

OBJECIÓN DE CONCIENCIA POSITIVA; EN PARTICULAR, SOBRE EL CONFLICTO PLANTEADO AL AMPARO DEL REAL DECRETO-LEY 16/2012

Federico de Montalvo Jääskeläinen

Profesor propio adjunto D.º Constitucional, UPComillas (ICADE)

Vicepresidente Comité de Bioética de España

Miembro del International Bioethics Committee (IBC) UNESCO

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA MÉDICA, EN GENERAL; 3. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA POSITIVA, EN PARTICULAR.

RESUMEN

La aprobación del polémico Real Decreto-ley 16/2012 y la limitación al acceso a las prestaciones que respecto de los inmigrantes ilegales dicha norma supuso dio lugar a una nueva modalidad de objeción de conciencia inédita en nuestro sistema social: la objeción de conciencia positiva. Así, diferentes facultativos expresaron su negativa, al amparo de su libertad de conciencia, a cumplir con la prohibición de dar asistencia sanitaria gratuita a los citados inmigrantes, fuera de los casos previstos por la norma como garantía del contenido esencial del derecho a la salud.

En nuestro trabajo sostenemos que pese a que, con carácter general, no hay, al amparo de la doctrina sobre la objeción de conciencia del Tribunal Constitucional, ningún obstáculo para admitir dicha modalidad de objeción, sí consideramos que por las circunstancias que concurren en el caso específico planteado al amparo del Real Decreto-ley 16/2012 no cabe admitir la misma.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la salud, libertad de conciencia, objeción de conciencia, libertad médica.

1. INTRODUCCIÓN

La aprobación del Real Decreto-ley 16/2012 ha generado como es de general conocimiento una amplia polémica, sobre todo, en lo que se refiere a la limitación del acceso a las prestaciones sanitarias por parte de los inmigrantes sin papeles. Dicha norma, cuya constitucionalidad ha validado recientemente el Tribunal Constitucional en Sentencia de 21 de julio de 2016, viene a modificar el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, quedando redactado en los siguientes términos:

“Artículo 3. De la condición de asegurado.

1. La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado.

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.

b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.

c) Ser receptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.

d) Haber agotado la 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.”

Así pues, como puede verse, los inmigrantes sin papeles quedan fuera de los supuestos que dan lugar a adquirir la condición de asegurado, estableciendo el siguiente apartado 3 que “3. En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente.” Ello acaba por completarse con lo dispuesto en el siguiente apartado 5 que supone una mención tácita a los emigrantes sin papeles: “5. Aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial.” Por tanto, los emigrantes sin papeles pierden la condición de asegurados pudiendo a partir de ahora acceder a las prestaciones sanitarias a cambio del pago de una contraprestación o cuota.

Pues bien, en el marco de la polémica generada por tal reforma legislativa, algunos profesionales sanitarios manifestaron su pretensión de ejercer la objeción de conciencia, negándose a cumplir con la prohibición contenida en la norma. Surge así un nuevo debate acerca de la posibilidad de admitir la objeción de conciencia en sentido positivo y no negativo como habitualmente ha sido aceptada por nuestra jurisprudencia, es decir, la posibilidad de que la objeción se exprese en forma de acción y no meramente de omisión como tradicionalmente venía ocurriendo ¿Puede el objetor, no ya abstenerse por razones morales

a llevar a cabo la conducta que le viene impuesta por el ordenamiento jurídico, sino, al contrario, llevar a cabo la que dicho ordenamiento le prohíbe?

Este debate no ha sido resuelto en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Real Decreto-ley 16/2012, dado que no ha sido tal discusión objeto del recurso de inconstitucionalidad planteado frente a aquella norma, y ello pese a que tal nueva modalidad de objeción surge precisamente con ocasión de la respuesta de varios colectivos profesionales y sociales a la limitación a la asistencia sanitaria a los inmigrantes sin papeles que se recogía en la norma. En todo caso, también es cierto que el impacto efectivo del conflicto quedó muy diluido dado que varias Comunidades Autónomas aprobaron diferentes medidas legales para dejar sin efecto en su ámbito de competencia sanitaria tal limitación, lo que hizo innecesario que los profesionales tuvieran que recurrir en expresión de su libertad de conciencia a dicha objeción positiva. En todo caso, el conflicto sí ha sido abordado por nuestra doctrina científica dado su carácter novedoso en la medida que la objeción de conciencia se había siempre planteado en relación con la abstención u omisión frente a un deber legal de hacer y no frente a un deber legal de no hacer o no dar.

2. SOBRE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA MÉDICA, EN GENERAL

La libertad de actuación médica constituye una de las principales garantías del médico en el ejercicio de su profesión. El fundamento de esta libertad de actuación profesional no es otro que garantizar la prestación de un mejor servicio al cliente que se presume que se ha de lograr con mayor facilidad por quien es libre para decidir de acuerdo con su propio criterio técnico-científico, exento de toda presión externa. Tal libertad ha sido definida en el ámbito de la asistencia sanitaria como la aptitud del médico para elegir aquel tratamiento que, conforme a su leal saber y entender, considera más idóneo y eficaz para el paciente¹.

La libertad de actuación profesional es consustancial al propio concepto de profesión, pudiendo afirmarse que constituye un atributo que la define. Así, la Exposición de Motivos de la 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones

1 VILLAR ROJAS, F.J., “Medidas de racionalización; libertad de prescripción”, *Derecho y Salud*, vol. 5, núm. 2, año 1997, p. 109.

sanitarias, afirma que “El concepto de profesión es un concepto elusivo que ha sido desarrollado desde la sociología en función de una serie de atributos como formación superior, autonomía y capacidad auto-organizativa, código deontológico y espíritu de servicio, que se dan en mayor o menor medida en los diferentes grupos ocupacionales que se reconocen como profesiones”.

Se trata, por tanto, no sólo de un garantía consustancial al ejercicio de la profesión, sino de un elemento que integra el propio concepto de profesional. Tal autonomía impide que terceros ajenos a la relación profesional influyan o intervengan en la toma de decisión por parte del profesional que ha de responder al mejor interés del cliente. Como tal libertad encuentra como principal destinatario al propio Estado que no sólo debe promover las condiciones necesarias para que dicha libertad quede garantizada sino que además debe abstenerse de interferir en el ámbito de decisión del profesional.

Normativamente, dicha libertad se consagra en el artículo 35 de la Constitución que proclama la libertad de elección de profesión, debiendo admitirse que bajo tal derecho se protege no sólo el propio hecho de la elección de la profesión, sino la posibilidad de ejercerla en libertad, o lo que viene a ser lo mismo, sin más límites que los previstos por el ordenamiento jurídico. La libertad de elección garantiza tanto el acceder a un estatus como el mantenerse en el mismo².

Junto a lo dispuesto en el artículo 35, el siguiente artículo 36 señala que la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico del ejercicio de las profesiones tituladas, y ello, en el marco de la regulación de las profesiones colegiadas. Nuestro ordenamiento jurídico recoge, por tanto, una reserva de ley en la configuración del ejercicio de las profesiones tituladas que debe ser interpretada como garantía de su autonomía. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la reserva de ley que impone el artículo 53.1 de la Constitución en relación con los derechos y libertades de este artículo 35 comporta la existencia de un contenido esencial de los mismos que los garantice constitucionalmente (STC

83/1984). El legislador tiene la facultad de regular el ejercicio de las profesiones, conforme resulta de lo dispuesto por el artículo 36 de la Constitución, pero teniendo en cuenta que tal regulación debe inspirarse en el criterio del interés público y tener como límite el respeto del contenido esencial de la libertad profesional (STC 42/1986).

La libertad profesional, si bien no aparece mencionada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sí es incorporada a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 15.1 que señala que “Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada”.

En el ámbito de la medicina, la libertad de actuación del médico es indispensable para garantizar la calidad del acto médico y para fortalecer la relación del médico con el paciente y cobra especial relevancia dados los valores sobre los que incide dicha profesión.

Una de las expresiones de dicha libertad médica es precisamente la objeción de conciencia. La conexión entre libertad de actuación médica y la objeción de conciencia es poco discutible. El propio Código Deontológico del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos señala en el artículo 32 que encabeza la regulación de la objeción de conciencia que el reconocimiento de la objeción de conciencia del médico es un presupuesto imprescindible para garantizar la libertad e independencia de su ejercicio profesional.

El propio Código reconoce otra modalidad de objeción como es la objeción de ciencia, donde la divergencia que justifica la abstención del deber legal no es moral, sino con base científica o clínica. En el artículo 33.2 se dispone “La objeción de ciencia tiene una protección deontológica al amparo del derecho a la libertad de método y prescripción, siendo diferente de la objeción de conciencia”. Esta modalidad de objeción por criterios técnico-científicos tendría encaje en los mecanismos de contrapeso de que dispone el médico tanto frente a la autonomía del paciente (la facultad del médico de negarse a prestar la asistencia que se le exige por el paciente, siendo la misma contraria a la evidencia científica)³, como frente a la que ofrece la inserción de la autonomía médica en

² Algo similar puede apreciarse en el derecho de acceso a los cargos y funciones públicas que se reconoce en el artículo 23 de la Constitución. Así, aunque el precepto se refiere tan sólo al acceso, el propio Tribunal Constitucional se ha encargado de aclarar en su rica jurisprudencia sobre este derecho que se consagra una triple dimensión del derecho: acceso, permanencia y ejercicio del cargo. No sólo se tiene, pues, derecho a acceder sino también a permanecer y ejercer libremente su función (véanse, entre otras, SSTC 24/1983 y 28/1984).

³ BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “Autonomía del paciente: límites derivados de la cartera de servicios, de la organización y funcionamiento de los centros sanitarios y de otros derechos y bienes enfrentados”, en ARCOS VIEIRA, M.L. (Dir), *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 118.

el marco de una prestación de servicio público (la facultad del médico, en un contexto de limitación de recursos, de proponer un tratamiento que en el caso concreto supone una mejor protección de la vida o integridad del paciente)⁴.

Como apunta con acierto SEOANE, en la relación clínica tradicional la actuación en conciencia del profesional estaba basada en valores y deberes profesionales sobre los que existía unanimidad. En ella carecía de sentido hablar de objeción de conciencia. Es en la relación clínica moderna cuando surge la objeción de conciencia sanitaria, en un contexto de pluralidad axiológica, reconocimiento de la autonomía del paciente y creciente complejidad de la praxis clínica, donde los valores y deberes profesionales se definen de forma colectiva por los profesionales y por la sociedad⁵. Además, ello es así no sólo por los recientes cambios que han alterado la relación de poderes en la relación médico-paciente, sino, además, como apunta GRACIA GUILLÉN, porque la objeción de conciencia constituye un debate muy moderno, prácticamente de nuestros días, que se desarrolla en las sociedades liberales y pluralistas⁶.

El Comité de Bioética de España considera que la objeción de conciencia exige la concurrencia de cuatro elementos⁷:

- 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 VILLAR ROJAS, F.J., “Medidas de racionalización, libertad de prescripción”, *cit.*, pp. 110 a 112.

5 SEOANE, J.A., “Objeción de conciencia positiva”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 32, septiembre 2014, p. 36.

6 GRACIA GUILLÉN, D., “Ética en la objeción de conciencia”, *Anales de la Real Academia Nacional de Medicina*, año 2009, tomo CXXVI, cuaderno cuarto, p. 692. El propio Gracia Guillén nos recuerda que el primer caso conocido de objeción de conciencia en España tiene lugar en 1937 cuando un miembro de la Iglesia de los Testigos de Jehová se niega a incorporarse a un regimiento durante la Guerra Civil, invocando sus creencias religiosas. El citado objetor fue fusilado por incumplir su deber de alistarse.

7 Vid. Opinión del Comité de Bioética de España sobre la objeción de conciencia sanitaria, Madrid, 13 de octubre de 2011, p. 3. Puede accederse a dicho informe a través de la página web del Comité de Bioética de España, en www.comite-debioetica.es.

- 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.

- 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 objetor.

- 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.

En el ámbito de la Medicina, la objeción de conciencia ostenta un valor cualificado que deriva de la conexión que la actividad que se desarrolla en dicho ámbito profesional tiene con valores tan trascendentales como la vida o la integridad física o psíquica de los individuos. Si antes hemos señalado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el consentimiento informado, que la autonomía del médico debe quedar sujeta a la del paciente en la medida que ésta es garantía de su vida e integridad, en similares términos podemos mantener que la objeción del médico ostenta un posición privilegiada al afectar a tales valores constitucionales esenciales. A este respecto, debemos recordar que el Tribunal Constitucional ha tratado de fijar una línea que permita delimitar aquellas objeciones que deben ser objeto de reconocimiento en nuestro sistema jurídico de aquellas otras que no, y esta línea se muestra clara cuando el argumento moral que se esgrime para permitir al objetor desligarse del deber legal conecta con la trascendencia del ser humano y con el propio concepto de la vida. Así, en la Sentencia 145/2015, El Tribunal señala que “sentadas las anteriores consideraciones, cumple afirmar que para la resolución del presente recurso resulta prioritario dilucidar si la doctrina enunciada en el fundamento jurídico 14 de la STC 53/1985, es también aplicable al caso que nos ocupa. Para despejar esa cuestión es preciso esclarecer, previamente, si los motivos invocados para no disponer de la «píldora del día después» guardan el suficiente paralelismo con los que justificaron el reconocimiento de la objeción de conciencia en el supuesto analizado por la Sentencia citada, al objeto de precisar si la admisión de dicha objeción, entendida como derivación del derecho fundamental consagrado en el art. 16.1 CE, resulta también extensible a un supuesto como el actual, en el que el demandante opone, frente a la obligación legal de dispensar el principio activo levonorgestrel 0,750 mg, sus convicciones sobre el derecho a la vida”.

Una vez establecido el marco de la decisión, el Tribunal concluye en los siguientes términos: “Con relación a esta cuestión, este Tribunal no desconoce la falta de unanimidad científica respecto a los posibles efectos abortivos de la denominada «píldora del día después». Sin perjuicio de ello, y a los meros fines de este procedimiento, la presencia en ese debate de posiciones científicas que avalan tal planteamiento nos lleva a partir en nuestro enjuiciamiento de la existencia de una duda razonable sobre la producción de dichos efectos, presupuesto este que, a su vez, dota al conflicto de conciencia alegado por el recurrente de suficiente consistencia y relevancia constitucional. 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, FJ 14, 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”.

Los términos en los que se expresa el Tribunal permiten concluir que dicha línea divisoria la marca fundamentalmente la conexión o no de la objeción de conciencia con un categórico moral incardinable en los derechos consagrados en el artículo 15 de la Constitución. Con este argumento no pretendemos sostener que el Tribunal niegue la virtualidad de otras objeciones basadas en diferentes categóricos morales, pero sí que las expectativas por parte del individuo de ver reconocido legal o judicialmente el ejercicio de la objeción no serán tan evidentes como en los casos en los que el valor en discusión es la vida.

Recuérdese que el propio Tribunal Constitucional ha aclarado en la misma Sentencia que la objeción de conciencia no exige de regulación jurídica específica de cara a poder ser reconocida, ya que es una manifestación de la libertad ideológica y religiosa. Así,

señala el Alto Tribunal que tal derecho 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 art. 16.1 CE y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales.

Con esta última decisión debe considerarse cerrado el debate doctrinal acerca de la necesidad o no de reconocimiento y desarrollo legislativo de la objeción de cara a su admisibilidad como expresión legal de la conciencia personal⁸. El Tribunal parece optar por un línea intermedia entre dejar la objeción en manos del legislador (lo que no parece jurídicamente razonable si partimos de que la objeción es precisamente un mecanismo de contrapeso de la minoría en un sistema político que se rige por el principio de mayoría –sería un verdadero oxímoron considerar que dicho contrapeso necesita de la decisión de la mayoría para que la minoría pueda recurrir a él-) y reconocer un derecho general a la objeción de conciencia al amparo del artículo 16 de la Constitución (lo que tampoco parece razonable si pretendemos mantener la propia naturaleza del Derecho como sistema coercitivo y la preservación de una comunidad basada en el orden social que supone la decisión democráticamente adoptada por la mayoría).

El Tribunal concluye que, si bien la objeción de conciencia no precisa de su reconocimiento *ope legis*, pudiendo admitirse su virtualidad pese a carecer de regulación expresa, ello no implica un derecho general a objetar. Para que pueda admitirse la objeción es necesario que el fundamento de la misma conecte con valores o bienes de sustancial importancia como serían aquellos relacionados con la vida o, en palabras del propio Tribunal, que la base conflictual que

⁸ En contra de tal reconocimiento como derecho general, sin necesidad de regulación por el legislador, se habían pronunciado, por lo que al ámbito sanitario se refiere, entre otros, Laura Gómez Abeja, Iñigo de Miguel y Juan Luis Beltrán. Vid. GÓMEZ ABEJA, L., *Las objeciones de conciencia*, CEPC, Madrid, 2016, pp. 153 y 154; DE MIGUEL BERIAIN, I., “La objeción de conciencia del farmacéutico: una mirada crítica”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 6, año 2009, p. 180; y BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios”, *Derecho y Salud*, vol. 13, núm. 1, enero-junio 2005, p. 63. En la posición contraria, aunque sin que sostuviera un reconocimiento general de cualquier objeción, sino concretas expresiones que no exigirían para cobrar virtualidad del reconocimiento por parte del legislador, Navarro-Valls y Martínez-Torrón. Vid. NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y Ley. Las objeciones de conciencia*, Iustel, Madrid, 2011.

late se anuda a una colisión con la concepción que se profese sobre el derecho a la vida. Con tal afirmación no estamos, en todo caso, negando, como tampoco creemos que lo haga el Tribunal Constitucional, otras objeciones que pudieran traer causa de valores distintos del de la vida (véanse, entre otros, la objeción a ser miembro de un Jurado o de una mesa electoral). Sin embargo, lo que es cierto es que en tales casos la exigencia de un previo reconocimiento por parte del legislador puede mostrarse menos plausible que en los casos a los que se refiere expresamente la citada Sentencia 145/2015 o, al menos, que su reconocimiento por un Tribunal será más complejo a la vista del interés general que proteja el deber legal frente al que se pretende objetar. A este respecto, señalan con acierto NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN que en materia de objeción de conciencia parece conveniente un tratamiento predominantemente jurisprudencial de los problemas, ya que son los jueces los que están en mejor situación para abordar el análisis individualizado que reclaman tales casos⁹. Por ello, remitir la legalidad de la objeción a una decisión exclusiva del legislador no sólo es contraria al propio fundamento de nuestra democracia constitucional, en la que la protección de los derechos de la minoría frente al principio de decisión mayoritaria está garantizado, sino que tampoco parece razonable desde una perspectiva práctica, si atendemos a la propia diversidad de casos y situaciones concretas. La casuística que ofrece la decisión judicial parece un recurso adecuado, sin perjuicio de que pueda promoverse la regulación de determinados supuestos en pos de la seguridad jurídica (como hace, a título ilustrativo, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en su artículo 19.2). No puede confundirse la conveniencia de su regulación con una exigencia para cobrar eficacia jurídica.

Podría considerarse también que la posición por la que claramente ha optado ya el Tribunal a partir de dicha Sentencia concuerda en gran medida con la que ha venido manteniendo en nuestra doctrina científica GASCÓN ABELLÁN, la cual conecta la objeción de conciencia con el principio de libertad de manera que cabría reconocer sin problema alguno, dentro de nuestras democracias liberales, un derecho general a la objeción de conciencia. Para dicha autora, la libertad es la regla y el deber jurídico como límite a la libertad es la excepción, por lo que considera que existe una presunción *iuris tantum* de legitimidad

⁹ NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., Conflictos entre conciencia y Ley. Las objeciones de conciencia, op. cit., p. 33.

constitucional para quien actúa por motivos de conciencia. Ello no significa, sin embargo, que los deberes que operan como límites a la libertad de conciencia sean siempre ilegítimos o deban ser eliminados, pues tales deberes pueden proteger otros derechos ante los cuales la libertad del objetor deba doblegarse. El objetor no tiene derecho a que el ordenamiento le tolere su comportamiento en cualquier supuesto, pero sí tiene derecho a que tal comportamiento sea considerado como el ejercicio de una libertad de conciencia en conflicto con los bienes o derechos protegidos por la norma objetada y que tal conflicto se resuelva de acuerdo con el test de proporcionalidad, como ocurre, añadimos nosotros, con cualquier conflicto constitucional entre un derecho individual y el interés general¹⁰.

En todo caso, debe matizarse lo afirmado anteriormente porque de la Sentencia precitada se deduce que dicho reconocimiento general del derecho a la objeción de conciencia adquiere plenitud cuando la negativa a cumplir con el deber legal venga sustentada en un categórico moral singularmente trascendente como son aquellos que conectan directamente con el derecho a la vida. Fuera de dicho marco, el Tribunal Constitucional no rechaza la virtualidad de la objeción aunque sí parece someterla a un escrutinio jurídico más exigente o que, al menos, no habrá de prevalecer siempre frente a la norma que protege el interés general o el de un tercero.

Debe tenerse en cuenta también que pese a lo que ha planteado algún sector de la doctrina¹¹, la objeción de conciencia no es una figura extraña a nuestra Constitución. Puede admitirse que constituya una excepción al deber general de cumplir el ordenamiento jurídico que, como no puede ser de otro modo, la propia Constitución instituye, pero no que sea algo impropio dentro del orden constitucional, cuando la propia Constitución reconoce expresamente la objeción de conciencia, aunque sea limitada al servicio militar obligatorio, en su artículo 30.2 de la Constitución. Y tampoco lo ha sido para la propia jurisprudencia constitucional, habiendo mostrado siempre el Tribunal Constitucional una especial sensibilidad a la objeción, guiado quizás por la influencia que la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán ha

¹⁰ GASCÓN ABELLÁN, M., “Objeción de conciencia sanitaria”, en MENDOZA BUERGO, B. (Ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 149 a 154.

¹¹ Véase, en especial, TAJADURA TEJADA, J., “El respeto a la Ley y la objeción de conciencia”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 244, enero-febrero 2016, pp. 69 y 70.

ejercido sobre aquél, sobre todo, en lo que se refiere al concepto de dignidad humana que se desarrolla como reacción a los hechos ocurridos al final de la primera mitad del siglo XX. El epitome de ello no se encuentra tanto en la reciente Sentencia 145/2015, sino en la anterior 154/2002, en la que el Tribunal resuelve el recurso de amparo presentado por unos padres testigos de Jehová que fueron condenados penalmente por no remover activamente el rechazo de su hijo menor de edad a recibir una transfusión de sangre¹². Ciertamente, el caso versó principalmente

12 Los Testigos de Jehová no rechazan los tratamientos médicos y sí aceptan la medicina tradicional para la curación de sus dolencias. El problema radica exclusivamente en las transfusiones sanguíneas. Dicha negativa a aceptar transfusiones de sangre se basa, fundamentalmente, en el pasaje de la Biblia contenido en Hechos de los Apóstoles 15:28, en el que se recogen las siguientes palabras de Jesucristo: “Os abstendréis de comer carne ofrecidas a ídolos y también de la sangre”. En la actualidad, sí existen algunos tratamientos alternativos a la transfusión de sangre que son aceptados por los Testigos de Jehová. Barrios Flores distingue entre un grupo de terapias que sí son aceptadas por todos los Testigos de Jehová o, al menos, por los miembros menos ortodoxos, como son la técnica de la autotransfusión y de recuperación de sangre, siempre que se realice en circuito cerrado y sin contacto con el exterior ni separación del paciente. Junta a éstas se encuentran también la aplicación de determinadas soluciones coloides para aumentar el volumen circulante de la sangre. Vid. BARRIOS FLORES, L.F., *Los aspectos legales de la transfusión*, Ferrer Farma Hospital, Madrid, 2006, pp. 46 y 47. Vid. también, MARTORELL, M.V. y SÁNCHEZ-URRUTIA, A. (Coord.), *Documento sobre el rechazo a las transfusiones de sangre por parte de los Testigos de Jehová*, Observatori de Bioètica i Pret, Barcelona, 2005. Algunos Tribunales de Justicia norteamericanos, donde el conflicto ha sido muy frecuente, han autorizado la aplicación de la transfusión de sangre a algunos Testigos de Jehová con capacidad que se oponían a la misma en ejercicio de su libertad religiosa por motivo de protección a los hijos menores del Testigo. El argumento legal era que el Estado no puede suplir la función que cumple el padre respecto de sus hijos y dado que el interesado tenía hijos menores de edad tiene que asumir que los deberes derivados de su condición de padre priman sobre su autonomía de voluntad y libertad religiosa. Así, en algunos casos se ha interpretado en sentido amplio el concepto de hijo dependiente con el fin de justificar la aplicación de la transfusión de sangre contra la voluntad del paciente adulto con hijos menores. En el denominado caso *Matter of Melideo*, resuelto por el Tribunal Supremo del Estado de Nueva York en 1976, se acordó que no podía autorizarse judicialmente la transfusión de sangre contra los deseos de un adulto mientras que no se acredite que existe un conflicto de intereses que justifica la intervención del Estado. Dicho conflicto, según los argumentos manejados por el Tribunal, existirá cuando el paciente esté inconsciente o cuando se encuentre en peligro el bienestar de los hijos dependientes. Sin embargo, ésta y otras resoluciones judiciales que se pronuncian en similares términos no constituyen ni una doctrina unánime o consolidada ni la regla general y algún Tribunal ha denegado la aplicación de la transfusión, aunque, eso sí, en muchos casos, atendiendo nuevamente a la situación en la que quedaban los hijos menores del paciente. Así, se denegó la autorización cuando el entorno familiar garantizaba el bienestar y cuidado de los hijos, pese a faltar uno de los padres como consecuencia de la decisión de no recibir una transfusión de sangre. Vid. ARMENTEROS CHAPARRO, J.C., *Objeción de conciencia a los tratamientos médicos: la cuestión de la patria potestad*, Biblioteca Jurídica de Bolsillo, núm. 32, Colex, Madrid, 1997, pp. 29 a 31.

sobre la capacidad del menor a la hora de rechazar un tratamiento médico, cuando tal posibilidad pone en riesgo su vida. Sin embargo, el Tribunal también hubo de valorar, desde el punto de vista de la exigibilidad jurídica de una conducta diferente, la actitud de los padres en relación a la posición que mantuvo el hijo y si en virtud de los deberes que se derivan de la patria potestad debieron o no desarrollar una conducta más activa tendente a remover la negativa del hijo¹³. Como puede fácilmente comprobarse, se trata de un caso de objeción de conciencia por razón de las creencias religiosas a uno de los principales deberes jurídicos que recoge el ordenamiento jurídico que no es otro que el deber de los padres de proteger a sus hijos, consagrado constitucionalmente en el artículo 39.3 de la Constitución. En este caso, el Tribunal vino a admitir la validez de la objeción de conciencia, de manera que, atendiendo al deber legal frente al que se defendió la virtualidad de la objeción, es difícil sostener que su doctrina haya sido precisamente poco sensible a dicha figura, fuera de la excepción que supusieron las Sentencias 160 y 161/1987, a las que recurre frecuentemente parte de la doctrina tratando de sostener una posición constitucional restrictiva¹⁴.

3. SOBRE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA POSITIVA, EN PARTICULAR

Pudiendo considerarse ya cerrado el debate acerca de la naturaleza jurídica y eficacia en nuestro sistema constitucional de la objeción de conciencia, y pudiendo también admitir un amplio margen a dicha institución en el ámbito de la salud, en la medida que las actuaciones que se desarrollan en dicho campo inciden habitualmente sobre la vida o integridad de las personas, surge un nuevo debate acerca de la posibilidad de admitirla en sentido positivo y no negativo como habitualmente ha sido aceptada por nuestra jurisprudencia, es decir, la posibilidad de que la objeción se exprese en forma de acción y no meramente de omisión como tradicionalmente venía ocurriendo ¿Puede el objetor, no ya abstenerse por razones morales a llevar a cabo la conducta que le

13 Según resulta del resumen de los hechos que se recoge en la propia Sentencia, el personal sanitario, al ver que no podían convencer al menor, pidió a los acusados que trataran de convencer al niño los cuales, aunque deseaban la curación de su hijo, no accedieron a ello pues, como su hijo, consideraban que la Biblia, que Dios, no autorizaba la práctica de una transfusión de sangre aunque estuviera en peligro la vida.

14 DE MIGUEL BERIAIN, I., “La objeción de conciencia del farmacéutico: una mirada crítica”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 6, año 2009, p. 180.

viene impuesta por el ordenamiento jurídico, sino, al contrario, llevar a cabo la que dicho ordenamiento le prohíbe?

Este debate, como hemos apuntado al inicio de nuestro trabajo, no ha sido resuelto en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Real Decreto-ley 16/2012, dado que no ha sido tal discusión objeto del recurso de inconstitucionalidad planteado frente a aquella norma, y ello pese a que tal nueva modalidad de objeción surge precisamente con ocasión de la respuesta de varios colectivos profesionales y sociales a la limitación a la asistencia sanitaria a los inmigrantes sin papeles que se recogía en la norma. En todo caso, también es cierto que el impacto efectivo del conflicto quedó muy diluido dado que varias Comunidades Autónomas aprobaron diferentes medidas legales para dejar sin efecto en su ámbito de competencia sanitaria tal limitación, lo que hizo innecesario que los profesionales tuvieran que recurrir en expresión de su libertad de conciencia a dicha objeción positiva. En todo caso, el conflicto sí ha sido abordado por nuestra doctrina científica dado su carácter novedoso en la medida que la objeción de conciencia se había siempre planteado en relación con la abstención u omisión frente a un deber legal de hacer y no frente a un deber legal de no hacer o no dar.

El problema que se ha planteado creemos que debe ser abordado desde una doble perspectiva, una más general en la que habrá que preguntarse si cabe admitir la objeción como expresión activa, lo que la doctrina más cualificada ha denominado objeción de conciencia positiva¹⁵, y otra más específica en la que habrá que preguntarse si, admitiéndose con carácter general, puede aceptarse en el caso concreto que se ha planteado al amparo de la nueva situación planteada por el citado Real Decreto-ley 16/2012.

En lo que a la primera cuestión se refiere, no vemos problema conceptual alguno en aceptar la objeción de conciencia positiva. Coincidimos a este respecto con la posición que mantiene sobre la objeción de conciencia con carácter general GASCÓN ABELLÁN de la que habría que deducir que si es expresión de libertad ha de presumirse *prima facie* su legitimidad sin perjuicio de que ello no implique que no pueda verse limitada por otros derechos o intereses dignos también de protección.

NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN no se pronuncian de manera expresa a favor de la

¹⁵ Vid. SEOANE, J.A., "Objeción de conciencia positiva", *cit.*, p. 34-45.

objeción de conciencia en sentido positivo pero sí parecen admitirla cuando afirman que los comportamientos activos ofrecen mayor nivel de peligro para la sociedad que las actitudes omisivas. Así pues, de su argumento se deduce que, si bien el reconocimiento de la objeción positiva plantea más problemas que el de la negativa, ello no es óbice para admitirla.

Para SEOANE no existen argumentos para otorgar prioridad moral ni para proteger selectivamente las objeciones negativas, aunque el contexto social y político norteamericano muestra una tendencia favorable a garantizar éstas, identificadas con posiciones socialmente conservadoras (*social conservatives*), prestando menor atención a las objeciones positivas, vinculadas a posiciones socialmente liberales o progresistas (*social liberals*). No obstante, en la medida en que ambas pretenden garantizar la integridad moral del profesional asistencial, que es la razón principal que justifica el reconocimiento de la objeción de conciencia, ambas son igualmente merecedoras de protección¹⁶.

Así pues, desde una perspectiva general, no parece que exista problema alguno en reconocer cierto espacio de virtualidad a la objeción de conciencia positiva con carácter general y al margen del conflicto del que nos vamos a ocupar de inmediato. GÓMEZ ABEJA señala, sin embargo, que la objeción de conciencia positiva debe admitirse con muchos más matices que la negativa, frente a la que dicha autora se muestra ya muy restrictiva, dado que aquélla entraña un mayor peligro social¹⁷. La misma posición mantiene también BARRERO ORTEGA¹⁸. Incluso, algún autor considera que la naturaleza activa o pasiva de la conducta es la que precisamente permite distinguir la objeción de conciencia de la desobediencia civil, siendo la primera propia de ésta (véase, Peter Singer)¹⁹.

En lo que se refiere en concreto ya al conflicto planteado al amparo del Real Decreto-ley 16/2012, nos encontramos ante un supuesto muy específico de objeción de conciencia positiva ya que la misma incide sobre una prohibición legal que deriva de las facultades que nuestro ordenamiento constitucional atribuye en su artículo 53.3 a los poderes públicos

¹⁶ Ibidem, p. 38.

¹⁷ GÓMEZ ABEJA, L., *Las objeciones de conciencia*, *op. cit.*, pp. 256 y 257.

¹⁸ BARRERO ORTEGA, A., *Sobre la libertad religiosa*, Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2002, pp. 637 y 638.

¹⁹ GÓMEZ ABEJA, L., *Las objeciones de conciencia*, *op. cit.*, p. 77.

para configurar el contenido efectivo de los derechos sociales. La objeción de conciencia positiva destaca, como ya hemos apuntado antes, por la pretensión de eximirse de la norma, llevando a cabo, por motivos de conciencia, una conducta positiva prohibida. Sin embargo, en este caso, lo que se plantea es desatender una decisión adoptada por los poderes públicos en ejercicio de la función constitucional de configurar el Estado prestacional y además haciendo uso de bienes y medios de titularidad pública, de prestaciones públicas.

Sobre la virtualidad de esta modalidad específica de objeción positiva se han pronunciado en diferente sentido un Servicio de Salud y la doctrina. En efecto, en contra de esta modalidad de objeción positiva se pronunció hace un tiempo el Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de Cantabria con ocasión del debate planteado en dicha Comunidad acerca de la limitación de la asistencia sanitaria a los inmigrantes sin papeles. En su informe de fecha 7 de agosto de 2012 se pronuncia en contra de tal posibilidad por tres motivos que cita de manera sucesiva:

En primer lugar, considera que, al amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional (con especial mención de la contenida en la ya citada STC 161/1987), la objeción de conciencia no constituye un derecho fundamental de alcance general, sino que se trata de un derecho de configuración legal cuyo ejercicio exige un reconocimiento expreso. Esta doctrina, como hemos visto, se ha visto ya superada por la más reciente contenida en la Sentencia 145/2015 que sí viene a reconocer el alcance general de la objeción lo que, obviamente, no significa que deba de atenderse cualquier pretensión de abstenerse por motivos de conciencia del cumplimiento de un deber legal, sino que para acudir a la misma no es necesario que haya previsión normativa expresa al respecto.

En segundo lugar, porque el personal sanitario al servicio del sistema sanitario público, se encuentra en una situación de sujeción especial con ciertas implicaciones que se traducen en la vinculación al principio constitucional de jerarquía y en el sometimiento a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 de la Constitución), argumento que consideramos que goza de escasa virtualidad en relación al debate sobre la objeción de conciencia porque implicaría en sí mismo que la objeción carece de eficacia en las relaciones de sujeción especial, lo que en modo alguno ha sido reconocido en nuestro ordenamiento jurídico y menos por el Tribunal Constitucional.

Por último, porque el supuesto invocado en el presente supuesto no constituye una actitud omisiva, consustancial a la configuración de la objeción de conciencia, sino por el contrario, en la adopción de un comportamiento activo que en ningún caso puede encontrar cobertura en el derecho a la objeción de conciencia. Como puede comprobarse, el rechazo a la objeción positiva se basa más en una concepción histórica de la figura que en el propio fundamento de la misma, más aún, cuando estamos ante un fenómeno cambiante y en permanente evolución, fruto de una sociedad más plural y compleja.

Por parte de la doctrina, podemos destacar los excelentes trabajos de SEOANE sobre el tema²⁰. Este autor se pronuncia a favor de la admisión de este supuesto concreto de objeción positiva. Sin embargo, al mismo tiempo, plantea un problema: En cuanto a la modalidad de derecho amparada o reconocida, la objeción de conciencia clásica o negativa representa para el profesional sanitario una mera inmunidad, esto es, la exigencia de no estar sujeto por una determinada norma jurídica. En cambio, la objeción de conciencia contemporánea o positiva no sería para el profesional una mera inmunidad sino una potestad, o facultad de modificación de las relaciones jurídicas. Pese a ello, el autor salva la objeción considerando que también la objeción de conciencia positiva puede y debe ser calificada como inmunidad, en concreto la exigencia de no estar sujeto por una norma jurídica que impone un deber de abstención: lo único que pretende el profesional objetor es que no se aplique dicha norma en el caso concreto. Por el contrario, si el profesional pretendiese cambiar la norma desobedecida mediante su actuación, tanto si la norma impone un deber de acción (objeción de conciencia negativa) como un deber de abstención (objeción de conciencia positiva), no estaríamos ante un supuesto de objeción de conciencia²¹.

Pese a que la posición que mantiene dicho autor se encuentra muy bien argumentada, creemos en sentido contrario a lo que él mantiene, que es precisamente tal elemento que singulariza el caso que nos ocupa, la condición de habilitación que concurre en la conducta activa del objetor, junto a algún otro que vamos a desarrollar también, la que, precisamente,

20 Vid. SEOANE, J.A., "Objeción de conciencia positiva", *cit.*, pp. 34-45; y SEOANE, J.A., "¿Objeción de conciencia sanitaria positiva?", en SANTOS, J.A., ALBERT, M. y HERMI-DA, C. (Eds.), *Bioética y nuevos derechos*, Comares, Granada, 2016, pp. 295 a 307.

21 SEOANE, J.A., "Objeción de conciencia positiva", *cit.*, p. 41.

informa a nuestro parecer en contra de admitir la objeción en este caso concreto. A este respecto, debe recordarse que nuestro ordenamiento jurídico distingue entre habilitaciones para actuar y abstenciones para no hacerlo al margen de la norma, de manera que equiparar jurídicamente ambos fenómenos parece, al menos, complejo con carácter general. La propia distinción entre la eficacia jurídica de las libertades tradicionales y los derechos sociales parte precisamente de los principales deberes que para el Estado suponen ambas, las primeras de abstención y las segundas de prestación. Véase, por ejemplo, el derecho a la protección de la salud que en su condición de principio rector con eficacia inmediata limitada deriva de la obligación de dar que para los poderes públicos supone. Constituye un derecho con alto contenido económico, exigiendo su satisfacción no una mera abstención por parte de los poderes públicos, como ocurre con las clásicas libertades públicas que integran los denominados derechos de primera generación, sino la inversión de importantes partidas económicas para cumplir con su obligación de dar. A este respecto, CASCAJO CASTRO señala que los derechos sociales son derechos complejos y como tales exigirán una respuesta desde la estructura orgánica de la Constitución distinta de la que desde el mismo constitucionalismo liberal se proponía para los derechos fundamentales y libertades públicas²².

Todo ello ha sido reiterado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 21 de julio de 2016 sobre la constitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012. Así, el Tribunal señala a este respecto que “el legislador, de acuerdo con el inherente componente de flexibilidad que caracteriza el marco constitucional, dispone de un amplio margen de configuración con relación al art. 43 CE, en tanto que precepto incluido en el Capítulo III del Título I CE”.

Cierto es que la objeción constituye una expresión de la libertad de conciencia que como tal pertenece a los derechos de primera generación y no encuentra las limitaciones en cuanto a su eficacia que ofrecen los derechos sociales, pero ello no obsta para que a través del argumento que hemos desarrollado no se aprecie como la habilitación no se equipara a la mera abstención en nuestro ordenamiento jurídico.

En el propio Derecho administrativo puede apreciarse la misma distinción entre habilitación y mera

tolerancia o, en similares términos, entre concesión y autorización. La respuesta jurídica que recibe la conducta del administrado consistente en desarrollar una acción u omisión dentro de un ámbito que originariamente correspondería a su espacio de libertad, o lo que es lo mismo, a su posibilidad de actuación en la esfera personal, pero que, por razones de protección del interés público o de intereses de terceros, la norma administrativa ha limitado, es bien distinta a aquella otra que supone ejercer su libertad en un ámbito que originariamente no tiene reconocido, como podría ser, por ejemplo, el uso del dominio público. En el primer caso hablamos, como venimos diciendo, de una mera tolerancia por parte de la Administración o en su caso de la remoción de los límites a un estado inicial de libertad (autorización), mientras que el segundo hablaríamos ya de una verdadera habilitación (concesión). La diferencia radica, pues, como plantea la doctrina administrativa, en la titularidad de base existente y en el carácter declarativo o constitutivo respecto de la esfera del administrado. En la objeción de conciencia positiva que es objeto de nuestro debate no se solicita ni el levantamiento de una prohibición general de la actividad en cuestión, expandiéndose así el ámbito genérico de la libertad individual ni la remoción de los límites impuestos al ejercicio de un derecho subjetivo preexistente²³, sino la concesión de la facultad previa inexistente que es la de ofrecer una prestación pública. Frente a ello no puede argumentarse que previamente el facultativo sí podía ofrecer la prestación al inmigrante sin papeles, con anterioridad al cambio que en nuestro ordenamiento opera el citado Real Decreto-ley 16/2012, so pena de incurrir en un error de concepto acerca de la naturaleza de las prestaciones y servicios públicos. El facultativo personal público de la Administración no tiene un espacio previo y originario de libertad que le habilite para prestar los servicios que estime más adecuados para el paciente, sino un espacio de actuación que le viene delimitado, no limitado, por el catálogo público de prestaciones. Por ello, el mero elemento fáctico de que anteriormente la norma le habilitara para ofrecer gratuitamente dicha prestación no altera dicho carácter delimitado de su libertad, no limitado.

No puede equipararse y, por ende, recibir la misma respuesta jurídica la conducta del médico que pretende que se le exima del deber legal de ofrecer una prestación cuando ello afecta a su conciencia, lo que se corresponde con un espacio previo de libertad

22 CASCAJO CASTRO, J.L., “Derechos sociales”, en VVAA, *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 29 y 30.

23 DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., *La actividad de la Administración. Lecciones de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 258 y 259.

que se ha visto limitado por norma, que aquel otro profesional que pretende ofrecer una prestación cuando tiene prohibido por norma hacerlo, aún cuando ambas se fundamenten en la misma libertad de conciencia, y ello, sin olvidar que el segundo caso estamos hablando de habilitar al sujeto para disponer libremente *contra legem* de un bien público, concederle una autorización de uso privativo de dicho bien en satisfacción de su libertad de conciencia.

Sirva como ejemplo de lo que venimos planteando, el propio régimen jurídico del silencio administrativo, por el que la concesión de una habilitación de actuar se sujeta al silencio negativo, mientras que la mera tolerancia se somete a las reglas más favorables para el administrado del silencio positivo (véanse, los artículos 24 y 25 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: entre otros, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente o de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas favorables). Tal diferente régimen jurídico del silencio responde, como no puede ser de otra manera, a la diferente posición de poder que ocupan los poderes públicos en el ámbito de la habilitación y en el de la mera tolerancia.

Así pues, y aunque, como planteamiento general, es difícil esgrimir un argumento que permita negar la virtualidad de la objeción positiva en cuanto expresión de libertad, mostrándose hartamente complejo no poder trasladar los mismos argumentos que sustentan la objeción negativa a la positiva en cuanto ambas son expresión de la misma libertad, la habilitación jurídica para actuar que su reconocimiento parece exigir un tratamiento jurídico diferente del que se otorga a la mera abstención, más aún, cuando ello incida en el propio poder configurador de los derechos sociales que le corresponde a los poderes públicos. La habilitación frente a la mera omisión queda sujeta a unos requisitos específicos menos flexibles y permisivos, ya que no se trata ya de respetar el ámbito de libertad que corresponde al ciudadano frente a la conducta que le impone el deber consagrado normativamente, sino de habilitarle para hacer algo que va más allá de su esfera propia de libertad, permitirle actuar en un ámbito en el que no se le reconoce naturalmente tal libertad.

Pero es que, además, puede apreciarse otra diferencia sustancial entre la objeción positiva y negativa

y esta es la de la diferente naturaleza del conflicto que se plantea en ambos casos. Si atendemos al conflicto específico con ocasión del cual estamos desarrollando nuestro debate, puede apreciarse dos elementos que lo singularizan frente a las expresiones negativas de libertad de conciencia en el ámbito sanitario: por un lado, como ya hemos explicado, el carácter habilitante que transforma una obligación de no hacer en una autorización de dar. Por el otro, el conflicto no se plantea ya entre dos derechos que colisionan, sino entre un derecho y el interés general.

El problema radica en este caso concreto en que el conflicto no enfrenta la libertad del objetor con el derecho del sujeto titular de la prestación que aquél, en reivindicación de un categórico moral, se abstiene de satisfacer (como ocurriría, en términos meramente didácticos, en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo o de la píldora abortiva), sino a dicha libertad con el interés general que pretende protegerse a través de la medida adoptada por el poder público en ejercicio de su facultad de configurar el derecho a la salud en garantía de la sostenibilidad del sistema sanitario. Si se admite la objeción del facultativo que se niega por razones de conciencia a cumplir la prohibición de ofrecer la prestación, se estaría permitiendo no limitar el derecho a la prestación sino su sacrificio. Véase que la regulación de la objeción no permite un sacrificio del derecho a la prestación del que exige acceder a la misma, sino una mera limitación, mientras que en el caso que nos estamos planteando, admitir que los médicos pueden objetar positivamente de la norma supone a la postre un sacrificio, no una mera limitación, del interés general que se pretende satisfacer a través de la misma, más aún, cuando dicho interés no es otro que el de la sostenibilidad del sistema público de salud consagrado en el artículo 43 de la Constitución.

Por otro lado, debemos recordar que el Real Decreto-Ley no excluye a los inmigrantes sin papeles del derecho a la asistencia sanitaria, sino que limita al mismo sujetándolo a unos requisitos, pero garantizando en todo caso un mínimo esencial, mínimo garantizado que viene referido precisamente a aquellos casos en los que el derecho a la vida y a la integridad puede verse más comprometido o que vienen referidos a colectivos especialmente vulnerables (véase, asistencia en situaciones de urgencia, asistencia a embarazadas y menores de edad). Sin embargo, excluir la objeción positiva sobre la base de este argumento de respeto del mínimo esencial aboca a la postre a un debate más ideológico que jurídico de manera que consideramos que la principal objeción a la objeción

positiva, con perdón por la redundancia, se basa más en la naturaleza del conflicto que se plantea en el caso concreto, un conflicto entre un derecho individual y el interés general que en las propias circunstancias que concurren respecto de la limitación del derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes sin papeles.

Pero es que además puede también sostenerse desde la teoría de los derechos sociales y de su plasación constitucional como meros principios rectores que si los poderes públicos tiene una mayor potestad de configuración de éstos frente a las libertades tradicionales, será lógico admitir que la operatividad de la objeción de conciencia frente a tal mayor poder configurador será necesariamente inferior. Si las facultades de control que sobre la decisión pública que afecte a los principios rectores les corresponde a los Tribunales es inferior a la que se les atribuye respecto de los derechos y libertades, lo que la doctrina ha denominado de manera muy ilustrativa, “posición de creatividad inferior de los Tribunales”²⁴, no puede admitirse que los ciudadanos también sujetos al ordenamiento dispongan de una amplia facultad de desvincularse de la norma cuando ello incide en las funciones de ordenación de los recursos económicos.

Como nos recuerda el Tribunal Constitucional en su reciente Sentencia 21 de julio de 2016, el derecho a la salud “se configura y concreta de acuerdo con lo que dispone la ley, que debe regular las distintas condiciones y términos en los que se accede a las prestaciones y servicios sanitarios. Es posible, en términos constitucionales, la falta de identidad entre el derecho al acceso universal al sistema de salud pública de ese “todos” del art. 43 CE, con que ese acceso a la sanidad pública incluya beneficiarse de un concreto régimen de prestaciones sanitarias gratuitas o bonificadas con cargo a fondos públicos ... Será la legislación la que en cada momento determine el alcance y la graduación de esa gratuidad, así como de las bonificaciones económicas en las prestaciones sanitarias de acuerdo con las exigencias derivadas de las circunstancias cambiantes, respetando los límites constitucionales”. Sin olvidar, además que “la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracterizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos

disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema” (ATC 96/2011), es decir, lo que CARMONA CUENCA denominó “reserva económica de lo posible”²⁵.

En definitiva, consideramos que si bien, desde una perspectiva general, puede admitirse la virtualidad en determinados casos de la objeción de conciencia positiva, en el caso que estamos abordando, el de la abstención a cumplir una prohibición legal, prestando la asistencia sanitaria que el sistema público de salud no permite, no parece admisible por los diferentes argumentos que hemos expuesto, entre los que destacan, tanto la distinción que el propio sistema jurídico hace entre inmunidades y habilitaciones como el de la diferente naturaleza del conflicto que subyace en este caso y, además, el del diferente poder de configuración que los poderes públicos tienen en materia del derecho a la salud como principio rector, lo que necesariamente informa a favor de restringir la conducta que pretenda oponerse a dicho poder.

Otra cuestión distinta será admitir sobre la base del estado de necesidad o de la inexigibilidad de otra conducta que en casos muy específicos el incumplimiento de la prohibición no ha de conllevar consecuencia jurídica alguna para el objetor o al menos que dichas consecuencias se vean especialmente atenuadas o minoradas, ya que, como hemos mantenido antes, el médico ostenta en virtud de su libertad de actuación, una facultad de contrapeso a determinadas decisiones generales que en casos concretos pueden mostrarse claramente contrarias a la salud del paciente. Así pues, admitir que el profesional ofrezca gratuitamente el servicio que se encuentra limitado por norma es posible en casos específicos pero no con carácter general como expresión de la objeción de conciencia positiva. Atender a un inmigrante sin papeles en contravención de la norma en un caso específico no puede equipararse, jurídicamente, a negarse a cumplir la prohibición con carácter general por razones de conciencia.

24 COSSIO DÍAZ, J.R., *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 268 y 269.

25 CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, p. 159.