



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

NUEVAS FORMAS DE OBJETAR: UNA REFLEXIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA POSITIVA

Autor: Eugenia Álvarez-Pedrosa García

5ºE3A

Derecho Constitucional

Tutor: Federico Montalvo Jääskeläinen

Madrid
Abril 2020

*A mi padre, por ser un apoyo incondicional,
A mi tutor, por su ayuda y seguimiento,*

RESUMEN/PALABRAS CLAVE

A la luz del artículo 30.2 de la Constitución Española nace la objeción de conciencia íntimamente vinculada al servicio militar. En una sociedad cada vez más plural, la objeción de conciencia cobra un papel vital que conlleva la necesidad de su evolución conceptual. Por ello, el inicio de este trabajo se centra en destacar la importancia de su definición incluyendo sus caracteres principales. De este modo, asistimos a una reflexión constitucional que alberga múltiples consideraciones tanto internacionales, que provienen principalmente de Estados Unidos, como nacionales, de entre las que destacan las efectuadas por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo a lo largo de los siglos XX y XXI. La labor de estos tribunales consiste en delimitar el alcance del derecho e interpretar su naturaleza. En este sentido, nacen diversos campos de vinculación a la objeción de conciencia como puede ser el ámbito educativo y el ámbito sanitario. Parece ser que, a la luz del tratamiento exponencial de este derecho, cabe plantearse la posible existencia no solo de una objeción de conciencia negativa sino de otra vertiente, la objeción de conciencia positiva. Este será el principal objetivo del trabajo tratar de argumentar la posible existencia jurídica de la objeción de conciencia positiva.

Palabras clave: objeción de conciencia, Tribunal Constitucional, libertad ideológica y religiosa, Constitución Española, médico, derecho a la vida.

ABSTRACT/KEY WORDS

In the light of Article 30.2 of the Spanish Constitution, conscientious objection is closely linked to military service. In an increasingly pluralistic society, conscientious objection takes on a vital role that entails the need for its conceptual evolution. For this reason, the beginning of this paper focuses on highlighting the importance of its definition, including its main features. In this way, we are witnessing a constitutional reflection that includes multiple considerations, both international, which come mainly from the United States, and national, among which those carried out by the Constitutional Court and the Supreme Court throughout the 20th and 21st centuries stand out. The task of these courts is to delimit the scope of the law and to interpret its nature. In this regard, various areas of connection with conscientious objection have arisen, such as education and health care. It seems that, in the light of the exponential treatment of this right, it is worth considering the possible existence not only of a negative conscientious objection but also of another side, the positive conscientious objection. This will be the main objective of the work trying to argue the possible legal existence of positive conscientious objection.

Key words: conscientious objection, Constitutional Court, ideological and religious freedom, Spanish Constitution, doctor, right to life.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	6
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I: LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.....	9
1. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.....	9
1.1 Definición positiva.....	9
1.2 Caracteres de la objeción de conciencia	11
1.3 Definición negativa.....	13
1.3.1 <i>Objeción de ciencia</i>	<i>13</i>
1.3.2 <i>Cláusula de conciencia de los periodistas</i>	<i>14</i>
1.3.3 <i>Desobediencia civil</i>	<i>14</i>
1.4 Conflictos entre ley y conciencia. Planteamientos fundamentales.....	15
CAPITULO II: TENDENCIAS INTERNACIONALES Y NACIONALES.	18
2. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL Y NACIONAL	18
2.1 Derecho internacional.....	18
2.1.1 <i>Derecho estadounidense.....</i>	<i>20</i>
2.2 Derecho nacional.....	22
2.2.1 <i>Derecho español.....</i>	<i>22</i>
a. <i>Sentencia del Tribunal Constitucional 53/ 1982.....</i>	<i>23</i>
b. <i>Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985.....</i>	<i>23</i>
c. <i>Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1987.....</i>	<i>25</i>
d. <i>Sentencia del Tribunal Supremo 1013/2008 (11/02/2009).....</i>	<i>26</i>
e. <i>Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015.....</i>	<i>29</i>
CAPÍTULO III: VINCULACION CON LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA POSITIVA	33
3. PLANTEAMIENTO DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA POSITIVA	33
3.1 Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril.....	33
3.2 Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016.....	36
3.3 El papel del sistema sanitario actual	36
3.4 La libertad de actuación médica.....	37
3.5 Qué es la objeción de conciencia positiva.	39
3.6 Diferencias objeción positiva y negativa.....	40
CONCLUSIÓN	42
BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN	46

LISTADO DE ABREVIATURAS

CE	Constitución Española
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
USC	United States Code

INTRODUCCIÓN

Actualmente somos testigos de una sociedad llena de complejidad, de pluralización del poder y de una progresiva complicación de las decisiones a tomar. Todo aquello que comenzó decidiéndose de manera unívoca, presenta ahora su antítesis en una sociedad donde se alzan las voces para expresar opiniones.

Parece ser que nos hallamos en un contexto social cada vez más plural en el que evolucionamos hacia una integridad diferenciada donde cada derecho supone ser digno de protección. Al otro lado de la balanza, el interés general pesa con vista a proteger de manera generalizada a la sociedad sin atender a la individualización de cada particular.

Así, la indisoluble nación española alberga diversas comunidades cuyas diferencias enriquecen a la sociedad. De este modo, la diversidad hace la unión y a su vez, enriquece. En todo este contexto, asistimos al pistoletazo de partida en esa carrera hacia la defensa exponencial de nuestros derechos. Por lo tanto, es en este panorama en el que la objeción de conciencia juega un papel crucial.

Ante la existencia de conflictos entre la obediencia a la norma jurídica o a la normal moral, la objeción de conciencia alza la posibilidad de ser fiel a esa ley ética que todos albergamos. Múltiples han sido las áreas en las que la objeción de conciencia ha experimentado un desarrollo como es en el inicial servicio militar, en la educación, y sobre todo en el ámbito sanitario donde ya no hablamos de una relación bilateral entre médico y paciente sino donde el sistema público sanitario incide de lleno como elemento clave a la hora de tomar decisiones.

Parece ser que el objetor acostumbrado a no realizar una acción que la ley le permite se plantea en este contexto si sería posible realizar una acción que la ley le prohíbe. Así, bebiendo las fuentes de la objeción de conciencia negativa, se plantea la posible existencia de la objeción de conciencia positiva.

Para ello, versaremos sobre el concepto de objeción de conciencia pasando por su desarrollo internacional y nacional con sentencias que ilustran la evolución de su

tratamiento jurídico. Del mismo modo, nos plantearemos el posible nacimiento de la objeción de conciencia positiva con el panorama legislativo que dio luz verde a su existencia. Así, analizaremos la eficacia de la objeción de conciencia positiva y los límites de la misma. En cuanto al método de investigación utilizado este comprende esencialmente el análisis de normas y jurisprudencia, así como el método comparativo acudiendo a otros ordenamientos.

Todo ello será necesario para poder llegar a una conclusión fundamentada en la que una vez más nos exponemos a la posible evolución de un derecho en plena construcción.

CAPÍTULO I: LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

1. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Cabría comenzar encuadrando la objeción de conciencia mediante la determinación de una definición positiva, explicando el concepto esencial y sus caracteres. Más tarde, se abordará la diferenciación entre esta misma y aquellos conceptos que no poseen este significado pero que pueden provocar dudas. Posteriormente, se expondrán los dos planteamientos fundamentales de conflictos entre ley y conciencia.

1.1 Definición positiva

Desde un punto de vista amplio, entendemos la objeción de conciencia como el rechazo del individuo por motivos de conciencia a someterse a una conducta que sería jurídicamente exigible¹. En este sentido, cabe destacar que existen dos pilares que influyen en el tratamiento jurídico de la objeción de conciencia.

En primer lugar, cabe subrayar que el objetor se encuentra en un grave conflicto interior; entendiéndose por conflicto aquel que enfrenta la sumisión a la norma jurídica o bien a la norma ética que trae presente la conciencia en la mente del sujeto. Todo ello provoca una fuerte carga moral en la que el individuo debe optar por desobedecer la norma jurídica o desobedecer a su propia conciencia, con el castigo material o sanción espiritual que cada una de ellas alberga respectivamente².

En segundo lugar, el otro pilar básico que subyace en la objeción de conciencia es la plural tipología que de la misma se desarrolla en la sociedad actual en la que vivimos. Nos hallamos ante un tema de tratamiento exponencial en una sociedad en pleno cambio donde cada vez se observa un mayor pluralismo ideológico y religioso. Así, engarzada en raíces de creencias religiosas, la objeción de conciencia es una elección esencialmente individual. Por ello es importante destacar, la dificultad de su regulación de carácter legislativo pues solo sería válido para aquellos casos con una cierta extensión social,

¹ Cfr. NAVARRO-VALLS, R., *Conflictos entre conciencia y ley*, Madrid, 2001 pp.30-31

² Cfr. *Ibid.* pp. 32-33

siendo conveniente su tratamiento jurisprudencial donde se pueden observar las precisiones “ad casum”³.

Por otro lado, es importante destacar los cuatro elementos que componen la definición de objeción de conciencia. Y es que, de la mano del Comité de Bioética de España, la objeción de conciencia exige que la concurrencia de los siguientes elementos:

- 1) “La existencia de una norma jurídica de obligado cumplimiento, cuyo contenido puede afectar a las creencias religiosas o morales de los individuos, y que no puede obviarse sin incurrir en sanción. Es necesario que el contenido de la norma jurídica sea tal que pueda resultar incompatible con las convicciones morales o religiosas de los individuos y no meramente contrario a ciertas opiniones o intereses personales de éstos”⁴.
- 2) “La existencia de un dictado inequívoco de la conciencia individual opuesto al mandato jurídico, requisito sobre el que el ordenamiento jurídico puede requerir verificación”⁵.
- 3) “La ausencia en el ordenamiento jurídico de normas que permitan resolver el conflicto entre una o varias normas y la conciencia individual o posibiliten alternativas aceptables para el objeto”⁶.
- 4) “La manifestación del propio sujeto del conflicto surgido entre la norma y su conciencia, sin que sea relevante la mera presunción sobre la existencia de conflicto”⁷.

³ Cfr. NAVARRO-VALLS, R., *Conflictos entre conciencia y ley*, Madrid, 2001 pp.32-33

⁴ Opinión del Comité de Bioética de España sobre la objeción de conciencia en sanidad, Madrid, 2011, pp.3 (Disponible en:

<http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/La%20objecion%20de%20conciencia%20en%20sanidad.pdf> ;última consulta: 25/03/2020)

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

1.2 Caracteres de la objeción de conciencia

Tras haber expuesto la definición de objeción de conciencia podemos entender que ésta se haya integrada por varios caracteres intrínsecos. Así hablamos de una objeción de conciencia de carácter excepcional, moral, libre, expreso, pacífico e individual.

En primer lugar, nos referimos a una objeción de conciencia excepcional porque en sociedades plurales las decisiones mayoritarias no se imponen de manera automática, sino que siempre se respeta un cierto halo de libertad en la conciencia del individuo. Así, la regla general aparece a la luz del artículo 9.1 de la Constitución Española. Esta subraya la necesidad de cumplir con el deber jurídico por parte de los ciudadanos y los poderes públicos sujetos siempre al ordenamiento jurídico y a la Constitución Española⁸. Es en este instante en el que aparece la objeción de conciencia, como excepción al deber jurídico, afirmándose la existencia del conflicto entre la norma jurídica y las convicciones morales del objetor, así como la inexistencia de una norma que posibilite la compatibilidad del deber jurídico y el deber de conciencia.⁹

En segundo lugar, hablamos de una objeción de conciencia moral porque el punto de partida que lleva al objetor a oponerse al cumplimiento de la ley jurídica es su propia ley ética. No hablamos de desobediencias ocasionales sino de un verdadero conflicto de valores. Ahora bien, cuando usamos la expresión “conflicto de valores”, no nos referimos al miedo, la ignorancia o incluso la conveniencia, sino valores internos y convicciones del objetor que edifican al ser humano y que moralmente le impiden actuar.

Por otro lado, subrayamos el carácter libre de la objeción de conciencia, porque lejos de cualquier tipo de fuerza, intimidación o violencia, para llevar a cabo su ejercicio, los individuos son libres. De este modo, libertad y responsabilidad componen las dos caras de una misma moneda en la que el objetor ha de ser libre a la hora de elegir ejercer su derecho, pero sin olvidar ser responsable, elemento que nos permite ser conscientes de nuestros actos y de nuestras decisiones, así como de las consecuencias que los mismos provocan¹⁰.

⁸ Constitución Española, artículo 9.1, (BOE núm. 311 29/12/1978)

⁹ Cfr. SEOANE, J.A., *Nuevas formas de objeción de conciencia sanitaria*, Coruña, 2015 pp.4-5

¹⁰ *Ibid*

En este sentido, llegamos a su carácter expreso, este queda fundamentado en el artículo 16.2 de la Constitución Española. La norma suprema del ordenamiento jurídico subraya que “Nadie puede ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”, y es que, si bien este núcleo debe ser respetado, quien ejerza su derecho a la objeción de conciencia deberá manifestarla y por lo tanto fundamentar y expresar los pilares éticos sobre los que se basa esa no obediencia a la norma jurídica en concreto.

Esta fundamentación conecta con el carácter anteriormente expuesto pues refleja libertad y responsabilidad donde el objetor declara de forma sincera y veraz su elección en cuanto al conflicto moral en juego¹¹. Y es que la objeción de conciencia supone la confrontación de dos realidades jurídicas, por un lado, la libertad del individuo salvaguardada en la Constitución Española (art 30 CE) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art 10.2 CDFUE, 2000) relacionado con la libertad de conciencia (art 10.1 CDFUE, 2000) y por otro lado, el cumplimiento de la norma jurídica (art 9.1 CE) ; dos realidades jurídicas merecedoras de protección.¹²

En cuanto su carácter pacífico, cabe mencionar que el objetivo del ejercicio de la objeción de conciencia no se basa en la supresión de la norma jurídica en cuestión, sino más bien en la no aplicación en el caso concreto respetando siempre el ordenamiento jurídico. No se trata de desencadenar un conflicto político, sino de prestar atención a un conflicto moral pacífico que pretende respetar el cumplimiento del resto de obligaciones legales, exceptuando el caso concreto.

Por último, la esfera subjetiva e interior en la que se desenvuelve este derecho fundamenta ese carácter subjetivo que no permite el ejercicio colectivo de la objeción de conciencia¹³. Y es que, aun cuando varios objetores ejerzan su derecho en la misma situación, no hablaríamos de un ejercicio colectivo de la objeción de conciencia sino de una suma de varios derechos individuales que nacen de la esfera personal e individual de cada uno de ellos.

¹¹ Cfr.: SEOANE, J.A, *Nuevas formas de objeción de conciencia sanitaria*, Coruña, 2015 pp.6

¹² Cfr.: NAVARRO-VALLS, R., *Conflictos entre conciencia y ley*, Madrid, 2001 p. 35

¹³ Cfr.: SEOANE, J.A, *Nuevas formas de objeción de conciencia sanitaria*, Coruña, 2015 pp.7

1.3 Definición negativa

Tras haber explicado qué se entiende por objeción de conciencia detallando sus caracteres esenciales, cabe destacar aquellos conceptos que pueden provocar dudas a la hora de definir su significado. Así, hablamos de aquellas diferencias entre la objeción de conciencia y la objeción de ciencia, la cláusula de conciencia de los periodistas y por último la desobediencia civil. Todas ellas determinan una definición negativa de aquello que no es objeción de conciencia.

1.3.1 *Objeción de ciencia*

A la luz del Código Deontológico de la Medicina, en su artículo 33.3 se define la objeción de ciencia, diferenciándola de la objeción de conciencia, versando del siguiente modo “la objeción de ciencia tiene una protección deontológica al amparo del derecho a la libertad del método y prescripción, siendo diferente de la objeción de conciencia”¹⁴. Ahora bien, ¿en qué se diferencian?

Pues bien, así como la objeción de conciencia hace referencia a la elusión de la ley por motivos éticos, entendemos que la objeción de ciencia equivale como enuncia la Clínica de la Universidad de Navarra “a una negativa a la raíz técnica a la práctica de alguna actuación que se exige al médico”¹⁵. En este sentido, podríamos determinar que la diferencia entre la objeción de conciencia y la objeción de ciencia se halla en su fundamentación, pues si bien la primera se basa en argumentos éticos, la segunda recurre a fundamentos basados en la técnica a utilizar para evitar el cumplimiento de la ley.

¹⁴ Código de Deontología Médica, Organización Médica Colegial, Madrid, 2011, pp. 28-29

¹⁵ Clínica de la Universidad de Navarra, *Diccionario Médico* (Disponible en: <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/objecion-ciencia> ; última consulta: 25/03/2020)

1.3.2 *Cláusula de conciencia de los periodistas*

Con el fin de establecer una clara diferencia entre la cláusula de conciencia de los periodistas y la objeción de conciencia, seguiremos el estudio de José María Desantes Guanter. En este sentido, este autor explica cómo la objeción de conciencia consiste en “la posibilidad legal que se concede a determinados ciudadanos a evadirse del cumplimiento de un deber general establecido en una disposición legal o en una orden de una autoridad superior porque a su conciencia le repugna el acto o la serie de actos que constituyen la realización de tal deber”¹⁶. Así, retomando su explicación versa sobre el hecho de que la objeción de conciencia “es, como el privilegio, facultad individual que se desenvuelve en el campo del deber que la fuerza de la conciencia le impide cumplir y le permite constituirse en excepción personal”. En este sentido, subraya por último que la objeción de conciencia está al alcance “de todos aquellos que aleguen que su conciencia es un obstáculo para ese cumplimiento”¹⁷.

De este modo, tras haber definido su visión de objeción de conciencia, José María Desantes Guanter expone de manera diferenciada a este concepto la cláusula de conciencia entendida como “una cláusula establecida legal o convencionalmente en un contrato de trabajo informativo según la cual si la empresa o el medio cambian su dirección ideológica y el periodista no está de acuerdo con ella puede pedir la disolución de la relación jurídica laboral y percibir una determinada indemnización”¹⁸.

En este sentido, el autor destaca que, si bien la objeción de conciencia es aplicable en toda óptica de la vida del ser humano, la cláusula de conciencia nace en el área de la “fenomenología informativa” afectando a obligaciones contractuales y no a los deberes.

1.3.3 *Desobediencia civil*

De la mano de Ernesto Garzón Valdés, se entiende que la desobediencia civil es “un acto voluntario e intencional cuyo resultado, la violación de la ley, se supone que está

¹⁶ DESANTES GUANTER, J.M; NIETO, A.; URABAYEN, M., *La cláusula de conciencia*, EUNSA, Pamplona, 1978.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

vinculado al progreso moral o político de la sociedad”¹⁹. En esta definición destacan varios elementos como pueden ser la voluntariedad y la intencionalidad del acto, así como el resultado deseado, es decir la violación de la ley.

Por otro lado, José Antonio Seoane expone una definición de desobediencia civil con unas pinceladas de similitud que analizaremos a continuación. Su estudio se centra en que, así como la objeción de conciencia podría ser definida como el incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de conciencia con un claro fin de defender la moralidad individual, la desobediencia civil se refiere a la insumisión política al derecho para ejercer una presión sobre la mayoría con el fin de adoptar una cierta decisión legislativa.²⁰

Y es que, podríamos apreciar que el fin de ambos es completamente distinto pues, si bien el objetivo de la desobediencia civil es ocasionar una reacción para conllevar la reforma del ordenamiento jurídico, la objeción de conciencia pone sobre la palestra la importancia y la preponderancia de la obediencia en algunos casos de la ley moral individual a la ley jurídica²¹. Debemos entender que, en caso de desobediencia civil, el objetor desearía que se derogase la ley que impone el deber jurídico que él rechaza²², mientras que la objeción de conciencia pretende la no aplicación de la ley a un caso concreto.

1.4 Conflictos entre ley y conciencia. Planteamientos fundamentales

Existen dos planteamientos fundamentales en cuanto al tratamiento jurídico de las objeciones de conciencia. Por un lado, el legalismo, y por otro, su antítesis, el equilibrio o ponderación de intereses.

En primer lugar, el legalismo proclama la razón del legislador y la aplicación estricta de la ley como núcleo del ordenamiento jurídico. En este sentido, el himno esencial de esta postura es la reducción del derecho a ley pues “la ley es todo el derecho y la ley es toda derecho”²³. De este modo, en cualquier conflicto entre ley y conciencia, la ganadora en

¹⁹ GARZÓN VALDÉS, E., *Acerca de la desobediencia civil*, Sistema n. 42, Madrid, 1981 pp. 79-92

²⁰ Cfr. SEOANE, J.A., *Nuevas formas de objeción de conciencia sanitaria*, Coruña, 2015 pp.14-15

²¹ Cfr. NAVARRO-VALLS, R., *Conflictos entre conciencia y ley*, Madrid, 2001 pp. 28-29

²² Cfr. SEOANE, J.A., *Nuevas formas de objeción de conciencia sanitaria*, Coruña, 2015 pp.14-15

²³ NAVARRO-VALLS, R., *Conflictos entre conciencia y ley*, Madrid, 2001 pp. 36

todo caso sería la primera. Así, la objeción de conciencia sólo sería posible en las excepciones previstas en la propia ley, es decir en aquellos casos en los que fuera admitida de manera expresa por el legislador. Así, nos hallamos ante una postura que carece de flexibilización y cuyos riesgos pueden quedar subrayados en una ley obsoleta que no consigue adaptarse a la sociedad.

Ahora bien, si el pilar del legalismo era la aplicación de la ley, la perspectiva del equilibrio o ponderación de intereses se sustenta en la búsqueda del mayor grado de protección dentro de la libertad de religión, pensamiento y conciencia. Así, bajo este planteamiento, la objeción de conciencia no se relaciona con la inseguridad jurídica, todo lo contrario, esta no es contemplada con desconfianza sino como un valor constitucional en si misma fundamentado en el análisis preciso de los hechos.²⁴

Es importante destacar que existen tres causas cuya labor es tratar de desmontar la defensa estricta del legalismo. Así, fieles defensores de la aplicación de una ley neutral, los legalistas subrayan la importancia de la construcción de la ley basada en valores aceptados por la mayoría, en la que de entrada no chocarían intereses, pero esta ley aceptada por la mayoría no representa un “todo” y por lo tanto se olvidarían las minorías a las que cabría dar cabida algún tipo de salida y nacerían discriminaciones potenciales. Y es que, este tipo de conflictos se valorarían “ad casum” gracias a la perspectiva de la ponderación de intereses.²⁵

La segunda causa viene fundamentada por un ideal erróneo donde subyace la idea de la libre conciencia como interés legítimo, pero individual y privado en el que ante situaciones de conflicto debe ceder ante un interés público que se haya representado en la ley. Ahora bien, hablamos de un interés privado para la persona que lo ejerce, pero, desde la perspectiva del Estado, la libertad de conciencia es concebida como derecho fundamental y como tal es merecedor de protección. Esta protección debe quedar garantizada por el Estado, albergando un interés público de máximo rango. Por lo tanto, no nos hallaríamos ante el primer conflicto de interés privado vs interés público, sino ante conflictos que enfrentan intereses públicos vs intereses públicos.²⁶

²⁴ Cfr. NAVARRO-VALLS, R., *Conflictos entre conciencia y ley*, Madrid, 2001 pp. 37

²⁵ Cfr. *Ibid.* pp. 38

²⁶ Cfr. *Ibid.*

Por último, la necesidad de aplicación estricta de la ley, ante la posible “pulverización del derecho” podría ser una exageración disfrazada de hipérbole. En este sentido, como todo derecho, la objeción de conciencia se haya pincelada por varios límites especificados por ejemplo en el artículo 9.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Así, la aplicación estricta de la ley conllevaría una restricción de un derecho fundamental como es la objeción de conciencia. De este modo, el artículo 9.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos versa sobre la legitimidad de las restricciones a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión que “estando previstas en la ley”, pueden considerarse “medidas necesarias en una sociedad democrática”²⁷. De la mano de la perspectiva de la ponderación de intereses, se pretende que el Estado justifique la necesidad de la aplicación automática de la ley en aquellos casos que así se proceda.

²⁷ NAVARRO-VALLS, R., *Conflictos entre conciencia y ley*, Madrid, 2001, pp. 39

CAPITULO II: TENDENCIAS INTERNACIONALES Y NACIONALES.

2. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL Y NACIONAL

Tanto en la óptica internacional como en la óptica nacional es importante destacar si el ejercicio de la objeción de conciencia, es decir, si obrar en conciencia contra una disposición legal, se haya protegido en todas sus posibles manifestaciones²⁸. Así, para poder dotar de una calificación al derecho de objeción de conciencia, Rafael Navarro-Valls explica cómo unos hablan de un “valor informador del ordenamiento constitucional” y otros de uno de los “derechos de libertad” que recientemente surgen con el progreso de la conciencia de la sociedad²⁹. Podríamos entender que la gran variedad de posturas se halla presente en el derecho internacional y nacional. A continuación, se expone la tendencia la objeción de conciencia en ambas áreas.

2.1 Derecho internacional

En el ámbito europeo, encontramos un reconocimiento a la objeción de conciencia de la mano de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea donde en su artículo 10.2 se garantiza “el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. En este sentido, al leer “de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio” no se trata de hacer depender la objeción de conciencia de la voluntad del legislador nacional, pues sino no se estaría incluyendo como derecho fundamental en la Carta³⁰. Así, este fragmento puntualiza que los legisladores nacionales son los designados competentes para determinar los límites que ponen punto y a parte al derecho de objeción de conciencia. Ahora bien, el hecho de regular la objeción

²⁸ NAVARRO-VALLS, R., *Conflictos entre conciencia y ley*, Madrid, 2001 pp. 39

²⁹ *Ibid.* pp. 41-43

³⁰ *Cfr. Ibid.* pp. 44-45

de conciencia por parte de las leyes nacionales nunca puede suponer la negación de la misma.³¹

De este modo, en la óptica internacional hablaremos de dos grandes hitos en la historia, por un lado, del Tribunal de Estrasburgo y por otro del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Cabe mencionar que la actitud del Tribunal de Estrasburgo ante la objeción de conciencia es una antítesis frente a la del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo en su jurisprudencia no ha sido tradicionalmente ni demasiado clara ni demasiado tuitiva³². Por ello, nos hallamos ante una actitud diferenciada de la del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, quien posee competencia para supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 así como para la emisión de dictámenes sobre comunicaciones individuales.³³

Por un lado, para el Comité, la libertad de conciencia no queda exclusivamente ligada a cuestiones relativas al culto, sino que abarca mas ámbitos de la vida de las personas. En este sentido, su visión subraya la necesidad de interpretar los derechos fundamentales de forma extensiva, mientras que sus limitaciones se deberán interpretar de manera restrictiva.³⁴

Por otro lado, parece ser que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos trataba de renunciar a su rol supervisor, aplicando con poca fuerza la doctrina de apreciación nacional y remitiendo el caso al estado correspondiente para que este ultimo aplicase las restricciones a los derechos fundamentales. En este sentido, se produce una alteración en la regulación de la objeción de conciencia, materia que requiere un análisis taxativo y

³¹ Cfr. *Ibid.*

³² NAVARRO-VALLS, R., *Conflictos entre conciencia y ley*, Madrid, 2001 pp. 44-45 basado en la jurisprudencia del TEDH en materia de objeción de conciencia en relación con el artículo 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *vid.* E. Relaño, *El derecho de libertad religiosa y conciencia a la luz de la Carta Europea de Derecho Fundamentales. Comentario sobre el "Informe sobre la situación de los derechos humanos en la Unión Europea y en sus estados miembros" (elaborado por E.U Network of Independent Experts in Fundamental Rights- CFR-CDF)*, en *RGDCDEE* 3, 2003, pp. 7-11.

³³ Cfr. *Ibid.*, pp. 45-47

³⁴ Cfr. *Ibid.*, pp. 45-47 basado en el Comentario Genral del Comité No 22: *The right to freedom of thought, conscience and religion* (Art.18) 30/07/93, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, General Comment No.22.

riguroso para su adecuada aplicación ³⁵. Así, podemos concluir que el Tribunal de Estrasburgo, se centra en interpretaciones restrictivas del derecho de la libertad de conciencia, así como la contraria interpretación extensiva de las limitaciones que se pueden establecer.

Dentro del ámbito internacional cabe dirigir nuestra vista hacia el continente estadounidense y su visión sobre la objeción de conciencia.

2.1.1 Derecho estadounidense.

Al otro lado del océano, encontramos el continente estadounidense cuya jurisprudencia se caracteriza por el balance de intereses. En este sentido, la jurisprudencia norteamericana lleva de la mano la canadiense donde desde 1960 a 1990 se asientan las bases donde se explica que, ante conflictos entre ley y conciencia, uno debe posicionarse en frente de una balanza y observar si el peso se inclina hacia la protección de la libertad de conciencia o hacia la aplicación de la norma de manera general y sin excepción³⁶. En este sentido, podríamos explicar que el Estado debe buscar una adaptación o “accomodation” de la disposición legislativa que concuerde con los deberes de conciencia del individuo, salvo que ello conlleve una carga desmesurada para los poderes públicos³⁷. De manera contraria a la visión del Tribunal de Estrasburgo, el Tribunal Supremo de Estados Unidos realiza un análisis en profundidad para aplicar la norma que sea menos lesiva para la conciencia del individuo objetor. Cabe subrayar que nos hallamos ante la doctrina aplicada en Estados Unidos denominada, “least restrictive means” es decir, aquella doctrina que consiste en la aplicación de los medios menos restrictivos, que en Canadá es entendida como “minimal impairment” o también conocida como la doctrina del perjuicio mínimo.

Por otro lado, notables han sido las sentencias norteamericanas que han marcado un antes y un después en la evolución de la objeción de conciencia. En este sentido, cabe mencionar la sentencia *Tramm v. Porter Memorial Hospital*, clara ilustración de una modalidad de objeción de conciencia al aborto, en este caso indirecta.

³⁵ *Ibid.*, pp. 45-47

³⁶ *Cfr.* NAVARRO-VALLS, R, *Conflictos entre conciencia y ley*, Madrid, 2001 pp. 52-55

³⁷ *Cfr.* *Ibid.* pp. 52-55

La objeción de conciencia al aborto es definida como la “negativa a ejecutar practicas abortivas o a cooperar, directa o indirectamente, en su realización; es decir, participar como ejecutor o colaborador, en la práctica de abortos legales; es decir, participar, como ejecutor o colaborador, en la practica de abortos legales”; aunque también suele ser planteada por individuos en ámbitos conectados de manera indirecta con abortos³⁸.

En cuanto al panorama legislativo en Estados Unidos, la objeción de conciencia al aborto se suele reconocer en la casi totalidad de legislaciones que han despenalizado el aborto. Así, tras la liberalización del aborto en 1973 después de la decisión *Roe v. Wade* del Tribunal Supremo norteamericano, se podría subrayar que la mayoría de los Estados de la Unión crearon cláusulas de conciencia en sus disposiciones legislativas sobre el aborto.³⁹ El contenido de estas leyes se centra en sanciones civiles e incluso penales que advierten de la prohibición de la discriminación de cualquier individuo que no ceda a participar en abortos por motivos de conciencia.⁴⁰

Ahora bien, la sentencia que nos ocupa se desarrolla en Indiana el 22 de diciembre de 1989 y versa sobre el despido contrario a derecho de una enfermera llamada Elaine Tramm por parte del Porter Memorial Hospital⁴¹. La sentencia destaca el caso de una enfermera que había sido contratada para limpiar los instrumentos quirúrgicos tras la realización de operaciones, sin explicitar nada más en su contrato laboral. Para su sorpresa, Elaine Tramm durante sus primeras semanas de prácticas observó que su limpieza se centraba en la fase posterior a la realización de abortos de carácter legal en el Porter Memorial Hospital.

En este sentido, contrario a sus ideales morales y religiosos se negó a limpiar los instrumentos después de la práctica de abortos. Tras estas negaciones, la enfermera fue despedida. Por ello, ella alega la violación de sus derechos de Primera Enmienda (42 U.S.C, 1983)⁴² que versan sobre la protección de los derechos de libertad de religión y

³⁸ NAVARRO-VALLS, R., *Conflictos entre conciencia y ley*, Madrid, 2001 pp. 119-129

³⁹ *Ibid.* pp. 122-123

⁴⁰ *Cfr. Ibid.* pp. 122-123

⁴¹ *Tramm v. Porter Memorial Hospital*, No. H 87-355 (United States District Court. Indiana, Hammond Division 22/12/1989)

⁴² 42 United States Code § 1983. The Civil Rights Act

libertad de expresión. Así, añade, la discriminación sufrida por el Porter Memorial Hospital atentando contra sus creencias religiosas (42 U.S.C 2000e)⁴³ así como la violación de su derecho a la objeción de conciencia que reside bajo la Cláusula de Conciencia de Indiana (I.C 16-10-3-2). En este sentido, esta Cláusula de Conciencia protege el criterio de cooperación directa en el que se intentaba basar la argumentación del hospital pues defendían que la enfermera Tramm no había sido obligada a “asistir” o “participar” en el aborto. Ahora bien, el tribunal acepta la argumentación de Tramm en la que destaca que sus actividades son acciones necesarias tanto antes como después de la práctica de un aborto⁴⁴. Por último, tras los argumentos del hospital que trataban de defender la inexistencia de discriminación en el despido de la enfermera, el Tribunal subraya la idea de que la mera existencia de creencias religiosas honestas era suficiente para que el despido fuese considerado como discriminatorio.⁴⁵

2.2 Derecho nacional

De este modo, tras haber observado la tendencia en el panorama norteamericano, nos centraremos en enfocar la mirada hacia nuestro alrededor y observar la tendencia española en cuanto a la objeción de conciencia.

2.2.1 Derecho español

En este sentido, de la mano del derecho español, entendemos que la objeción de conciencia queda encuadrada en el artículo 30.2 de la Constitución Española. Este artículo subraya que “la ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria”. De este modo, observamos que la única objeción de conciencia que la ley menciona es aquella del servicio militar.

⁴³ 42 United States Code § 2000e.

⁴⁴ NAVARRO-VALLS, R., *Conflictos entre conciencia y ley*, Madrid, 2001 pp. 124-125

⁴⁵ *Ibid.*

a) Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1982

Cabe destacar, que habrá que esperar hasta el 23 de abril de 1982, cuando el Tribunal Constitucional en su sentencia 53/1982 comenzó a relacionar la objeción de conciencia mencionada en el artículo 30.2 CE con el artículo 16.1 CE que destaca la garantía de la libertad religiosa e ideológica⁴⁶. En este sentido, la sentencia versa del siguiente modo “tanto la doctrina como el derecho comparado afirman la conexión entre la libertad de conciencia y la libertad de conciencia. Para la doctrina, la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual comprende no solo el derecho a formar libremente la propia conciencia sino también obrar de un modo conforme a los imperativos de la misma.”⁴⁷

Complementando lo anterior, el tribunal subraya la importancia de lo siguiente: “pues que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento español...”⁴⁸

De este modo esta sentencia es el punto de partida que abre la puerta a que la objeción de conciencia se desligue de la vinculación estricta al ámbito militar y pase a estar relacionada con la libertad ideológica.

b) Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985

Así, cabe destacar que la primera ley del aborto que fue aprobada en España, nació el 26 de diciembre de 1936 en la Generalitat de Cataluña. En ella, no había rastro de ningún tipo de cláusula de conciencia que pudiera proteger al personal médico o paramédico que fuesen objetores de prácticas abortivas.⁴⁹. En este sentido, cabe abordar la primera redacción de la Ley de 1985, que fue aprobada el 30 de noviembre de 1983, contra la que

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1982 (18/05/1982)

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Cfr.* NAVARRO-VALLS, R., *Conflictos entre conciencia y ley*, Madrid, 2001 pp. 133-135

se presentó un recurso de inconstitucionalidad recogido en la sentencia que nos ocupa, es decir, la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional trata de concluir la inconstitucionalidad del Proyecto de Ley Orgánica por “incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución”⁵⁰. Así, el Tribunal define el *ius axiológico* del ordenamiento jurídico, defendiendo la vida, como aquel derecho del que derivan todos los demás⁵¹. En este sentido, cabe también la mención en la sentencia a la objeción de conciencia en la que, a parte de su relación con la libertad religiosa e ideológica del artículo 16 CE, su aportación básica reside en que el ejercicio de su derecho no se haya supeditado a la “*interpositio legislatoris*”⁵².

A modo de conclusión, el Tribunal menciona la objeción de conciencia y versa sobre lo siguiente “Finalmente, los recurrentes alegan que el proyecto no contiene previsión alguna sobre las consecuencias que la norma penal origina en otros ámbitos jurídicos, aludiendo en concreto a la objeción de conciencia, al procedimiento a través del cual pueda prestar el consentimiento la mujer menor de edad o sometida a tutela a la inclusión del aborto dentro del régimen de la Seguridad Social” y continua subrayando “... cabe señalar, por lo que se refiere a la objeción de conciencia que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución, y como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable especialmente en materia de derechos fundamentales”⁵³. En este sentido, esta última precisión del Tribunal Constitucional justifica la mencionada no necesidad de regulación para poder ejercer el derecho a la objeción de conciencia.

A la luz de la conclusión del Tribunal Constitucional, podemos destacar que la objeción de conciencia alberga un doble soporte constitucional. Por un lado, de la mano de la sentencia 53/1985 se interpreta la objeción de conciencia como derecho fundamental del

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 (BOE 18/05/1985)

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 (BOE 18/05/1985)

⁵² NAVARRO-VALLS, R., *Conflictos entre conciencia y ley*, Madrid, 2001 pp. 133-135

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 (BOE 18/05/1985)

ordenamiento jurídico⁵⁴, y, por otro lado, el objeto en esta sentencia que da lugar a la objeción de conciencia, es decir, la vida del nasciturus, es la piedra angular del ordenamiento constitucional.

c) Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1987

Con el fin de continuar con la evolución jurisprudencial del tratamiento de la objeción de conciencia, es importante destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1987. En este sentido, el tribunal trata de solucionar el problema de la constitucionalidad de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, que regulaba la objeción de conciencia y la prestación social sustitutoria.

En concreto, subyace la cuestión de averiguar su constitucionalidad ya que no tenía carácter de Ley Orgánica, hecho que podría ser contrario al artículo 81.1 de la Constitución Española y en particular al artículo 1.3 de la Constitución Española pues podía vulnerar la libertad ideológica hallada en el artículo 16 de la Constitución Española⁵⁵.

Así, a la luz del artículo 81.1 CE entendemos que “son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas...”. Ahora bien, el Tribunal ya se había pronunciado en la STC 76/1983 de 5 de agosto entendiendo que los derechos fundamentales y libertades públicas son los comprendidos en la Sección 1ª, capítulo II, Título I de la norma suprema, dentro de los cuales no se encuentra la objeción de conciencia⁵⁶. De este modo, la objeción de conciencia no se encontraría sujeta a la reserva de Ley Orgánica.

El Tribunal Constitucional continúa explicando que “No obsta esta conclusión a que el derecho a la objeción de conciencia suponga una concreción de la libertad ideológica (STC 15/1982) y que esta última se encuentre entre los derechos fundamentales para cuyo desarrollo es necesaria Ley Orgánica, pues sin negar esa conexión lo cierto es que el

⁵⁴ NAVARRO-VALLS, R, *Conflictos entre conciencia y ley*, Madrid, 2001 pp. 133-135

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1987 (BOE 12/11/1987)

⁵⁶ *Ibid.*

derecho a la objeción de conciencia está configurado por el constituyente como un derecho constitucional autónomo, de naturaleza excepcional, pues supone una excepción al cumplimiento de un deber general (el de prestar servicio militar obligatorio). Al ser un derecho constitucional autónomo, le es aplicable la doctrina citada del artículo 81.1 y en cuanto este remite, como se ha dicho a la Sección 1ª del capítulo II, título I de la Constitución, en que no está incluido aquel derecho, su desarrollo no requiere ley orgánica; por lo que procede desestimar las cuestiones planteadas en este punto.”⁵⁷

Sin embargo, el Tribunal continúa subrayando lo siguiente “La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea de Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto.”

Cabe precisar que, al mencionar este párrafo, el Tribunal se refería a los límites de la objeción de conciencia. También cabe destacar la importancia de la interpretación del texto en el contexto de la época pues el Tribunal no pretendía sentar doctrina general sobre el derecho a la objeción de conciencia en relación con libertad religiosa e ideológica sino abordar cuestiones surgidas a raíz del nacimiento de las primeras leyes en España que trataban la objeción de conciencia al servicio militar español (art 30.2 CE)⁵⁸. Parecer ser que en aquella época de asfixiantes debates políticos sobre el papel del ejército en la incipiente democracia española, el Tribunal Constitucional se situaba en una posición de cautela ante la posible utilización exponencial de la objeción de conciencia en el entorno del servicio militar.

d) Sentencia del Tribunal Supremo 1013/2008 (11-02-2009)

Con el fin de continuar con la evolución de la objeción de conciencia, en esta ocasión el elegido fue el Tribunal Supremo en la Sala de lo Contencioso-Administrativo el 11 de febrero de 2009. En este sentido, la sentencia subraya la necesidad de reconocer si los

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1987 (BOE 12/11/1987)

⁵⁸ Cfr. NAVARRO-VALLS, R., *Conflictos entre conciencia y ley*, Madrid, 2001 pp. 55-59

demandantes tienen un derecho o no a ejercer la objeción de conciencia frente a la asignatura de Educación para la Ciudadanía y por consiguiente si su hijo puede quedar o no eximido de cursarla⁵⁹. Así, la sentencia versa sobre “la determinación de si la materia Educación para la Ciudadanía es o no ajustada a derecho”. Y es entonces cuando “sólo en el caso de respuesta afirmativa, tendrá sentido interrogarse acerca de si existe o no un derecho a la objeción de conciencia frente a ella.”⁶⁰

En cuanto a la primera cuestión, la sentencia establece que “no sería correcto sostener que como se desprende de la sentencia impugnada, que el Estado no tenga nada que decir sobre la educación de los menores, ni quepa ninguna transmisión de valores a través del sistema educativo” todo lo cual indica que la existencia de la materia Educación para la Ciudadanía es ajustada a derecho⁶¹.

Ahora bien, en cuanto a la segunda cuestión, cabe destacar que la tesis mayoritaria se inclina por el no reconocimiento de la objeción de conciencia con carácter general pues se consideraba que en el texto constitucional vigente del momento sólo estaba prevista de manera explícita en el caso de la prestación del servicio militar y siempre que se hubiera reconocido por ley, lo que hubiera cerrado el debate planteado⁶².

Sin embargo, encontramos el voto particular que formula el Magistrado Juan José González Rivas que ilustra una completa antítesis a la sentencia del Tribunal Supremo. En este sentido, subraya la necesidad de poner de manifiesto la no confusión entre moral y derecho explicando lo siguiente “(...)los valores en que se fundamenta la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Constitución son inspiradores e interpretadores de normas jurídicas, cuyo valor positivo a esos efectos es innegable, pero también hay valores constitutivos de la formación moral de la conciencia de las personas y aquí es donde reside mi opinión el límite de la intervención estatal, pues dicha formación moral de los alumnos vulnera la libertad ideológica, intentando profundizar en aspectos que sólo afectan a los principios de la ética personal, a la conciencia moral y a la fijación de dilemas morales, que sustancialmente atentan al contenido constitucional de la libertad

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 1013/2008 (BOE 11/02/2009)

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 1013/2008 (BOE 11/02/2009)

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

de conciencia, olvidando que es un concreción de la libertad ideológica que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16”⁶³. De este modo, el magistrado Juan José González Rivas señala su posición de aceptar la objeción de conciencia bajo tal contexto educativo.

Es importante subrayar que la conclusión que sostiene es la siguiente “...frente a la tesis mayoritaria que estima cómo el artículo 27.3 de la Constitución Española no permite pedir dispensas y a la vista de la sentencia recurrida, entiendo que los padres podrían presentar en nombre de sus hijos el reconocimiento de la exención parcial a la asignatura Educación para la Ciudadanía en aquellos contenidos que se proyectan sobre aspectos morales, insertados en la privacidad y autonomía personal al objeto de obtener el correspondiente amparo para la protección de los derechos fundamentales de la personas con sujeción a normas internas..”⁶⁴(de entre las que destacan los artículos 16.1 y 3, 27.3 y el 30.2 de la Constitución) “... y las normas internacionales” (a modo de ejemplo el artículo 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Convenio de Derechos Humanos de 1950 o incluso el artículo 9.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos) “.. que faculta a los padres para oponerse a que se imparta a sus hijos unas instrucciones contrarias a sus propias creencias personales o filosóficas, vinculadas íntimamente a la libertad de conciencia y de pensamiento y como contenido del derecho a la educación en el sentido de comunicación de unas convicciones morales y filosóficas”⁶⁵.

Así, nos encontramos ante una sentencia que contribuye al desarrollo de la objeción de conciencia en el ámbito educativo y que establece una vía libre para que otras sentencias se basen en los argumentos del voto particular en caso de querer fundamentar la visión opuesta al fallo del Tribunal.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 1013/2008 (BOE 11/02/2009)

⁶⁵ *Ibid.*

e) Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015

Continuando con la evolución del concepto de la objeción de conciencia, la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015 versa sobre la cuestión de si los farmacéuticos pueden alegar su derecho a la objeción de conciencia en relación con el almacenamiento y venta de la conocida “píldora del día después”⁶⁶. En este sentido, Don Joaquín Herrera Dávila fue demandado por un cliente cuando a la hora de comprar preservativos este farmacéutico no tenía en su almacén. El recurrente manifestó a la inspección que tampoco se disponía del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg conocido como la “píldora del día después” por motivos de objeción de conciencia, hecho que se entendía inscrito en el registro de farmacéuticos de Sevilla objetores de dicha corporación profesional ⁶⁷.

De este modo, “Los hechos fueron calificados como infracción grave, tipificada en el art. 75.1 d) de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía, en relación con el art. 22.2 d) de la misma Ley y el art. 2 y anexo del Decreto 104/2001, de 30 de abril, por el que se regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia, y sancionados con multa de 3.300 euros.”⁶⁸. Como consecuencia a todo ello, Don Joaquín Herrera Dávila impugnó la sanción impuesta por la Junta de Andalucía en un primer momento en vía administrativa y más tarde en vía judicial. Así, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Sevilla número 13 desestimó el recurso el 2 de noviembre de 2011 y el recurrente interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En el recurso de amparo, el demandante sostiene que se ha vulnerado su derecho a la objeción de conciencia íntimamente relacionado con el artículo 16.1 CE pues este se entiende como manifestación de la libertad ideológica y religiosa. La vulneración sostiene la creencia de que las pastillas son abortivas y prohíbe la anidación en el útero materno. Cabe destacar que la fundamentación de sus alegaciones se apoya en el planteamiento de

⁶⁶ NAVARRO-MICHEL, M., *¿Objeción de conciencia de los farmacéuticos? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015, de 25 de junio*, Rev. Bio y DERE. 2015; 35, pp 132-138

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015 (BOE 31/07/2015)

⁶⁸ *Ibid.*

las “STC 1/1982, de 23 de abril, y STC 53/1985, de 11 de abril, así como la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2005⁶⁹” y “se añade en la demanda que el derecho a la objeción de conciencia está expresamente reconocido en el art. 8.5 de los Estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla, así como en los arts. 28 y 33 del Código de Ética Farmacéutica y Deontología de la profesión farmacéutica”⁷⁰. De este modo, Don Joaquín Herrera Dávila “profesante de un profundo respeto ante la vida” se sitúa en un escenario difícil en el que se le plantea por un lado “o bien actuar fuera de la legalidad (incumpliendo las existencias mínimas en farmacias) al hacer uso de su derecho a la objeción de conciencia, asumiendo el riesgo de ser sancionado por ello, o bien actuar en contra de su conciencia, traicionando sus más arraigadas creencias, al dispensar en razón de su profesión unos productos que considera inmorales”⁷¹.

En palabras del Tribunal Constitucional parece ser la primera vez que se enfrenta a un juicio de ponderación de intereses entre: por un lado, el ejercicio de la objeción de conciencia entendida como la clara manifestación del derecho a la libertad ideológica (art 16 CE) y por otro lado la obligación de la normativa especial que impone la obligación mínima de existencias de medicamentos.

En este sentido, la argumentación del Tribunal Constitucional se centra en establecer un paralelismo entre la objeción de conciencia de los farmacéuticos y aquella que se estableció en la práctica de abortos por parte de los médicos en la STC 53/1985 donde se relaciona íntimamente la objeción de conciencia y la libertad ideológica y religiosa (art 16 CE) y por tanto la Constitución es directamente aplicable especialmente en materia de derechos fundamentales⁷². Cabe destacar que el Tribunal subraya que, aunque existen diferencias entre el aborto y la dispensación de la “píldora del día después” el conflicto de base es el mismo y por tanto en ambos casos se produce un enfrentamiento con la concepción del demandante sobre el derecho a la vida⁷³. Así lo expresa el Tribunal Constitucional con las siguientes palabras:

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015 (BOE 31/07/2015)

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

⁷² NAVARRO-MICHEL, M., *¿Objeción de conciencia de los farmacéuticos? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015, de 25 de junio*, Rev. Bio y DERE. 2015; 35, pp 132-138

⁷³ *Ibid.*

“En consecuencia, sin desconocer las diferencias de índole cuantitativa y cualitativa existentes entre la participación de los médicos en la interrupción voluntaria del embarazo y la dispensación, por parte de un farmacéutico, del medicamento anteriormente mencionado, cabe concluir que, dentro de los parámetros indicados, la base conflictual que late en ambos supuestos se anuda a una misma finalidad, toda vez que en este caso se plantea asimismo una colisión con la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida. Además, la actuación de este último, en su condición de expendedor autorizado de la referida sustancia, resulta particularmente relevante desde la perspectiva enunciada. En suma, pues, hemos de colegir que los aspectos determinantes del singular reconocimiento de la objeción de conciencia que fijamos en la STC 53/1985 también concurren, en los términos indicados, cuando la referida objeción se proyecta sobre el deber de dispensación de la denominada «píldora del día después» por parte de los farmacéuticos, en base a las consideraciones expuestas.”⁷⁴

Ahora bien, si nos centramos en la alegación de la obligación de farmacéuticos de dispensar determinados medicamentos con el derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva cabe precisar que la sanción administrativa no se basa en no vender el medicamento en concreto sino en el mínimo obligatorio de existencias que se requiere reglamentariamente ⁷⁵. Por otro lado, es importante destacar que, en cuanto al derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva, la no dispensación de la “píldora del día después” del farmacéutico no suponía un obstáculo pues la farmacia se hallaba en el centro urbano de la ciudad de Sevilla”⁷⁶ y la mujer disponía de más farmacias a su alrededor para poder adquirir el medicamento.

A la luz del artículo 8.5 de los Estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla observamos la mención a la objeción de conciencia y entendemos que “El colegiado al que se le impidiese o perturbase el ejercicio de este derecho conforme a los postulados de la ética y deontología profesionales se le amparará por el Colegio ante las instancias correspondientes”⁷⁷. Cabe subrayar que nos hallamos ante el reconocimiento del derecho

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015 (BOE 31/07/2015)

⁷⁵ Cfr. NAVARRO-MICHEL, M., *¿Objeción de conciencia de los farmacéuticos? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015, de 25 de junio*, Rev. Bio y DERE. 2015; 35, pp 132-138

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015 (BOE 31/07/2015)

⁷⁷ Estatuto del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía

15/08/2014)

a la objeción de conciencia como un derecho básico de los farmacéuticos fundamentado también en el Código de Ética Farmacéutica y Deontología de la profesión farmacéutica en los artículos 28 y 33⁷⁸.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional otorga el amparo al demandante no en cuanto a la dispensación de preservativos pues “no existe ningún conflicto de conciencia con relación al supuesto”⁷⁹ sino en cuanto a la falta de existencias mínimas de la “píldora del día después”⁸⁰. En este sentido, a raíz de esta sentencia se entiende que los farmacéuticos pueden alegar su objeción de conciencia en cuanto a pastillas que puedan considerarse abortivas. De este modo, dejamos atrás en esta óptica la situación de conflicto entre, obedecer a la ley jurídica del mínimo de existencias obligado en farmacias, o a la ley moral regida por la ética y la conciencia. Y es que parece ser que en algunos casos la balanza pesa más hacia la ley ética donde la objeción de conciencia juega un papel crucial.

⁷⁸ Código de ética y deontología de la profesión farmacéutica (Asamblea General de Colegios Oficiales Farmacéuticos 07/03/2018)

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015 (BOE 31/07/2015)

⁸⁰ NAVARRO-MICHEL, M., *¿Objeción de conciencia de los farmacéuticos? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015, de 25 de junio*, Rev. Bio y DERE. 2015; 35, pp 132-138

CAPÍTULO III: VINCULACION CON LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA POSITIVA

3. PLANTEAMIENTO DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA POSITIVA

En este sentido, dentro del concepto de objeción de conciencia nos centraremos en el ámbito sanitario pues el origen que da cabida al nacimiento de la objeción de conciencia positiva es el Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril. Parece ser que la objeción de conciencia sanitaria clásica es una objeción de conciencia negativa referida a mandatos y deberes jurídicos de hacer. De este modo, el profesional se niega a realizar una acción impuesta por la norma ⁸¹. Es importante entender que, tras haber comprendido la evolución jurisprudencial y conceptual de la objeción de conciencia negativa, llega el momento de plantearse si cabe cuestionarse la existencia de la objeción de conciencia positiva. Así, comenzaremos el desarrollo con una introducción del Real Decreto-Ley 16/2012, su ilustración en la STC 139/2016, pasando por la explicación del sistema sanitario actual con la libertad de actuación del médico, para finalizar con el concepto de objeción de conciencia positiva y sus diferencias con la objeción de conciencia negativa.

3.1 Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril.

De la mano del Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 abril se estudia el tema que versa sobre las medidas urgentes necesarias para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Este Real Decreto-Ley se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 24 de abril de 2012 con el fin de afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud y así dotarlo de solvencia y viabilidad con el fin de reforzar medidas de cohesión para hacerlo más sostenible en el tiempo ⁸². De entre sus objetivos destaca la reducción de 7.000 millones de euros debido a la crisis económica de entonces. Dos de las cuestiones más relevantes del citado Real Decreto-Ley versan sobre el conflicto del “turismo sanitario” así como la asistencia sanitaria a inmigrantes ilegales.

⁸¹ Cfr. SEOANE, J.A, *Objeción de conciencia positiva*, Revista de Bioética y Derecho núm. 32, septiembre 2014, pp. 34-45

⁸² Colegios de Enfermería de Alicante, Castellón y Valencia, *Análisis del Real Decreto-ley 16/2012*, pp. 5-11

En cuanto a la primera cuestión de poner fin al conocido “turismo sanitario”, este se desarrolla en un contexto en el que se frecuentaba la circulación de ciudadanos de países de la Unión Europea a nuestro Estado para recibir tratamientos médicos que no disfrutaban en sus países de origen ⁸³. En este sentido, de la mano de la Disposición Final Quinta que contiene la Modificación del Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, se les exige que posean “recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado español durante su período de residencia”⁸⁴.

En cuanto a la segunda cuestión, uno de los elementos más característicos que entendemos a partir de este Real Decreto es que la atención a un paciente o usuario inmigrante en situación irregular está prohibida. De este modo, el artículo 3 del Real Decreto-Ley 16/2012 establece una nueva clasificación del concepto de “asegurado” versando del siguiente modo:

“De la condición de asegurado:

1. La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizarán a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado⁸⁵.
2. A estos efectos, tendrán la condición de asegurado aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:
 - a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta ⁸⁶.
 - b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social ⁸⁷.
 - c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo⁸⁸.

⁸³ Colegios de Enfermería de Alicante, Castellón y Valencia, *Análisis del Real Decreto-ley 16/2012*, pp. 5-11

⁸⁴ Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE 24/04/2012)

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*

d) Haber agotado prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título. ⁸⁹”

Tras la lectura de este artículo podemos observar que los inmigrantes sin papeles quedan fuera de los supuestos que dan lugar a la condición de asegurado ⁹⁰.

Sin embargo, se añade un nuevo artículo 3 ter que versa sobre la asistencia sanitaria en situaciones especiales donde se subraya que “Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) De urgencia o enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica. B) De asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.” ⁹¹. En este sentido, el planteamiento que subyace es que los inmigrantes irregulares dejarán de ser beneficiarios de la tarjeta sanitaria a partir del 1 de septiembre de 2012 pudiendo solo beneficiarse de asistencia sanitaria en caso de enfermedad grave o accidente a partir de esa fecha con las excepciones en caso de embarazo y menores de edad ⁹².

Ante las nuevas medidas legislativas varias fueron las Comunidades Autónomas que llevaron a cabo la aprobación de diferentes medidas legales para dejar sin efecto a esta limitación en el ámbito de su competencia sanitaria lo que conllevó a que no fuera necesario plantear la objeción de conciencia positiva para defender su expresión de libertad de conciencia. De todos modos, la cuestión ha sido planteada en varias Comunidades Autónomas donde se conllevó la posibilidad de presentación de recursos de inconstitucionalidad en contra de esta medida legislativa.

⁸⁹ Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE 24/04/2012)

⁹⁰ MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Objeción de Conciencia Positiva; en particular, sobre el conflicto planteado al amparo del Real Decreto-Ley 16/2012* Universidad Pontificia de Comillas Vol 26 núm 2 2016, pp. 9-10.

⁹¹ Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE 24/04/2012)

⁹² Colegios de Enfermería de Alicante, Castellón y Valencia, *Análisis del Real Decreto-ley 16/2012*, pp. 5-11

3.2 Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016

Múltiples son las sentencias que versan sobre el desacuerdo con el Real Decreto 16/2012. En este sentido, nos encontramos ante una de ellas, en concreto la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016. En ella, el Parlamento de Navarra presentó un recurso de inconstitucionalidad contra el citado Real Decreto-Ley donde reclama el derecho a la protección de la salud y acceso a la asistencia sanitaria, así como la necesidad de fijar los límites y uso del Real Decreto-Ley 16/2012 como herramienta legislativa⁹³. De este modo, el derecho a la protección de la salud viene determinado de la mano del artículo 15 y 43 de la Constitución Española, el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Culturales y Sociales así como del artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Parece ser que ante este régimen de acceso a la asistencia sanitaria se contraponen la sostenibilidad del sistema nacional de salud. Ante tal conflicto el Parlamento de Navarra alega que la modificación del régimen de los extranjeros es contraria a la universalización. Sin embargo, el abogado del estado basa la justificación de la modificación y la diferencia de trato entre extranjeros y nacionales en el artículo 13 CE y no contrario al 10 CE⁹⁴. En cuanto al fallo del Tribunal Constitucional este alega que el Real Decreto-Ley 16/2012 no es arbitrario y lo justifica en la preservación de bienes e intereses protegidos en la Constitución buscando el mantenimiento del sistema público de sanidad ante una situación de crisis⁹⁵.

3.3 El papel del sistema sanitario actual

Dejando de lado la relación bilateral entre médico y paciente que existía anteriormente, hoy en día la relación médica ha pasado a quedar formada por tres partes, por un lado, el médico con su libertad de actuación, así como el paciente con su autonomía y por último el sistema sanitario actual que interviene con el objetivo de preservar el interés general.

Así, entendemos que la autonomía del paciente es uno de los límites que crean barreras ante la decisión del médico pues este último no puede imponerse sobre la voluntad del

⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016 (BOE 15/08/2016)

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

paciente ⁹⁶. Y es que además de la autonomía del paciente, el sistema público de salud se alza como un límite a la autonomía del médico. Ahora bien, si cada día los recursos son más limitados, y el médico tiene que participar activamente en la distribución de recursos públicos, lo importante es saber si realmente estos recursos reducidos afectan a la profesión del médico o incluso si conlleva a que esta pierda la eficacia en su servicio al paciente ⁹⁷.

Podemos entender que la libertad de actuación del médico se halla dentro del marco de un sistema público de protección de la salud. En este sentido, relacionamos un derecho y un deber; es decir encontramos por un lado aquel derecho que defiende la libertad de la profesión (art 35CE) y por otro lado el deber de los poderes públicos de mantener un sistema público de salud (art 43.2 CE) ⁹⁸.

3.4 La libertad de actuación médica.

En este sentido, cabe explicar la libertad de actuación médica pues es un elemento en la relación médico paciente que destaca en la sociedad actual. Entendida como una de las garantías del médico en el ejercicio de su profesión, podemos destacar que el fundamento de esta libertad reside en la garantía de la prestación de un mejor servicio al paciente. De este modo, se presume que aquel que es libre en sus decisiones de acuerdo a su criterio técnico científico independiente de toda influencia externa, logra con mayor facilidad el hecho de prestar un mejor servicio al cliente ⁹⁹. En este sentido, la manifestación de esta libertad de actuación médica se expresa con la “aptitud del médico para elegir aquel tratamiento que, conforme a su leal saber y entender, considera más idóneo y eficaz para el paciente” ¹⁰⁰. Es importante destacar que esta autonomía pone un límite a la interferencia de terceras personas en la toma de decisiones del personal profesional en aras a velar por el mejor interés del paciente.

⁹⁶ Cfr. MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Libertad Profesional del Médico en el nuevo contexto de la relación clínica: su delimitación desde una perspectiva constitucional* Derecho Privado y Constitución 31, 2017 pp. 24-25.

⁹⁷ Cfr. *Ibid.* pp. 27-28.

⁹⁸ Cfr. *Ibid.* pp. 29-30.

⁹⁹ Cfr. MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Objeción de Conciencia Positiva; en particular, sobre el conflicto planteado al amparo del Real Decreto-Ley 16/2012* Universidad Pontificia de Comillas Vol 26 núm 2 2016, pp .10-15

¹⁰⁰ *Ibid.*

A la luz del artículo 35 de la Constitución Española entendemos que “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.”¹⁰¹. De este modo, este artículo supone la protección de la libertad de elección de profesión u oficio, así como la posibilidad de ejercerla en libertad, es decir, sin más límites que los previstos en el ordenamiento jurídico¹⁰².

Si continuamos leyendo la Constitución Española podemos observar que el siguiente artículo 36 versa del siguiente modo: “La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos¹⁰³”. En este sentido, entendemos que la ley regulará todas las particularidades que sean propias del ejercicio de las profesiones tituladas y por ello nos hallamos ante una reserva de ley recogida por nuestro ordenamiento jurídico ¹⁰⁴.

Por otro lado, la libertad médica queda fundamentada también de la mano de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el artículo 15.1 en el que se subraya que “Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada” ¹⁰⁵. Así, una de las expresiones de dicha libertad médica es la objeción de conciencia, por lo tanto, a partir de ahora nos centraremos en su modalidad positiva.

¹⁰¹ Constitución Española, artículo 35, (BOE núm. 311 de 29 /12/1978)

¹⁰² Cfr. MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Objeción de Conciencia Positiva; en particular, sobre el conflicto planteado al amparo del Real Decreto-Ley 16/2012* Universidad Pontificia de Comillas Vol 26 núm 2 2016, pp .10-15

¹⁰³ Constitución Española, artículo 36, (BOE núm. 311 de 29 /12/1978)

¹⁰⁴ Cfr. MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Objeción de Conciencia Positiva; en particular, sobre el conflicto planteado al amparo del Real Decreto-Ley 16/2012* Universidad Pontificia de Comillas Vol 26 núm 2 2016, pp .10-15

¹⁰⁵ Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea Artículo 15.1 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas 18/12/2000)

3.5 Qué es la objeción de conciencia positiva.

En este sentido, ante este panorama legislativo uno se plantea si cabe la posibilidad de que el personal sanitario pueda ejercer su derecho a la objeción de conciencia no negándose a actuar en función de lo que la ley le permite, sino más bien actuando cuando la ley lo prohíbe. Cabe por tanto aproximarnos a la definición de objeción de conciencia positiva. De este modo, así como en las reivindicaciones de conciencia negativa el profesional sanitario apela a su conciencia para negarse a realizar una intervención o a proporcionar un tratamiento que estén profesional y jurídicamente permitidos, las reivindicaciones de conciencia positiva comprenden aquellas situaciones en las que el profesional argumenta que su conciencia le obliga a proporcionar asistencia o tratamientos profesionalmente permitidos pero prohibidos por ley ¹⁰⁶.

Ante este supuesto, encontramos dos modalidades de objeción de conciencia positiva. Por un lado, la facultad, entendida como permiso, derecho o libertad del individuo receptor del deber jurídico negativo (como la obligación de no prestar un servicio) que no contribuye a observar el deber y debido a su conciencia realiza la conducta prohibida ¹⁰⁷. Por otro lado, encontramos el poder, entendido como capacidad, autorización, o habilitación del individuo que recibe una norma general de inhabilitación (negativa de capacidad de completar algunos actos jurídicos) de realizar de manera válida los actos jurídicos excluidos por motivos de conciencia ¹⁰⁸.

En este sentido entendemos que la objeción de conciencia positiva destaca por la pretensión de eximirse de la norma llevando a cabo, por motivos de conciencia, una conducta positiva prohibida ¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Cfr. SEOANE, J.A, *Objeción de conciencia positiva*, Revista de Bioética y Derecho núm. 32, septiembre 2014, pp. 34-45

¹⁰⁷ Cfr. *Ibid.*

¹⁰⁸ Cfr. *Ibid.*

¹⁰⁹ Cfr. MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Objeción de Conciencia Positiva; en particular, sobre el conflicto planteado al amparo del Real Decreto-Ley 16/2012* Universidad Pontificia de Comillas Vol 26 núm 2 2016, pp .17

3.6 Diferencias objeción positiva y negativa.

En este sentido, pasaremos a enunciar las diferencias entre la objeción de conciencia positiva y la objeción de conciencia negativa.

Entendiendo que la objeción de conciencia negativa protege al objetor que por razones morales no realiza una acción que la ley le permite, la objeción de conciencia positiva protegería en este caso al objetor que por razones morales realiza una acción que la ley le prohíbe.

En primer lugar, versaremos sobre el deber jurídico que se opone a la objeción de conciencia. De este modo, nacida en primer lugar, la objeción de conciencia negativa se refiere a mandatos o deberes jurídicos de hacer, es decir, el objetor trata de obtener una abstención en la realización de una acción que ordena la norma jurídica ¹¹⁰. Sin embargo, si nos referimos a la objeción de conciencia positiva, esta se relaciona con deberes jurídicos de no hacer y más concretamente con prohibiciones en las que el individuo profesional trata de obtener la abstención de no realizar aquello que la norma le exige con el fin de actuar de manera en la que preste asistencia sanitaria.

En segundo lugar, si nos referimos a la calificación deóntica de la norma, podemos entender que la objeción conciencia negativa no tiene como fin alterar la calificación deóntica de la norma, sino que en el caso concreto el individuo quede exento de su cumplimiento ¹¹¹. Ahora bien, en cuanto a la objeción de conciencia positiva existen discrepancias pues se suele argumentar que la objeción conciencia positiva si que pretende cambiar y transformar un mandato de no hacer en un mandato de hacer, pero todo depende de la visión de cada autor.

En tercer lugar, si nos centramos en el objeto del derecho entendido como los valores y los bienes protegidos, tanto la objeción de conciencia negativa como la positiva, se alzan como protectoras de la conciencia del individuo profesional y se relacionan con el artículo 16 de la Constitución Española. Cabe destacar que no sólo se protegen de forma directa

¹¹⁰ Cfr. SEOANE, J.A, *Objeción de conciencia positiva*, Revista de Bioética y Derecho núm. 32, septiembre 2014, pp. 34-45

¹¹¹ Cfr. *Ibid.*

los derechos del objetor, sino que de forma indirecta se protegen los derechos de terceros como puede ser el *prius axiológico* de los derechos del ordenamiento jurídico, es decir el derecho a la vida fundamentado en el artículo 15 de la Constitución Española. Otro derecho íntimamente relacionado con este último es el derecho a la integridad física y moral, así como el derecho a la salud que llega de la mano del artículo 45 de la norma suprema referida a la salud tanto del individuo concreto como de la colectividad¹¹².

Ahora bien, tras haber enunciado las diferencias esenciales entre la objeción de conciencia positiva y negativa, es esencial volver a subrayar nuestra pregunta de investigación: ¿cabría admitir que el objetor no solo por motivos de conciencia se abstenga a llevar a cabo una conducta que la ley le impone, sino que, de manera opuesta, lleve a cabo una conducta que el ordenamiento le prohíbe? A continuación, extraeremos argumentos para ello.

¹¹² Cfr. SEOANE, J.A., *Objeción de conciencia positiva*, Revista de Bioética y Derecho núm. 32, septiembre 2014, pp. 34-45

CONCLUSIÓN

Podríamos empezar subrayando que no parece existir razón para no admitir la objeción de conciencia positiva referida a otro tipo de deber jurídico pues no parece haber ninguna exigencia conceptual o ética de que la objeción de conciencia haya de estar siempre respaldada por una omisión ¹¹³.

De este modo, se entiende que el interés y el objetivo de la objeción de conciencia positiva no es transformar la calificación deóntica de la norma pues no tiene como fin la mutación de un mandato para no llevar a cabo una prestación sanitaria obligatoria, sino que pretende en el caso concreto que el individuo profesional quede exento del cumplimiento de su deber de no hacer. Por lo tanto, entenderíamos que lo único que pretende el profesional objetor es que no se aplique la norma en esa ocasión determinada. Cabe señalar que la intención contraria sería la conducta propia de la desobediencia civil ¹¹⁴.

Es importante entender que la sociedad en la que actualmente vivimos es conocedora de la relación médico paciente en la que se incluye un elemento más de observación, el sistema de sanidad pública. Así, encontramos varios derechos relacionados que comprenden, la libertad de actuación del médico (art 35 CE) que conecta íntimamente con la preservación de la vida (art 15 CE) y la protección del derecho a la salud (art 43.1 CE) sin olvidar el artículo 43.2 CE con el que los poderes públicos “organizan y tutelan la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto” ¹¹⁵.

Cabe entender que la Constitución Española proclama un mínimo o núcleo esencial de los derechos que ha de conservarse, es decir unos rasgos mínimos que caracterizan y singularizan al derecho y lo hacen reconocible ¹¹⁶. ¿Hasta dónde llegaría el límite de los

¹¹³ Cfr. SEOANE, J.A, *Objeción de conciencia positiva*, Revista de Bioética y Derecho núm. 32, septiembre 2014, pp. 34-45

¹¹⁴ Cfr. *Ibid.*

¹¹⁵ Constitución Española, artículo 43.2 (BOE núm. 311 29/12/ 1978)

¹¹⁶ Cfr. MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Libertad Profesional del Médico en el nuevo contexto de la relación clínica: su delimitación desde una perspectiva constitucional* Derecho Privado y Constitución 31, 2017 pp. 30-31

poderes públicos de la libertad de actuación médica con aras a garantizar el sistema público de salud? Es importante subrayar que la libertad médica es instrumental en la medida en que es garante de la calidad de la asistencia de los pacientes y por ello incide directamente sobre su derecho a la vida e integridad física y psíquica ¹¹⁷. Por todo ello, deberíamos permitir al médico un poder de resistencia frente a la decisión del poder público sanitario cuando cualquier tipo de decisión incida de manera directa en la salud o integridad de los pacientes ¹¹⁸.

En este sentido, es importante destacar lo enunciado por el Tribunal Constitucional en el Auto del 12 de diciembre de 2012 en el que destaca la necesidad de realizar un juicio de ponderación en estos casos entre el derecho a la vida y la integridad física y moral, derechos que se hayan integrados a su vez por el derecho subjetivo individual a la salud personal ¹¹⁹. Cabe añadir la importancia de la gestión del soporte económico de la sanidad con el que se lleve a cabo su consecución sin perjuicio por tanto del deber de los poderes públicos de garantizar a todos los ciudadanos la protección de la salud. De este modo, el Tribunal Constitucional explica que “(...) si además del mandato constitucional, se tiene en cuenta, como ya lo ha hecho este Tribunal, la vinculación entre el principio rector del Art. 43 y el Art. 15 de nuestra Carta Magna —que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral en el sentido de lo reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos—, resulta evidente que los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles [...] poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado¹²⁰”. Y aunque se argumente que ese ahorro económico se halla dentro de un interés general, ¿cómo podríamos comparar ese derecho a la vida y a la protección de la salud con un argumento utilitario que se basa en el ahorro y la prioridad de los recursos, ¿dónde han quedado nuestros derechos humanos?

¹¹⁷ Cfr. MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Libertad Profesional del Médico en el nuevo contexto de la relación clínica: su delimitación desde una perspectiva constitucional* Derecho Privado y Constitución 31, 2017 pp. 30-31

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.* pp. 31-32

¹²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 239/2012 (BOE 12/12/2012)

De este modo, el Tribunal Constitucional lo afirmó en su Sentencia 145/2015 que versaba sobre la objeción de conciencia negativa en cuanto a la dispensación de la “píldora del día después” fundamentada en la preservación del derecho a la vida (artículo 15 CE). En este sentido, podríamos del mismo modo admitir que la objeción de conciencia positiva y su objetivo de dar asistencia sanitaria a un inmigrante ilegal se fundamenta en la preservación de la vida y en la defensa de la misma como el derecho del que todos los demás nacen. Con este argumento se podría defender que en estos casos el reconocimiento de la objeción de conciencia es evidente cuando el fundamento que subyace es el derecho a la vida del ser humano. Ello no conlleva a que la excepción de “en casos de urgente necesidad” sea suficiente para proteger la vida del inmigrante ilegal. Ahora bien, ¿qué se entiende por casos de “urgencia o enfermedad grave o accidente”¹²¹? ¿cuál es la interpretación que podríamos dotar a esta expresión y hasta dónde llega la asistencia en caso de urgencia?

En este sentido, es importante destacar que el hecho de limitar la asistencia sanitaria a determinados colectivos vulnerables por sus condiciones socio económicas y socio sanitarias incluye y puede causar perjuicios individuales en la salud de los directamente afectados, así como perjuicios generales asociados a la salud pública como puede ser el caso de enfermedades contagiosas como es el actual COVID-19 o “Coronavirus”. ¿No podría un personal sanitario atender a un inmigrante ilegal de unos 20 años (edad no incluida en la excepción de asistencia sanitaria) que padece el COVID-19 hasta que este no se halle en situación de extrema “gravedad”? ¿y si sus posibilidades de sobrevivir fuesen mayores con una asistencia inmediata? ¿tampoco cabría fundamentar la existencia de la objeción de conciencia positiva del médico?

Nos hallamos ante un conflicto entre el valor de la vida y el valor económico. Podríamos entender que los beneficios que aporta la salud superan de manera exponencial el perjuicio económico al que nos enfrentaríamos. ¿De verdad primaríamos el uso de bienes y recursos del Estado ante el prius axiológico del ordenamiento jurídico? Recordemos que, si no hay vida, el resto de los derechos fundamentales no tienen sentido. De este

¹²¹ Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE 24/04/2012)

modo, concluimos que, a nuestro parecer, tanto la objeción de conciencia positiva como la objeción de conciencia negativa son íntegramente merecedoras de protección.

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

Legislación

- 42 United States Code § 1983. The Civil Rights Act
- 42 United States Code § 2000e.
- Estatuto del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía 15/08/2014)
- Código de ética y deontología de la profesión farmacéutica (Asamblea General de Colegios Oficiales Farmacéuticos 07/03/2018)
- Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE 24/04/2012)
- Constitución Española (BOE núm. 311 29/12/ 1978)
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Diario Oficial de las Comunidades Europeas 18/12/2000)
- Código de Deontología Médica (Organización Médica Colegial, 2011)

Jurisprudencia

- Tramm v. Porter Memorial Hospital, No. H 87-355 (United States District Court. Indiana, Hammond Division 22/12/1989)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1982 (18/05/1982)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 (BOE 18/05/1985)

- Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1987 (BOE 12/11/1987)
- Sentencia del Tribunal Supremo 1013/2008 (BOE 11/02/2009)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015 (BOE 31/07/2015)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016 (BOE 15/08/2016)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 239/2012 (BOE 12/12/2012)

Obras doctrinales consultadas

- DESANTES GUANTER, J.M; NIETO, A.; URABAYEN, M., *La cláusula de conciencia*, EUNSA, Pamplona, 1978.
- GARZÓN VALDÉS, E., *Acerca de la desobediencia civil*, Sistema n. 42, Madrid, 1981 pp. 79-92
- MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Libertad Profesional del Médico en el nuevo contexto de la relacion clínica: su delimitación desde una perspectiva constitucional* Derecho Privado y Constitución 31, 2017 pp. 24-31.
- MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Objeción de Conciencia Positiva; en particular, sobre el conflicto planteado al amparo del Real Decreto-Ley 16/2012* Universidad Pontificia de Comillas Vol 26 núm 2 2016, pp .9-17.
- NAVARRO-MICHEL, M., *¿Objeción de conciencia de los farmacéuticos? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015, de 25 de junio*, Rev. Bio y DERE. 2015; 35, pp. 132-138

- NAVARRO-VALLS, R., *Conflictos entre conciencia y ley*, Madrid, 2001 pp.30-55; 119-135.
- SEOANE, J.A., *Nuevas formas de objeción de conciencia sanitaria*, Coruña, 2015 pp.4

Otras fuentes

- Opinión del Comité de Bioética de España sobre la objeción de conciencia en sanidad, Madrid, 2011, pp.3 (Disponible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/La%20objecion%20de%20conciencia%20en%20sanidad.pdf> ; última consulta: 25/03/2020)
- Clínica de la Universidad de Navarra, *Diccionario Médico* (Disponible en: <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/objecion-ciencia> ; última consulta: 25/03/2020)
- Colegios de Enfermería de Alicante, Castellón y Valencia, *Análisis del Real Decreto-ley 16/2012*, pp. 5-11