liberalización del aborto: contextos, modelos regulatorios y argumentos para su debate", en *Aborto y Justicia Reproductiva* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2011).

28 En algunos países como Brasil, también fuertemente las iglesias evangélicas, donde grupos identificados con las iglesias evangélicas han conformado el bloque evangélico a través de representantes en el parlamento. *Ver* Julieta Lemaitre Ripoll, *Laicidad y resistencia: movilización católica contra los derechos sexuales y reproductivos en América Latina*, Colección de cuadernos Jorge Carpizo, 6 (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013), *disponible en*: <http://catedra-laicidad.unam.mx/wp-content/uploads/2013/08/Colección-Jorge-Carpizo---VI---Laicidad-y-resistencia---Julieta-Lemaitre-Ripoll.pdf> (consultado 10 mayo 2014). Eso no significa que haya otros países en que grupos evangélicos no hayan tomado posturas sobre el asunto. En este sentido, *ver* Daniel Jones, Ana Azparren, y Santiago Cunial, "Derechos reproductivos y actores religiosos: los evangélicos frente al debate sobre la despenalización del aborto en la Argentina contemporánea (1994-2011)", *Espacio Abierto Cuaderno Venezolano de Sociología* 22(1) (2013): 110-133, *disponible en*: <http://www.redalyc.org/pdf/122/12226119007.pdf> (consultado 10 mayo 2014).

29 *Ver* Julieta Lemaitre Ripoll, *Laicidad y resistencia: movilización católica contra los derechos sexuales y reproductivos en América Latina*, 5-6; José Manuel Morán Faúndes y María Angélica Peñas Defago, "¿Defensores de la vida? ¿De cuál 'vida'? Un análisis genealógico de la noción de 'vida' sostenida por la jerarquía católica contra el aborto", *Sexualidad, Salud y Sociedad-Revista Latinoamericana* 15 (2013): 15-25, *disponible en*: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/SexualidadSaludySociedad/article/viewFile/4503/6180> (consultado 10 mayo 2014); Juan Marco Vaggione, "La cultura de la vida. Desplazamientos estratégicos del activismo católico conservador frente a los derechos sexuales y reproductivos", *Religião e Sociedade, Rio de Janeiro* 32(2) (2012): 59-63, *disponible en*: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/77079/1/9789243548432_spa.pdf?ua=1 (consultado 17 junio 2014); Juan Marco Vaggione, *Laicidad y sexualidad*, Co-

lección de cuadernos Jorge Carpizo, 16 (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013): 19-35, *disponible en*: <http://catedra-laicidad.unam.mx/wp-content/uploads/2013/08/Colección-Jorge-Carpizo---XVI---Laicidad-y-sexualidad---Juan-Vaggione.pdf> (consultado 17 junio 2014).

³⁰ Ver *Ibid.*, Vaggione, *Laicidad y sexualidad*; *Ibid.* Vaggione, "La cultura de la vida. Desplazamientos estratégicos del activismo católico conservador frente a los derechos sexuales y reproductivos". Ver *supra* nota 24, Cook y Dickens, "The Growing Abuse of Conscientious Objection".

³¹ Un ejemplo de esto es la denuncia penal por injuria y calumnia que interpuso la Procuradora Delegada Hoyos contra la activista de derechos humanos Mónica Roa, por interponer una tutela por violación al acceso a la información sobre SDSR.

³² Algunos países con normativa que estipula permisos para el aborto relativamente amplios padecen de la escasa o nula aplicación de la ley, y por ende, de una inaccesibilidad al aborto permitido que se asemeja a los países con penalización absoluta. Para un ejemplo relativo a la Argentina, ver Human Rights Watch, *¿Derecho o Ficción? La Argentina no rinde cuentas en materia de salud reproductiva* (Nueva York: Human Rights Watch, 2010), *disponible en*: <http://www.hrw.org/es/reports/2010/08/10/derecho-o-ficci-n-0> (consultado 17 junio 2014).

³³ Agustina Ramón Michel, "Aborto: según quién?", en *Sexualidades, Desigualdades y Derechos: Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos*, eds. Juan Manuel Morán Faundés, M.C. Sgró Ruata y Juan Marco Vaggione (Córdoba: Ciencia, Derecho y Sociedad Editorial, 2012).

³⁴ Ver *supra* nota 7, CLACAI, CEDES y FLASOG, "Misoprostol, regulaciones y barreras en el acceso al aborto legal: Regulación del uso obstétrico del misoprostol en los países de América Latina y El Caribe", 38-39.

³⁵ La concepción quirúrgica del aborto hizo que en la Provincia de Entre Ríos, en la Argentina, se sancionara un protocolo de atención que limita las instituciones que pueden brindar el servicio únicamente a las de mayor complejidad. Ver Resolución 974 MS, Ministerio de Salud de la Provincia de Entre Ríos, Mayo 4, 2012, B.O. de la Provincia de Entre Ríos 10 (Arg.).

³⁶ Organización Mundial de la Salud, *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud (segunda edición)* (Ginebra, 2012), *disponible en*: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/77079/1/9789243548432_spa.pdf (consultado 17 junio 2014).

³⁷ Ver Lesbianas y Feministas por la Descriminalización del Aborto, *Lanzamiento de la línea: Aborto, más información, menos riesgo* (2009), 9 min. 27 seg.; de Consorcio Latinoamericano contra el Aborto Inseguro, *disponible en*: <http://www.clacaidigital.info:8080/xmlui/handle/123456789/421>; Oliveira Araújo, *El acceso a la tecnología en la política pública* (video de la presentación realizada en la Primera Conferencia Latinoamericana Prevención y Atención del Aborto Inseguro, Lima, Perú, Junio 29-30, 2009), *disponible en*: <http://www.clacaidigital.info:8080/xmlui/handle/123456789->

/34 (consultado 17 junio 2014); Nina Zamberlin, Mariana Romero y Silvina Ramos, "Latin American Women's Experiences with Medical Abortion in Settings Where Abortion Is Legally Restricted", *Reproductive Health* 9(34) (2012), disponible en: <http://www.reproductive-health-journal.com/content/9/1/34> (consultado 17 junio 2014); Nina Zamberlin y Sandra Raiher, "Revisión del conocimiento disponible sobre experiencia de las mujeres con el uso del misoprostol en América Latina", Consorcio Latinoamericano contra el aborto inseguro (enero 2010), disponible en: http://www.clacaidigital.info:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/25/Informe_Final_Revisión_Miso_Argentina.pdf?sequence=1 (consultado 10 mayo 2014).

38 *Ver supra* nota 11.

39 En la Argentina, el *leading case* de responsabilidad profesional fue el caso *Ana María Acevedo*, donde un equipo médico que se negó a practicarle un aborto terapéutico a una mujer que murió con un cáncer de mandíbula, fue procesado por incumplimiento de los deberes de funcionario público y lesiones culposas. *Ver* Juzgado Correccional de la Quinta Nominación, 11/08/2008, "Resolución 1576/recurso ordinario", Libro de fallos Fo.471, 43, Provincia de Santa Fe (Arg.).

40 En la Argentina, una mujer de Entre Ríos con una cardiopatía severa no pudo acceder a un aborto no punible, porque, al momento de practicársele, irrumpió en la sala de operaciones un médico que se hizo pasar por juez, afirmando que los profesionales intervinientes estaban cometiendo un delito. Como consecuencia se suspendió el procedimiento y se trasladó a la mujer a un hospital de Buenos Aires para que continuara con su embarazo. *Ver* Mariana Carbajal, "Consecuencias de una negativa", *Página 12*, Diciembre 21, 2011, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-182980-2011-12-09.html> (consultado 10 mayo 2014).

41 *Ver supra* nota 17, Cook, Arango Olaya y Dickens, "Healthcare Responsibilities and Conscientious Objection".

42 *Ver* Luis Távara-Orozco, Susana Chávez, Daniel Grossman, Diana Lara, y Martha María Blandón, "Disponibilidad y uso obstétrico del Misoprostol en los países de América Latina y el Caribe", *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia* 54 (2011): 253-263, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=323428190006> (consultado 10 mayo 2014).

43 *Ver supra* nota 7, Chavkina, Leitmana y Polin, "Conscientious Objection and Refusal to Provide Reproductive Healthcare: A White Paper Examining Prevalence, Health Consequences, and Policy Responses".

44 Para muestra, la Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, Ecuador y Uruguay.

45 *Ver supra* nota 20, Van Bogaert, "The Limits of Conscientious Objection to Abortion in the Developing World"; Bernard M. Dickens, "The Ethical Responsibilities of Conscience", *IPPF Medical Bulletin* 43(4) (2009): 3-4.

v/b

LECCIONES DE COLOMBIA
PARA ESTADOS UNIDOS:
UN MARCO INSTRUCTIVO PARA
ANALIZAR LA OBJECCIÓN DE
CONCIENCIA AL ABORTO

LOUISE MELLING
Y JENNIFER LEE



LOUISE MELLING

Subdirectora legal de Unión Americana de Libertades Civiles (ACLU, por sus siglas en inglés) y directora del Centro para la Libertad (*Center for Liberty*) de la misma organización. El Centro abarca el trabajo de ACLU en los temas de libertad reproductiva, derechos de la mujer, derechos de la población LGBTI, SIDA y libertad de culto y de creencias. Antes de asumir su posición actual, Louise era Directora del Proyecto de Libertad Reproductiva de ACLU, cargo desde el cual supervisó litigios a nivel nacional, investigación en comunicaciones, campañas de educación pública e incidencia en los congresos de nivel estatal. Hace parte de ACLU desde 1992, en donde ha asumido diferentes cargos antes de convertirse en la Directora del Proyecto de Libertad Reproductiva en el 2003 y Subdirectora legal en el 2010. Louise es graduada en Derecho por la Universidad de Yale y la Universidad de Oberlin.



JENNIFER LEE

Es abogada del Proyecto de Libertad Reproductiva de la Unión Americana de Libertades Civiles (ACLU, por sus siglas en inglés) en Nueva York, iniciativa en la que, a través del litigio y la incidencia, busca proteger e incrementar el acceso al aborto, y evitar que la religión sea usada para negar el acceso a servicios de salud reproductiva. Jennifer es egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago y de la Universidad de Yale.

En 2009, la Corte Constitucional de Colombia emitió una poderosa decisión que aborda adecuadamente la objeción de conciencia en la prestación de servicios de aborto, ofreciendo un marco para evaluarlas. La sentencia suministra un modelo que quisiéramos que fuera la guía de tribunales y hacedores de políticas públicas de otros países, entre el, cuando se enfrentan con objeciones religiosas a los derechos fundamentales.

La Corte colombiana hace algo notable desde la perspectiva de los activistas legales en Estados Unidos: toma en cuenta no solo al objetor, sino también las consecuencias de reconocer la objeción. De aquí surgen entonces las consideraciones sobre el acceso de las mujeres al aborto, la habilidad de los profesionales de la salud para proporcionarlo y la dignidad de las mujeres. Este análisis es un punto de partida marcadamente distinto al de la ley y las políticas públicas estadounidenses¹.

1. LAS CONSECUENCIAS DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

Las primeras consideraciones de la sentencia de la Corte Constitucional muestran un fuerte respeto por el derecho a la libertad de conciencia y a la objeción de conciencia, fundamentado en la naturaleza democrática del estado y su compromiso con el pluralismo. La aceptación del pluralismo, explica la Corte, significa que el estado *“aprecia de modo positivo las distintas aspiraciones y valoraciones existentes hasta el punto de proteger de modo especial la libertad religiosa, de conciencia y pensamiento así como la libertad de expresión”*². Esto no es, sin embargo, lo que hace valiosa la sentencia —al menos desde la perspectiva de Estados Unidos—. Nosotros también compartimos un compromiso con la práctica religiosa y su diversidad.

Lo que es notable es la consideración expresa y razonada de la Corte sobre las consecuencias de la objeción de conciencia sobre otras personas.

“Cuando se manifiesta la objeción por motivos de conciencia, ello supone incumplir un deber jurídico ‘con mayor o menor proyección social’. Admitida esa circunstancia, surge la cuestión de ponderar

hasta qué punto es posible el ejercicio de la objeción por motivos de conciencia —la cual prima facie puede parecer justificada—, vista desde la óptica de las consecuencias negativas que su ejercicio produce respecto de los derechos de terceras personas”³.

De lo anterior surgen los otros tres puntos destacables de esta sentencia, que contienen los principios para reducir cualquier daño que resulte del reconocimiento de la objeción de conciencia.

1.1. Garantizar el acceso de la mujer al aborto

Guiada por su preocupación por las consecuencias de la objeción de conciencia, la Corte fijó límites claros para cuando un miembro del personal de salud quiere ejercer, como individuo, el derecho a la objeción de conciencia: pueden objetar si, y solo si, se le garantiza a la mujer el acceso al aborto de alguna otra manera. La Corte estableció que:

“las personas profesionales de la medicina pueden eximirse de practicar la interrupción del embarazo por motivos de conciencia si y solo si se garantiza la prestación de este servicio en condiciones de calidad y de seguridad para la salud y la vida de la mujer gestante que lo solicite, sin imponerle cargas adicionales o exigirle actuaciones que signifiquen obstaculizar su acceso a los servicios de salud por ella requeridos, y con ello, desconocerle sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la salud sexual y reproductiva, a la integridad personal, a la dignidad humana”⁴.

Para concluir, la Corte hizo énfasis en *“el papel especial que dentro de la sociedad cumplen los profesionales de la salud”⁵*. La postura es significativa. Reconoce el papel de los encargados de proporcionar atención en salud. Reconoce que el derecho al aborto implica que la mujer reciba la atención. Y reconoce la dignidad de la mujer que solicita el servicio.

Desde la perspectiva de Estados Unidos, es una postura excepcional. Nuestro derecho no refleja esa preocupación por garantizar el acceso de las mujeres al aborto. En vez de eso, 46 estados tienen códigos que

permiten a los individuos prestadores de servicios de salud negarse a proporcionar servicios de aborto⁶. Las normas no condicionan las objeciones a que alguien más preste el servicio⁷. La ley federal refuerza este régimen. Fondos federales de diversa índole están condicionados a que los programas financiados *no discriminen* a las personas prestadoras de servicios de salud que se niegan a ofrecer abortos, incluyendo aquellos que se rehúsan a realizar remisiones a otros proveedores⁸. Existe una excepción: el derecho de Estados Unidos exige que los hospitales garanticen el acceso al aborto en casos de emergencia médica⁹. En tales casos, los hospitales pueden exigir que las personas realicen el aborto, incluso por encima de una objeción religiosa, si no hay nadie más que intervenga para brindar la atención.

En resumen, las protecciones para las mujeres que solicitan un aborto en Estados Unidos son mucho más restringidas que las establecidas en la sentencia de la Corte colombiana¹⁰.

1.2. Protección a los prestadores que quieren ofrecer servicios de aborto

En segundo lugar, la Corte colombiana indicó que las personas jurídicas, es decir, las instituciones, *“no tienen el derecho a la objeción de conciencia”*¹¹.

En efecto, el razonamiento de la Corte parte de la idea que una conciencia institucional es incompatible con la noción misma de la objeción de conciencia¹². Al hablar de la objeción de conciencia, la Corte afirma: *“La idea central consiste en que se incumple un deber jurídico por razones morales y se busca con ello preservar la propia integridad moral, lo que no supone el propósito de que otras personas se adhieran a las creencias o practiquen las actuaciones del [de la] objetor [(a)]”*¹³. Una objeción institucional, por lo tanto, exige necesariamente que las personas que trabajan en la institución se adhieran a las creencias del objetor. Como afirmó la Corte:

“Se resalta que negar el derecho de objeción de conciencia a las personas jurídicas, además de responder plenamente a la naturaleza de este, resulta un mecanismo efectivo para evitar limitaciones abusivas de la libertad de las personas que laboran en las instituciones prestadoras del servicio de

salud, las cuales podrían verse coaccionadas por posiciones restrictivas impuestas por los cuadros directivos de dichas instituciones”¹⁴.

Una vez más, desde la perspectiva de Estados Unidos, esta decisión es notable. En Estados Unidos, un gran número de leyes le permiten a las instituciones —y en particular a los hospitales— el derecho a negarse a practicar abortos. La ley federal prohíbe a los hospitales el ejercicio de este derecho en el contexto de las emergencias¹⁵, pero aparte de esto, las normas no imponen otras limitaciones al derecho de las instituciones a negarse a practicar abortos¹⁶. Esto es cierto a pesar de las consecuencias que la negativa institucional puede tener en las pacientes, en la formación de los profesionales de la medicina y en el personal de salud que trabaja en los hospitales que se niegan a proporcionar esta atención¹⁷.

El derecho de Estados Unidos no acaba allí. La Corte Suprema de Estados Unidos estableció recientemente que corporaciones con fines de lucro “*administradas de forma cerrada*” pueden, con base en creencias religiosas, solicitar una exención a una ley federal que exige que los seguros de salud obligatorios cubran anti-concepción¹⁸. Específicamente, la Corte sostuvo que las entidades con fines de lucro pueden ampararse en la libertad religiosa, enfatizando que proteger el libre ejercicio de las corporaciones “*protege la libertad religiosa de las personas que poseen y administran esas compañías*”. Más aun, la Corte de Estados Unidos dejó de analizar de forma adecuada precisamente la tensión que la Corte colombiana sí identificó: garantizar a las corporaciones el ejercicio de derechos religiosos puede perjudicar los derechos de los empleados que trabajan para esa empresa y que no necesariamente comparten las mismas creencias religiosas.

Aun está por verse lo que esta sentencia significará en el futuro, pero el lenguaje empleado en la decisión de la mayoría es amplio al abordar la capacidad de las corporaciones para hacer valer reclamos de libertad religiosa en virtud de la ley en cuestión y, en algunos aspectos, rompe la separación entre las empresas y los individuos hecha en la sentencia de la Corte colombiana¹⁹.

Este no es el único contexto en Estados Unidos en el que las instituciones con fines de lucro están haciendo valer el derecho a la libertad de conciencia. Algunas farmacias han reivindicado su derecho institucional

a no atender fórmulas médicas de anticonceptivos alegando objeción de conciencia religiosa y algunos tribunales han sostenido que pueden reclamar ese derecho²⁰. En varios estados, algunas empresas —incluyendo pastelerías, hostales, floristerías— se han opuesto por motivos religiosos a cumplir con las leyes estatales y ordenanzas locales que prohíben la discriminación basada en la orientación sexual²¹.

Así pues, la sentencia de Colombia contrasta fuertemente con el clima legal de Estados Unidos, en donde se otorga a los hospitales el derecho a objetar y en donde ahora también las tiendas de artes y oficios pueden disfrutar de ese derecho.

1.3. El respeto a la dignidad de la mujer

Por último, la Corte de Colombia determinó, no solo cuándo las personas pueden hacer valer el derecho a la objeción de conciencia al aborto, sino también quienes pueden hacer uso de ese derecho. La Corte sostuvo que solo el personal que participa *directamente* en la realización del procedimiento puede objetar conciencia. El derecho de objeción no se extiende al “*personal encargado de la apertura de la historia clínica, del archivo de la institución, de la recepción de los pacientes, de la limpieza de las instalaciones*” o de la atención a los pacientes en recuperación, entre otros²².

Esta cuestión también es objeto de debate en Estados Unidos. Por lo menos en un caso, un tribunal sugirió que un empleado podía negarse a limpiar los equipos después de un aborto debido a su oposición religiosa al mismo²³. En Nueva Jersey, enfermeras demandaron a un hospital público, reivindicando su derecho a negarse a participar en la atención pre y postoperatoria de las mujeres a quienes se les realiza un aborto²⁴.

A estas reclamaciones, la Corte de Colombia dice, en tono fuerte, no. El derecho a negarse a atender a mujeres que se recuperan de un aborto, dice la Corte, “[*es*] muestra de una simple reprobación por la conducta ya realizada, situación que resulta por completo ajena a la objeción de conciencia, como hasta ahora ha sido explicada”²⁵. En otras palabras, la Corte reconoce que aceptar que aquellas personas que

realizan funciones secundarias pueden objetar sería decir que el aborto, y las mujeres que tienen abortos, son intocables en el sentido literal de la palabra. Sería aceptar que el asistente puede invocar el derecho a no ser contaminado por tocar el expediente, así como la enfermera por controlar la presión arterial y el personal de limpieza por asear los pisos. Esto sería, en la tradición estadounidense, igual que colocar una letra A escarlata en la bata hospitalaria de la mujer.

2. CONCLUSIÓN

En esto radica el gran poder de la sentencia de la Corte Constitucional colombiana: reconoce el daño que se podría producir en las mujeres que solicitan un aborto si se admiten los reclamos de conciencia sin establecer límites cuidadosos. Pero hace algo más, algo más poderoso y significativo. Reconoce el daño a la dignidad de la mujer —y el estigma— cuando se le rechaza y se le rehuye, simplemente porque solicita un aborto. Se debe conceder respeto al derecho al aborto y dignidad a la mujer que lo solicita.

Esto es muy diferente de lo que ocurre en Estados Unidos, donde el derecho al aborto está protegido constitucionalmente en más circunstancias que en Colombia. No obstante, en Estados Unidos, los tribunales han considerado que el gobierno puede utilizar su poder para preferir los nacimientos y, por lo tanto, desaprobar el aborto²⁶. A pesar de su estatus legal, los estados pueden prohibir que los seguros de salud cubran el aborto²⁷ y que las instituciones que reciben fondos públicos, incluidos los hospitales, realicen abortos²⁸. Es una situación curiosa en la que el estado puede desaprobar activamente y hacer más difícil el ejercicio de un derecho protegido por la Constitución. Al desaprobar el aborto, claramente se desaprueba también a la mujer que solicita el aborto. Cerramos entonces las puertas de nuestros hospitales al aborto y, por lo tanto, a las mujeres que lo solicitan, a las mujeres que toman una decisión diferente a la maternidad. Aplaudimos a la Corte Constitucional de Colombia por asumir una postura que debe conducir a Colombia en una dirección diferente, al respeto de la dignidad humana y de las decisiones de las mujeres.

NOTAS

1 Este artículo se basa en una traducción de extractos de la sentencia suministrada a las autoras por Women's Link Worldwide.

2 Corte Constitucional, mayo 28, 2009, sentencia T-388/09, Gaceta de la Corte Constitucional, s.p. (Colom.), sec. 5.1, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-388-09.htm> (consultado 28 julio 2014).

3 *Ibid.*

4 *Ibid.* Esta discusión, por supuesto, aplica a aquellos abortos que son legales en Colombia —aquellos en los que el embarazo constituye un peligro para la vida o salud de las mujeres; el embarazo como resultado de una violación, incesto o inseminación artificial no consentida; o cuando el feto presente malformaciones incompatibles con la vida—. Ver *C-355/2006: Extractos de la sentencia de la Corte Constitucional que liberalizó el aborto en Colombia* (Madrid: Women's Link Worldwide, 2007), disponible en: http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=detalle_proyectos&tp=publicaciones&dc=40 (consultado 19 julio 2014).

5 *Ibid.*

6 Ver "State Policies in Brief: Refusing to Provide Health Services", *Emergency Contraception* (New York, Washington D.C.: Guttmacher Institute, 1 Marzo 2014), disponible en: https://www.guttmacher.org/statecenter/spibs/spib_EC.pdf (consultado 19 julio 2014).

7 Adam Sonfield, "Rights vs. Responsibilities: Professional Standards and Provider Refusals", *The Guttmacher Report on Public Policy* 8, No. 3 (2005): 7-9.

8 Ver 42 U.S.C. § 300a-7 (2012); Consolidated Appropriations Act, 2010, Pub. L. No. 111-117, § 508(d)(1), 123 Stat. 3034, 3280.

9 Ver Emergency Medical Treatment and Active Labor Act, 42 U.S.C. § 1395dd(b) (que exige a los hospitales a los que llega una persona en una condición de emergencia médica que la estabilicen o la transfieran).

10 Hasta cierto punto, los acercamientos diferentes en los dos países podría reflejar los diferentes sistemas de salud. Sin embargo, la diferencia en el abordaje no se explica totalmente ni se deriva necesariamente de la estructura diferente del sistema de salud. Las leyes estatales en Estados Unidos no necesariamente deben, por ejemplo, suministrar estas amplias exenciones a los prestadores de salud que objetan al aborto e incluso a la remisión de la mujer.

11 Ver *supra* nota 2, en sec. 5.2.

12 El lenguaje de la Corte tiene un sentido amplio pero su razonamiento parece aplicarse a las instituciones que contra-
tan y atienden a personas de diferentes creencias, en donde una invocación de conciencia impondría la perspectiva de la
institución sobre la de las otras personas. Acogemos la sentencia en la medida que se fundamenta en este razonamien-
to. Ver *Religious Refusals and Reproductive Rights: The Report* (New York: American Civil Liberties Union, 2002), *dispo-
nible en*: <https://www.aclu.org/reproductive-freedom/religious-refusals-and-reproductive-rights-report> (consultado 19
julio 2014).

13 *Ver supra* nota 2, en sec. 5.1.

14 *Ibid.* en sec. 5.2.

15 *Ver supra* nota 9.

16 *Ver supra* nota 6, "State Policies in Brief: Refusing to Provide Health Services" (que destaca que 44 estados tienen le-
yes que permiten a las instituciones negarse a proveer servicios de aborto, con algunas leyes que limitan la objeción de
las instituciones privadas y una ley que la limita para las instituciones de filiación religiosa); *supra* nota 8, Consolidated
Appropriations Act, 2010, Pub. L. No. 111-117, § 508(d)(1), *supra* nota 8, 123 Stat. 3034, 3280 (que prohíbe a los re-
ceptores de ciertos fondos federales "discriminar" a cualquier institución de salud que "no suministre, pague, garantice la
cobertura, o remita para la realización de un aborto").

17 *Ver* Lori Freedman, *Willing and Unable: Doctors' Constraints in Abortion Care* (Nashville: Vanderbilt University Press,
2010).

18 *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, Nos. 13-354, 13-356, 2014 WL 2921709 (Estados Unidos. Junio 30, 2014). Al
emitir su decisión, la Corte abordó el reclamo en torno a la libertad religiosa con base en una ley federal, la Ley de Res-
tauración de la Libertad Religiosa (RFRA, por sus siglas en inglés). La decisión no se fundamentó en la Constitución, bajo
la cual, seguramente, se hubieran rechazado las reclamaciones de las empresas.

19 Los casos analizados por la Corte Suprema de Estados Unidos en esta sentencia son dos de las más de 90 demandas
contra las leyes federales que exigen la cobertura de anticoncepción en los seguros de salud. "Challenges to the Federal
Contraceptive Coverage Rule", American Civil Liberties Union, *disponible en*: [https://www.aclu.org/reproductive-free-
dom/challenges-federal-contraceptive-coverage-rule](https://www.aclu.org/reproductive-freedom/challenges-federal-contraceptive-coverage-rule) (consultado 1 julio 2014).

20 *Ver Stormans, Inc. c. Selecky*, 586 F. 3d 1109 (Ct. of App., 9th Circuit 2009); *Morr-Fitz, Inc. v. Quinn*, 364 Ill. Dec.
597 (Appellate Court, 4th Dist. 2012).

21 *Ver Craig v. Masterpiece Cakeshop*, Decision Final, CR 2013-0008 (Colo. Admin. Ct. May 30, 2014); *Cervelli and Buf-
ford v. Aloha Bed and Breakfast*, Orden concediendo a los demandantes y a los intervinientes una moción para una sen-

tencia de fondo parcial, No. 11-1-3103-12-ECN (Haw. 1st Cir. Ct. Apr. 11, 2013); Human Rights Comm'n, *Wathen v. Beall Mansion Bed & Breakfast*, No. 2011-SP-2486-2487-2488-2489 (Nov. 1, 2011); *Elane Photography, LLC v. Willock*, 309 P.3d 53 (N.M. 2013), *cert. denegado*, 134 S.Ct. 1787 (2014); *Acuerdo Conciliatorio, Baker and Linsley v. Wildflower Inn*, No. 183-7-11 (Vt. Super. Ct. 23 Ago. 2012); *Ingersoll v. Arlene's Flowers, Inc.*, Complaint, No. 12-3-00871-5 (Wash. Super. Ct. Apr. 18, 2013); *ver también* Micheal Hill, "Complaint: NY Wedding Site Banned Same-Sex Couple", *The Big Story*, disponible en: <http://bigstory.ap.org/article/complaint-ny-wedding-site-banned-same-sex-couple> (consultado 24 marzo 2014).

²² *Ver supra* nota 2.

²³ *Tramm v. Porter Mem'l Hosp.*, No. H 87-355, 1989 U.S. Dist. LEXIS 16391 (N.D. Ill. Dic. 22, 1989).

²⁴ Defs.' Br. en Opp'n to Pls.' Appl. for Prelim. Inj. Relief at 10, *Danquah v. Univ. of Med. & Dentistry of N.J.*, No. 11-cv-6377 (D. N.J. Nov. 22, 2011). El caso se concilió. Transcripción del procedimiento en 6, *Danquah v. Univ. of Med. & Dentistry of N.J.*, No. 11-cv-6377 (D. N.J. Dic. 22, 2011). Particularmente, en su reciente decisión eximiendo a una empresa con fines de lucro "administrada de forma cerrada" de la obligación de cubrir la anticoncepción, la Corte Suprema de Estados Unidos rechazó la idea de que el papel de la empresa —proveer aseguramiento para anticoncepción— era muy indirecto para comprometer los derechos de la empresa a la libertad religiosa. En vez de ello, aceptó los argumentos de la corporación que indicaban que suministrar este aseguramiento integral en salud tendría el efecto de permitir o facilitar a otra persona la realización de un acto inmoral y, por lo tanto, "perjudicaría de forma sustancial" el ejercicio religioso de la corporación.

²⁵ *Ver supra* nota 2, en sec. 5.2.

²⁶ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 112 S. Ct. 2791 (Supreme Court 1992).

²⁷ *Ver Coe v. Melahn*, 958 F.2d 223 (8th Cir. 1992); *ACLU v. Praeger*, 815 F. Supp. 2d 1204 (D. Kan. 2011).

²⁸ *Webster v. Reproductive Health Services*, 109 S. Ct. 3040 (Supreme Court 1989).

V/c

OBJECIÓN DE CONCIENCIA
Y REDUCCIÓN DE DAÑOS
EN EUROPA

RUTH FLETCHER



RUTH FLETCHER

Profesora Senior en Derecho Médico de la Facultad de Derecho Queen Mary de la Universidad de Londres en el Reino Unido, donde enseña a estudiantes de pregrado y postgrado. Ha publicado ampliamente sobre temas de salud, derecho y feminismo, con un interés especial en las luchas por el acceso a los servicios de aborto.

Durante años, Ruth ha colaborado con profesionales de la salud y activistas de derechos humanos en cómo usar el derecho en proyectos de justicia social. Sus proyectos actuales incluyen: objeción de conciencia y reducción de daños, críticas desde los derechos humanos a la legislación irlandesa sobre el aborto (incluyendo colaboraciones con la Asociación Irlandesa de Planificación Familiar y Médicos por el Derecho a Decidir) y un proyecto de largo plazo acerca de la incidencia que tienen los viajes que realizan las mujeres para acceder a servicios de aborto sobre las regulaciones y la justicia reproductiva.

Ruth es editora de la revista *Feminist Legal Studies* y coinvestigadora en el ReValuing Care Network, una red de profesionales de distintas disciplinas que buscan reevaluar las actuales aproximaciones conceptuales y normativas del concepto de *cuidado*.

1. INTRODUCCIÓN

La objeción de conciencia a la prestación de servicios de salud plantea importantes cuestionamientos filosóficos y prácticos. ¿Es justificable que un profesional de salud actúe en contra de una obligación legal con el argumento que cumplirla le genera un conflicto con sus convicciones y compromisos éticos personales? ¿Cómo puede un servicio de salud aceptar la objeción de conciencia (OC) sin comprometer la prestación de servicios de salud legales y necesarios y que, frecuentemente, son el resultado de importantes batallas políticas? La naturaleza y límites de la objeción de conciencia han sido debatidos extensamente en la literatura¹, principalmente en términos de una tensión entre las obligaciones públicas y los intereses personales. La sentencia T-388² de la Corte Constitucional de Colombia es particularmente significativa como precedente en este debate al abordar el *alcance* de los intereses jurídicos involucrados en la OC y los *límites* a dichos intereses. La Corte analiza estos límites a la luz del potencial daño que la OC puede causar a los intereses legalmente reconocidos de terceros, incluyendo los derechos fundamentales de las mujeres que solicitan servicios de aborto legal.

El presente capítulo responde a esta discusión, considerando el razonamiento de la Corte como una contribución al enfoque de reducción de daños aplicado a la objeción de conciencia en la atención del aborto³. Me centro, específicamente, en la importancia de este enfoque para responder a las reglamentaciones que actualmente se debate en Europa en relación con la objeción de conciencia y la atención del aborto. En la primera parte se plantea que el enfoque de la Corte sobre las circunstancias y las relaciones involucradas en el derecho a la OC apunta hacia la necesidad de establecer *prima facie* que el objetor se verá perjudicado si su objeción no es legalmente reconocida. Esto proporciona una guía útil para diferenciar entre objetores institucionales e individuales, participación directa e indirecta y las dimensiones pública y privada, a la hora de definir el alcance legítimo de la OC. En la segunda parte se argumenta que la elaboración de la Corte acerca de los límites del ejercicio legítimo de la OC nos ayuda a identificar, a manera de un test legal, la *naturaleza* y *efectos* del daño como límites para la OC. Al exponer este argumento, ilustro cómo un abordaje de la OC con enfoque de reducción de daños arroja lu-

ces sobre los problemas de reglamentación que han surgido recientemente en Irlanda⁴, Italia⁵, Polonia⁶ y Reino Unido⁷ en relación con el rol de la OC en la atención del aborto.

Antes de plantear este argumento, resumo los aspectos de la sentencia T-388 que son claves a efectos de este artículo. La sentencia T-388 permite ver a la Corte Constitucional de Colombia abordando la OC a partir del caso de un juez que, por razones de conciencia y de conflicto de interés, se declaró impedido para decidir una demanda relativa a la interrupción de un embarazo. En la petición se le solicitaba al juez expedir una orden para interrumpir un embarazo con graves malformaciones fetales, de acuerdo con la sentencia C-355 de 2006 que interpretó los artículos 122, 123 y 124 del Código Penal⁸. El razonamiento del juez de primera instancia, el juez Segundo Penal Municipal, no fue aceptado por la jueza Segunda Penal del Circuito a donde fue remitido. La jueza sostuvo que el conflicto de intereses no incluía las creencias religiosas o la conciencia moral de los funcionarios judiciales. La acción fue devuelta al juez Segundo Penal Municipal, quien finalmente negó la orden de interrupción del embarazo a pesar de las graves malformaciones fetales. En segunda instancia, la jueza Segunda Penal del Circuito revocó esta decisión, ordenó que la interrupción del embarazo se realizara en las siguientes 48 horas y que se llevaran a cabo pruebas diagnósticas en el feto y los padres; esto con base en la necesidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales de la mujer a la dignidad humana, el libre desarrollo de la persona y la salud en relación con la vida.

Aunque la interrupción se realizó en septiembre de 2006, tres cuestiones jurídicas fueron resueltas por la Corte Constitucional teniendo en cuenta la importancia constitucional del asunto: 1) ¿Qué es lo que exige la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional en materia de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres? 2) ¿Qué consecuencias prácticas surgen para las entidades promotoras de salud, las instituciones prestadoras de servicios de salud y el personal médico para garantizar que están en cumplimiento con la sentencia C-355 de 2006? 3) ¿Pueden los funcionarios judiciales declararse objetores de conciencia en el ejercicio de sus funciones y, en consecuencia, abstenerse de fallar un caso que se les ha asignado, especialmente cuando el caso involucra la protección de derechos fundamentales? Respondiendo las preguntas en orden inverso, la Corte dictaminó que los funcionarios judiciales no pueden declararse objetores de conciencia dada su obligación de hacer cumplir la ley. En segundo lugar, las instituciones de salud no

pueden oponerse a la práctica del aborto puesto que, como personas jurídicas, no tienen el derecho a la objeción de conciencia. En tercer lugar, la Corte se refirió a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres declarando, entre otras cosas, que “[l]as mujeres puestas bajo las hipótesis contenidas en la sentencia C-355 de 2006 gozan del derecho a decidir libres de presión, coacción, apremio, manipulación y, en general, cualquier suerte de intervenciones inadmisibles respecto de la interrupción voluntaria de su embarazo”; y que “[e]stá terminantemente prohibido [...] [a]legar objeción de conciencia colectiva que desencadena, a su turno, objeciones de conciencia, institucionales e infundadas”⁹.

2. ¿CUÁNDO APLICA EL DERECHO LEGAL A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA?

Aunque algunos argumentan que los profesionales de salud no deberían negarse a brindar atención en salud por razones de conciencia¹⁰, algunos sistemas jurídicos han reconocido explícitamente el derecho a la OC en el contexto de la atención del aborto y otros han reconocido implícitamente la OC como un aspecto de la libertad de conciencia. Las cuatro jurisdicciones europeas consideradas aquí tienen disposiciones legales nacionales específicas que reconocen el derecho a la objeción de conciencia para realizar un aborto legal¹¹. Todas ellas también son parte de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y están obligadas por la jurisprudencia sobre su artículo 9, relacionado con la libertad de conciencia y de creencia¹². En Colombia, el derecho a la objeción de conciencia está protegido por el artículo 18 de la Constitución, que garantiza la libertad de conciencia. En la sentencia T-388, la Corte Constitucional presenta dos puntos importantes sobre el contexto y la naturaleza de esa libertad que inciden en su interpretación jurídica. La Corte señaló que el texto constitucional colombiano tiene características específicas al calificar al estado como “una democracia participativa y pluralista, respetuosa de la dignidad humana”¹³. Esta aceptación legal del pluralismo moral respalda tanto el compromiso con la OC, al preservar las convicciones personales “ya sean ideológicas, religiosas o morales”¹⁴, como el establecimiento de límites “pues, de no estarlo, sería imposible tomar medidas obligatorias para todos los individuos”¹⁵. En segundo lugar, la Corte determinó que la “idea central consiste en que se incumple un deber jurídico por razones morales y se busca con ello preservar la propia integridad moral, lo que no supone el propósito de que otras personas se adhieran a las creencias o practiquen las actuaciones del [de la] objetor [(a)]”¹⁶.

Esta comprensión surge de entender que la objeción de conciencia es un derecho que resulta del respeto a la integridad moral de la persona¹⁷. Como señaló la Corte, *“la objeción de conciencia se presenta cuando el cumplimiento de la normatividad vigente exige por parte de las personas obligadas a cumplirlo un comportamiento que su conciencia prohíbe. En otras palabras, la objeción de conciencia supone la presencia de una discrepancia entre la norma jurídica y alguna norma moral”*¹⁸. Este razonamiento ayuda a explicar por qué la OC tiene, por lo general, un alcance limitado¹⁹. Todas las personas tienen el deber de cumplir con las normas legales y cualquier excepción a la obligación legal de proporcionar servicios de salud ha de ser restringida. La OC tiene por objeto prevenir o reducir el daño psíquico que provendría de una vulneración de la integridad moral de una persona. No obstante, el alcance jurídico de este interés en reducir el daño debe limitarse dada su naturaleza de disenso dentro de un marco normativo pluralista. Esto permite explicar por qué el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha encontrado que el artículo 9 no admite que toda creencia o práctica religiosa justifique la OC²⁰. Más bien, la OC solo será aplicable a aquellas creencias en las que la persona está personal e íntimamente comprometida y que la ponen en conflicto con sus obligaciones legales.

En *Pichon y Sajous c. Francia*, el TEDH sostuvo que la negativa de los farmacéuticos a vender anticonceptivos a mujeres que tenían recetas válidas no legitima bajo el ámbito del artículo 9²¹. El Tribunal ha tenido recientemente la oportunidad de evaluar el alcance de la práctica religiosa y las creencias garantizadas por el artículo 9. En *Eweida y otros c. Reino Unido* (2013)²² aclaró que el artículo 9 obliga al estado a hacer un *“esfuerzo razonable para acoger la manifestación de las creencias religiosas”*. El Tribunal consideró, no obstante, que este derecho está ampliamente limitado (un asunto que retomo en el punto 2.1, más adelante), y le dio al estado un amplio margen de maniobra cuando la limitación del derecho a manifestar la creencia religiosa ha sido claramente establecida en busca de algún interés público, incluyendo la salud y la seguridad en una sala de hospital, así como la búsqueda de objetivos de equidad, en este caso en beneficio de los gays y lesbianas. Como sostengo más adelante, y los casos de aborto en Polonia lo indican²³, existen limitaciones considerables a la OC. No obstante, necesitamos primero entender los objetivos que sustentan el reconocimiento legal de la OC para así aclarar los parámetros de las circunstancias y relaciones que involucran tal derecho.

2.1. Solicitantes no institucionales

La fundamentación del derecho a la objeción de conciencia en la integridad moral del individuo es un factor importante en la comprensión de por qué la OC regularmente no se aplica a las personas jurídicas²⁴. La Corte colombiana sostuvo que “[e]stá terminantemente prohibido [...] alegar objeción de conciencia colectiva que desencadene, a su turno, objeciones de conciencia, institucionales e infundadas”²⁵. Aunque las instituciones pueden indudablemente tener un *ethos* o código de ética, esto es una cuestión de hecho y el resultado de la adopción como *ethos* de ciertos principios y valores de un grupo. El *ethos*, en este sentido descriptivo, es cualitativamente distinto de la integridad moral que es la parte crítica y psicológica de una persona. Solicitar a los hospitales o personas jurídicas que actúen en contra de su *ethos* o política significa solicitarles que, por el bien de un valor en conflicto, actúen en contra de un reglamento que han adoptado. No implica solicitarles que actúen en contra de un compromiso psicológico íntimo puesto que las instituciones no pueden tener esa facultad crítica. Como la Corte explicó, las personas jurídicas (es decir, las empresas) no pueden experimentar “*las más íntimas y arraigadas convicciones*”²⁶.

La cuestión de si las instituciones tienen la capacidad de invocar la OC ha surgido recientemente en el contexto paneuropeo y particularmente en Irlanda, donde se ha adoptado una legislación para implementar el derecho al aborto para salvar la vida de la mujer. La jurisprudencia del TEDH sostiene que las empresas y asociaciones no pueden ampararse en el artículo 9²⁷, por lo que es poco probable que se considere este artículo como sustento de una OC de tipo institucional. Sin embargo, la Asamblea Parlamentaria Europea, una institución de la Unión Europea (UE) distinta del Consejo de Europa, ha adoptado recientemente una resolución que protege a los hospitales, instituciones y personas en contra de la discriminación o de la coerción debido a la negativa a realizar un aborto²⁸. La Resolución como tal no crea obligaciones jurídicamente exigibles, pero es un documento político que puede tener un efecto persuasivo.

En Irlanda, la Ley de Protección de la Vida en el Embarazo de 2013²⁹ ha autorizado a 25 hospitales, entre ellos dos hospitales católicos, a realizar interrupciones del embarazo en circunstancias donde existe una amenaza a la vida de la mujer gestante. El proyecto de ley tenía originalmente una disposición que

excluía a los hospitales del derecho a la objeción de conciencia³⁰; sin embargo, esta disposición fue eliminada de la versión final y la ley de 2013 no dice nada sobre el asunto. A raíz de la aprobación de la ley de 2013, ha surgido la pregunta de si los hospitales católicos, Mater y St Vincent's, se verán obligados a realizar abortos, según lo contemplado por la ley³¹. Uno de los miembros de la Junta del hospital Mater, el Padre Doran, declaró públicamente que estaba preocupado por la posibilidad que la ley exigiera al Mater realizar abortos ya que esto violaría su *ethos*³². En septiembre de 2013, el Mater anunció que cumpliría con los términos de la ley de 2013³³, luego de lo cual el Padre Doran renunció a su puesto en la Junta del mismo. Parecería que el hospital se ha comprometido a cumplir con los términos de la ley en la prestación pública y privada de servicios de salud y no ha invocado ningún tipo de OC colectiva a la realización de abortos que salvan vidas, lo que puede no ajustarse con la doctrina católica. Pero la cuestión seguirá siendo fuente de controversia y ha generado una importante cobertura mediática y de comentarios públicos, incluyendo el de un activista antiaborto que ha instado a las monjas del Mater a plantear una demanda³⁴. El razonamiento jurídico de la sentencia colombiana que explica por qué los hospitales no deben ser reconocidos legalmente como calificados para invocar una OC, puede hacer una importante contribución en este debate.

2.2. Los participantes directos

La distinción entre participación directa e indirecta en la realización del aborto es otra característica importante del debate sobre quién califica para la objeción de conciencia. Una de las maneras en que las políticas de salud han limitado el grupo de personas que pueden invocar la OC es especificando que solo los participantes directos en la realización del aborto pueden invocarla. Bajo esta perspectiva, el personal administrativo u otras personas que puedan estar involucradas en la atención a las mujeres a quienes se les realizará un aborto —pero que no realizan directamente el aborto quirúrgico o con medicamentos—, se excluyen del ámbito de aplicación de la OC. Los participantes indirectos se han quejado de que son cómplices de algo que les resulta moralmente objetable³⁵; sin embargo, los partidarios de la distinción argumentan que tienen que existir límites al alcance de la OC, en particular cuando esta objeción puede tener efectos discriminatorios³⁶.

Este debate está a punto de llegar a la Corte Suprema del Reino Unido con el caso de dos parteras de rango superior que coordinaban la sala de trabajo de parto de un hospital de Glasgow³⁷. Ellas argumentaron que tenían derecho a la OC, en virtud del artículo 4 de la Ley de Aborto de 1967, para no delegar, supervisar ni apoyar al personal que presta los servicios de aborto.

La sentencia T-388 es clara en apoyar jurídicamente a quienes siguen la línea según la cual la objeción de conciencia no se extiende a aquellos que están indirectamente involucrados con la realización del aborto. La Corte se refirió a una sentencia anterior para dejar “claro que la objeción de conciencia se predica del personal que realiza directamente la intervención médica necesaria para interrumpir el embarazo. Contrario sensu, no será una posibilidad cuya titularidad se radique en cabeza del personal que realiza funciones administrativas, ni de quien o quienes lleven a cabo las actividades médicas preparatorias de la intervención, ni de quien o quienes tengan a su cargo las actividades posteriores a la intervención”³⁸. Este enfoque apoya la postura inicial en *Doogan y Wood*, en donde la ley y política pública de la OC en la atención del aborto preveían que la sección 4 no aplicaba a la participación indirecta. En *R. c. Salford Area Hospital Authority ex parte Janaway* [1989] 1 AC 537 (en adelante *Janaway*), la *House of Lords* dictaminó que la secretaria de un consultorio médico no podía invocar la OC en virtud de la sección 4 para negarse a escribir una remisión para un aborto, argumentando que dentro de los objetores legítimos no se incluye a los participantes indirectos y que ella era una participante indirecta. La capacitación técnica a médicos, enfermeras y parteras prevé que los participantes indirectos no puedan invocar la OC. En 2012, la Outer House of the Scottish Court of Session estuvo de acuerdo con el *statu quo* y determinó que la delegación, supervisión y apoyo del personal que presta los servicios de aborto era participación indirecta que no daba lugar al derecho a la OC bajo la sección 4³⁹. No obstante, en 2013, la Inner House discrepó en la apelación y determinó que la distinción entre participación directa e indirecta no era significativa ni deseable (*Doogan y Wood*, 2013). La cuestión está ahora en camino a la Corte Suprema y si esta Corte está de acuerdo con la Inner House, el alcance jurídico de la OC podría ampliarse considerablemente en virtud de la Ley del Aborto de 1967. Sin embargo, la interpretación que ofrezco del razonamiento de la Corte colombiana proporciona una justificación de por qué la Corte Suprema del Reino Unido no debería acabar con la distinción legal entre participación directa e indirecta.

La sentencia T-388 ofrece dos elementos clave de por qué la distinción entre participación directa e indirecta es importante. La Corte Constitucional dijo que una de las razones por las que excluye la participación indirecta es porque “*difícilmente podrá encontrarse conexión real con motivos morales, filosóficos o religiosos*”⁴⁰. En otras palabras, la visión subjetiva de los objetores en cuanto a su complicitad no es el único factor que importa. Existe la necesidad de algún tipo de control externo que defina si el tipo de trabajo que desarrolla la persona interfiere real, de facto y jurídicamente con convicciones que pueden dar lugar a la OC. Algunos tipos de atención indirecta, como la realización de estudios genéticos durante la gestación, podrían dar lugar a la posibilidad de invocarla OC desde la perspectiva del objetor. No obstante, se puede argumentar que es de hecho incorrecto describir las pruebas genéticas como una participación indirecta en los servicios de aborto, ya que esta es una atención diagnóstica que las gestantes deben recibir independientemente de cualquier decisión que ellas puedan tomar acerca de continuar la gestación o interrumpirla. En segundo lugar, permitir que alguien se oponga a atender a una persona que podría optar por un aborto o que tuvo un aborto en el pasado no es razonable pues equivale a un trato discriminatorio. Cuando la negativa a atender a una persona se basa en un juicio sobre esa persona como menos digna de atención médica debido a algo que ha hecho o que podría hacer, el rechazo recae sobre la persona misma, no sobre el acto, y es, en principio, discriminatoria. Allí donde la discriminación es ilegal, la infracción de las normas de igualdad opera como un tipo de daño jurídicamente reconocido que limita la objeción de conciencia (se explica más adelante). Cuando esta discriminación no es claramente ilegal pero es antiética, al ser una violación de una norma de igualdad de trato, esta actúa como una especie de justificación para la exclusión de los indirectamente implicados en la atención del aborto en el ámbito de aplicación de la objeción de conciencia⁴¹.

Contrario a la conclusión del tribunal escocés, pero en concordancia con la sentencia de la Corte colombiana, la distinción legal entre participación directa e indirecta no puede considerarse únicamente desde la perspectiva subjetiva del objetor de conciencia. Más bien, el tribunal debe tener en cuenta los objetivos que sustentan el reconocimiento legal de la OC, esto es, la protección jurídica de la integridad moral de la persona cuando existe un conflicto entre el deber legal y las perspectivas morales personales, y preguntarse cuáles son los actos de participación necesarios para lograr esta protección. En segundo lugar, el tri-

bunal debe tener en cuenta la perspectiva de las mujeres que reciben servicios de aborto, ya que hay una obligación legal de no discriminarlas cuando reciben los servicios de salud contemplados en la ley.

2.3. Una función pública con una dimensión privada

En el contexto de la atención del aborto, un proveedor de servicio que desee negar la atención generalmente invoca la objeción de conciencia. Los hechos de la sentencia T-388 fueron particulares al plantear la cuestión de si un juez puede negarse a autorizar un aborto que, *prima facie*, cumple con los requisitos jurídicos. Como resultado, la Corte tuvo la oportunidad de examinar los diferentes tipos de contextos públicos y privados en los que la OC puede ser invocada y proporcionó un razonamiento jurídico útil en ese sentido. En resumen, en lo que concierne a la Corte, la OC no está en juego en los casos en que el objetor ejerce una función totalmente pública o totalmente privada. Más bien, la OC es invocada normalmente por aquellos que están desempeñando una función pública (como la atención en salud) con una dimensión privada en la forma de un espacio para las convicciones personales.

La Corte fue muy explícita al afirmar que “*las autoridades judiciales o aquellos que actúan como autoridad pública*” tienen funciones públicas claras de servir a la comunidad bajo los principios de la Constitución. “*Cuando un funcionario o funcionaria judicial profiere su fallo no está en uso de su libre albedrío*” y “[*quien ostenta tal calidad [de autoridad pública], no puede excusarse en razones de conciencia para abstenerse de cumplir con sus deberes constitucionales y legales*”⁴². Curiosamente, la Corte también justificó esta postura en términos más históricos y contextuales. Los derechos constitucionales fundamentales han sido difíciles de conseguir y el poder judicial tiene un importante papel que desempeñar para proteger estos derechos de un ataque populista⁴³.

Algunos podrían argumentar que los jueces no deberían estar sujetos a la obligación absoluta de respetar la ley en todas las circunstancias pero, de nuevo, el contexto político es importante aquí. Algún reconocimiento de una conciencia judicial puede ser justificable en las llamadas situaciones de una *mala ley*, en donde el sistema es autoritario e injusto. Sin embargo, dado el contexto democrático pluralista y liberal de

los derechos constitucionales de Colombia, no hay espacio para el reconocimiento legal de ningún permiso judicial para dejar de aplicar la ley por motivos de conciencia.

La Corte también comentó en relación con la prestación de servicios de salud que *"no se está ante una institución privada que presta el servicio de salud en condiciones establecidas por un acuerdo privado basado en la mera liberalidad de las partes involucradas; por el contrario, se trata de la implementación del sistema de salud público, creado y vigilado en su ejecución por el estado"*⁴⁴. Aunque la Corte no desarrolló este razonamiento, parecía estar pensando en acuerdos privados para la atención en salud en los que es inimaginable que surgiera la OC. El supuesto es que los proveedores no realizarían acuerdos contractuales de prestación de servicios de salud a los que se oponen. Sin embargo, en el contexto europeo, se hace cada vez más difícil establecer distinciones claras entre lo público y lo privado, incluso en la atención en salud que se financia a partir de los impuestos, como es el caso del Servicio Nacional de Salud del Reino Unido⁴⁵. Teniendo en cuenta que los comisionados públicos de salud están autorizados para delegar y pagar por servicios de salud a proveedores privados, estos contratos se encargan de algunas funciones públicas y deben, hasta cierto punto, responder de acuerdo a la regulación pública. Aunque es poco probable que un empleado de un proveedor privado de aborto invoque objeción de conciencia, el carácter privado de esa organización no puede ser una razón suficiente para negar la aplicación de la OC si la institución ha adoptado algunas funciones públicas.

3. ¿CÓMO SE LIMITA LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA?

La OC es, por lo general, un derecho limitado y no absoluto. La mayoría de los derechos están limitados en función de los derechos de los demás y del interés público y probablemente se justifican unas limitaciones mayores en el caso de la OC. Esto se debe a que la OC surge en un contexto en el que, por lo general, existe una obligación legal preexistente sobre el objetor de proporcionar la atención médica que constituye el núcleo de su objeción. Como señala la Corte Constitucional de Colombia: *"el ejercicio de la objeción de conciencia puede desencadenar y, de hecho, desata consecuencias frente a terceras personas. Por eso, resulta imposible catalogar la objeción de conciencia como un acto que permanece ubicado dentro del fuero interno de quien la ejerce"*⁴⁶. Este reconocimiento de los límites necesarios para la OC es también eviden-

te en la jurisprudencia del TEDH y en las leyes nacionales sobre la OC en el contexto europeo. Como comenta Daly, el TEDH ha declarado consistentemente que el derecho a la objeción de conciencia es limitado (2013). En particular, una persona no tiene en todos los casos el derecho de actuar con base en sus creencias en un contexto profesional o de servicios públicos. En la demanda exitosa contra Italia por no garantizar el acceso a servicios de aborto⁴⁷, la IPPF-EN citó la sentencia de la Corte Constitucional italiana que señala que la protección concedida a la libertad de conciencia *“no puede considerarse ilimitada e incondicional. Queda principalmente en la legislatura establecer un equilibrio entre, por un lado, la conciencia individual y los derechos correspondientes y, por el otro, los deberes generales y obligatorios de solidaridad política, económica y social que la Constitución (en el artículo 2) exige, de manera que el orden público está protegido y las cargas resultantes son compartidas por todas las personas, sin privilegio alguno”*.

Aunque es casi un lugar común decir que la OC es un derecho limitado, en la práctica los profesionales de la salud han sido reconocidos por actuar como si lo fuera. El TEDH consideró necesario criticar a los médicos polacos en *P. y S. c. Polonia* por asumir efectivamente la OC como un derecho absoluto. El Tribunal indicó: *“en general, la Corte considera que el personal involucrado en el caso de los demandantes no se consideraba a sí mismo como obligado a realizar el aborto expresamente solicitado por los demandantes, respaldados en una certificación expedida por el fiscal”*⁴⁸. Dada la práctica extendida de los profesionales de salud de justificar sus negativas a la atención bajo la figura de la objeción de conciencia, es importante reiterar la posición jurídica consolidada que la OC es limitada y que no justifica denegación de la atención. Una cuestión jurídica más controvertida no es el hecho de las limitaciones *per se*, sino el alcance de las limitaciones y los tipos de daños que dan para limitar la OC. Examinaré en primer lugar el significado jurídico de un daño que opera como limitante en este contexto, antes de considerar los tipos de límites que implican la prevención y reducción del daño.

3.1. Limitar los daños

Cuando el derecho reconoce los intereses que pueden justificar legalmente la interrupción de un embarazo, está reconociendo también los intereses que pueden verse perjudicados por el ejercicio de la OC. Los

criterios sobre los daños que limitan la OC son proporcionados por los mismos criterios de la interrupción legal del embarazo. Estos pueden variar entre los regímenes jurídicos, pero normalmente incluyen los intereses de la mujer a la vida, la salud, el bienestar, la autonomía, no ser sometida a tratos degradantes, la dignidad y la igualdad. Como lo deja en claro la sentencia de Colombia, si el derecho reconoce causales para el aborto legal, como el riesgo para la salud y el bienestar de la mujer, o la afectación de su autodeterminación y dignidad, entonces estos son los daños que limitan el ejercicio de la OC.

Este razonamiento apoya el argumento —finalmente exitoso— presentado por la IPPF-EN en su denuncia contra Italia según el cual *“la implementación insatisfactoria de la disposición, significa que los derechos a la vida y a la salud son sacrificados de forma irreparable, así como el derecho de la mujer a la libre determinación, reconocido expresamente en la Constitución italiana (artículos 2, 13 y 32)”*. Asimismo, proporciona otra razón por la cual es errónea la decisión de Escocia de 2013. Si las causales del aborto legal proporcionan los criterios para el reconocimiento de los daños que limitan la OC, la Inner House no evaluó correctamente el alcance de los daños. El Tribunal escocés consideró los abortos de emergencia en la sección 4 de la Ley del Aborto de 1967 como las únicas circunstancias en las que la OC no aplica⁴⁹. No obstante, los daños que se deben tener en cuenta al definir si la OC se limita en un caso particular, son todos los daños previstos por la ley, no solo el daño que es impedir un tratamiento de emergencia que salva vidas. Un riesgo para la salud física o mental de la mujer es un daño que hace legal un aborto en virtud de la ley⁵⁰. Por lo tanto, el riesgo para la salud física o mental de una mujer es un daño cuya prevención limita el ejercicio de la OC. Si el ejercicio de la OC en un conjunto particular de circunstancias pusiera de hecho en peligro la salud física o mental de la mujer, entonces la persona que invoca la OC solo podría hacerlo si puede demostrar que la salud de la mujer no será, en efecto, excesivamente comprometida porque, por ejemplo, ella puede acceder a otro proveedor de aborto sin demoras indebidas.

Los fundamentos establecidos para el aborto legal proporcionan el reconocimiento explícito de los daños que limitan el ejercicio de la OC. Pero, como ocurre con cualquier área del derecho, siempre existirán casos límite para interpretar. En el Reino Unido, el daño de negar la autonomía de la mujer no se reconoce explícitamente en el derecho interno como una justificación legal del aborto. Pero como Prochaska señaló

en relación con el caso *Doogan y Wood*, los tribunales del Reino Unido tienen la obligación, en virtud del artículo 3 de la Ley de Derechos Humanos de 1998, de interpretar la Ley de Aborto de 1967, a la luz de la protección de los derechos humanos bajo la Convención Europea⁵¹. El derecho de la mujer a la vida privada y familiar, en virtud del artículo 8, podría funcionar como un interés legítimo que un tribunal debería tomar en consideración cuando determine el tipo de daños que pueden limitar legalmente la OC⁵². Esto puede ser poco probable dado que los tribunales del Reino Unido no han involucrado los derechos de la Convención Europea en un grado significativo al interpretar la Ley de Aborto de 1967. Pero es, sin duda, jurídicamente posible que una corte futura, frente a los hechos apropiados, se base en las fuentes jurídicas relevantes, como el artículo 8 del CEDH, para encontrar un fundamento para el aborto legal más orientado hacia la autonomía. Por analogía, el artículo 8 es también una fuente jurídica relevante para considerar los límites legales a la OC. Por lo tanto, existe una segunda categoría de daños cuasilegales o grises que justifican el aborto, que podrían funcionar como restricciones de la OC, y que cualquier persona que argumente jurídicamente en favor de los límites de la OC usaría. Del mismo modo, la denuncia italiana sobre la regulación de la OC a la luz de los derechos a la salud y a la no discriminación en virtud de los artículos 11 y E, respectivamente, de la Carta Social Europea, ha demostrado de qué manera la ley nacional puede ser interpretada a la luz de la Carta. Se puede demandar, bajo la Carta, responsabilidad del estado por la OC de acuerdo a los estándares de prevención de daños, tal como se aplica a las causales del aborto legal.

3.2. Efectos de la limitación de los daños

Después de la primera pregunta sobre lo que se considera como un daño, surge una segunda cuestión sobre los efectos jurídicos del daño causado por el ejercicio de la OC. Algunos daños operan como una barrera, mientras que otros funcionan para establecer condiciones al ejercicio de la OC. Esto se puede ver cuando recordamos que la mayoría de las leyes sobre OC especifican qué profesionales de salud no pueden invocar la OC para negar a una mujer la realización de un aborto que salvaría su vida. La legislación italiana, por ejemplo, establece que un médico, cuya intervención personal es necesaria para salvar a la mujer de un peligro inminente para su vida, no puede invocar la objeción de conciencia. La mejor

manera de leer estas restricciones legales a la OC es considerar que reconocen que cualquier derecho *prima facie* a la OC será superado por el deber de prevenir el daño bajo la forma de una amenaza para la vida de la mujer. Esto no significa que el único daño que limita la OC sea una amenaza para la vida de la mujer. Más bien, el efecto de esta amenaza de daño sustancial es actuar como una barrera. Las circunstancias que desencadenan una barrera para la OC serán escasas teniendo en cuenta que no debe existir otra manera de satisfacer el interés en la supervivencia de la mujer. Sin embargo, es claro que existen circunstancias legales en las que el interés de la OC para proteger el bienestar psicológico del objeto tiene que ser puesto a un lado, dada la necesidad de evitar el daño mayor de perder la vida o de sufrir lesiones considerables.

En otras circunstancias, la prevención del daño operará para imponer condiciones a la OC. Esto sucede cuando la limitación de la OC se traduce en una serie de estándares y obligaciones que los objetores y sus empleadores deben cumplir. En efecto, la ley dice que los objetores deben demostrar que incumplen su obligación de proporcionar servicios de salud solo en la medida de lo necesario para proteger su bienestar psicológico a la luz de la necesidad de prevenir el daño a otros. La sentencia T-388 de la Corte Constitucional de Colombia ofrece una afirmación general clara de la clase de límites que operan allí: *"en principio, las personas profesionales de la medicina pueden eximirse de practicar la interrupción del embarazo por motivos de conciencia sí y solo sí se garantiza la prestación de este servicio en condiciones de calidad y de seguridad para la salud y la vida de la mujer gestante que lo solicite, sin imponerle cargas adicionales o exigirle actuaciones que signifiquen obstaculizar su acceso a los servicios de salud por ella requeridos, y con ello, desconocerle sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la salud sexual y reproductiva, a la integridad personal, a la dignidad humana"*⁵³. Este énfasis en la necesidad de garantizar el acceso y eliminar las barreras adicionales que puedan surgir en el ejercicio de la OC (o su equivalente) es también evidente en el enfoque del TEDH. Como destaca Westeson⁵⁴, el TEDH fue categórico tanto en *R.R. y P. y S.* al declarar que *"los estados tienen la obligación de organizar los sistemas de servicios de salud, de tal forma que se garantice que el ejercicio efectivo de la libertad de conciencia de los profesionales de salud en el contexto profesional no impida que los pacientes obtengan el acceso a los servicios a los que tienen derecho en virtud de la legislación aplicable"*⁵⁵.

El deber de remitir y el estándar de oportunidad son formas bastante reconocidas de aplicación de esta obligación de garantizar el libre acceso a los servicios de aborto legal⁵⁶. La Corte Constitucional de Colombia declaró que los objetores de conciencia deben tener “*certeza sobre la existencia de dicho profesional, sobre su pericia para llevar a cabo el procedimiento de interrupción del embarazo y de su disponibilidad en el momento en que es requerido*”⁵⁷. En Europa, las leyes y políticas nacionales normalmente reconocen la obligación del objetor de remitir y la obligación de las autoridades de salud de proporcionar una atención médica legal de forma oportuna⁵⁸. El TEDH ha enfatizado igualmente la importancia de estos estándares en relación con los servicios de aborto legal. En *P. y S. c. Polonia*, la falta de remisión a otro prestador de servicio de aborto fue presentada por las demandantes como evidencia de que no fueron provistas de un medio eficaz para ejercer sus derechos⁵⁹. En *R.R. c. Polonia*, la ausencia de remisión para la realización de las pruebas genéticas, exigidas por la legislación interna, dio lugar a una infracción de derechos bajo los artículos 3 y 8⁶⁰. Las demoras experimentadas por R.R. y por P. y S. en el intento de reclamar su derecho al aborto legal son claros incumplimientos del estándar de oportunidad. En R.R., los resultados de las pruebas genéticas fueron entregados después de ocho semanas de la solicitud inicial y más allá del plazo legal para el aborto. El Tribunal declaró con respecto a la vulneración de derechos de la convención en el caso de P. y S.: “*los acontecimientos que rodearon la decisión sobre el acceso de la primera demandante al aborto legal se caracterizaron por la dilación y la confusión. Se suministró información engañosa y contradictoria a las demandantes. No recibieron asesoría médica adecuada y objetiva que tuviera en cuenta sus propias opiniones y deseos en forma debida. Ningún procedimiento estuvo disponible para que sus opiniones fueran escuchadas y tomadas en cuenta adecuadamente con un mínimo de equidad procesal*”⁶¹. El Tribunal también señaló que el suministro de atención en salud legal de forma oportuna era aun más importante en el contexto de una gestación⁶².

La demanda contra Italia planteó un tipo diferente de límite —personal suficiente— para la práctica de la objeción de conciencia, en el contexto del derecho a la salud y a la no discriminación bajo la Carta Social Europea⁶³. El argumento planteado aquí era que el estado había fallado en proporcionar estándares adecuados para un aborto seguro y legal, debido a la escasez de personal dispuesto a proporcionar los servicios de aborto en los hospitales públicos. En un contexto diferente, Raz ha establecido el argumento de esta ma-

nera: *“la exención de conciencia del deber de participar en la administración de un derecho se permite porque, y en tanto que, no ponga en peligro la prestación del servicio”*⁶⁴. La IPPF-EN argumentó con éxito que el bajo número de proveedores de aborto genera barreras en el camino de las mujeres para acceder a los servicios de aborto legal. El riesgo de demora en el acceso para las mujeres hace que los servicios seguros y oportunos sean imposibles. Este argumento es apoyado por el razonamiento de la Corte Constitucional de Colombia que encontró que los derechos de las gestantes no estaban protegidos *“cuando el estado o las entidades promotoras de salud no aseguran la presencia del número de profesionales de la medicina suficientes para garantizar los derechos que le reconoció la sentencia C-355 de 2006 a las mujeres”*⁶⁵.

La necesidad de prevenir el daño establece límites a la OC tanto formales como sustanciales. Los entes reguladores deben asegurarse que los procedimientos adecuados estén en funcionamiento con el fin de guiar el ejercicio de la OC y permitir a los objetores su integridad psicológica al tiempo que se garantiza que la salud pública y los intereses de las mujeres están adecuadamente protegidos⁶⁶. Los límites formales incluyen generalmente el requisito de que el objetor proporcione sus razones por escrito. En el caso *R.R. c. Polonia* se señaló la necesidad de un reporte formal para la OC, en virtud del artículo 39 de la Ley Polaca de la Profesión Médica de 1996. Esta norma exige a los objetores hacer un *“registro de sus rechazos y los motivos de ellos”*⁶⁷ e *“informar a la paciente en donde puede obtener el servicio médico solicitado [...] los médicos que trabajan en las instituciones de atención de salud están también obligados a informar la negativa por escrito a sus supervisores”*⁶⁸. Westenson sostiene que el estándar regulatorio europeo que exige poner las objeciones por escrito se estableció como consecuencia de las decisiones del TEDH en *R.R.* y en *P. y S.* (2013). La Corte Constitucional de Colombia proporcionó orientación adicional sobre el estándar requerido para las negativas cuando especifica que el objetor debe expresar por escrito *“las razones por las cuales está contra sus más íntimas convicciones la realización del procedimiento tendente a interrumpir el embarazo en ese específico caso”* y enfatiza que *“no servirán formatos generales de tipo colectivo, ni aquellos que realice persona distinta a quien ejerce la objeción de conciencia”*⁶⁹. Cualquier invocación de objeción de conciencia con mala fe, para minimizar la propia carga de trabajo, por ejemplo, infringe claramente esta norma. El uso de un lenguaje vago y general debería ser también insuficiente, ya que no proporciona evidencia de por qué la conciencia personal del objetor requiere negarse a prestar el servicio.

4. CONCLUSIÓN

Al igual que la Corte Constitucional de Colombia, creo que la necesidad de reducir el daño a las mujeres que solicitan un aborto justifica limitar el derecho a la objeción de conciencia. A diferencia de algunos profesionales de salud a favor del aborto y defensores del mismo⁷⁰, creo que los médicos, enfermeras y parteras que se oponen al aborto deben tener el derecho a la objeción de conciencia. Ellos tienen, o deberían tener, este derecho legal por la misma razón por la que una gestante tiene, o debería tener, el derecho a decidir si continúa o no su gestación. Una mujer no debe ser obligada a llevar a término un embarazo en contra del juicio que hace de sus necesidades íntimas porque eso sería dañar su bienestar psicológico y el sentido de sí misma, incluso si su estado de salud *per se* no se ve amenazado por el embarazo. Un proveedor de servicios de salud no debe ser obligado a atender a una paciente de una manera que le exige ir en contra de sus convicciones íntimas. En un lenguaje más crítico, las feministas han insistido por largo tiempo en “*una habitación propia*”, o “*dominio imaginario*”⁷¹ para referirse a la preservación de una suerte de espacio seguro para la reflexión de conciencia. Para mí, el derecho a la OC es una versión legal de este espacio que debe ser reconocido, incluso si no estamos de acuerdo con la forma en que se utiliza⁷². Dada esta comprensión, es especialmente importante hacerle frente a las tergiversaciones y abusos de la OC que buscan desplegar la conciencia en nombre de un poder institucional arraigado⁷³. Al destacar el alcance del derecho a la objeción de conciencia en sus dimensiones individual, directa y pública, y al explicar cómo las vulneraciones a los derechos fundamentales de las mujeres operan como daños que limitan la OC, la Corte Constitucional de Colombia ha realizado un servicio valioso y útil.

¹ Mark Campbell, "Conscientious Objection, Health Care and Article 9 of the European Court of Human Rights", *Medical Law International* 11 (2011): 284-304; Mark Campbell, "Conscientious Objection and the Council of Europe", *Medical Law Review* 19 (2011): 467-475; Bernard Dickens y Rebecca Cook, "Conscientious Commitment to Women's Health", *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 113(2) (2011): 163-166, *disponible en*: <http://papers.ssrn.com/abstract=1832549>; Bernard Dickens, "Conscientious Objection: A Shield or a Sword?", en *First Do No Harm: Law, Ethics and Healthcare*, ed. S.A.M. McLean (Aldershot, UK: Ashgate, 2006), 337-351; Rebecca Dresser, "Freedom of Conscience, Professional Responsibility, and Access to Abortion", *The Journal of Law, Medicine and Ethics* 22(3) (1994): 280-285; Carole Joffe, *Doctors of Conscience: The Struggle to Provide Abortion before and after Roe v. Wade* (Boston: Beacon Press, 1996); Lori Kantymir y Carolyn McLeod, "Justification for Conscience Exemptions in Health Care", *Bioethics* 28(1) (2014): 16-23, *disponible en*: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/bioe.12055/abstract>; Mark Wicclair, *Conscientious Objection in Healthcare: An Ethical Analysis* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011).

² Corte Constitucional 28 mayo 2009, sentencia T-388/09, Gaceta de la Corte Constitucional (Colom.), ¶ 53, *disponible en*: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-388-09.htm> (consultado 17 junio 2014).

³ Joanna Erdman, "Access to Information on Safe Abortion: A Harm Reduction and Human Rights Approach", *Harvard Journal of Law and Gender* 34 (2011): 413-462; *disponible en*: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1884387; (Katherine Romero y Sarah Houlihan, *Maternal Mortality, Unsafe Abortion and the Harm Reduction Model: The Legal Platform* [Women's Link Worldwide, 2012]), *disponible en*: http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=detalle_proyectos&dc=66.

⁴ Eoin Daly, "Talk of Religious Freedom often Obscures Wish to Defend Institutional Catholicism", *The Irish Times*, Agosto 15, 2013, *disponible en*: <http://www.irishtimes.com/news/social-affairs/talk-of-religious-freedom-often-obscures-wish-to-defend-institutional-catholicism-1.1494336>; Eoin Daly, "Religious Freedom Arguments in the Abortion Debate", *Human Rights in Ireland Blog*, Agosto 12, 2013, *disponible en*: http://humanrights.ie/civil-liberties/religious-freedom-arguments-in-the-abortion-debate/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+humanrights-%2FkxLu+%28Human+Rights+in+Ireland%29; Ruth Fletcher, "Peripheral Governance: Administering Transnational Health Care Flows", *International Journal of Law in Context* 9 (2013): 173, *disponible en*: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2395895; Ruth Fletcher, "Submission to the Health Committee of the Irish Oireachtas on the Protection of Pregnancy in Life Bill, 2013", *Human Rights in Ireland*, *disponible en*: <http://humanrights.ie/criminal-justice/guestpost-ruth-fletchers-submission-to-the-oireachtas-abortion-hearings/> (consultado 18 Julio 2014); Irish Fa-

mily Planning Association to Human Rights Committee, *Comments of the Irish Family Planning Association (IFPA) in Respect of the Fourth Periodic Review of Ireland under the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)* (reporte de las organizaciones de la sociedad civil para la sesión, 2014), *disponible en:* http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=626&Lang=en.

⁵ Comité Europeo de Derechos Sociales, *IPPF-EN v. Italy*, Complaint No. 87/2012 (3 septiembre 2013), *disponible en:* http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/NewsCOEPortal/CC87Merits_en.asp.

⁶ Johanna Westeson, "Reproductive Health Information and Abortion Services: Standards Developed by the European Court of Human Rights", *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 122 (2013): 173-176; *R.R. v. Poland* App. No. 27617/04, Tribuna Europeo de Derechos Humanos (2011), *disponible en:* <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104911>; *P. and S. v. Poland*, No. 57375/08, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2012), *disponible en:* <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=-001-114098>.

⁷ *Doogan and Wood v. Greater Glasgow and Clyde Health Board* (2013) CSIH 36, *disponible en:* <http://www.scotcourts.gov.uk/opinions/2013CSIH36.html>; Louise Finer, "Conscientious Objection in Scotland: A Worrying Precedent", *RHM Blog*, Mayo, 2013, <http://rhmmatters.wordpress.com/tag/doogan-and-wood/>; Elizabeth Prochaska, "Abortion and Conscientious Objection: What about Human Rights?", *UK Human Rights Blog*, Mayo 22, 2013, <http://ukhumanrightsblog.com/2013/05/22/comment-abortion-and-contentious-objection-what-about-human-rights-elizabeth-prochaska/>.

⁸ *Ver supra* nota 2, en sec. 1(2).

⁹ *Ibid.*, en sec. 4.4.

¹⁰ Julian Savulescu, "Conscientious Objection in Medicine", *British Medical Journal* 332 (2006): 294-297, *disponible en:* <http://www.bmj.com/content/332/7536/294>; C. T. Gallagher et al., "The Fox and the Grapes: An Anglo-Irish Perspective on Conscientious Objection to the Supply of Emergency Hormonal Contraception without Prescription", *Journal of Medical Ethics* 39(10): 638-642; *prepublicación disponible en:* http://uhra.herts.ac.uk/bitstream/handle/2299/11838/-The_Fox_and_the_Grapes_vR1a.pdf?sequence=2; J. Paul Kelleher, "Emergency Contraception and Conscientious Objection", *Journal of Applied Philosophy* 27(3) (2010): 290-304; Christian Fiala y Joyce Arthur, "'Dishonourable Disobedience'—Why Refusal to Treat in Reproductive Healthcare Is not Conscientious Objection", *Psychosom Gynaecol Obstetrics* (próximo a publicarse), *disponible en:* <http://dx.doi.org/10.1016/j.woman.2014.03.001>.

¹¹ En Irlanda, la sec. 17 de la Ley de Protección de la Vida Humana durante el embarazo de 2013 permite la OC en situaciones de no emergencia y sujetas al deber de remitir. *Ver* Protection of Life During Pregnancy Act 2013, No. 35/2013 (Ir.), *disponible en:* <http://www.oireachtas.ie/viewdoc.asp?fn=/documents/bills28/acts/2013/a3513.pdf>. En Italia, el artículo 9 de la Ley nº 194 permite al personal de salud optar por no participar en un procedimiento de ter-

minación del embarazo si deciden invocar la objeción de conciencia. *Ver supra* nota 5, *IPPF-EN v. Italy*. En Inglaterra, Wales y Escocia, la sección 4 de la Ley de Aborto de 1967 autoriza la OC. *Ver Abortion Act, 1967 (Eng.)*, *disponible en*: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/contents> y *Doogan and Wood v. Greater Glasgow and Clyde Health Board* (2013). En Polonia, bajo la sección 39 de la Ley de la Profesión Médica (ustawa o zawdzie lekarza) de 1996, un médico puede negarse a realizar un servicio médico invocando su objeción de conciencia; *ver supra* nota 6, *P. y S. v. Poland*.

12 Mark Campbell, "Conscientious Objection, Health Care and Article 9 of the European Court of Human Rights"; Adriana Lamackova, "Conscientious Objection in Reproductive Health Care: Analysis of *Pichon and Sajous v. France*", *European Journal of Health Law* 15(1) (2008): 7-43.

13 *Ver supra* nota 2, en sec. 5.1.

14 *Ibid.*

15 *Ibid.*

16 *Ibid.*

17 *Ver supra* nota 1, Mark Wicclair, *Conscientious Objection in Healthcare: An Ethical Analysis*; Mark Campbell, "Conscientious Objection, Health Care and Article 9 of the European Court of Human Rights". *Ver* Elizabeth Sepper, "Taking Conscience Seriously", *Virginia Law Review* 98 (2012): 1501-1575, *disponible en*: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1888375.

18 *Ver supra* nota 2, en sec. 5.1.

19 Elizabeth Sepper, "Contraception and the Birth of Corporate Conscience", *Am. U. J. Gender, Soc. Pol'y & Law* 303 (2014): 276, *disponible en*: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2289383.

20 *Ver supra* nota 6, *P. and S. v. Poland*; *Pichon y Sajous v. France*; *supra* nota 1, Mark Campbell, "Conscientious Objection, Health Care and Article 9 of the European Court of Human Rights"; *supra* nota 4, Eoin Daly, "Religious Freedom Arguments in the Abortion Debate"; *supra* nota 6, Johanna Westeson, "Reproductive Health Information and Abortion Services: Standards Developed by the European Court of Human Rights".

21 *Ver supra* nota 1, Mark Campbell, "Conscientious Objection, Health Care and Article 9 of the European Court of Human Rights".

22 Applications Nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 Eu. Ct. H.Rr, *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-115881>.

23 *Ver supra* nota 6, *P. y S. v. Poland*.

24 Mala Corbin, "Corporate Religious Liberty: Why Corporations Are Not Entitled to Religious Exemptions", *American Constitution Issue Brief* (2014), *disponible en*: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2384136; Ruth Fletcher, "Conscientious Objection and Harm Reduction in Abortion Care", en Mary Donnelly y Claire Murray eds. *Emerging Issues in Irish Health Care Law* (Manchester University Press, forthcoming); *supra* nota 19, Elizabeth Sepper, "Contraception and the Birth of Corporate Conscience".

25 *Ver supra* nota 2, en sec. 5.2.

26 *Ibid.*

27 *Ver Company X v. Switzerland* 16 DR85. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1979) y *Verein Kontakt-Information-Therapie v. Austria* 57 DR81 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1988); *supra* nota 1, Mark Campbell, "Conscientious Objection, Health Care and Article 9 of the European Court of Human Rights".

28 EUR. PAR. ASS., *The Right to Conscientious Objection in Lawful Medical Care*, Res. 1763 (2010), *disponible en*: <http://assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=17909&lang=EN>; *supra* nota 1, Mark Campbell, "Conscientious Objection and the Council of Europe".

29 Protection of Life During Pregnancy Act 2013 (Act No. 35/2012) (Ir.), *disponible en*: <http://www.irishstatutebook.ie/pdf/2013/en.act.2013.0035.pdf>.

30 *Ver* Ruth Fletcher, "Submission to the Health Committee of the Irish Oireachtas on the Protection of Pregnancy in Life Bill, 2013", *Human Rights in Ireland*, *disponible en*: <http://humanrights.ie/criminal-justice/guestpost-ruth-fletchers-submission-to-the-oireachtas-abortion-hearings/> (consultado 10 junio 2014).

31 *Ver* Ruth Fletcher, Richie Keane, Mark Murphy y Veronica O'Keane, "Submission to the UN Human Rights Committee for Ireland's Review under the International Covenant of Civil and Political Rights", *Doctors for Choice* (2014), *disponible en*: http://www.ccrcentre.org/doc/2014/06/INT_CCPR_CSS_IRL_17440_E.pdf (consultado 1 julio 2014).

32 *Ver* Kitty Holland, "Mater Board Priest Says Hospital Can't Carry out Abortions", *The Irish Times*, Agosto 7, 2013; *supra* nota 4, Irish Family Planning Association to Human Rights Committee, *Comments of the Irish Family Planning Association (IFPA) in Respect of the Fourth Periodic Review of Ireland under the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*.

33 Kitty Holland, "Mater Hospital to Comply with Legislation", *The Irish Times*, 25 septiembre 2013.

34 Breda O'Brien, "Mater Hospital Nuns Must Stand up to Bullying", *The Irish Times*, Octubre 5, 2013.

35 Para una explicación *ver supra* nota 1, Mark Campbell, "Conscientious Objection, Health Care and Article 9 of the European Court of Human Rights" (refiriéndose a Daniel Oderberg): "cuando digo que esta conclusión era en principio razonable, quiero decir que el reclamo de conciencia no discrimina entre un acto de mala práctica como actor principal y un acto de mala práctica como cómplice. Si tengo una objeción de conciencia a mi participación directa en X situación, entonces, en aras de la consistencia, tendría que objetar mi contribución a X como cómplice". Daniel Oderberg, "The Ethics of Co-Operation in Wrongdoing", en *Modern Moral Philosophy: Royal Institute of Philosophy Supplement* No. 54, ed. Anthony O'Hear (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), 203-227 at fn 67.

36 *Ver* la explicación en las Guías del Consejo Médico General: "usted puede optar por dejar de proporcionar un procedimiento en particular a causa de sus creencias y valores personales, siempre y cuando esto no se traduzca en una discriminación directa o indirecta u hostigamiento contra pacientes individuales o grupos de pacientes. Esto significa que no debe negarse a tratar a un paciente o grupo de pacientes a causa de sus creencias personales o puntos de vista sobre él o ellos. Y usted no debe negarse a tratar a las consecuencias para la salud de estilos de vida a los que usted se opone a causa de sus creencias" (*Good Medical Practice*, 2nd ed. [General Medical Council, 2013], ¶ 8), disponible en: http://www.gmc-uk.org/guidance/good_medical_practice.asp.

37 *Ver supra* nota 7, *Doogan and Wood v. Greater Glasgow and Clyde Health Board* (2013); Angus Howarth, "Catholic Midwives Abortion Case Goes to Top Court", *The Scotsman*, Junio 25, 2013, <http://www.scotsman.com/news/health/catholic-midwives-abortion-case-goes-to-top-court-1-2975012> (consultado 10 junio 2014); Louise Finer, "Conscientious Objection in Scotland: A Worrying Precedent", *RHM Blog*, Mayo, 2013, <http://rhmmatters.wordpress.com/tag/doogan-and-wood/>.

38 *Ver supra* nota 2, en sec. 5.1.

39 *Doogan and Wood v. Greater Glasgow and Clyde Health Board* (2012) CSOH 32, disponible en: <http://www.bailii.org/scot/cases/ScotCS/2012/2012CSOH32.html>.

40 *Ver supra* nota 2, en sec. 5.1.

41 *Ver supra* nota 1, Lori Kantymir y Carolyn McLeod, "Justification for Conscience Exemptions in Health Care".

42 *Ver supra* nota 2, en sec. 5.3.

43 *Ibid.*

44 *Ibid.* en sec. 5.2.

45 Allyson Pollock, *NHS plc: The Privatisation of our Healthcare* (London: Verso, 2005); Kenneth Veitch, "Social Solidarity and the Power of Contract", *Journal of Law and Society* 38(2) (2011): 189-214.

- 46 *Ver supra* nota 2, en sec. 5.1.
- 47 *Ver supra* nota 5, *IPPF-EN v. Italy*.
- 48 *Ver supra* nota 6, *P. and S. v. Poland*, ¶ 108.
- 49 *Ver supra* nota 7, *Doogan and Wood v. Greater Glasgow and Clyde Health Board* (2013), ¶ 32.
- 50 *Britain's Abortion Law. What it Says, and Why* (British Pregnancy Advisory Service, 2011), *disponible en*: http://www.bpasresources.org/product_info.php?ID=11244.
- 51 Elizabeth Prochaska, "Abortion and Conscientious Objection: What about Human Rights?".
- 52 *Ver* Daniel Fenwick, "'Abortion Jurisprudence' at Strasbourg: Deferential, Avoidant and Normatively Neutral?", *Legal Studies* 34(2) (2014): 214-224.
- 53 *Ver supra* nota 2, en sec. 5.1.
- 54 *Ver supra* nota 7, Johanna Westeson, "Reproductive Health Information and Abortion Services: Standards Developed by the European Court of Human Rights".
- 55 *Ver supra* nota 6, *P. and S. v. Poland*, ¶ 206 (citando *R.R. v. Poland*, No. 27617/04, Tribunal Europeo de Derechos Humanos [2011]), *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104911>.
- 56 *Ver supra* nota 1, Mark Campbell, "Conscientious Objection, Health Care and Article 9 of the European Court of Human Rights": 293; *supra* nota 17, Elizabeth Sepper, "Taking Conscience Seriously", *Virginia Law Review* 98 (2011): 1501-1575, *disponible en*: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1888375.
- 57 *Ver supra* nota 2, en sec. 5.1.
- 58 *Ver supra* nota 36, *Good Medical Practice*, ¶ 52.
- 59 *Ver supra* nota 6, *P. and S. v. Poland*, ¶ 81.
- 60 *Ver supra* nota 6, *R.R. v. Poland*, ¶ 107.
- 61 *Ibid.* en ¶ 108.
- 62 *Ibid.* en ¶ 111.
- 63 *Ver supra* nota 5, *IPPF-EN v. Italy*.
- 64 Joseph Raz, "Death in our Life", *Journal of Applied Philosophy* 30(1) (2013): 3.
- 65 *Ver supra* nota 2, en sec. 5.1.

66 *Ver supra* nota 6, *R. R. v. Poland*, ¶ 127.

67 *Ibid.* en ¶ 61.

68 *Ibid.* en ¶ 73.

69 *Ver supra* nota 2, en sec. 5.1.

70 *Ver supra* nota 10, Christian Fiala y Joyce Arthur, “‘Dishonourable Disobedience’—Why Refusal to Treat in Reproductive Healthcare Is Not Conscientious Objection”.

71 Drucilla Cornell, *The Imaginary Domain: Abortion, Pornography and Sexual Harassment* (New York: Routledge, 1995); Virginia Woolf, *A Room of One's Own* (London: Penguin, 2002), también disponible en versión electrónica en: <http://ebooks.adelaide.edu.au/w/woolf/virginia/w91r/index.html> (consultado 15 julio 2014).

72 Ann Ferudi, “Abortion: Why Doctors Should Have the ‘Right to Refuse’”, *The Independent Blogs*, 7 octubre 2010 <http://blogs.independent.co.uk/2010/10/07/abortion-why-doctors-should-have-the-‘right-to-refuse’/> (consultado 13 junio 2014).

73 Michael Thomson (2013) “Abortion Law and Professional Boundaries”, *Social and Legal Studies* 22 (2013): 191-210; *supra* nota 4, Eoin Daly, “Talk of Religious Freedom often Obscures Wish to Defend Institutional Catholicism”.

V/d

**USO PROACTIVO DE LA
OBJECCIÓN DE CONCIENCIA
PARA PRESTAR SERVICIOS
DE SALUD A PERSONAS
MIGRANTES EN SITUACIÓN
ADMINISTRATIVA IRREGULAR:
BREVE ESTUDIO DE
CASO DE ESPAÑA**

WOMEN'S LINK WORLDWIDE

España ofrece un raro ejemplo del uso proactivo —en contraste del defensivo— de la objeción de conciencia. La objeción de conciencia ha sido frecuentemente utilizada para rebelarse contra las reglas que obligan a la gente a hacer algo, por ejemplo, a unirse a un ejército. Esta vez, la objeción ha sido utilizada en España para negarse a obedecer una ley que, de alguna forma, prohíbe al individuo participar en una actividad. Frente a una ley que restringe severamente el derecho a la atención médica de las personas migrantes sin permiso de residencia, los proveedores de salud, diseñaron e implementaron protestas basadas en su derecho a la objeción de conciencia con el objetivo de seguir ofreciendo servicios de salud a esta población. Es más, este activismo no se limitó a los proveedores de salud, sino que se extendió a los ciudadanos comunes y a algunos gobiernos locales, dando lugar a un recurso de inconstitucionalidad de la ley, entre otras reacciones.

Aunque este breve estudio de caso no se refiere directamente al aborto, los argumentos jurídicos y éticos planteados por las organizaciones en España con el fin de fortalecer el derecho a la objeción de conciencia podrían, en contextos restrictivos, enriquecer las actividades de incidencia que buscan aumentar el acceso a servicios de aborto seguro.

1. ANTECEDENTES

Durante la década de los 80 y en el contexto de la transición a la democracia en España¹, el modelo de salud pública fue reconceptualizado, pasando de un sistema de servicios de salud basado en los impuestos a uno en el que la salud es un derecho para todos. Por lo tanto, desde la Ley General de Salud de 1986² hasta el año 2011, toda la legislación de salud pública apoyaba la idea de la salud como un derecho universal. Por ejemplo, el artículo 46 de la Ley General de Salud estableció una de las características fundamentales del Sistema Nacional de Salud: la extensión de los servicios a toda la población. De manera similar, en 2003, la Ley de Cohesión y Calidad³ reconoció que todos los ciudadanos, independientemente de su estatus migratorio, tenían derecho a recibir atención de salud para cumplir así con el derecho universal a la salud.

Este camino hacia un derecho universal a la salud en España se interrumpió de manera abrupta en 2012. En septiembre de ese año, entró en vigor el Decreto Real Ley 16/2012 (20 de abril) "*Medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*"⁴. Esta ley restringe el acceso a la atención médica de las personas sin estatus migratorio legal. El artículo 3, en particular, establece que los extranjeros no registrados o no autorizados que residan en España pueden recibir atención en salud solo en casos de urgencia, es decir, según la definición de la ley, enfermedad grave o accidentes y maternidad. Los menores de edad (menos de 18 años) sin permiso de residencia pueden recibir asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

Antes de esta reforma, las personas migrantes sin permiso de residencia tenían derecho a la atención médica gratuita una vez que se registraban ante el gobierno local de la comunidad en la que vivían. Normalmente, esto implicaba la presentación de un pasaporte junto con la prueba de que estaba viviendo en esa comunidad⁵. Como resultado de la reforma, las personas que tratan de acceder a los servicios de salud están obligadas, además, a demostrar su permiso de residencia. Aquellas que no pueden demostrarlo, no tienen derecho a la atención pública en el sistema sanitario, salvo en algunas de las circunstancias excepcionales establecidas en la nueva ley, tales como emergencias, enfermedades graves y atención de maternidad. Las personas sin permiso de residencia deben ahora pagar primas anuales al estado o comprometerse a pagar los gastos médicos para poder acceder a los mismos servicios de salud que los ciudadanos españoles y residentes legales reciben de forma gratuita.

El Gobierno ha defendido la ley de múltiples maneras. Inicialmente, citó razones económicas y la necesidad de reducir el gasto público en medio de una severa crisis económica. Posteriormente, declaró que estaba aplicando regulaciones europeas y tratando de frenar el turismo sanitario. Paradójicamente, la decisión del Gobierno español se produjo en el momento en que la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA, por sus siglas en inglés) emitió el concepto de que las personas migrantes sin permiso de residencia debían tener derecho por ley a acceder a todas las formas de atención médica esencial, tal como la posibilidad de ver a un médico o de recibir los medicamentos necesarios, y que la continuidad de la atención debía ser garantizada, especialmente en el caso de las enfermedades infecciosas⁶.

1.1. Reacción Nacional

Cinco comunidades autónomas (Cataluña, Andalucía, Asturias, Canarias y País Vasco) anunciaron que no iban a aplicar la nueva ley. Estas comunidades pusieron en marcha mecanismos para garantizar, para todas las personas, el acceso libre y continuo a servicios de salud. Cuatro de las comunidades han presentado un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

1.2. Respuesta internacional

En sus observaciones finales de 2012 sobre España, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresó su preocupación por la introducción de esta ley y la restricción de los derechos de las personas migrantes en situación legal irregular para acceder a los servicios públicos de salud⁷. Recomendó que el estado debía garantizar la atención médica universal de conformidad con sus obligaciones internacionales y que las reformas no limitaran el acceso a los servicios de salud sobre la base del estatus migratorio. El Comité también recomendó que España debía evaluar el impacto de cualquier potencial reducción en el acceso a la atención en salud para las personas más desfavorecidas y marginadas. Del mismo modo, después de su visita a España, Mutuma Ruteere, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre las Formas Contemporáneas de Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia, declaró en su informe de 2013 que *"lamenta profundamente"* las modificaciones introducidas por la ley, *"las cuales restringen el derecho de los inmigrantes indocumentados a acceder a servicios públicos de salud como lo han dispuesto diversos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por España"* y recomendó la revisión de esta *"lamentable medida"* para la garantía del acceso para todos a servicios de atención en salud, independientemente del estatus migratorio⁸.

2. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN ESPAÑA

El artículo 16(1) de la Constitución Española establece que *"[s]e garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesi-*

ria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”⁹. El Tribunal Constitucional español ha confirmado que la objeción de conciencia está incluida en el artículo 16(1) y que, como parte de la Constitución, es directamente aplicable sin necesidad de más reglamentaciones, especialmente en el contexto de los derechos fundamentales¹⁰.

3. LAS CAMPAÑAS DE INCIDENCIA

Organizaciones de la sociedad civil pusieron en marcha una serie de campañas en respuesta a la implementación de la ley, incluyendo las de Derecho a Curar y Yo Sí, Sanidad Universal.

3.1. Derecho a Curar

En julio de 2012, Médicos del Mundo y SEMFYC (Sociedad Española de Medicina Familiar y Comunitaria), la mayor organización nacional de médicos generales, lanzaron una campaña llamada *Derecho a Curar*¹¹. La campaña hace un llamado a profesionales de la salud que trabajan en una gran variedad de campos, incluyendo enfermería, farmacia, administración y trabajo social para reaccionar ante la ley mediante “*el ejercicio de su derecho a la resistencia individual y colectiva, y a la objeción de conciencia*” apoyando la prestación de atención médica a todas las personas, independientemente de su estatus migratorio¹². Aquí, a diferencia del estándar de la sentencia T-388/09, la objeción de conciencia es defendida como un derecho colectivo.

Citando el juramento hipocrático de la Asociación Médica Mundial (WMA, por sus siglas en inglés) al adoptar la Declaración de Ginebra en el año 1948, los organizadores de la campaña explicaron que la profesión médica ha “*acogido consistentemente un código deontológico que expresa el firme compromiso de proporcionar servicios públicos de salud de manera justa y no discriminatoria*”¹³. Del mismo modo han fundamentado la campaña en la Declaración de la WMA de Lisboa sobre los Derechos del Paciente que establece claramente que cuando la legislación niega a los pacientes sus derechos, los médicos deben buscar los medios apropiados para asegurarlos o restablecerlos. La plataforma de la campaña afirma:

“No podemos aceptar decisiones administrativas que priven a cualquier persona que viva en el territorio español de su derecho a la salud y estamos individual y colectivamente comprometidos a defender y garantizar el acceso a servicios de salud para todas las personas que necesitan atención y tratamiento médico”¹⁴.

Los organizadores de la campaña dan respuesta a muchas de las supuestas razones para la introducción de la ley. En el tema del turismo médico, señalan que esto es muy diferente de la inmigración. De acuerdo con un estudio realizado por Médicos del Mundo, solo el 4% de las personas encuestadas citó el acceso a la atención en salud como un motivo para emigrar a España.

Al examinar la reforma desde la perspectiva del análisis de costos, los organizadores de la campaña han señalado que las personas con estatus migratorio irregular ya no van a tener acceso a consultas de atención primaria y en su lugar se verán obligados a acudir a las salas de emergencia cuando surjan situaciones de urgencia médica. La negación de una atención más integral puede conducir a condiciones que requieran hospitalización o tratamientos más intensivos, los cuales son más costosos y, en el caso de ciertas patologías, menos eficientes desde un punto de vista médico. Por otra parte, aunque las personas migrantes constituyen más del 10% de la población, solo representan el 5% de las consultas de atención primaria.

Álvaro González, presidente de Médicos del Mundo, declaró lo siguiente al describir la ley y su impacto:

“Desde la perspectiva de los derechos, no es justo; desde la perspectiva económica, es ineficiente; desde la perspectiva de salud pública, es un decreto peligroso, ya que las enfermedades infecto-contagiosas no entienden las barreras administrativas, y desde el punto de vista ético, no es justificable, ya que vulnera el derecho deontológico de los profesionales de salud”¹⁵.

3.2. Yo Sí, Sanidad Universal

Yo Sí, Sanidad Universal es una “*campaña de desobediencia civil*” de proveedores de servicios de salud y pacientes¹⁶. Curiosamente, a diferencia de la sentencia T-388/09 de la Corte Constitucional de Colombia, esta campaña sostiene que el personal administrativo tiene derecho a objetar conciencia a la exclusión de personas con estatus migratorio irregular del sistema público de salud¹⁷.

El objetivo de la campaña es, por lo tanto, multifacético. Busca garantizar el acceso a los servicios de salud, promover la desobediencia civil respecto de las disposiciones de la ley y generar conciencia sobre el tema. Además de invitar a los proveedores de servicios de salud y a los pacientes a invocar la objeción de conciencia, la campaña incluye una estrategia para animar a los que pueden acceder libremente al sistema de salud pública a acompañar a los que no pueden a las consultas médicas y centros de atención¹⁸. El acompañamiento a pacientes permite evaluar la situación sobre el terreno, analizar cómo los usuarios con y sin acceso al sistema de salud están siendo afectados por la ley y crear un tejido social de ciudadanos en apoyo a la atención universal en salud.

4. LECCIONES PARA LOS ACTIVISTAS Y PARTIDARIOS DEL ABORTO SEGURO

El uso proactivo o positivo de la objeción de conciencia como el propuesto por Derecho a Curar y Yo Sí, Sanidad Universal puede servir para incrementar el acceso a servicios de aborto seguro en los lugares en los que la ley sigue siendo muy restrictiva. Como se ha expuesto previamente en esta publicación por Barroso, Cavallo y Michel Ramón, los profesionales de la salud que estén dispuestos a prestar servicios de aborto en estos contextos deben tener derecho a la objeción de conciencia frente a las leyes que les prohíben ofrecer servicios que podrían salvar la vida a una mujer o a una niña o proteger su salud física y/o mental. Por lo tanto, no deberían ser procesados ni sancionados por actuar según su conciencia. Del mismo modo, no pueden ser obligados por la ley a violar la confidencialidad médico-paciente teniendo que reportar a las autoridades las mujeres que buscan atención médica.

NOTAS

¹ De 1939 a 1975 España fue gobernada por el dictador Francisco Franco. Con su muerte, España comenzó a moverse hacia la democracia. En 1978 España aprobó una nueva Constitución junto con otras reformas legales integrales.

² Ley 14/1986 (B.O.E. 1986, 102) (España), *disponible en*: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1986-10499 (consultado 19 julio 2014).

³ Ley 16/2003 (B.O.E. 2003, 128) (España), *disponible en*: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-10715> (consultado 19 julio 2014).

⁴ R.D.L. 16/2012 (B.O.E. 2012, 98) (España), *disponible en*: http://www.boe.es/boe_catalan/dias/2012/04/24/pdfs/-BOE-A-2012-5403-C.pdf (consultado 19 julio 2014).

⁵ Robert Simones, Sept. 25, 2010, "Prime Minister Rajoy's 'Recortes Sanitarios' for Undocumented Immigrants in Spain May Face Constitutional Challenges", *Blog of the UC Davis Journal of International Law*, 2010, *disponible en*: <http://jilp.law.ucdavis.edu/blog/posts/-prime-minister-rajoys-recortes-sanitarios-for-undocumented-immigrants-in-spain-may-face-constitutional-challenges.html> (consultado 19 julio 2014).

⁶ Agencia Europea de Derechos Fundamentales, *Migrants in an Irregular Situation: Access to Healthcare in Ten European Union Member States* (Luxemburgo, 2011), 9, *disponible en*: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1771-FRA-2011-fundamental-rights-for-irregular-migrants-healthcare_EN.pdf (consultado 19 julio 2014).

⁷ U.N., Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sesión 48, *E/C.12/ESP/CO/5, Consideration of Reports Submitted by States Parties under Articles 16 and 17 of the Covenant* (30 Abril-18 Mayo 2012), *disponible en*: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fESP%2fCO%2f5&Lang=en (consultado 16 julio 2014).

⁸ U.N., Consejo de Derechos Humanos, sesión 23, *A/HRC/23/56/Add.2, Report of the Special Rapporteur on Contemporary Forms of Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance*, Mutuma Ruteere, *disponible en*: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A-HRC-23-56-Add-2_en.pdf (consultado 19 julio 2014).

⁹ Constitución Española. 29 diciembre 1978, B.O.E. 311, art. I, §2, cl. 16(1), (España), *disponible en*: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/constitucion/Paginas/ConstitucionIngles.aspx> (consultado 19 julio 2014).

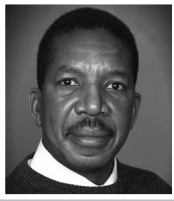
¹⁰ S.T.C. 53/1985, Abril 11, 1985 (B.O.E. 119, 10-25) (España), *disponible en*: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1985-9096> (consultado 19 julio 2014).

- 11 Sociedad Española de Medicina Familiar y Comunitaria, Formato de Registro de Objektor, *disponible en:* <http://objecion.semfyc.es/> (consultado 19 julio 2014).
- 12 "Reasons to Protest against the Healthcare Reform", Médicos del Mundo (2013), *disponible en:* <http://www.medicos-delmundo.org/derechoacurar/manifiest/> (consultado 19 julio 2014).
- 13 *Ibid.*
- 14 *Ibid.*
- 15 Álvaro González, "Las consecuencias de la reforma sanitaria en España" (Médicos del Mundo), 2 min. 16 seg; video en línea del blog *La Piedra del Alquimista*, https://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=Ma7i4Gty3Pc (consultado 19 julio 2014).
- 16 "Por una sanidad universal", Yo Sí, Sanidad Universal, <http://yosisanidaduniversal.net/portada.php> (consultado Julio 19, 2014).
- 17 "Instrucciones para la objeción de conciencia (al Real Decreto Ley 16/2012)" (manual, Yo SÍ, Sanidad Universal, n.d.), http://yosisanidaduniversal.net/media/blogs/materiales/instrucciones_objecion.pdf (consultado 19 julio 2014).
- 18 "Manual para grupos de acompañamiento" (manual, Yo Sí, Sanidad Universal, n.d.), http://yosisanidaduniversal.net/-media/blogs/materiales/manual_acompanamiento.pdf (consultado 19 julio 2014).

V/e

SENTENCIA T-388/2009:
COMENTARIOS A LA DECISIÓN
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
DE COLOMBIA DESDE LA
PERSPECTIVA REGIONAL
AFRICANA

CHARLES NGWENA



CHARLES NGWENA

Abogado con Maestría en Derecho de la Universidad de Wales y doctorado en Derecho de la Universidad Free State. Charles es profesor de derecho en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Pretoria en Sudáfrica. Ha sido también profesor en facultades de derecho del Reino Unido, Suazilandia, Sudáfrica, Estados Unidos y Canadá.

Ha publicado extensamente sobre asuntos en los que se conjugan los derechos humanos y la salud, incluyendo temas como el VIH/SIDA y la salud sexual y reproductiva, con énfasis en la región africana. Además, es un experto en derechos de personas en situación de discapacidad.

El profesor Ngwena hace parte de los comités y juntas editoriales de varias revistas internacionales. Es editor del *African Disability Rights Yearbook* y editor de la sección de leyes y bioética de *Developing World Bioethics*. Forma parte de la junta editorial de las revistas *Medical Law International* y *Journal of African Law*. Así mismo, es coeditor de *Employment Equity Law* con J.L. Pretorious y E. Klink, la cual fue publicada por primera vez en el 2001 por *Butterworths* y se continua publicando anualmente. Junto con Rebecca Cook, ejerce como coeditor de la revista *Health and Human Rights* (Ashgate, 2007). Además es coeditor, junto con Ebenezer Durojave, del libro próximo a publicarse titulado *Strengthening Sexual and Reproductive Rights in the African Region through Human Rights* (Pretoria University Law Press).

1. INTRODUCCIÓN

En la sentencia T-388/09, la Corte Constitucional de Colombia abordó la colisión entre el derecho constitucional de la mujer al aborto y el derecho a la objeción de conciencia al mismo y a servicios de salud relacionados, incluyendo aquella que se ejerce respecto de su supervisión judicial. La Corte sostuvo que el derecho a la objeción de conciencia al aborto solo aplica para el personal directamente implicado en la realización del procedimiento de interrupción del embarazo. Más aun, la Corte indicó que el derecho a la objeción de conciencia no se extiende a los funcionarios judiciales encargados de decidir un caso relativo a un aborto. La Corte también aprovechó la oportunidad para considerar, más ampliamente, los derechos y deberes relativos a la objeción de conciencia en el contexto de la prestación de servicios de salud. El presente artículo pretende hacer una reflexión sobre las lecciones que se pueden aprender de la decisión de Colombia para el desarrollo del derecho constitucional y de los principios de derechos humanos, así como para regular la objeción de conciencia en la región africana.

La sentencia T-388/09 sitúa el derecho a la objeción de conciencia no solo en el marco del derecho constitucional sino también en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, lo que hace que tenga atractivo transnacional. En ese sentido, la sentencia puede instruir a los tribunales nacionales de los países africanos y a los órganos creados por los tratados regionales de derechos humanos, los cuales no tienen hasta el momento precedentes propios sobre el derecho a la objeción de conciencia, pero tienen la obligación de interpretar y aplicar las leyes que reconocen el derecho de las mujeres al aborto en determinadas circunstancias. Los 54 estados que conforman la Unión Africana tienen leyes domésticas que regulan el aborto. No obstante, en la mayoría de ellos, las leyes no mencionan nada sobre la objeción de conciencia. Más aun, en ningún estado africano ha sido planteado aun un caso ante los tribunales que involucre el derecho a la objeción de conciencia. El panorama es similar a nivel regional. El Protocolo sobre los Derechos de la Mujer en África (Protocolo de Maputo)¹, que complementa la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta Africana)², reconoce explícitamente el derecho de las mujeres al aborto como un derecho humano. Con todo, los órganos creados por los tratados regionales de derechos humanos nunca han sido llamados a interpretar o aplicar el derecho huma-

no al aborto garantizado por el Protocolo de Maputo. Es necesario que se desarrollen estándares de derechos humanos para implementar no solo el acceso al aborto, sino para regular el derecho a la objeción de conciencia.

Con el fin de sacar conclusiones de derecho comparado a partir de la decisión de Colombia, conviene iniciar con una revisión general de las leyes africanas relacionadas con el aborto.

2. UNA VISIÓN GENERAL DE LAS LEYES AFRICANAS SOBRE ABORTO

Las actuales leyes de aborto africanas son un legado colonial³. La influencia de las leyes coloniales sobre aborto se observa en la naturaleza restrictiva de muchas de las leyes nacionales, así como en el número de enfermedades, discapacidades y muertes relacionadas con el aborto inseguro, que a su vez son consecuencia de las leyes restrictivas⁴. La premisa cardinal en las leyes de aborto, trasplantada de Europa a las colonias, era que el aborto era ilegal y pecado mortal⁵. Salvar la vida de la mujer embarazada, entendida esta en un sentido médico restringido, era la única excepción permitida a la penalización del aborto⁶. Las leyes coloniales de aborto se han mantenido sin cambio en diversos países africanos⁷. Más aun, cuando se han producido reformas en el ámbito nacional estas han sido progresivas en contraste con las reformas más radicales que se han hecho en los antiguos países colonizadores⁸.

Simultáneamente, en las tres últimas décadas o más, un número creciente de estados africanos han reformado sus leyes para ampliar las causales de aborto legal para garantizar a las mujeres el acceso a un aborto seguro⁹. Algunos países, una pequeña minoría, han reformado radicalmente sus leyes para reconocer el aborto por solicitud de la mujer o para incluir circunstancias socioeconómicas como causal para acceder a un aborto legal. Entran en esta categoría: Cabo Verde¹⁰, Sudáfrica¹¹, Túnez¹², Zambia¹³ y, en cierta medida, Etiopía¹⁴. Otras jurisdicciones han reformado sus leyes para reconocer la violación, el incesto, el riesgo para la salud de la mujer embarazada o el riesgo para la salud o la vida del feto como causales para el aborto legal. Es particularmente significativo que aproximadamente el 50% de los estados africanos reconocen actualmente la amenaza para la salud de la mujer embarazada como una causal de

aborto legal¹⁵. La importancia de la causal salud radica en su potencial para ampliar sustancialmente el acceso al aborto seguro. Cuando la salud se interpreta de acuerdo con el concepto holístico de salud del preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS)¹⁶, se pueden abarcar implícitamente aquellas circunstancias socioeconómicas que tengan repercusiones negativas en las mujeres con un embarazo no deseado y, por lo tanto, ampliar sustancialmente el número de mujeres elegibles para el aborto legal.

Dejando de lado las reformas nacionales, la región africana ha tenido un avance histórico al reconocer el aborto como un derecho humano por sí solo. En 2003, la Unión Africana adoptó el Protocolo de Maputo para complementar y aumentar la protección de los derechos de la mujer bajo la Carta Africana, que proporcionaba una protección percibida como insuficiente¹⁷. El Protocolo fue adoptado con el fin de promover la equidad de género y proteger los derechos de las mujeres a la igualdad sustancial y a la no discriminación, en una región cuyo contexto histórico tiene incrustada la discriminación basada en el género¹⁸. El Protocolo de Maputo, ratificado por más de dos tercios de los estados africanos, es el primer tratado internacional que reconoce explícitamente el aborto como un derecho humano¹⁹, ubicándolo en un marco más amplio de derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos²⁰.

El artículo 14 del Protocolo de Maputo reconoce el derecho de la mujer a un “*aborto médico*” en caso de asalto sexual, violación o incesto, o cuando el embarazo representa un riesgo para la vida o la salud de la gestante o para la vida del feto²¹. El artículo 26 del Protocolo impone a los estados Parte adoptar todas las medidas necesarias, incluidas las presupuestarias, para cumplir con los derechos garantizados por el Protocolo. Las obligaciones del estado derivadas del artículo 14(c)(2) obligan a la implementación en el nivel nacional, no solo reconociendo las causales del aborto legal, sino también estableciendo la infraestructura requerida, incluida la difusión de información sobre salud y la prestación de servicios de interrupción del embarazo en condiciones seguras. Por una parte, el derecho al aborto garantizado por el Protocolo debe entenderse como una obligación negativa ya que prohíbe que el estado interfiera en la decisión de la mujer a tener un aborto seguro en los casos permitidos. Por otra parte, se debe entender como una obligación estatal positiva de adoptar medidas para cumplir con la realización de este derecho.

A pesar de las reformas en el ámbito nacional, las mujeres que solicitan un aborto bajo las excepciones a la penalización del mismo experimentan dificultades en el acceso. En la región, las leyes de aborto y también los servicios de aborto generalmente permanecen desconocidos o fuera del alcance de las mujeres con embarazos no deseados. Ha habido muy poca implementación efectiva de la ley a nivel nacional, incluyendo la sensibilización del público sobre la legalidad del aborto y la disponibilidad y ubicación de los servicios de aborto seguro. La información sobre la legalidad del aborto tampoco se ha difundido entre los profesionales de salud quienes, a su vez, no tienen ninguna motivación para proporcionar ni siquiera información o la ubicación de los servicios legales por temor a ser llevados a juicio²². Solo un puñado de países ha desarrollado y puesto en práctica directrices y protocolos para aclarar, por ejemplo, lo que constituye riesgo para la salud como causal de aborto legal, no solo a las mujeres que solicitan el aborto, sino también a los profesionales de la salud que tienen la competencia y responsabilidad de proporcionar los servicios²³. En consecuencia, si bien el Protocolo de Maputo es innovador, la garantía del derecho al aborto se ha mantenido, hasta ahora, en un nivel simbólico y sin aplicación, incluso en los países que lo han ratificado.

3. DISPOSICIONES SOBRE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LAS LEYES AFRICANAS DE ABORTO: ALGUNOS EJEMPLOS

La mayoría de leyes nacionales de la región africana no abordan expresamente la objeción de conciencia, de manera que implícitamente la cuestión se rige, sobre todo, por las cláusulas relativas a la libertad de conciencia de las Constituciones nacionales, así como por las obligaciones más amplias del estado frente a los derechos humanos. La mayoría de las leyes africanas de aborto se encuentran en los códigos penales que, junto a otras normas penales, proscriben el aborto con excepciones implícitas o explícitas, pero sin abordar específicamente la objeción de conciencia. Leyes domésticas, como la Ley de Terminación del Embarazo de Zambia (1972), que regula únicamente el aborto y contiene una cláusula de objeción de conciencia²⁴, son una excepción a la regla. La ley de Zambia fue hecha siguiendo el modelo de la ley británica de aborto de 1967²⁵. La Sección 4(1) de la ley de Zambia establece que *“ninguna persona tendrá el deber, sea por contrato, por ley o por otro tipo de requisitos, de participar en ningún tipo de tratamiento au-*

torizado por esta ley frente al cual tenga objeción de conciencia". Esta regulación está sujeta a la sección 4(2), que establece que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia "no afectará la obligación de participar en el tratamiento necesario para salvar la vida o para evitar graves lesiones permanentes en la salud física o mental de la mujer embarazada".

Aunque el contenido de la cláusula de objeción de conciencia de la ley de Zambia no se ocupa de todos los derechos y obligaciones involucrados, por lo menos pone de relieve la naturaleza del derecho a la objeción de conciencia como un derecho relativo y no absoluto, que debe ser ejercido, no de forma aislada, sino en yuxtaposición con el deber de proteger la vida y la salud de la mujer que solicita un aborto. Más aun, la cláusula se complementa con directrices que abordan de forma más amplia la objeción de conciencia. En este sentido, imponen ciertas obligaciones²⁶. Exigen, por ejemplo, que se proporcione información adecuada a la gestante, incluyendo su derecho al aborto, y que se le remita a otro profesional de la salud²⁷. Las directrices también limitan el alcance del derecho a la objeción de conciencia al afirmar que solo puede ser invocado por un individuo, no por un grupo o institución, y que solo puede aplicarse al procedimiento de interrupción como tal y por la persona que lo realiza, no a "servicios más generales" o por "personal de apoyo"²⁸.

La cláusula de objeción de conciencia de la Ley de Terminación del Embarazo de Zimbabue de 1977²⁹ ofrece un marcado contraste con su homólogo zambiano³⁰. La sección 10 de la ley de Zimbabue establece: "a pesar de cualquier ley o acuerdo contrario, ningún médico, enfermera o persona empleada en otra capacidad en una determinada institución, tendrá la obligación de participar o asistir en la terminación de un embarazo".

La ley de Zimbabue se diferencia de su homólogo zambiano en tres aspectos. En primer lugar, la ley de Zimbabue no intenta, en absoluto, imponer obligaciones correlativas al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia. En segundo lugar, no limita el alcance de los actos protegidos al procedimiento de terminación del embarazo, sino que amplía el alcance de los actos protegidos para incluir actos asistenciales. En tercer lugar, incluye dentro de su ámbito de protección a personas que no trabajan como profesionales de salud.

La escasez general de leyes y directrices que se ocupen de la objeción de conciencia en la región africana justifica buscar más allá de las fronteras jurisprudencia y acercamientos al tema que puedan resultar instructivos. La naturaleza draconiana de la cláusula de objeción de conciencia de la Ley de Terminación del Embarazo de Zimbabue opera como un derecho sin restricción y sin consideración de los derechos constitucionales y humanos de la mujer gestante. Esta cláusula está claramente por fuera de los límites de lo que estaría implícitamente permitido, no solo en virtud de los tratados que Zimbabue ha ratificado³¹, sino también con base en su propia Constitución³². Envía el mensaje de que los profesionales de salud pueden invocar el derecho a la objeción de conciencia sin necesidad de ponderarlo con los derechos a la salud y a la vida de las mujeres que solicitan el aborto. Este ejemplo deja clara la necesidad de garantizar que, en su diseño e implementación, las leyes nacionales de aborto no limiten de manera desproporcionada los derechos reproductivos de las mujeres.

4. CASO T-388/2009

4.1. Alcance de la objeción de conciencia

El enfoque de la Corte Constitucional de Colombia para fijar los parámetros del derecho a la objeción de conciencia en la sentencia T-388/09 es sólido. El razonamiento subyacente al derecho a la objeción de conciencia es el de proteger las convicciones personales de los que llevan realmente a cabo el procedimiento de aborto y no de aquellos que se limitan a ayudar o a facilitarlos³³. En el caso que originó la sentencia T-388/09 el reclamo de objeción de conciencia cayó muy por fuera de aquellas hipótesis en las que se ha reconocido que se coloca injustamente a un objetor de conciencia entre el cumplimiento de un deber legal y el ser fiel a sus convicciones personales. La persona que invocó el derecho a la objeción de conciencia era un funcionario judicial. Una persona titular de ese cargo no podría ser descrita, ni remotamente, como vinculada estrechamente con la realización de un procedimiento de aborto.

El derecho a la objeción de conciencia no se extiende a situaciones en las que el objetor tiene una vinculación débil con el procedimiento de aborto. La Corte Constitucional de Colombia hizo hincapié en que

únicamente el personal de salud *directamente* involucrado con la realización del aborto es quien puede invocar el derecho y no, por ejemplo, el personal que realiza las tareas preparatorias o que presta la atención postaborto³⁴. En este sentido, la decisión de la Corte coincide con el enfoque de otras jurisdicciones. Por ejemplo, en *Janaway c. Autoridad Sanitaria del Área de Salford*³⁵, la Cámara de los Lores (el tribunal nacional más alto del Reino Unido) declaró que el derecho a la objeción de conciencia en virtud de la Ley de Aborto de 1967 no protegía la negativa de un auxiliar administrativo de escribir una carta de remisión para la realización del aborto. De acuerdo con la Cámara de los Lores, el acto de escribir una carta de remisión era marginal y preliminar al procedimiento del aborto como tal. Destacó que, dentro del ámbito de protección de la cláusula de objeción de conciencia de la Ley de 1967³⁶, no debe entenderse incluido *cualquier* procedimiento que pueda estar asociado con la interrupción del embarazo.

Sin embargo, como ha subrayado el Tribunal Superior de Justicia de Escocia en el caso *Doogan y Wood*³⁷, adoptar un enfoque demasiado limitado o rígido que solo reconozca la objeción de conciencia de los profesionales de salud que *de hecho* realizan los procedimientos para la interrupción del embarazo, puede resultar injusto con los profesionales de la salud que ayudan de forma cercana en la interrupción del embarazo o que están estrechamente involucrados en la administración del tratamiento, sin ser los que prescriben o realizan el procedimiento que termina el embarazo. En términos prácticos, por ejemplo, mientras que el médico puede realizar el procedimiento quirúrgico que como tal termina el embarazo, las enfermeras y parteras suelen estar estrechamente involucradas en el cuidado de la paciente. Este sería el caso, por ejemplo, de la enfermera que apoya en sala de cirugía a un cirujano ginecólogo mientras este realiza la dilatación y curetaje para interrumpir el embarazo. Argumentar que esta enfermera no es sujeto del derecho a la objeción de conciencia, supondría anular la lógica detrás de la objeción de conciencia. Es por lo tanto necesario una evaluación caso por caso para determinar si el grado de participación del profesional de salud que reclama el derecho a la objeción de conciencia es cercano y lo suficientemente sustancial para que sea equiparable a la participación directa.

Ampliar el alcance de la objeción de conciencia más allá de los procedimientos inmediatos y necesarios para la realización del aborto sería administrativamente y constitucionalmente inviable. Incluir todos los

procedimientos que son preparatorios al aborto o relacionados con la atención postaborto haría que el derecho al aborto dependiera de un número potencialmente ilimitado de terceras personas³⁸. Esto significaría, por ejemplo, que el personal auxiliar encargado de transportar a la mujer al quirófano para el aborto quirúrgico podría también objetar por razones de conciencia y de igual manera lo podría hacer el operario de una fábrica que participa en la fabricación de material quirúrgico que se utilizará en la interrupción quirúrgica del embarazo. La lista del personal que podría objetar sería prácticamente interminable y este enfoque perjudicaría profundamente la organización y provisión de servicios de salud por parte del estado. En últimas, ello equivaldría a reconocer el derecho irrestricto a la objeción de conciencia de una manera que, no solo anularía el derecho de la mujer al aborto, sino que también socavaría otros derechos relacionados como los derechos de esta mujer a la vida y la salud, ya que lo más probable es que los derechos de las mujeres queden en segundo plano para aquellos que se oponen al aborto.

Cuando una Constitución nacional tiene legitimidad democrática³⁹ y se ha comprometido a promover la diversidad y reivindicar los derechos de todas las personas protegidas constitucionalmente y no solo los derechos de los objetores de conciencia, sería un contrasentido permitir a los funcionarios judiciales reclamar el derecho a la objeción de conciencia frente al aborto. Permitir que los propios custodios de la Constitución nacional interpreten y apliquen los derechos garantizados por la misma como un *menú a la carta* minaría el acceso a la justicia de una manera grave y arbitraria⁴⁰. Finalmente, socava el estado de derecho ya que los ciudadanos no pueden contar con el poder judicial para reivindicar sus derechos. Como lo reconoció la Corte Constitucional de Colombia, serían particularmente afectados los derechos fundamentales de las personas que pertenecen a grupos históricamente marginados y cuyos derechos fundamentales han sido históricamente negados por los discursos políticos y religiosos dominantes⁴¹.

4.2. Logrando un equilibrio entre los derechos en conflicto

Una parte significativa de la sentencia T-388/09 aborda las obligaciones correspondientes a los profesionales de la salud como individuos, a las instituciones sanitarias y al estado. Los proveedores de salud tienen las competencias, así como las responsabilidades legales y éticas directas, de proporcionar servicios de salud, incluidos los servicios de aborto. Consciente de la criminalización y estigmatización histórica del

aborto en el sector salud así como de la fuerte oposición religiosa al aborto⁴², la Corte buscó un equilibrio entre la protección de la libertad de conciencia y la protección de los derechos constitucionales de la mujer al aborto y al acceso al servicio de interrupción del embarazo. Lograr este equilibrio garantiza que el derecho fundamental a la objeción de conciencia no se ejerza de forma absoluta, sino de una manera que tenga en cuenta los derechos fundamentales igualmente apremiantes de las mujeres que solicitan los servicios de aborto.

Exigir a los profesionales de salud objetores que remitan de inmediato a las mujeres a otros profesionales de salud permite proteger no solo los derechos de las mujeres al aborto y a la autonomía reproductiva, sino también sus derechos a la salud, a la vida y a la dignidad, sin obligar a los objetores de conciencia a realizar el aborto. El ejercicio del derecho a la objeción de conciencia genera obligaciones recíprocas que están atadas, en últimas, al logro de la igualdad sustantiva. El derecho a la objeción de conciencia está sujeto a que se deje espacio a los derechos constitucionales de la mujer y a los derechos humanos. Teniendo en cuenta que el tiempo es esencial para las mujeres que solicitan un aborto y que los abortos son más seguros si se realizan en el primer trimestre, es particularmente significativo que la Corte hiciera hincapié en asegurar que la remisión fuera expedita, no solo en el sentido del mero acto de referencia, sino también en garantizar la disponibilidad real de un profesional de salud alterno dispuesto a realizar el aborto. Los retrasos en la remisión o remisiones que no se traducen en un acceso real pueden erosionar sustancialmente o incluso negar rotundamente el derecho de las mujeres al aborto. En particular, el negar el acceso oportuno a un aborto seguro y legal vuelve especialmente vulnerables a las mujeres de escasos recursos económicos a tener un aborto inseguro por fuera del sector sanitario formal.

En algunas jurisdicciones, es un principio claramente aceptado que la objeción de conciencia no se puede invocar en caso de emergencia o cuando la omisión del deber de tratamiento supone un riesgo para la vida de la gestante o pone seriamente en peligro su salud. Zambia es un ejemplo. La sección 4(2) de la Ley sobre Terminación del Embarazo del Zambia es una aplicación legislativa de este principio. Establece que la objeción de conciencia no aplica cuando el aborto es necesario para salvar la vida o para prevenir graves lesiones permanentes en la salud de la gestante. La Corte colombiana aplicó este enfoque. Sostu-

vo que la objeción de conciencia no aplica cuando solo hay un proveedor de atención médica y la prestación del servicio de aborto es necesaria para proteger la vida y la salud de la mujer⁴³. Según la Corte, la objeción de conciencia no procede si el ejercicio de esta puede causar que la gestante sufra un perjuicio directo e irreversible por falta de la atención que necesita⁴⁴. La negativa a proporcionar la atención médica necesaria para evitar un daño grave e irreversible equivale a una omisión que origina responsabilidades por negligencia⁴⁵.

Como parte del equilibrio entre derechos fundamentales en conflicto, la Corte Constitucional de Colombia buscó garantizar que la carga de conciliar el derecho de las mujeres a acceder a los servicios de aborto no quedara exclusivamente sobre los hombros del objetor de conciencia, sino que fuera compartida con el estado. El estado tiene la responsabilidad de organizar los servicios de salud de manera que se garantice adecuada disponibilidad, no solo de los servicios de aborto, sino también de profesionales de salud que estén dispuestos a realizarlos. Esto permite asegurar que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia no deja a la mujer que solicita un aborto abandonada y sin ninguna alternativa real. En otras palabras, el deber del estado de proporcionar alternativas que no discriminen a los profesionales médicos que se oponen por conciencia a la realización de un aborto, está sujeto a que el estado primero asegure que el sistema de salud existente no carece de servicios para la prestación adecuada de los servicios de aborto, ya que ello sería discriminatorio contra la mujer.

El deber del profesional de salud objetor de realizar una remisión inmediata y el deber del estado de garantizar la adecuada provisión de servicios de aborto accesibles —incluyendo un número adecuado de profesionales de salud dispuestos y con la obligación de realizar los abortos— son obligaciones aleccionadoras para la región africana. Estas obligaciones significan una ampliación importante de las obligaciones constitucionales relativas al derecho a la objeción de conciencia de una manera que promueve la igualdad sustantiva de la mujer en el ámbito nacional. Igualmente significativo es que estas obligaciones sirven para implementar en la esfera doméstica las normas de igualdad y no discriminación que han sido articuladas, en particular, por la Recomendación General 24 del Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW, por sus siglas en inglés)⁴⁶. Al aclarar el

contenido normativo del artículo 12 de la CEDAW, que garantiza a las mujeres el derecho a la salud sobre la base de la igualdad, el Comité ha señalado:

“Las medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer no se considerarán apropiadas cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer. La negativa de un estado parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios”⁴⁷.

La declaración del Comité de la CEDAW implícitamente refuerza que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia no choca con la exclusión de la obligación del estado de garantizar el derecho de las mujeres a la salud reproductiva y a la igualdad sustancial. La omisión de remitir a las mujeres a otros proveedores de servicios podría fácilmente perpetuar su discriminación sistemática y desventaja histórica. Reconocer el deber de garantizar la salud reproductiva de las mujeres cuando se invoque el derecho a la objeción de conciencia es parte integral de garantizar a las mujeres la igualdad sustancial⁴⁸. La igualdad sustancial busca eliminar las formas sistemáticas de dominación y de ventaja material que se asocian con la raza, el género, la discapacidad y otros vectores de desigualdad⁴⁹. La prueba para determinar si los servicios de salud cumplen con un estándar de igualdad sustancial no es si los servicios tratan a hombres y mujeres de idéntica manera de acuerdo con un estándar universal abstracto, sino si responden de forma adecuada a las necesidades particulares de los hombres como hombres y de las mujeres como mujeres en un contexto donde las diferencias de sexo y género son valoradas de la misma manera⁵⁰.

El compromiso implícito de la Corte Constitucional de Colombia con la igualdad sustancial se evidencia también en las órdenes dadas por el tribunal, las cuales se enmarcan como estructurales. Exige a los órganos de estado competentes que en un plazo asignado informen a la Corte la forma en que han cumplido con la decisión. También ordena a los órganos del estado competentes diseñar e implementar de inmedia-

to campañas para promover los derechos sexuales y reproductivos y educar al público acerca de la decisión de la Corte. El énfasis que hace la Corte para asegurar que los derechos y obligaciones relacionados con la objeción de conciencia se reflejen no solo en los programas de salud sexual y reproductiva, sino que sean conocidos por todas las partes interesadas, incluidas las mujeres, es significativo. Esto evidencia la conciencia que tiene la Corte de que la materialización de los derechos depende de que se implementen de forma transparente y de que los sujetos tengan conocimiento de sus derechos.

El enfoque de la Corte Constitucional de Colombia destaca que, incluso cuando se admite una solicitud de objeción de conciencia, los servicios de salud reproductiva para las mujeres deben seguir siendo accesibles. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), en su interpretación del contenido normativo del artículo 12 (derecho a la salud) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ha enfatizado en la importancia de la comprensión de los derechos y los servicios en cuestión como uno de los estándares utilizados para determinar si los servicios de salud cumplen con el elemento normativo del derecho a la salud denominado "accesibilidad"⁵¹. Según el CDESC, uno de los requisitos de accesibilidad es que los servicios de salud se organicen de manera que puedan ser accesibles a todos, especialmente a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna⁵².

4.3. Protección de las convicciones personales

En algunas jurisdicciones, se observa una práctica creciente en las instituciones que tienen el deber público de proporcionar atención en salud, consistente en negarse a prestar determinados servicios, como los de aborto, con base en la objeción de conciencia⁵³. La sentencia T-388/09 sostuvo que la libertad de conciencia no puede ser reclamada por un grupo o por una institución. El enfoque de la Corte colombiana en este sentido es similar al de la Corte Constitucional francesa⁵⁴. En 2001, la Corte Constitucional de Francia confirmó la constitucionalidad de la ley que derogó las disposiciones de un código nacional de salud pública que admitía que los jefes de departamento de los servicios de salud pública se negaran a permitir que los departamentos de los que eran responsables proveyeran servicios de aborto.

Una de las razones para negar a las instituciones el derecho a la objeción de conciencia, como lo señaló la Corte colombiana, es que este es un derecho basado en las convicciones personales más íntimas y arraigadas⁵⁵. La libertad de conciencia es un derecho individual y no colectivo que se basa en convicciones individuales o personales. Por lo tanto, aunque las instituciones como hospitales o clínicas tienen una personalidad jurídica, no pueden pretender, por ejemplo, tener conciencia religiosa⁵⁶. La otra justificación para negar a las instituciones el derecho a la objeción de conciencia es la de garantizar la igualdad entre los usuarios de los servicios de salud pública⁵⁷. Sin embargo, el reto es que, por lo general, las leyes domésticas no proporcionan una orientación expresa sobre si las instituciones pueden invocar la objeción de conciencia, y que no siempre se vigilan o cuestionan las políticas y prácticas de las instituciones. Por consiguiente, las mujeres que buscan el acceso al aborto seguro quedan a merced de la buena voluntad de cada institución.

5. CONCLUSIÓN

Cuando deban pronunciarse sobre un conflicto entre el derecho a la objeción de conciencia y el derecho de la mujer a los servicios de aborto seguro, los tribunales nacionales africanos pueden inspirarse en los estándares jurídicos que estableció la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-388/09. En la medida en que la Corte colombiana se basó también en el derecho internacional de los derechos humanos, la sentencia T-388/09 es también instructiva para los órganos de supervisión de tratados regionales, incluida la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos que tiene jurisdicción consultiva y contenciosa⁵⁸. Si el caso se plantea en el plano nacional en el contexto del derecho constitucional ante los tribunales nacionales o si se hace en un contexto de derechos humanos a nivel regional ante los órganos de supervisión de tratados regionales, los estándares establecidos en la sentencia T-388/09 aplican para cualquier ejercicio judicial dirigido a lograr un equilibrio justo entre los derechos fundamentales de los objetores de conciencia y los de las mujeres que solicitan un aborto. Del mismo modo, la decisión de Colombia es un importante recurso y herramienta de incidencia para los abogados de derechos humanos, la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales que buscan promover la salud sexual y reproductiva de las mujeres, incluyendo el acceso al aborto como un derecho humano.

La penalización del aborto ha servido históricamente para estigmatizar un servicio de salud que solo las mujeres necesitan⁵⁹. Si el derecho a la objeción de conciencia se aplica de manera ilimitada, puede servir para acentuar la estigmatización del aborto. La estigmatización del aborto disuade a las mujeres que lo necesitan de acercarse al sector formal de salud y constituye un incentivo para que recurran a procedimientos inseguros de aborto por fuera del sector salud. La sentencia T-388/09 es una lección de cómo reformular el derecho para construir un estándar de igualdad que sea inclusivo y que valore a la mujer que requiere un aborto de la misma manera que valora al objetor de conciencia.⁶⁰

NOTAS

- 1 Protocolo a la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África, art. 14(2)(c), Nov. 25, 2005, AHG/Res. 240 (XXXI).
- 2 Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, Oct. 21, 1986, 1520 U.N.T.S. 217.
- 3 Charles Ngwena, "Access to Legal Abortion: Developments in Africa from a Reproductive and Sexual Health Rights Perspective", *South African Public Law* 19(2) (2004): 328.
- 4 Organización Mundial de la Salud, *Unsafe Abortion: Global and Regional Estimates of the Incidence of Unsafe Abortion and Associated Mortality in 2008*, 6 ed. (Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2011), 6-8.
- 5 Rebecca J. Cook y Bernard M. Dickens, "Human Rights Dynamics of Abortion Law Reform", *Human Rights Quarterly* 25(1) (2003): 8-9.
- 6 Reva Siegel, "Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulations and Questions of Equal Protection", *Stanford Law Review* 44(2) (1992): 277.
- 7 Los países que pertenecen a esta categoría son: Angola, República Central Africana, Congo (Brazzaville), Costa de Marfil, República Democrática del Congo, Egipto, Gabón, Guinea-Bisáu, Libia, Madagascar, Malawi, Mauritania, Santo Tomás y Príncipe, Senegal, Somalia, Sudán, Sudán de Sur, Tanzania y Uganda. Ver Centro de Derechos Reproductivos, "The World's Abortion Laws Map 2013 Update", http://reproductiverights.org/sites/crr.civicaactions.net/files/documents/AbortionMap_Factsheet_2013.pdf (consultado 11 abril 2014); Charles Ngwena, "Access to Safe Abortion as a Human Right in the African Region: Lessons from Emerging Jurisprudence of UN Treaty-Monitoring Bodies", *South African Journal on Human Rights* 29(2) (2013): 408-409.
- 8 Charles Ngwena, "An Appraisal of Abortion Laws in Southern Africa from a Reproductive Health Perspective", *Journal of Law, Medicine and Ethics* 32(4) (2004): 712.
- 9 Eunice Brookman-Amisshah y Josephine Banda Moyo, "Abortion Law Reform in Sub-Saharan Africa: No Turning Back", *Reproductive Health Matters* 12(24) Supplement (2004): 227; Reed Boland y Laura Katzive, "Developments in Laws on Induced Abortion: 1998-2007", *International Family Law Planning Perspectives* 34(3) (2008): 115-16; Charles Ngwena, "Access to Safe Abortion as a Human Right in the African Region: Lessons from Emerging Jurisprudence of UN Treaty-Monitoring Bodies", *South African Journal on Human Rights* 29(2) (2013): 408-10.
- 10 Ley No. 9/III/86 (1986) (Cabo Verde) (permitiendo el aborto por solicitud en el primer trimestre, entre otras circunstancias).

11 La Ley de Decisión sobre la Terminación del Embarazo de Sudáfrica No. 92 (1996) (CTOPA, por sus siglas en inglés) como fue reformada permite el aborto por solicitud de la mujer en el primer trimestre (sección 2(1)(a) de la ley), y por razones socioeconómicas en el segundo trimestre (sección 2(1)(b)(iv) de la ley) entre otras hipótesis. La Ley de Decisión sobre la Terminación del Embarazo de Sudáfrica de 1996 § 2 (S. Afr.).

12 Ley No. 65-24 (1 julio 1965), art. 214 (Túnez) (permitiendo el aborto por solicitud en el primer trimestre, entre otras circunstancias).

13 El Art. 12(2) de la Constitución de Zambia permite el aborto hecho de acuerdo con una ley const. de Zambia de 1991 § 1, 1 Leyes de Rep. De Zambia (2010) § 12(2). La sección 3(2) de la Ley de Terminación del Embarazo de Zambia de 1972, hecha a partir del la reformada Ley de Aborto británica de 1967, permite que circunstancias socioeconómicas sean tenidas en cuenta al determinar el riesgo para la vida de la mujer embarazada o el riesgo para su salud física o mental o el riesgo para la salud física o mental de los hijos existentes de la mujer embarazada, cuando las circunstancias de aborto legal sean satisfechas. Ley de Terminación del Embarazo de 1972 § 304, 3(2), Leyes de Rep. de Zambia (1972).

14 Código Penal (2004) (Etiopía), art. 551 (entre otros, permitiendo el aborto con base en que una menor embarazada está en un estatus de minoría, sin capacidad para asumir las responsabilidades de la maternidad).

15 *Ver supra* nota 7, Centro de Derechos Reproductivos, "The World's Abortion Laws Map 2013 Update".

16 Organización Mundial de la Salud, *Constitution of the World Health Organization*, 45 ed. (Nueva York, NY: Organización Mundial de la Salud, 2006), Preámbulo.

17 Fareda Banda, *Women, Law and Human Rights: An African Perspective* (Oxford: Hart Publishing, 2005), 66-82; Frans Viljoen, *International Human Rights Law in Africa*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2012), 252-55.

18 Banda, *Women, Law and Human Rights*, 66-82; Viljoen, *International Human Rights Law*, 252-255.

19 Al momento de la redacción, el Protocolo de la Mujer había sido ratificado por 36 estados: Angola, Benín, Burkina Faso, Camerún, Cabo Verde, Costa de Marfil, Comoras, Congo, Yibuti, República Democrática del Congo, Guinea Ecuatorial, Gabón, Gambia, Gana, Guinea-Bissau, Guinea, Kenia, Libia, Lesoto, Liberia, Mali, Malauí, Mozambique, Mauritania, Namibia, Nigeria, Ruanda, Sudáfrica, Senegal, Seychelles, Suazilandia, Tanzania, Togo, Uganda, Zambia, and Zimbabue. Unión Africana, "List of Countries which Have Signed, Ratified/Accessed to the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa", Unión Africana, modificada por última vez el 21 de febrero de 2013, <http://au.int/en/sites/default/files/Rights%20of%20Women.pdf>.

20 Charles G. Ngwena, "Inscribing Abortion as a Human Right: Significance of the Protocol on the Rights of Women in Africa", *Human Rights Quarterly* 32(4) (2010): 786.

- 21 *Ibid.*, en p. 847. El término “*aborto médico*” debe ser entendido incluyendo tanto el aborto quirúrgico como el aborto con medicamentos.
- 22 Brooke R. Johnson y otros., “Reducing Unplanned Pregnancy and Abortion in Zimbabwe through Postabortion Contraception”, *Studies in Family Planning* 33(2) (2002): 195.
- 23 Etiopía, Gana y Zambia son ejemplos a este respecto. Sus directrices son, respectivamente: Departamento de Salud Familiar, República Federal Democrática de Etiopía, *Technical and Procedural Guidelines for Safe Abortion Services in Ethiopia* (Addis Ababa: República Federal Democrática de Etiopía, 2006), http://phe-ethiopia.org/resadmin/uploads/attachment-161-safe_abortion_guideline_English_printed_version.pdf; República de Gana, *Prevention and Management of Unsafe Abortion: Comprehensive Care Services, Standards and Protocols* (República de Ghana, 2006); Ministerio de Salud, Gobierno de Zambia, *Standards and Guidelines for Reducing Unsafe Morbidity and Mortality in Zambia* (Lusaka: Gobierno de Zambia, 2009).
- 24 Ministerio de Salud, Gobierno de la República de Zambia, *Standards and Guidelines for Reducing Unsafe Morbidity and Mortality in Zambia* (Lusaka: Gobierno de Zambia, 2009).
- 25 Ley de Aborto (1967) § 87.
- 26 Ministerio de Salud, Gobierno de la República de Zambia, *Standards and Guidelines for Reducing Unsafe Morbidity and Mortality in Zambia* (Lusaka: Gobierno de Zambia, 2009).
- 27 *Ibid.*
- 28 *Ibid.*
- 29 Ley de Terminación del Embarazo 1977, ch. 15, 10, modificado por el Código Penal (Codificación y Reforma) Ley de 2004, ch. 9, 23 (Zim.).
- 30 Ley de Terminación del Embarazo de 1972 cap. 304, 26, Leyes de Rep. de Zambia (1995) (Zam.).
- 31 Zimbabue ratificó el PIDCP, el PIDESC, la CEDAW y la Carta Africana, entre otros tratados.
- 32 Entre otros, la Constitución de Zimbabue garantiza los siguientes derechos: vida (sección 48); dignidad humana (sección 51); derecho a estar libre de tratos degradantes (sección 53); igualdad y no discriminación (sección 56); y libertad de conciencia (sección 60). Const. de Zimbabue de 1979 (reformada por la Ley No. 20 de 2013).
- 33 Bernard M. Dickens y Rebecca J. Cook, “The Scope and Limits of Conscientious Objection”, *International Journal of Gynecology & Obstetrics* 71(1) (2000): 72, 74-76.

34 Corte Constitucional, 28 mayo 2009 sentencia T.388/09, Gaceta de la Corte Constitucional, s.p. (Colom.), sec. 5.1 (citando sentencia T-209/08 [2008]), <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-388-09.htm> (consultado 28 julio 2014).

35 *Janaway v. Salford Area Health Auth.* (1988) 3 All ER 1079 (H.L.). Ver también casos de Estados Unidos que han llegado a la misma conclusión con hechos similares: *Spellacy v. Tri-Cnty. Hosp.*, 395 A.2d. 998, 998 (Pa. Super. Ct. 1978); *Erzinger v. Regents of the Univ. of California*, 187 Cal. Rptr. 164, 167-68 (Cal. Ct. App. 1982).

36 Ley de Aborto, 1967, c. 87, § 4(1).

37 *Doogan and Wood v. NHS Greater Glasgow & Other* (2013) CSIH 36, P876/11. La referencia al caso *Doogan y Wood* no significa que esté de acuerdo con la decisión. Más bien, apoyo el principio de la decisión caso a caso para determinar si un profesional de la salud que reclama objeción de conciencia tiene participación directa en la interrupción del embarazo. La decisión en *Doogan and Wood* (párr. 38), de que a la objeción de conciencia se le debe dar una "interpretación amplia" y que "debe extenderse a cualquier participación en el proceso de tratamiento, objeto del cual es la terminación del embarazo", se aparta del principio de participación directa enunciado en el caso *Janaway* ya que cambia el balance indebidamente a favor del objetor de conciencia.

38 Charles Ngwena, "Conscientious Objection and Legal Abortion in South Africa: Delineating the Parameters", *Journal for Juridical Science* 28(1) (2003): 15.

39 Martha I. Morgan "Emancipatory Equality: Gender Jurisprudence under the Colombian Constitution", in *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, eds. Beverley Baines y Ruth Rubio-Marín (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 75.

40 Sentencia T-388/09, sec. 5.2.

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*

43 *Ibid.* en sec. 5.1.

44 *Ibid.*

45 Rebecca J. Cook, Bernard M. Dickens, y Mahmoud Fathalla, *Reproductive Health and Human Rights: Integrating Medicine, Ethics, and Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), 141.

46 N.U. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General 24 (artículo 12 de la Convención [Mujer y Salud], Sesión 20., párr. 11, A54/38/Rev. 1., cap 1 [Feb. 5, 1999]).

47 *Ibid.* en párr. 11.

48 Rebecca J. Cook y Susannah Howard, "Accommodating Women's Differences under the Women's Anti-Discrimination Convention", *Emory Law Journal* 56(4) (2007): 1039.

49 Catherine Albertyn, "Substantive Equality and Transformation in South Africa", *South African Journal on Human Rights* 23, pt. 2 (2007): 253.

50 *Ver supra* nota 48, en 1040-41.

51 N.U. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General 14: El derecho al más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Sesión 22., párr. 12(b), U.N. Doc. E/CN.12/2000/4 (2000).

52 *Ibid.*

53 En Eslovaquia y Polonia, por ejemplo. Ver Christina Zampas y Ximena Andión-Ibañez, "Conscientious Objection to Sexual and Reproductive Health Services: International Human Rights Standards and European Law and Practice", *European Journal of Health Law* 19(3) (2012): 249-50.

54 Conseil constitutionnel, sentencia No. 2001-446DC, 27 junio 2001, Rec. 74, paras. 11-17 (Fr.), *disponible en*: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/a2001446dc.pdf (consultado en 11 abril 2014); Zampas y Andión-Ibañez, "Conscientious Objection to Sexual and Reproductive Health Services", 249-50.

55 *Ver supra* nota 34, en sec. 5.1(1).

56 *Ver supra* nota 34, en 76-77.

57 *Ibid.* en párr. 15.

58 Protocolo a la Carta Africana para el Establecimiento de la Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, 10 junio 1998, OAU Doc. OAU/LEG/MIN/AFCH/PROT(I) Rev.2 (entró a regir en 25 junio 2004). Una vez se haga operativo, una nueva corte —la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos— reemplazará a la Corte Africana como parte de una fusión entre la Corte Africana y la Corte de Justicia de la Unión Africana, Unión Africana, "Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights Merging the African Court on Human and People's Rights", art. 2, 1 julio 2008, http://www.au.int/en/sites/default/files/PROTOCOL_STATUTE_AFRICAN_COURT_JUSTICE-_AND_HUMAN_RIGHTS.pdf.

59 Rebecca J. Cook y Bernard M. Dickens, "Reducing Stigma in Reproductive Health", *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 125(1) (2014): 89.

60 *Ver supra* nota 48, en 1040.

VI

**LA OBJECIÓN DE
CONCIENCIA EN COLOMBIA:
AMENAZA PARA EL
MATRIMONIO IGUALITARIO**

MANUEL YASSER PÁEZ



MANUEL YASSER PÁEZ

Abogado y máster en derecho público de la Universidad Externado de Colombia. Diplomado en “Derecho a la Igualdad y No discriminación” del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (México D.F.). Manuel es docente investigador de Universidad Externado de Colombia y ha dictado varias clases de pregrado y posgrado, incluida una sobre Derechos Humanos Emergentes. Actualmente es Magistrado Auxiliar del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia. Trabajó como abogado de la organización no gubernamental Colombia Diversa en los años 2012 y 2013, durante los cuales gran parte de su trabajo se centro en el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo. Colombia Diversa fue fundada en 2004 y es la organización líder en Colombia en materia de los derechos de las personas LGBT que actualmente encabeza la lucha en el país por el matrimonio igualitario.

Para la fecha en la cual escribo este documento, no existe aun el matrimonio igualitario en Colombia. En sentido estricto, lo que existe es la posibilidad de que los notarios, pero sobre todo, los jueces civiles, decidan formalizar el vínculo familiar constituido por dos personas del mismo sexo, empleando a la institución legal del matrimonio civil prevista en el ordenamiento jurídico nacional desde 1876.

La anterior aclaración parece sutil pero es de gran importancia. Implica no menos que una situación excepcional, en la cual las parejas del mismo sexo carecen por completo de certidumbre jurídica y dependen en grado superlativo de la particular hermenéutica o interpretación legal que cada uno de los notarios y jueces competentes en el país para celebrar matrimonios efectúe. Se trata, en consecuencia, de un abierto desconocimiento al principio de igualdad en el disfrute de los derechos fundamentales de las lesbianas, gay, bisexuales y personas trans (LGBT), producto, en gran parte, de la confusa redacción de la sentencia C-577/11, proferida por la Corte Constitucional en el año 2011.

Para entender esta situación tan particular, es preciso describir muy brevemente el contenido y las decisiones adoptadas en aquella providencia. Una vez expuestas las causas jurídicas de la aplicación selectiva y aleatoria del derecho que enfrentan las parejas del mismo sexo en materia de matrimonio civil, tendrá sentido describir cómo el tratamiento local dado por ciertos operadores jurídicos a la figura de la objeción de conciencia ha sido una amenaza para el acceso en condiciones de igualdad al matrimonio igualitario, y como el estándar creado por la sentencia T-388/09¹ respecto de la imposibilidad de los funcionarios públicos de usarla sirvió para contenerla.

La expedición de la sentencia C-577/11 generó sinsabores entre quienes apoyan y quienes rechazan el matrimonio entre personas del mismo sexo. Su ambivalente sentido normativo, complejidad argumentativa y confusa redacción (especialmente en su parte final) fue vista por muchos como una conquista parcial en términos del avance hacia la plena igualdad de derechos de los individuos con orientaciones sexuales o identidades de género diversas.

Lo anterior, por cuanto si bien declaró de forma explícita en su parte, i) motiva el carácter de *familia* que ostentan las parejas de aquel tipo a la luz de la Constitución Política de 1991, ii) afirmó el derecho de

aquellas a disfrutar de las mismas prerrogativas dispuestas en las normas locales a favor de las familias compuestas por personas de sexos diferentes, iii) reconoció en el mismo acápite el déficit de protección jurídica que enfrentan en la actualidad; iv) no desarrolló las consecuencias legales, e incluso lógicas, de tales reconocimientos, y v) se abstuvo de modificar el tenor literal del artículo 113 del Código Civil, según el cual, *“el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer”* se unen, entre otras cosas, con el fin de vivir juntos.

Con todo, tanto en su cuerpo como en sus órdenes finales, la sentencia C-577/11 entregó las herramientas conceptuales necesarias para que notarios y jueces de la República decidieran celebrar matrimonios civiles entre personas del mismo sexo. En efecto, si bien estableció que sería el Congreso de la República el encargado de definir mediante una ley la clase y el nombre de contrato de pareja a disposición de las personas LGBT para formalizar sus familias², también advirtió que el nivel de protección ofrecido por dicho convenio debía ser superior al contemplado para la unión de hecho³ y no menor del derivado del matrimonio civil; fijó un término razonable para el ejercicio de la mencionada facultad legislativa (dos años, finalizando el 20 de junio de 2013), y decretó que una vez llegada esa fecha, las parejas del mismo sexo podían *“acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”*⁴.

Sobre este último, la Corte añadió que su decisión tendría efectos imperativos y, por ende, que le estaría vedado a las autoridades públicas mencionadas abstenerse de, o negarle a dichas parejas su derecho a, celebrar un vínculo contractual con los mismos efectos del denominado matrimonio heterosexual, *“de acuerdo con los alcances que, para entonces, jurídicamente puedan ser atribuidos a ese tipo de unión”*⁵.

Esta fórmula jurídica, difícil de comprender a primera vista, generó múltiples interpretaciones y abrió la puerta a una incertidumbre normativa, que dio lugar a un amplio debate nacional en el cual participaron diferentes sectores gubernamentales y sociales, a favor y en contra del matrimonio igualitario.

Ad portas de finalizarse el plazo previsto por la Corte Constitucional para la promulgación de una ley que definiera el contrato de pareja que estaría a disposición de las personas LGBT, se hicieron más evidentes

las posturas de altos funcionarios del estado que rechazaban la posibilidad de autorizar el acceso de aquellas a la institución matrimonial.

En este momento afloraron voces que sugirieron, invitaron e incluso autorizaron (sin facultad legal para hacerlo) a utilizar la figura de la objeción de conciencia para negarse a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo después del 20 de junio de 2013.

El Procurador General de la Nación fue, tal vez, el principal promotor de esta causa. Por ejemplo, en declaraciones a la prensa efectuadas en el mes de mayo, aseguró que los jueces y notarios tenían derecho a la objeción de conciencia y exhortó a que les fuese respetado⁶. Además, advirtió que tal derecho solo podía limitarse a través de una ley estatutaria (inexistente en Colombia hasta el día de hoy) y que del texto de la sentencia C-577/11 no podía inferirse su inaplicabilidad en esta materia⁷.

Posteriormente, el 7 de junio de 2013, el Procurador emitió la Circular No. 013 de 2013⁸, en virtud de la cual, entre otras cosas, le ordenó a los funcionarios de su institución encargados de controlar la gestión de los demás servidores públicos, “[v]igilar que se respete el derecho fundamental a la libertad de la conciencia de jueces y notarios, así como de cualquier otro servidor público o particular que cumpla funciones públicas relacionadas con el cumplimiento del resuelve quinto de la sentencia C-577 de 2011”⁹ y le recomendó a los jueces y notarios del país ejercer tal derecho cuando estimen que celebrar contratos maritales entre personas del mismo sexo violenta su conciencia.

Como sustento de esta orden y de la supuesta titularidad de aquel derecho por los servidores públicos, el Procurador General resaltó lo siguiente: 1) el artículo 18 de la Constitución Política reconoce el derecho a la objeción de conciencia a toda persona, sin diferenciar si se trata de un particular o de un agente estatal, y tal interpretación, en su criterio, ha sido respaldada por la Corte Constitucional¹⁰; 2) la libertad de conciencia incluye la libertad de “resistirse a obedecer un imperativo jurídico” invocando un “dictamen de conciencia” que “impide sujetarse al comportamiento prescrito”; 3) la objeción de conciencia es un derecho de aplicación inmediata según el artículo 85 constitucional y, por ende, puede exigirse a través de la

acción de tutela sin que sea necesaria su previa reglamentación; por último, y en línea con lo anterior, 4) ninguna autoridad administrativa o judicial tiene competencia para determinar los eventos en los cuales procede la objeción de conciencia, pues dicha potestad radica exclusivamente en el Congreso de la República por mandato constitucional.

El efecto de la Circular No. 013 entre los sectores opositores al matrimonio igualitario fue enorme. A raíz de su expedición, el Procurador General de la Nación y otros funcionarios gubernamentales, junto con organizaciones sociales como la Iglesia Católica incorporaron en sus discursos públicos el derecho a objetar la realización de matrimonios gay¹¹. Por ejemplo, el presidente de la Conferencia Episcopal de la Iglesia Católica, Monseñor Rubén Darío Salazar, invitó a los notarios a emplear la objeción de conciencia con el fin de *“no formalizar el vínculo contractual al que ahora tienen derecho”* las parejas del mismo sexo¹²; sostuvo que *“la objeción de conciencia es un derecho adquirido por la Constitución”* y, en consecuencia, pueden ejercerlo todos los notarios; e hizo varios llamados a la Superintendencia de Notariado y Registro para que no los obligue *“a hacer algo contra la conciencia”*¹³.

Con todo, otros funcionarios públicos de alto nivel rechazaron categóricamente la posibilidad de emplear la objeción de conciencia como una herramienta útil para negarle derechos a la población LGBT. En tal sentido se pronunciaron el Vicepresidente de la República¹⁴, la presidenta de la Corporación de Jueces y Magistrados¹⁵, el Superintendente de Notariado y Registro¹⁶ y el presidente de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano¹⁷. Es importante aclarar que estos dos últimos siempre han sostenido que la sentencia C-577/11 no autorizó el matrimonio sino tan solo la posibilidad de celebrar un contrato de pareja *diferente* de aquel y específicamente dirigido a las parejas del mismo sexo. En medio de este contexto tan polarizado, notarios y jueces emprendieron el cumplimiento de aquella sentencia el 20 de junio de 2013, la mayoría sin saber con certeza qué quiso decir la Corte Constitucional en su sentencia del 2011 y cuáles eran sus obligaciones frente a las parejas del mismo sexo.

Con el ánimo de contribuir a la protección de las personas LGBT, la organización social Colombia Diversa emprendió una campaña de información y pedagogía jurídica, buscando facilitar el acceso a los preceden-

tes sentados por la Corte Constitucional en materia de protección a las minorías sexuales y aclarar los alcances de la objeción de conciencia en el ordenamiento colombiano. Con tal fin, entre otras cosas, distribuyó información pertinente entre las notarías y los jueces competentes de siete ciudades capitales del país y participó en conferencias dirigidas tanto a la ciudadanía en general, como a las autoridades judiciales y notariales en especial, haciendo énfasis en la imposibilidad de alegar la objeción de conciencia “*cuan-do se ostenta la calidad de autoridad pública*”. Para ello, sin duda, fue clave que la Corte Constitucional ya hubiera fijado este estándar con respecto a la interrupción voluntaria del embarazo en la sentencia T-388 de 2009 ya que ello dotó de autoridad al argumento según el cual los jueces y notarios tampoco podían ejercer la objeción de conciencia en este caso.

En los meses siguientes al 20 de junio de 2013 comenzaron a producirse las primeras decisiones judiciales y manifestaciones notariales frente a las solicitudes concretas de matrimonio presentadas por parejas del mismo sexo. El panorama es heterogéneo y estuvo marcado inicialmente por acuerdo gremial celebrado entre los notarios del país, en virtud del cual decidieron abstenerse de autorizar contratos maritales en tales casos.

Los jueces de la República, por su parte, han hecho uso de la autonomía funcional que les reconoce la Constitución Política y han adoptado decisiones en todos los sentidos imaginables. Si bien no se tiene noticia hasta el momento de algunos que se hayan negado a resolver las peticiones de aquellas parejas invocando la objeción de conciencia¹⁸, cada uno de ellos tuvo y tiene que asumir el reto de interpretar y desentrañar el sentido normativo de la sentencia C-577/11 para poder aplicarlo a cada caso concreto. Así será, al menos hasta que la Corte Constitucional vuelva a pronunciarse al respecto.

Por consiguiente, el resultado ha sido que mientras pocas parejas obtienen decisiones que las declaran formalmente casadas bajo la figura del matrimonio civil, la gran mayoría han visto frustradas sus expectativas de acceder a dicha institución familiar y otras aceptan someterse a los contratos particulares, *sui generis* e innominados (sin nombre), que los funcionarios de turno redactan de acuerdo con su específico entendimiento de la citada sentencia.

El tratamiento local dado a la objeción de conciencia, especialmente a instancias de la Procuraduría General de la Nación, fue uno de los factores que influyó en las posturas adoptadas por jueces y notarios frente al matrimonio igualitario. Su efecto disuasorio y su lectura como una habilitación para desconocer el derecho, no obstante imposible de cuantificar, fue percibido a nivel nacional por quienes trabajaron a favor de su reconocimiento. Los notarios que habían anunciado ante medios de comunicación que celebrarían matrimonios gay se abstuvieron de hacerlo una vez que entró en vigor la invitación de aquella institución a desacatar el fallo de la Corte Constitucional, entre otras, por razones de conciencia. Se tuvo conocimiento de trabajadores subalternos de varias notarías de Bogotá que amenazaron con invocar la objeción de conciencia de exigirles realizar aquel tipo de contrato. Muchos jueces, por su parte, han apelado a motivos de índole legal para negarse a casar a aquellas parejas, en claros esfuerzos por revestir de juridicidad su oposición moral y subjetiva al reconocimiento de su derecho al matrimonio. Con todo, podría afirmarse que el claro precedente constitucional existente en Colombia a partir de sentencias como la T-388 de 2009, que le niegan el derecho a la objeción de conciencia a los funcionarios estatales, pareciera haber coadyuvado a que algunas autoridades públicas, distintas a la Procuraduría General de la Nación, se abstuvieran de emplear aquella figura como una herramienta más de discriminación y exclusión social contra las personas LGBT.

NOTAS

¹ Corte Constitucional, 9 diciembre 2010, sentencia T-388/09, Gaceta de la Corte Constitucional (G.C.C.) (Colom.), ¶ 53, *disponible en*: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-388-09.htm> (consultado 17 junio 2014).

² Corte Constitucional, 26 julio 2011 sentencia C-557/11, Gaceta de la Corte Constitucional (G.C.C.) (Colom.), Sec. 4, *disponible en*: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm (consultado 31 marzo 2014).

³ En Colombia, desde la expedición de la sentencia C-075 de 2007 por la Corte Constitucional, las parejas del mismo sexo tienen acceso a la figura civil denominada Unión Marital de Hecho, creada en 1990 con el fin proteger a las parejas de sexo diferente que deciden conformar una familia sin necesidad de suscribir un contrato matrimonial.

⁴ *Ver supra* nota 2, en Punto resolutivo No. 5.

⁵ *Ibid.*, en Acápito No. 7.

⁶ "Ordóñez dice que notarios pueden objetar conciencia en matrimonios gay", *Diario ADN*, mayo 10, 2013, *disponible en*: <http://diarioadn.co/actualidad/colombia/objeci%C3%B3n-de-conciencia-en-matrimonios-gay-1.59478> (consultado 31 marzo 2014).

⁷ *Ibid.*

⁸ Procuraduría General de la Nación, *Circular Número 013 de 2013: Directrices, Recomendaciones y Peticiones en relación con el cumplimiento del resuelve quinto de la sentencia C-577 de 2011* (Bogotá, Colombia, junio 7, 2013), *disponible en*: http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/portal_doc_interes//121_Circular%20013%20de%202013%-20PGN%20SENTENCIA%20C577%2020111.pdf (consultado 31 marzo 2014).

⁹ Es decir, que deban celebrar contratos maritales entre personas del mismo sexo.

¹⁰ Literalmente, la citada circular indica lo siguiente: "Este derecho fundamental [a la objeción de conciencia] se garantiza según el artículo 18 constitucional a través del pronombre indeterminado '[n]adie', para significar que a ninguna persona, lo que incluye a los servidores públicos (como es el caso de los miembros de las Corporaciones Públicas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 108 Constitucional y lo explicado en las Sentencias C-859 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño; y C-036 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; o de otros funcionarios públicos como el Procurador General de la Nación, tal y como se reconoce en el Auto 327 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), se le puede vulnerar la libertad de la conciencia".

11 Por ejemplo, entre otras, las declaraciones al respecto de la Delegada para la Infancia y la Adolescencia de la Procuraduría General de la Nación, Ilva Miryam Hoyos. Ver "Jueces y notarios podrán objetar conciencia en matrimonio igualitario", *Emisora Lastfm*, 20 junio 2013, *disponible en*: www.lafm.com.co/noticias/jueces-y-notarios-si-podran-140015-#ixzz2xfBO5f8Y (consultado 31 marzo 2014). Ver también "Ordóñez pide a notarios ejercer objeción de conciencia", *Revista Semana*, 19 junio 2013, *disponible en*: www.semana.com/nacion/articulo/ordonez-pide-notarios-ejercer-objeccion-conciencia/348192-3 (consultado 31 marzo 2014).

12 "Comunidad LGBTI no tiene derecho ni al matrimonio ni a la familia: Iglesia", *Diario El Espectador*, 18 junio 2013, *disponible en*: www.elespectador.com/noticias/actualidad/comunidad-lgbti-no-tiene-derecho-ni-al-matrimonio-ni-fa-articulo-428567 (consultado 31 marzo 2014).

13 "Notarios deben alegar objeción de conciencia: Episcopado", *Diario Vanguardia Liberal*, 18 junio 2013, *disponible en*: www.vanguardia.com/actualidad/colombia/212897-notarios-deben-alegar-objeccion-de-conciencia-episcopado (consultado 31 marzo 2014).

14 "No debe acudir a objeción de conciencia para negar uniones LGBTI: Angelino Garzón", *Diario El Espectador*, 19 junio 2013, *disponible en*: www.elespectador.com/noticias/politica/no-debe-acudir-objeccion-de-conciencia-negar-union-l-articulo-428738 (consultado 31 marzo 2014).

15 "Jueces no pueden argumentar objeción de conciencia para negar matrimonio homosexual", *Diario El Espectador*, 19 junio 2013, *disponible en*: www.elespectador.com/noticias/judicial/jueces-no-pueden-argumentar-objeccion-de-conciencia-nega-articulo-428786 (consultado 31 marzo 2014).

16 "Notarios no podrán argumentar objeción de conciencia en uniones homosexuales", *Diario El Espectador*, 24 abril 2013, *disponible en*: www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-418032-notarios-no-podran-argumentar-objeccion-de-conciencia-union-hom (consultado 31 marzo 2014).

17 "En matrimonios gay no cabe objeción de conciencia: Notarios", *Emisora RCN*, 14 junio 2013, *disponible en*: www.rcnradio.com/noticias/en-matrimonios-de-parejas-del-mismo-sexo-no-cabe-objeccion-de-conciencia-notarios-71867#ixzz2xfIyhE8f (consultado 31 marzo 2014).

18 Ver "Procurador persiguió sistemáticamente a parejas del mismo sexo durante el 2013", *Colombia Diversa*, consultado en 19 junio 2014, *disponible en*: http://www.matrimonioigualitario.org/2013/12/procurador-persiguio-sistematicamente_4742.html (consultado 31 marzo 2014).

VII

CONCLUSIONES

El uso de la objeción de conciencia para negarse a prestar servicios de salud reproductiva se ha generalizado¹. Aunque a nivel mundial muchos países han luchado para definir los límites de la objeción de conciencia al aborto, es la Corte Constitucional de Colombia la que más se ha acercado a proporcionar una solución efectiva a este problema. En la presente publicación, los autores exponen cómo la sentencia T-388/09 está dando forma al debate acerca de la objeción de conciencia y el aborto. Dada la trascendencia de esta sentencia, hemos considerado necesario generar un espacio donde no solo se destaque la importancia de esta decisión, sino que también se puedan compartir experiencias. Reconocemos que es a través de este intercambio que podemos promover un diálogo que, al menos, permita comenzar a identificar las deficiencias y dar paso a las soluciones. Este espacio ha sido una ocasión para reunir a expertos del mundo entero, de diferentes orígenes y con variadas experiencias, para que cuenten la historia de su región y, al mismo tiempo, sean parte de un solo discurso que expanda el impacto de esta sentencia a lugares fuera de Colombia. Como lo señala Dickens, la Corte Constitucional no solo ha “*aclarado la ley*” sobre la objeción de conciencia y el aborto en Colombia, sino que también ha trascendido “*este país y sus disposiciones constitucionales particulares*”.

La sentencia colombiana está contribuyendo a la evolución del debate mundial sobre objeción de conciencia y aborto, ofreciendo argumentos claros y convincentes sobre quién puede invocar el derecho a la objeción de conciencia al aborto. En Estados Unidos, por ejemplo, los hospitales, en algunos estados, y las empresas de salud han sido reconocidas como legítimos titulares del derecho a la objeción de conciencia². Recientemente —como lo describen Melling y Lee— la Corte Suprema de Estados Unidos reconoció en el caso *Burwell c. Hobby Lobby* el derecho de las organizaciones con fines de lucro de reclamar el derecho a la libertad religiosa para eludir la ley federal que exige que los seguros de salud cubran la anticoncepción³. En un lado del espectro se encuentran países como Noruega⁴ y Zambia⁵ que han aprobado leyes que limitan este derecho solo a profesionales de la medicina y enfermería que participan directamente en el procedimiento del aborto y, en algunos países, como Suecia, ninguna persona puede objetar en conciencia para facilitar o realizar un aborto⁶. En el otro extremo del espectro, se encuentran aquellos países que no han desarrollado ningún estándar al respecto⁷. Considerando este panorama, la claridad de la sentencia de Colombia ha sido bien recibida por aquellos que buscan orientación sobre el tema.

Ahora, debemos reflexionar sobre el camino a seguir. Somos plenamente conscientes de la necesidad que estos estándares sean implementados y aplicados en muchos países que los necesitan. Asimismo, sabemos que, como lo señala Barroso, todavía existen algunos aspectos del debate que requieren mayor desarrollo y clarificación, como qué constituye la conciencia y cuál es la mejor forma en que podemos aplicar la noción de conciencia en la prestación de servicios de aborto. Pero, ¿cómo puede lograrse todo esto? Cavallo y Ramón Michel presentan una serie de propuestas encaminadas a fomentar el diálogo y el entendimiento entre los diferentes actores. En esencia, es necesario elevar la discusión sobre el aborto a un debate público y (añadiríamos) global, en el que los temas de objeción de conciencia, pluralismo moral y penalización del aborto se puedan abordar de una manera abierta y en el que se puedan lograr soluciones con conciencia social.

Para responder a esta demanda, es necesario que las necesidades nacionales se traduzcan en necesidades internacionales y luego vuelvan a lo local, proceso que esperamos haber promovido con esta publicación. Finalmente, se trata de aprender entre regiones y, potencialmente, encontrar soluciones de una manera más coordinada y coherente. Aunque los países y regiones pueden diferir histórica, política y económicamente, la cuestión del aborto inseguro (junto con sus causas) es, no obstante, un problema compartido y global, otro elemento que esta publicación ha evidenciado. En Estados Unidos, el uso de la objeción de conciencia no se ha limitado al aborto y se ha extendido al suministro de métodos anticonceptivos (como se observa en el caso *Hobby Lobby*) y a los gastos de los tratamientos⁸. Entretanto, la Corte Constitucional de Colombia y el Protocolo de Maputo han reconocido el derecho al aborto seguro⁹. Sin duda, el Norte tiene mucho que aprender del Sur —como claramente lo señalan Melling y Lee—.

La sentencia T-388/09 ha creado también oportunidades de aprendizaje Sur-Sur. En el caso de África, Ngwena muestra que, con posterioridad a la independencia, la región ha experimentado un cambio en el panorama legal relacionado con la constitucionalización de los derechos humanos. África ha llevado a cabo reformas a las leyes de aborto tanto en el nivel nacional como en el nivel regional; sin embargo, estos desarrollos requieren mayor claridad en su regulación así como (igualmente importante) la aplicación de los derechos individuales y las responsabilidades profesionales, de una manera que no hubiera sido posible en

la época en la que se establecieron por primera vez las leyes de aborto en África. Tomando en cuenta la falta de precedentes sobre el derecho a la objeción de conciencia y la existencia de *“obligaciones de interpretar y aplicar las leyes que reconocen el derecho al aborto en ciertas circunstancias”*, Ngwena considera que la decisión de Colombia *“puede instruir a los tribunales nacionales de los países africanos y a los órganos creados por los tratados regionales de derechos humanos”*.

1. EL DISCURSO DEL DERECHO A LA SALUD

Otra característica importante de la sentencia T-388/09 que puede influir de manera significativa para abordar eficazmente los temas de objeción de conciencia y aborto, es el rol central de los derechos humanos de las mujeres que se relacionan con la salud. En los nuevos espacios de diálogo que se han creado en torno a la cuestión de la objeción de conciencia, es probable que estos derechos sean los protagonistas, como ocurre en la sentencia T-388/09. Es así como primero Ngwena destaca que la sentencia es una importante contribución a la jurisprudencia sobre el aborto al situar el derecho a la objeción de conciencia en un marco basado no solo en el constitucionalismo, sino también en los derechos humanos. Luego, Cavallo y Ramón Michel señalan claramente que la legalidad de la objeción a realizar un acto por razón de conciencia depende directamente del daño que otras personas experimentarán por esta negativa. La Corte colombiana ha sostenido que el derecho a la objeción de conciencia debe ser ponderado con los derechos a la vida, a la salud sexual y reproductiva, a la integridad personal y a la dignidad humana de la mujer, de ahí la preocupación de asegurar que otro profesional de la salud esté disponible para brindar la atención¹⁰.

El reconocimiento explícito de la Corte Constitucional del derecho fundamental de las mujeres a la salud es importante porque representa un enfoque que puede dar resultados prácticos en lo que respecta a garantizar abortos seguros para las mujeres. El énfasis en el derecho a la salud podría suponer una desviación del abordaje tradicional de centrarse en los derechos de la mujer a la libre determinación y a la privacidad; no obstante, al enmarcarlo dentro del derecho a la salud, el aborto surge como un problema de salud pública —expresión que los gobiernos pueden estar más dispuestos a aceptar y sentirse más cómodo de utilizar para justificar el establecimiento de límites a la objeción de conciencia en el contexto del

aborto—. Así como la objeción de conciencia ha sido reconceptualizada de manera innovadora en España con el fin de proporcionar atención médica a los inmigrantes indocumentados, el cambio del discurso hacia un enfoque basado en la salud puede permitir a los defensores del derecho al aborto atravesar puertas previamente cerradas. Por ejemplo, algunos han identificado una oportunidad para lograr mayor conocimiento público sobre el uso proactivo de la objeción de conciencia por parte de los profesionales de salud que realizan abortos “*por razones de conciencia*” y no por convicciones políticas¹¹. Esto ayudaría a romper la asociación favorable que se ha creado a través del tiempo entre conciencia y oposición a proveer servicios de aborto.

Por otro lado, el impacto que el uso de la objeción de conciencia al aborto puede tener en la salud de las mujeres ha sido también reconocido por la comunidad internacional de los derechos humanos. Un grupo de organismos internacionales de derechos humanos ha apoyado el desarrollo de normas sobre el uso de la objeción de conciencia al aborto. En su informe de 2011, el Relator Especial de la ONU sobre el derecho al más alto nivel posible de salud (Relator Especial sobre el derecho a la salud) hizo hincapié en la relación entre las leyes restrictivas de aborto y los pobres resultados en la salud de las mujeres explicando que este tipo de leyes “*puede constituir una violación de la obligación de los estados de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la salud*”¹². Reconociendo que los estados tienen la obligación de eliminar todas las barreras que interfieren con la capacidad de la mujer para acceder a un aborto seguro y legal, el Relator llamó en última instancia a los estados a “[*a*]segurar que el alcance de las exenciones por objeción de conciencia esté bien definido y su uso bien reglamentado, y garantizar la derivación de pacientes y la prestación de servicios alternativos cuando un profesional de la salud formule una objeción de conciencia”¹³.

Los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos han expresado también su preocupación frente al impacto negativo de la objeción de conciencia al aborto en la salud de las mujeres. En 2010, el Comité de Derechos Humanos (órgano encargado de vigilar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —PIDCP—) expresó su preocupación por la negativa de los proveedores de salud en Colombia de realizar abortos legales a pesar de la sentencia de constitucionalidad C-355/2006, que

(como se explica en secciones anteriores) despenalizó el aborto en circunstancias específicas¹⁴. En consecuencia, el Comité anotó que el estado *“debe asegurar que proveedores de salud y profesionales médicos actúen en conformidad con la sentencia de la Corte y no se nieguen a proporcionar abortos legales”*. Asimismo, el Comité responsable de supervisar el cumplimiento de la Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —CEDAW (Comité CEDAW)— enfatizó en que *“[l]a negativa de un estado parte a proveer la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios”*¹⁵. El Comité de la CEDAW también ha criticado a México por el número de mujeres a las que se les niega el acceso al aborto legal y que, además, han sido denunciadas por los proveedores de salud ante las autoridades judiciales¹⁶. El Comité subrayó la obligación del estado de asegurar¹⁷ que estos entiendan sus responsabilidades¹⁷.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) expresó igualmente su preocupación por el número de mujeres en Polonia a quienes se ha negado un aborto con base en la objeción de conciencia de los profesionales de la salud y que por ello se ven obligadas a recurrir a procedimientos clandestinos. El CDESC instó al gobierno de Polonia a *“tomar todas las medidas eficaces para garantizar que las mujeres disfruten de su derecho a la salud sexual y reproductiva, incluida la aplicación de la legislación sobre el aborto y la implementación de un mecanismo de remisión oportuna y sistemática en el caso de objeción de conciencia”*¹⁸.

Recientemente, el Comité Europeo de Derechos Sociales determinó en el caso de *Federación Internacional de Planificación Familiar-Red Europea (IPPF-EN) c. Italia*, que Italia viola el derecho a la salud (artículo 11) y el principio de no-discriminación (artículo E) de la Carta Social Europea al no garantizar la disponibilidad de profesionales de salud no objetores para realizar abortos. El Comité concluyó que si bien el aborto estaba cubierto por el sistema público de salud (Servicio Nacional de Salud), la negativa a proporcionar el servicio por parte de los profesionales de la salud creaba importantes barreras para el acceso real a un aborto seguro y legal. El Comité explícitamente señaló que:

“Debido a la falta de médicos y otro personal de salud no objetor en un grupo de instituciones de salud en Italia, las mujeres se ven obligadas en algunos casos a trasladarse de un hospital a otro dentro del país o viajar al extranjero [...]; en algunos casos, esto es perjudicial para la salud de las mujeres afectadas. Por lo tanto, el Comité sostiene que con respecto al acceso a la atención médica esas mujeres son tratadas injustificadamente de manera diferente a otras personas en la misma situación”.

En *R.R. c. Polonia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo hincapié en la obligación del estado de gestionar las negativas basadas en objeción de conciencia con el fin de garantizar que las personas tengan acceso a los servicios a los que tienen derecho conforme a la ley, incluyendo el aborto¹⁹. Se ha producido jurisprudencia²⁰ buscando definir la relación entre el artículo 9 (derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) de la Convención Europea de Derechos Humanos y la objeción de conciencia al aborto. Fletcher indica que tanto *P. y S. c. Polonia* (2011) como *R.R. c. Polonia* (2012) establecen “límites considerables” a la objeción de conciencia. Señala específicamente que el Tribunal Europeo no ha interpretado el artículo 9 como una prohibición de las restricciones a la objeción de conciencia. Más bien, según Fletcher, solo se considera justificada aquella objeción que se basa en “creencias a las que la persona está personal e íntimamente comprometida y que ponen al individuo en conflicto con las obligaciones legales”.

2. LA IMPORTANCIA DE LA IMPLEMENTACIÓN EFECTIVA

Estos desarrollos revelan que existen oportunidades para promover un debate centrado en la salud. Sin embargo, también demuestran que el debate sobre la objeción de conciencia al aborto se ha extendido y desarrollado mucho más allá del nivel nacional y está claramente presente en el espacio internacional de los derechos humanos. Especialmente en los países donde los instrumentos internacionales de derechos humanos han sido incorporados al derecho interno, o más aun, en donde los derechos humanos están al mismo nivel que la Constitución del país, este tipo de observaciones formuladas por órganos internacionales de derechos humanos pueden ayudar a guiar a los países en la determinación de la relación entre el

derecho del profesional de la salud a la objeción de conciencia y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Al promoverse la aplicación de la sentencia colombiana fuera de Colombia, la comunidad internacional de los derechos humanos puede también alentar a los países a elaborar normas más concretas y directrices acerca de cuándo puede ser invocado el derecho a la objeción de conciencia y por quién en el contexto del aborto. Por ejemplo, la integración de los estándares de la sentencia en el discurso internacional de los derechos humanos podría, potencialmente, fortalecer el trabajo de incidencia en los países en donde casos importantes, como *Doogan y Wood c. Alrededores de Glasgow y Junta Médica de Clyde*²¹ (2013), están pendientes de ser decididos. El paso esencial para convertir esta decisión doméstica en parte del derecho internacional de derechos humanos es que los órganos de supervisión de los tratados comiencen a incorporar activamente sus estándares en sus observaciones y recomendaciones y que la sentencia sirva como fuente para promulgar normas progresistas y sensatas.

Sin embargo, haciendo eco a las observaciones del Comité de la CEDAW a México señaladas previamente, es necesaria la implementación efectiva de los avances en el área de los derechos sexuales y reproductivos ya que sin esto las sentencias judiciales y la legislación carecen de sentido. Por ejemplo, sobre la afirmación de la Corte colombiana de que solo las personas, y no las instituciones, pueden invocar el derecho a la objeción de conciencia, existe un amplio espacio para el incumplimiento a menos que el gobierno colombiano adopte las medidas necesarias para regular las instituciones involucradas.

Con esto en mente, recordamos el enfoque multidimensional para la implementación que proponen Cavallo y Ramón Michel, en particular, las medidas que el estado puede desarrollar y aquellas que deben ser asumidas por el sector de la salud. Por ejemplo, una de las medidas que proponen es la despenalización del aborto. Esto es esencial, ya que la despenalización promueve la transparencia en el tema y permite una regulación efectiva que puede tener resultados positivos en salud pública, incluida la reducción de la mortalidad materna en el país. De hecho, se ha observado que la negativa a realizar un aborto con base en la conciencia tiene un menor impacto en la salud de la población cuando el aborto es legal y seguro. Por el contrario, los efectos perjudiciales sobre la salud de una población son más graves en los lugares donde las leyes de aborto son más restrictivas²². La despenalización del aborto elimina también el "am-

biente moral" de "miedo, estigma y vergüenza" para los proveedores de salud en lugares donde se penaliza el aborto. En países con leyes restrictivas sobre el aborto, el rol de los proveedores de salud cambia y está lleno de ambigüedades (por ejemplo, negarse a proporcionar el aborto como un derecho o proporcionar servicios de salud como un deber). Finalmente son conducidos a juzgar a su paciente, en lugar de escucharla como lo harían normalmente con cualquier otro²³.

Cavallo y Ramón Michel presentan otras propuestas que apoyan el derecho al aborto basándose en el argumento de la salud que podrían ser de utilidad para enfrentar el abuso de la objeción de conciencia. Proponen que el estado incentive activamente a los profesionales de salud a realizar abortos legales y que, además, realice un ejercicio de mapeo para comprender plenamente los factores que determinan la disponibilidad de los profesionales de salud para prestar servicios de aborto. Asimismo, debe encontrar la manera de utilizar los mecanismos institucionales ya establecidos destinados a la coordinación y desarrollo de políticas de salud, de manera que se logre una mejor coordinación entre los múltiples sectores del gobierno para la identificación de problemas y soluciones. Del mismo modo proponen mejorar la disponibilidad del misoprostol y la mifepristona, enmarcando el aborto como un servicio de salud y, de esa manera, integrándolo en la formación de los profesionales de salud. Es esencial también generar una campaña educativa para informar a las mujeres sobre cómo acceder a la información y a los servicios de aborto legal²⁴. Sin embargo, en este punto nos gustaría añadir que es igualmente esencial una campaña para informar a los profesionales de salud acerca de sus derechos y obligaciones con respecto al aborto.

Mientras el estado busca cómo llevar a cabo estas y otras medidas, el sector salud tiene también responsabilidades similares, necesarias para el logro de una implementación efectiva. Un grupo de las propuestas planteadas por Cavallo y Ramón Michel giran en torno a facilitar un mayor debate sobre el tema, sobre todo en espacios que se consideran tradicionalmente hostiles a la idea del aborto. Específicamente, mencionan realizar actividades de construcción de capacidades en los aspectos jurídicos y científicos del tema. Explican que el intercambio de puntos de vista conduce a una mayor empatía, a experiencias compartidas e identificación de áreas de colaboración. De igual manera, expresan la importancia de fomentar un intercambio entre profesionales de salud que son *amigos* de la prestación de servicios de aborto.

3. REFLEXIONES FINALES

Ngwena nos recuerda que el uso ilimitado de la objeción de conciencia puede llevar a una mayor estigmatización del aborto, lo que, a su vez, puede disuadir a más mujeres de buscar servicios de aborto en el sector de salud formal. En otras palabras, cuando la objeción de conciencia no se restringe de forma adecuada, las mujeres se ven obligadas a buscar procedimientos de aborto inseguro. Sin embargo, Ngwena también deja en claro que encontrar el equilibrio entre la libertad de conciencia de un proveedor de salud y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres no significa una prohibición absoluta del ejercicio a la objeción de conciencia, sino permitir el ejercicio de este derecho de una manera que igualmente respete y proteja los derechos fundamentales de las mujeres que solicitan los servicios de aborto. Después de todo, como señala Fletcher, un proveedor de salud no debe ser obligado a participar en actos que violen sus convicciones más íntimas. Es exactamente este enfoque de búsqueda de un justo equilibrio entre estos derechos en conflicto el que hace que la sentencia T-388/09 sea valiosa para el debate y conduzca a los países a abordar el problema de manera efectiva en el nivel doméstico. El énfasis en garantizar la presencia de un profesional disponible y dispuesto para que realice esta atención en salud es fundamental en los estándares establecidos en la sentencia. Representa el entendimiento de que el aborto inseguro puede tener efectos perjudiciales sobre la salud de las mujeres y las niñas, y que el daño que genera un aborto inseguro en la salud de la mujer se puede prevenir fácilmente. Con esta publicación, esperamos que el abordaje con conciencia social frente a la objeción de conciencia y el aborto desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia comience a llegar a oídos de los tomadores de decisiones, las autoridades del sector salud y la sociedad civil en el mundo entero.

NOTAS

¹ Wendy Chavkina, Liddy Leitmana y Kate Polin, "Conscientious Objection and Refusal to Provide Reproductive Healthcare: A White Paper Examining Prevalence, Health Consequences, and Policy Responses", *International Journal of Gynecology & Obstetrics* 123(3) (2013): 41-56. Anne O'Rourke, Lachlan de Crespigny y Amanda Pyman, "Abortion and Conscientious Objection: The New Battleground", *Monash University Law Review* 38(3) (2012): 87-119.

² Ver R. Alta Charo, "Health Care Provider Refusals to Treat, Prescribe, Refer or Inform: Professionalism and Conscience", *American Constitution Society for Law and Policy* 7 (2007).

³ *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, Nos. 13-354, 13-356, 2014 WL 2921709 (2014).

⁴ Un aborto realizado luego de las 12 semanas de gestación debe llevarse a cabo en un hospital; antes de ese punto, el aborto puede realizarse en otros establecimientos autorizados. Un aborto legal debe ser realizado por un médico o médica. El personal de salud que, por motivos de conciencia, no quiera realizar un aborto, debe expresar este hecho por escrito, junto con datos que justifiquen su posición, al director administrativo de la institución. El derecho a negarse a realizar un aborto solo se concede al personal que realiza o colabora con el procedimiento en sí y no a los que proveen servicios, atención y tratamiento a la mujer antes o después del procedimiento. El derecho del personal de salud a negarse a realizar un aborto no ha sido un problema importante en Noruega. Fuente: Population Policy Data Bank a cargo de la División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Secretaría de las Naciones Unidas. Para fuentes adicionales, véase la lista de referencias.

⁵ Ver Ley para la Terminación del Embarazo de 1972 Cap. 304, Leyes de la República de Zambia (1972).

⁶ Suecia fue el único país de Europa en objetar la resolución titulada *El Derecho a la Objeción de Conciencia en la Resolución Legal de la Atención Médica* del Consejo Europeo, afirmando que: "Suecia es uno de los pocos países que ha desarrollado un papel fundamental en el trabajo internacional enfocado en la salud y los derechos sexuales y reproductivos. La política sueca sobre Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos permanece sin cambios. El Comité permanente señala que el tema del aborto no está contemplado por el Tratado de la UE. La postura del Comité permanente permanece negativa frente al contenido de la Resolución 1763 (2010) e insta a la delegación [sueca] a tomar más acciones para lograr un cambio de esta resolución". Ver EUR. PAR. ASS., El derecho a la objeción de conciencia en la atención médica legal, Res. 1763 (2010), disponible en inglés en: <http://assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=17909&lang=EN>.

⁷ Por ejemplo, Polonia. El Comité de Derechos Humanos expresó su "profunda preocupación por las leyes restrictivas sobre el aborto en Polonia que pueden incitar a las mujeres a buscar abortos ilegales e inseguros, con los consiguientes riesgos para su vida y salud. Está igualmente preocupado por la falta de disponibilidad real del aborto, incluso cuando la

ley lo permite, por ejemplo, en casos de embarazos debidos a una violación, así como por la falta de información sobre el uso de la cláusula de objeción de conciencia por parte de los médicos que se niegan a realizar abortos legales". N.U., Comité de Derechos Humanos, Reporte del Comité de Derechos Humanos, 6 Sesión., Suplemento No. 40, para 8, U.N. Doc. A/60/40 (Vol. I) (Noviembre, 2005), http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/AR/A_61_40_vol.I_E.pdf (consultado en 29 julio 2014).

⁸ Ver Christina Zampas, "Legal and Ethical Standards for Protecting Women's Human Rights and the Practice of Conscientious Objection in Reproductive Healthcare Settings", *International Journal of Gynecology & Obstetrics* 123(3) 2013: S63-S65: "la práctica de la objeción de conciencia por parte de los trabajadores de la salud está en auge en el mundo entero. Es más común en el área de la salud reproductiva debido a los valores religiosos o morales que se han impuesto respecto de cuándo comienza la vida. A menudo se invoca en el contexto del aborto y en los servicios de anticoncepción, incluyendo la provisión de información relacionada con estos servicios. En algunos casos, la legislación ha protegido a los farmacéutas de la responsabilidad extracontractual cuando se han negado a vender productos con base en motivos religiosos o éticos. Una ley aprobada en 2004 en Mississippi es un buen ejemplo de la expansión de este nuevo tipo de cláusula de rechazo. Permite que casi cualquier persona relacionada con la industria de la salud —desde médicos, enfermeras y farmacéutas hasta el personal administrativo de hospitales, hogares geriátricos y farmacias— pueda negarse a participar o ayudar en cualquier tipo de servicio de atención médica, incluyendo la remisión y orientación, sin responsabilidad extracontractual o consecuencia alguna". Ver *supra* nota 2, en 119-135.

⁹ Corte Constitucional, 10 mayo 2006, sentencia C-355/06, Gaceta de la Corte Constitucional (Colom.), <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-355-12.htm> (consultado 28 julio 2014).

¹⁰ Corte Constitucional, 28 mayo 2009, sentencia T-388/09, Gaceta de la Corte Constitucional, s.p. (Colom.), sec. 4.2, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-388-09.htm> (consultado 28 julio 2014). "[L]as personas profesionales de la medicina pueden eximirse de practicar la interrupción del embarazo por motivos de conciencia sí y solo sí se garantiza la prestación de este servicio en condiciones de calidad y de seguridad para la salud y la vida de la mujer gestante que lo solicite, sin imponerle cargas adicionales o exigirle actuaciones que signifiquen obstaculizar su acceso a los servicios de salud por ella requeridos, y con ello, desconocerle sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la salud sexual y reproductiva, a la integridad personal, a la dignidad humana".

¹¹ Lisa H. Harris, "Recognizing Conscience in Abortion Provision", *The New England Journal of Medicine* 367 (2012): 982. Ver Bernard M. Dickens y Rebecca J. Cook, "Conscientious Commitment to Women's Health", *Int. J. Gynecol. Obstet.* 113(2) (2011): 163-6.

¹² N.U. Asamblea General, *Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health*, párr. 21, U.N. Doc. A/66/254 (Agosto 3, 2011). Ver *Ibid.* en ¶ 16.

13 *Ibid.*, ¶ 16.

14 Comité de Derechos Civiles y Políticos, *Examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos*, párr. 19, U.N. Doc. CCPR/C/COL/CO/6 (3 agosto 2011).

15 Comité CEDAW, *General Recommendation No. 24: Article 12 of the Convention (Women and Health)*, párr. 11., U.N. Doc. A/54/38/Rev.1 ¶ 31 (1999).

16 Comité CEDAW, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: México*, párr. 32, U.N. Doc. CEDAW/C/MEX/CO/7-8 (7 agosto 2012).

17 *Ibid.*, ¶ 33.

18 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Articles 16 and 17 of the Covenant, Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Poland*, párr. 28, UN Doc. E/C.12/POL/CO/5 (D 2, 2009).

19 *R.R. v. Poland*, No. 27617/04, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2011), párr. 206, *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104911>.

20 *Ibid.* Ver *P. and S. v. Poland*, No. 57375/08, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2012), *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-114098>; *Pichon and Sajous v. France*, No. 49853/99, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2001), *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-22644>.

21 *Doogan and Wood v. Greater Glasgow and Clyde Health Board* (2013) CSIH 36, *disponible en*: <http://www.scotcourts.gov.uk/opinions/2013CSIH36.html>, párr. 37.

22 Chavkin, Leitman y Polin, "Conscientious Objection and Refusal to Provide Reproductive Healthcare: A White Paper Examining Prevalence, Health Consequences, and Policy Responses", 45.

23 Debora Diniz, Alberto Madeiro y Cristiano Rosas, "Conscientious Objection, Barriers, and Abortion in the Case of Rape: A Study Among Physicians in Brazil", *Reproductive Health Matters* 22(43) (2014): 146.

24 Mercedes Cavallo y Agustina Ramón Michel, "La objeción de conciencia frente al aborto legal (o la reacción frente al 'problema' del aborto legal) en América Latina" *en este libro*, 12-13.

Puede encontrar información adicional sobre la liberalización
del aborto en Colombia y sobre otros proyectos
de Women's Link Worldwide en la página web
www.womenslinkworldwide.org