

VIDA, SALUD Y CONCIENCIA MORAL

(A propósito de la jurisprudencia constitucional en torno a los conflictos entre norma jurídica y norma de conciencia en el ámbito biosanitario)

Abraham Barrero Ortega
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

1. Introducción

Aparentemente, pocos sectores de la vida humana se sitúan tan lejos del conflicto de conciencia como el mundo de la medicina, y, si alguna relación hemos de entablar entre ellos, somos más proclives, *primo visu*, a pensar en una armónica interacción que en el antagonismo. La salud y la vida son valores comúnmente aceptados, creencias o convicciones compartidas y preferidas por la inmensa mayoría de las personas, y los códigos deontológicos que orientan el trabajo de los profesionales de la medicina se fundan en esos valores. Por eso se hace difícil pensar en la posibilidad del conflicto.

Sin embargo, la realidad demuestra que pueden existir razones morales para oponerse a una terapia médica. Cada vez con mayor frecuencia salen a la luz pública casos en los que un individuo, invocando razones de conciencia, rechaza, para él mismo, para algún allegado o para un paciente, un tratamiento médico. A partir de lo que cabría considerar una singular concepción del mundo, ese individuo plantea una exigencia personal que reclama el respeto a una conducta de rechazo dictada por la propia conciencia. Un hecho que, amén de informar acerca de lo autónomo y categórico de la conciencia, presenta importantes implicaciones jurídicas que nos sitúan ante el problema de hasta dónde puede o debe llegar la intervención prudencial del personal sanitario y, en último término, de

los poderes públicos para salvaguardar la salud y la vida de las personas. El debatidísimo caso Therri Schiavo es un buen ejemplo de ello.

Este trabajo no intentará ni resumir ni utilizar en su totalidad la bibliografía existente sobre los conflictos entre las normas jurídicas destinadas a salvaguardar la vida y la salud y los dictados de la conciencia. Su propósito es mucho más limitado. Trataré sencillamente de aportar algunas reflexiones personales sobre las relaciones entre unas y otras nacidas de la observación de una riquísima problemática y del estudio de algunas decisiones jurisdiccionales que se han pronunciado sobre la misma. En esta dirección, el trabajo se iniciará con algunas consideraciones, necesariamente breves y generales, acerca del derecho a la vida y a la salud, así como acerca de la libertad de conciencia, algo obligado si se quiere apreciar cuáles son los bienes y valores de relevancia constitucional en juego; proseguirá destacando las singularidades de la objeción de conciencia del personal sanitario y del paciente a tratamientos médicos, en tanto especies del género objeción de conciencia general; y terminará dando cuenta del modo en que la libertad de conciencia puede modular el cumplimiento de aquellos deberes destinados a asegurar la vida y la salud. Y todo ello prestando singular atención a los criterios manejados por la jurisprudencia constitucional española a la hora de resolver los supuestos, ciertamente controvertidos, que hasta la fecha se le han planteado, lo

que nos permitirá sobrevolar el plano puramente especulativo de la teoría y aterrizar en el de la realidad práctica, respondiendo de paso a algunos de los interrogantes que se irán lanzando en la primera parte, más teórica, de la exposición. Se trata, en suma, de analizar, desde una perspectiva eminentemente jurídico-constitucional, la relación dialéctica o, si se quiere, rivalidad que, en ocasiones, se entabla entre vida, salud y conciencia moral.

2. Vida, salud y conciencia moral: decisiones constitucionales

2.1. Rasgos generales del derecho a la vida

El Tribunal Constitucional ha definido el derecho a la vida (art. 15 CE) como la proyección de un valor superior del ordenamiento constitucional, la vida humana, y como el derecho esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos y libertades no tendrían existencia posible. Más que ante un derecho nos encontramos ante el presupuesto para el ejercicio de todos los demás derechos y libertades. La relevancia y significación superior del valor vida y del derecho que lo encarna se plasma en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el artículo 15 CE se sitúa a la cabeza del capítulo donde se concretan los derechos fundamentales de la persona.

Justamente de este carácter de premisa de todos los demás derechos es de donde arranca la primacía de la vida frente a cualquier otro derecho, bien o valor constitucional. Algunas de las categorías con las que nos solemos mover en el mundo del Derecho, y especialmente del Derecho Constitucional, encajan de manera muy imperfecta cuando del derecho a la vida se trata. Así, mientras que en los demás derechos y libertades los problemas que se suelen plantear son problemas relativos a su ejercicio y a su necesaria conciliación con otros derechos y bienes de relevancia constitucional, en el derecho a la vida casi no se plantean controversias de este género, ya que, en principio, toda acción del poder público o de un tercero destinada a atentar contra la vida de una persona resulta ilegítima desde la perspectiva constitucional. Son, en efecto, otras las cuestiones que suscitan polémica y a las que resulta más complejo dar una respuesta jurídica. En primer lugar, la cuestión de su titularidad y, más exactamente, la de determinar el momento en que comienza la vida (aborto). En segundo lugar, la cuestión de la legitimidad para poner fin a dicho derecho, bien como consecuencia de una decisión personal del individuo (suicidio, eutanasia, huel-

ga de hambre, negativa a recibir un tratamiento médico, etc.), bien como consecuencia de una decisión de la sociedad (pena de muerte) .

Nótese, además, que la vida tiene una especial significación y función en el Estado social de Derecho (art. 1.1 CE). El derecho a la vida no incorpora solamente facultades subjetivas de defensa de los individuos frente al Estado, sino también deberes positivos por parte de éste. Se trata de un componente estructural básico del ordenamiento, en razón de que es la expresión jurídica de un valor que ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. Por eso, la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad de ejercicio de pretensiones de parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. A los poderes públicos no sólo les corresponde la obligación negativa de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por el derecho a la vida, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tal derecho aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano . Esta constatación conduce, asimismo, a afirmar que el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. En general, el ordenamiento español no admite que el individuo pueda decidir sobre su propia vida poniendo fin a la misma. El Constitucional ha sentado que "no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte" . No obstante, en ocasiones se plantean casos en los que no se desea abiertamente la muerte, pero tampoco se quiere que se impida llegar a ella. Son supuestos de colisión del derecho a la vida con otros derechos o libertades fundamentales. Se plantea entonces el problema de cuál de los derechos en conflicto debe prevalecer y, sobre todo, por cuál de ellos debe velar el Estado. El Constitucional, como se verá más adelante, se ha mostrado tajante: cuando la vida humana depende del poder público se impone la obligación de defender la vida por encima incluso de la propia decisión en conciencia del afectado. De la decisión del constituyente a favor de la vida se sigue no sólo la obligación del Estado de no provocar la muerte de nadie de manera intencionada e ilegal, sino también el deber de adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar la vida de las personas sometidas a su jurisdicción. Y es que

1 Pérez Royo, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid 1999, pp. 324 y ss.

2 sstc 53/1985, 120/1990, 212/1996 y 154/2002. Vid. también la *stедh Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002.

3 stc 120/1990.

no cabe entender que el artículo 15 CE ampare una dimensión negativa de la vida. Ciertamente es que los derechos fundamentales suelen comprender tanto la facultad de ejercer el ámbito de libertad que cada uno de ellos delimita como la facultad de no hacerlo. Pero no sucede lo mismo con el derecho a la vida. El artículo 15 CE no puede interpretarse, sin distorsionar su sentido, en el sentido de que confiera a su titular un espacio de autodeterminación personal en el que se incluya el derecho a elegir la muerte. Y no obsta a esta conclusión ni la posibilidad de cuestionar la calidad de una vida ni el hecho de que una persona quiera por su conciencia moral poner fin a su existencia.

Por último, convendría dejar constancia de que el artículo 15 CE incluye también el derecho a la integridad física o a la incolumidad corporal, en cuya virtud toda persona se encuentra protegida frente a intervenciones no consentidas sobre su cuerpo. Un derecho que se define por la confluencia de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El objetivo implica que, para que se vea afectado el derecho, la intervención tiene que producir una lesión o menoscabo verificable, por mínimo que sea, en el cuerpo de su titular. El subjetivo se traduce en el consentimiento o en la ausencia de consentimiento previo a una intervención corporal. Se trata de proteger "la inviolabilidad de la persona (...) contra toda clase de intervención (...) que carezca de consentimiento de su titular". Y ello con independencia de que la intervención tenga mayor o menor intensidad y pueda suponer o no un riesgo para la vida o la salud del individuo. El que la intervención pueda suponer un malestar o un riesgo o daño para la vida o la salud supone un plus de afectación, pero no una *conditio sine qua non* para entender que exista una intromisión en la integridad física.

Es claro, de otro lado, que, aunque este derecho fundamental es un derecho fuerte, se le pueden imponer límites. Ya sea porque el legislador estime que el límite resulta proporcionado para satisfacer intereses de relevancia constitucional de determinados ciudadanos (esterilización de disminuidos psíquicos), ya sea porque se considere pertinente para el éxito de una investigación penal o civil (registros corporales, prueba de paternidad o test de alcoholemia).

4 Pérez Royo, J., *op. cit.*, pp. 333.

5 *stc* 120/1990.

6 *stc* 215/1994.

7 *sstc* 103/85, 7/1994 y 207/1996.

2.2. Rasgos generales del derecho a la protección de la salud

Encuadrado entre los principios rectores de la política social y económica, el derecho a la protección de la salud (art. 43) exige, en su dimensión negativa, que el Estado se abstenga de cualquier acto que pueda lesionar la salud de las personas. Opera, pues, como cualquier otro derecho público subjetivo, de suerte que el individuo obtiene el mismo grado de protección respecto de su salud que respecto de su vida, su integridad física y moral, su libertad personal, su intimidad, etc. En este sentido, el derecho a la protección de la salud se revela como un derecho eminentemente individual que exige la inhibición de los poderes públicos de igual modo que los derechos civiles y políticos reconocidos desde el origen del Constitucionalismo.

En cambio, en su dimensión positiva, la protección de la salud demanda todo un conjunto de medidas que, orientadas a la prevención de enfermedades o a la mejora de las condiciones sanitarias, incumbe al Estado. Los poderes públicos asumen la obligación de adoptar las medidas necesarias que aseguren la sanidad ambiental y desarrollar programas concretos ante las múltiples contingencias para la salud. El contenido positivo del derecho a la protección de la salud no conduce, inexorablemente, a la organización de un servicio público de gestión oficial en exclusiva, pero sí genera frente al poder público y a favor del necesitado un deber concreto de prestación. Es decir, tal derecho genera una pretensión jurídica exigible frente al sujeto público. El titular del derecho a la protección de la salud no es, claro está, acreedor de una obligación de resultado; el Estado y el sistema de salud carecen de facultades terapéuticas. Pero sí cabe reconocer al titular del derecho un crédito, que podría ser eventualmente revisado en vía judicial, que tenga por objeto un cuadro de prestaciones para la prevención y el restablecimiento de la salud. Por eso, habría que hablar más bien del dere-

8 Tiene, por consiguiente, el mismo régimen jurídico-constitucional y nivel de garantías, conforme a lo establecido en el artículo 53.3 CE: "Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". Sobre el tema, Cascajo Castro, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988; Cobreros Mendazona, E., "Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado", *Revista Vasca de Administración Pública*, 19, 1987, pp. 27-59.

9 Escribano Collado, P., *El derecho a la salud*, Instituto García Oviedo, Sevilla 1976, p. 43. Asimismo, Borrajo Dacruz, E., "Art. 43: Protección de la salud", en Alzaga Villaamil, O., *Comentarios a la Constitución de 1978*, Edersa, Madrid 1996, pp. 195-196.

10 *Ibíd.*, pp. 44 y ss. y pp. 196-197.

cho a cuidados médicos. El derecho exigible es el derecho a velar por la salud, no el derecho a una salud garantizada.

Tampoco se integra en el patrimonio jurídico del necesitado el derecho a recibir determinados servicios; la obligación del poder público es una obligación de medios, sin que queda deducir ante los tribunales pretensiones destinadas a incluir en el cuadro de prestaciones unas u otras concretas. El necesitado no tiene un derecho público subjetivo a la protección de la salud en unos términos específicos¹¹. Pero de ahí no se puede concluir la inefectividad de tal derecho, ya que es incuestionable que los poderes públicos tienen el deber de organizar los oportunos servicios para tutelar la salud. La dificultad del cometido no impide reconocer la obligación de intentarlo.

Más exactamente, cuando el artículo 43.2 CE señala que corresponde "a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios" está asumiendo una construcción típica de los países de nuestro entorno cultural y jurídico en los que la salud es un bien colectivo y un bien individual. De un lado, estaría la obligación del Estado de establecer un sistema de *política sanitaria*, esto es, un cúmulo de acciones colectivas cuyo objeto propio son las medidas de prevención e higiene social que alcanzan al individuo en su condición de miembro del grupo social; son, por así decir, beneficios *uti universi*. Respecto de estas medidas de policía, el particular no dispone de un derecho justiciable para obligar al Estado a su adopción, pero, en muchos casos, puede obtener la tutela judicial frente al poder público responsable, por acción u omisión, del incumplimiento de las medidas establecidas en la normativa correspondiente.

De otro lado, estaría la facultad de los ciudadanos de exigir prestaciones concretas, típicas del servicio público, ante determinadas contingencias para la salud. La articulación de la llamada medicina curativa suele hacerse efectiva a través del seguro social contributivo, que facilita el acceso de amplias capas de la población a los recursos sanitarios más costosos, lo que no descarta que quienes queden fuera disfruten del derecho a cuidados médicos en un régimen de asistencia social pública. Son beneficios *uti singuli* y su reconocimiento sí posibilita el ejercicio de acciones directas ante los órganos jurisdiccionales.

La inclusión del derecho a la protección de la salud en la tabla de principios rectores de la política social y económica supone, en suma, la consagración al más alto

rango normativo de una decisión axiológica que eleva a cometido público la satisfacción de una necesidad elemental de la persona y de un nivel de vida digno y suficiente. La protección¹² de la salud no es un derecho fundamental *stricto sensu*, pero no hay duda de que, tras su incorporación a la norma fundamental, goza de una protección ciertamente reforzada.

2.3. Rasgos generales de la libertad de conciencia

Como ha manifestado en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional, la genérica *libertad de conciencia*, que engloba las libertades ideológica y religiosa (art. 16 CE), tiene una doble vertiente o dimensión. La vertiente interna garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante las realidades existenciales. La vertiente externa comprende un espacio de *agere licere* "que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a las propias convicciones y mantenerlas frente a terceros". El reconocimiento de este espacio de libertad lo es "con plena inmunidad¹³ de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales".

De las afirmaciones del Constitucional se deduce que la libertad de conciencia encierra, al menos, tres posibilidades o aspectos distintos.

Existe, en primer lugar, la *libertad de creencias*, por la que el individuo presta o rechaza su asentimiento íntimo a un sistema de verdades y se compromete a observarlas en relación con los aspectos trascendentes o intrascendentes de la existencia humana. Ya que la garantía que presta el Derecho es fundamentalmente externa, toda persona tiene derecho a manifestar libremente las creencias que espontáneamente profesa y, por tanto, no puede ser obligado a manifestar las que no profesa (art. 16.2 CE) ni puede ser obligado a ocultar las que profesa. La libertad de creencias no alude al hecho puramente interior del íntimo sentimiento religioso, arreligioso o antirreligioso, sino a su expresión exterior.

Se da, en segundo lugar, la *libertad de conciencia*, entendiéndose por tal los criterios valorativos de las ac-

12 Sobre el concepto de derecho fundamental, Cruz Villalón, P., "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25, 1989, pp. 35 y ss.

13 Beneyto Pérez, J. M., "Art. 16: Libertad ideológica y religiosa", en Alzaga Villaamil, O., *op. cit.*, pp. 320-321; López Castillo, A., *La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2002, pp. 54 y ss.

11 *stc* 166/1996.

ciones humanas desde el punto de vista ético y moral y que señalan el límite entre el bien y el mal, entre las buenas y las malas acciones. La libertad de conciencia implica la traslación de las creencias del ámbito especulativo al nivel práctico, al campo del obrar humano. Alude al elemento ético o de compromiso de la actuación personal con las propias convicciones. También aquí la libertad de conciencia exige no ser obligado a actuar en contra de la conciencia ni ser impedido de obrar conforme a ella.

Cabe, en tercer lugar, y por lo que alude a la libertad religiosa, una *libertad de culto o litúrgica*, que se traduce en el derecho a practicar externamente la creencia, en la facultad de rendir mediante ritos y ceremonias el homenaje debido a lo sagrado trascendente en que la religión consiste. El culto puede ser *privado* (cuando se ejercita a la vista de pocos, familiar o domésticamente) o *público* (cuando se ejecuta de acuerdo con los ritos de una confesión religiosa y de manera socialmente ostensible). La libertad de culto es, en verdad, la manifestación exclusiva y singularísima del sentimiento religioso. El culto es la consecuencia de segundo grado de la libre opción religiosa.

Se puede hablar incluso de una cuarta posibilidad o aspecto, la *libertad proselitista*, que faculta al individuo a ganar partidarios o prosélitos para su doctrina o confesión. Atendiendo al criterio sentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia *Kokkinakis c. Grecia*, cabría, en todo caso, distinguir entre un proselitismo lícito, respetuoso con la propia libertad de conciencia de la persona a la que se intenta captar, y un proselitismo ilícito o abusivo, contrario a su dignidad y derechos de libertad.

La libertad de conciencia se refiere, pues, a tres cosas distintas, aunque íntimamente relacionadas entre sí: libertad para creer y no creer, para tener unas y otras convicciones; libertad para expresar y manifestar esas convicciones; y libertad para comportarse de acuerdo a esas convicciones y para no ser obligado en contra de las mismas. Su núcleo esencial, tanto para la libertad ideológica como para la religiosa, es interno, pertenece a la esfera íntima del individuo y está constituido por la libertad que ha de tener toda persona para formar libremente en su interior sus propias convicciones personales. Tiene un segundo momento externo, constituido por la libertad de manifestar al exterior esas convicciones, en cuanto la persona se ha decantado por una concreta cosmovisión. Un tercer momento, también externo, está constituido por el derecho de esa persona a comportarse conforme a la ideología o religión profesada y a no ser obligada a comportarse de forma contraria a las mismas.

La libertad de conciencia, de otra parte, vendría a configurar la posición jurídica en la que queda situado el individuo en su relación con los poderes públicos respecto de esa determinada manifestación de su personalidad que es la ideología o la religión. Por eso queda igualmente clara la genuina protección que dispensa. Protección que vendría delimitada por un doble comportamiento negativo de los detentadores del poder, de suerte tal que no interfieran en el proceso de formación de las íntimas convicciones del individuo ni obstaculicen o sancionen determinadas acciones que sean manifestación de sus creencias. De este modo, la dimensión orgánica de tal libertad se cifra en la neutralidad del poder público, principio del que deriva la renuncia radical por el Estado a toda acción de adoctrinamiento moral o religioso y la imposibilidad para el ordenamiento de cualquier valoración preferente de las plurales expresiones de la comunidad o, en particular, de cualquier confusión entre funciones públicas y funciones religiosas. Resulta así que, sobre el ámbito de las diversas opciones y la actuación conforme a ellas, el Estado es radicalmente incompetente. De ahí que quepa considerar a la libertad de conciencia como una libertad eminentemente negativa. Y es que la principal misión del Estado en materia de conciencia es la de reconocer y garantizar la libertad de sus ciudadanos, lo que se traduce en el ejercicio social de la misma ¹⁴.

Ahora bien, ninguna libertad es absoluta o ilimitada y tampoco puede serlo la libertad de conciencia transgresora de la ley, de los derechos fundamentales de los demás y de unas condiciones materiales mínimas que propicien una convivencia ciudadana pacífica y aceptable. De ahí el límite del orden público que contempla el inciso final del artículo 16.1 CE. Como afirma la STC 154/2002, “la aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto de los individuos y comunidades así como la laicidad y neutralidad estatal”.

Dice bien el texto constitucional cuando vincula dicho límite a las manifestaciones de la libertad de conciencia, puesto que la adhesión interna a una ideología o religión, el sentimiento íntimo o la profesión interior, son actos esencialmente incoercibles e incontrolables por el Derecho. Aunque sean contrarios al orden público escapan, por esencia, a las previsiones legales restrictivas o sancionadoras. En cambio, cuando las percepciones internas trascienden al orden exterior perturbando la conviven-

14 *Ibíd.*, pp. 318-319 y pp. 84 y ss.

cia, entonces han de operar los mecanismos limitadores de esa libertad.

El artículo 16 CE no aclara qué elementos integran la noción de orden público, pero sí introduce una primera matización de suma importancia. El orden público con capacidad para limitar las manifestaciones de la libertad religiosa no es cualquier orden público, sino el “orden público protegido por la ley”. La Constitución exige una delimitación legal de esa noción, como no podía ser menos al incidir sobre un derecho reconocido en la sección primera del capítulo II del título I (art. 53.1 CE). Así, pues, el orden público del artículo 16.1 CE no es un concepto vago e inconcreto que pueda aplicarse discrecionalmente por los órganos administrativos o jurisdiccionales, sino un concepto delimitado por las leyes, entendiendo por tales las normas generales emanadas del órgano legislativo a través del procedimiento correspondiente. Cualquier intervención del poder público en el ámbito de la libertad de conciencia invocando la cláusula del orden público debe tener adecuada cobertura en una ley previa. Éste es, precisamente, el significado primario de la reserva de ley del artículo 53.1 CE, que se superpone al poder público y, al propio tiempo, acota espacios de libertad de los ciudadanos frente a él.

De otro lado, y entrando ya en el contenido sustancial de la noción, el acatamiento de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) es, de acuerdo con lo que ya indica la misma expresión orden, un principio básico elemental para la convivencia ciudadana. Podría así afirmarse que toda manifestación de la libertad de conciencia está, en principio, permitida salvo que una ley formal y materialmente constitucional la haya prohibido. Establecida la necesaria sumisión al ordenamiento jurídico, a las autoridades legalmente constituidas y a sus agentes, para que la convivencia en colectividad sea prácticamente posible es necesario que se ofrezca y garantice a todo ciudadano el disfrute de una esfera básica de garantías materiales, esto es, un nivel mínimo material de pacífica convivencia, respetando su persona y bienes, su sosiego, etc., librándole de violencias, intromisiones, peligros e incomodidades, ya que sólo así será la convivencia social una realidad aceptable y aceptada y una plataforma para el desarrollo personal y para el disfrute de los derechos fundamentales (art. 10.1 CE). Este nivel mínimo de garantías materiales de pacífica convivencia ciudadana, exigido por la conciencia social para que esa convivencia tenga un sentido positivo, es lo que más directamente puede entenderse por orden público, añadiéndosele aquél otro aspecto instrumental de la sumisión a la ley y al ordenamiento

jurídico. Este nivel mínimo de condiciones materiales se concreta, por lo demás, en la garantía de unos niveles determinados de seguridad en sentido estricto, o sea, de protección de personas y bienes, al igual que en la garantía de unos mínimos de salubridad que posibiliten biológicamente la vida colectiva, junto con unos niveles primarios de tranquilidad que hagan aceptable esta convivencia, dentro del respeto a los sentimientos básicos que la colectividad tenga asumidos como más profundos, es decir, la moralidad en sentido amplio. A todo ello alude expresamente el artículo 3.2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, al precisar que “el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa (...) tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática”.

Parece admitirse, por tanto, que para un efectivo y pleno disfrute de los derechos fundamentales, componente esencial del orden público, es imprescindible la base previa de una adecuada plataforma o nivel mínimo de garantía de pacífica convivencia ciudadana. Sería inútil reconocer formalmente a cada ciudadano el derecho a profesar cualquier ideología o religión si el ejercicio de este derecho puede verse de hecho perturbado o impedido mediante la violencia, la intimidación o la intromisión ejercida por otros ciudadanos. A su vez, el ejercicio de los derechos fundamentales debe tener como límite natural el respeto a las personas y a los bienes ajenos, así como a las demás exigencias básicas de una vida colectiva pacífica presidida por el imperio de la ley. Esta doble perspectiva encuentra su punto de convergencia teórico en la idea de orden público. Sin imperio de la ley y sin garantía de convivencia pacífica no se puede ejercer la libertad individual, pero tampoco la libertad podrá ser una realidad tangible si la noción de orden público se deforma para utilizarla como cláusula arbitraria impeditiva de cualquier intento de manifestación pacífica de aquella libertad.

Se evidencia así que, en la actualidad, el orden público ha perdido la amplitud que tuvo durante mucho tiempo y, con ella, la virtualidad de servir de fundamento para el establecimiento de límites a los derechos fundamentales en términos manifestamente incompatibles con el Estado democrático de Derecho¹⁵. El orden público ha sufrido así

15 Martín-Retortillo Báquer, L., *La cláusula del orden público como límite –impreciso y creciente– al ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid 1975.

una importantísima alteración sustancial, su morfología interna y su operatividad externa han cambiado radicalmente, siendo una noción plenamente juridificada, mensurable y susceptible del más estricto control jurisdiccional.

El orden público es, en efecto, el límite externo expreso que la Constitución señala a la libertad de conciencia, pero eso no significa que no quepa ensanchar el ámbito de los límites de este derecho fundamental para incluir también a los que no se encuentran previstos de manera explícita en el artículo 16 CE, pero vienen impuestos por la propia lógica del sistema constitucional¹⁶. Podría así distinguirse entre cláusulas restrictivas de la libertad de religión *expresas* y *tácitas*. Es sabido que la Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones; en otras, el límite deriva de la Constitución sólo de manera mediata o indirecta en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos fundamentales sino también otros bienes constitucionalmente protegidos. La consecuencia lógica de este planteamiento es que se puede limitar la libertad de conciencia no ya para proteger el bien a que expresamente alude la Constitución -el orden público- sino incluso para amparar otros derechos constitucionales o bienes constitucionalmente reconocidos. Los derechos, por reconocerse en el seno de un ordenamiento jurídico coherente, han de conciliarse con otros bienes y valores que el propio ordenamiento protege y no pueden hacerse valer de modo absoluto frente a éstos. La teoría de los límites inmanentes pretende, en última instancia, hacer frente a lo que se califica como abuso de derecho¹⁷.

El contrapeso de esta limitabilidad general de la libertad de conciencia es que la limitación precisa ser justificada, y ello por el valor central de los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Si los límites derivan de la unidad de la Constitución, y los derechos constituyen el valor central del sistema, la limitación de éstos ha de estar objetivamente justificada por la realización de otros derechos, bienes o valores de relevancia constitucional. No cualquier bien o principio jurídicamente protegible puede actuar como límite de la libertad de conciencia. Si fuera así, resultaría muy sencillo vaciarla de contenido mediante la invocación de esos supuestos principios o bienes. La denominada ponderación de bienes es, por lo demás, el método propio para determinar en concreto, de

conformidad con el principio de la concordancia práctica, cómo, cuándo y en qué medida debe ceder la libertad religiosa cuando entra en colisión con otro derecho fundamental o con un bien de relevancia constitucional. No se trata de establecer un orden jerárquico entre los distintos bienes o derechos, pues, salvo que prioridad hay sido establecida de forma directa por la Constitución, hemos de suponer que en abstracto todos ellos tienen la misma importancia. Como expresa Alexy, el conflicto no se solventa declarando que uno de los bienes en conflicto no es válido, sino que, atendidas las circunstancias del caso, se establece una relación de precedencia condicionada. Se trata de indicar las condiciones bajo las cuales un bien precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de un modo distinto. Se logra, por consiguiente, una *jerarquía móvil* que no conduce a la invalidez de uno de los derechos o valores constitucionales en conflicto, sino a la preservación de ambos, por más que, inevitablemente, ante cada conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro¹⁸. El control de la ponderación legislativa, judicial o administrativa corresponde, en último extremo, al Tribunal Constitucional mediante la valoración del derecho sacrificado y el derecho, bien o valor de relevancia constitucional garantizado.

De lo expuesto se desprende que toda restricción de la libertad de conciencia, ya sea aduciendo la cláusula del orden público, ya sea invocando otros derechos o bienes constitucionales, ha de ser el resultado de una cuidadosa ponderación entre esa restricción constitucional posible y la fuerza expansiva de tal libertad, de suerte que aquélla se haya interpretado restrictivamente a favor de ésta, resultando, en todo caso, proporcional de cara a alcanzar el fin que persigue. Todo acto o resolución que limite la libertad de conciencia ha de asegurar que la medida limitadora sea necesaria para conseguir el fin perseguido y ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone. La proporcionalidad se concibe así como un límite frente a la actividad limitadora de la libertad a fin de filtrar o moderar el sacrificio. Se trata de medir o comparar la relación que media entre dos magnitudes: los medios, limitadores, de un lado, y, de otro, la finalidad inmediata por ellos perseguida. Es decir, si el fin justifica los medios. Más exactamente, el medio ha de ser *idóneo* para la consecución del fin; *necesario* respecto de todos los medios útiles y susceptibles de alcanzarlo; y *razonable* o proporcionada

16 Así, stc 141/2000.

17 Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2001, pp. 267 y ss.

18 *Ibíd.*

stricto sensu la ecuación costes-beneficios en su resultado¹⁹.

2.4. ¿Existe un derecho general a la objeción de conciencia?

Definir la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia no es tarea fácil. *Incumplimiento, desobediencia, excepción, tolerancia, concesión, derecho subjetivo y derecho fundamental* son algunas de las expresiones utilizadas por la doctrina a la hora de calificar jurídicamente la actitud de quienes se oponen al cumplimiento de una ley que consideran injusta²⁰. Actitud ante la cual cabe o castigar al objetor, considerándolo un infractor, o tolerar, crear una situación de conformismo que, sin aceptar la objeción, no castigue la desobediencia, o incluso reconocerla como manifestación de un derecho de la persona. Viene ello a mostrar que el tema dista mucho de estar clarificado en el campo de la ciencia jurídica. Desde quienes sostienen que la objeción de conciencia es un derecho del individuo hasta quienes la interpretan como una excepción a la regla, cuya vida depende por completo de su recepción positiva en el ordenamiento jurídico, toda una gama de opiniones giran hoy en torno al concepto de objeción de conciencia.

Pero quizá, más que dar cuenta de todas estas opiniones doctrinales y, al hilo de todas ellas, de la mía propia, resulte más oportuno recoger la postura mantenida por nuestro Tribunal Constitucional al respecto. Cualquiera de los trabajos publicados acerca de la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia puede servir de punto de aproximación al tema. Si bien, como digo, acaso resulte más revelador saber si para nuestro más alto Tribunal la objeción de conciencia es un derecho o una excepción a la norma. Adelanto, en todo caso, mi acuerdo casi fundamental con la postura del Tribunal Constitucional, ya que, entiendo, se sustenta en sólidos argumentos jurídicos que expresan, en suma, una concepción de la objeción acorde con los postulados de un Estado de Derecho como el que proclama el artículo 1.1 CE.

Dejando a un lado el caso singular de la objeción de conciencia al servicio militar, a la que el constituyente

quiso expresamente reconocer el *status* de derecho fundamental, la jurisprudencia del Constitucional, pese a alguna vacilación inicial, parece decantarse por la tesis de que la objeción es una excepción legal a la norma, una concesión del legislador, ofreciendo así una visión de la misma que podría calificarse de legalista y que descarta o, mejor dicho, matiza la presencia inmediata en el mundo de lo jurídico de elementos de índole superior al ordenamiento positivo. Sólo resulta admisible la presencia mediada de elementos morales en el mundo de lo jurídico, esto es, la que viene propiciada por la intermediación del legislador. No se niega que puedan existir simultáneamente en el interior de un mismo ordenamiento dos normas sustancialmente contradictorias, una jurídica y la otra de índole moral. No se cuestiona la conexión que puede existir entre la objeción de conciencia y las libertades ideológica y religiosa que reconoce y ampara el artículo 16 CE. Pero para que el dictado de la conciencia tenga relevancia ha de plasmarse en la ley, de suerte tal que las dos normas contradictorias son ya jurídicas, con independencia de que una de ellas esté inspirada en una motivación moral. Entre las dos normas jurídicas se entabla así una relación de regla y excepción; o, dicho de otro modo, una relación de regla y exención de la regla.

Si no me equivoco, ésta es la concepción que expresa muy claramente la STC 167/1987, donde se lee:

“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 en Derecho alguna, pues significaría la negación misma de la idea del Estado”.

Lo que viene a descartar el Tribunal Constitucional es que del reconocimiento de las libertades ideológica y religiosa en el artículo 16 CE se siga un derecho general a la objeción de conciencia. Esto es, la invocación de tales libertades no legitima sin más el incumplimiento de un mandato normativo por ser contrario a los dictados de la propia conciencia. La idea, en sí misma, resulta contradictoria con los postulados básicos del Estado de Derecho: la voluntad general, la ley, está por encima de la opción individual. A mi juicio, insisto, esta doctrina es muy acertada. Lo contrario supondría negar la idea de la imperatividad de las normas jurídicas. Y en el mismo sentido se pronuncian los textos internacionales clásicos con incidencia en la materia y los órganos encargados de velar por

19 González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2003.

20 Un buen resumen de las distintas posiciones doctrinales en torno a la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia se ofrece en De la Hera, A., “Sobre la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia”, en Ibán, I. C. (coord.), *Libertad y Derecho Fundamental de Libertad Religiosa*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1989, pp. 150-164.

su aplicación²¹. El criterio general debe ser, pues, el de la fuerza vinculante de la ley con el apoyo que, además, le presta el principio de igualdad.

Con todo, lo anterior no impide reclamar una tónica de sensibilidad para con la libertad de conciencia, dentro de su consideración, no ya como derecho subjetivo de carácter fundamental, sino como principio objetivo de nuestro ordenamiento jurídico. Asumido el doble carácter de esta libertad, el legislador debiera ser consciente de que le incumbe detectar aquellos supuestos de conflicto, especialmente sentidos, entre norma jurídica y norma de conciencia. Ello redundaría en una protección más real y efectiva de la misma. En tal sentido, el artículo 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), tras reconocer la libertad de pensamiento, conciencia y religión, consagra el derecho a la objeción de conciencia *de acuerdo con lo que prevean las leyes nacionales*. Desde este enfoque, la objeción de conciencia se erige en *técnica de protección* de la libertad de conciencia.

A nadie se le oculta, sin embargo, las dificultades para satisfacer este empeño. Los mandatos del ordenamiento son numerosísimos y las exigencias de la conciencia pueden ser casi infinitas. Cabría regular algunos supuestos de objeción, pero agotarlos todos es inimaginable. Como se sabe, el ámbito que habitualmente es materia de objeción es el de la prestación del servicio militar. Se trata de un supuesto históricamente consolidado, lo que ha motivado su constitucionalización en la mayoría de los países de nuestro entorno cultural y jurídico. En todo caso, dependiendo del ordenamiento jurídico específico, se admiten más o menos posibilidades para anteponer la especificidad que provoca una cuestión de conciencia frente al principio de generalidad de las leyes. Y todo ello, lógicamente, siendo plenamente conscientes de que puede haber valores por encima de la conciencia del individuo que precisen ser protegidos aún violentándola.

De cuanto antecede se desprende que, a la luz de la jurisprudencia constitucional, la objeción de conciencia es una manifestación concreta y *legitimada* del reconocimiento de las libertades ideológica y religiosa. Es más una vía para la protección de tales libertades fundamentales que un derecho subjetivo del individuo. Y decimos legitimada en cuanto exige la incorporación o regulación legal del conflicto entre norma jurídica y norma de conciencia que se quiere salvar.

21 Art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).

A partir de aquí, para catalogar determinada actitud como objetora, deben concurrir una serie de condiciones entre las que se puede destacar, en primer lugar, la existencia de una norma que acarrea prestaciones o actos de carácter personal. Norma, no en el sentido de práctica social que consiste en una regularidad de comportamientos acompañada de una actitud crítica hacia las conductas que se desvíen de esa regularidad, sino en tanto precepto dictado por la suprema autoridad en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados. Norma, pues, en el sentido de regularidad normativa, de instituciones legales o de leyes de un Estado. La prestación de carácter personal que la norma impone ha de ser, por lo demás, clara, lo que equivale a decir que el objetor no dispone de otra alternativa para asegurarse una actuación conforme a su conciencia que la de hacer frente a la norma y negarle obediencia. Otra cosa distinta es que, en la interpretación y aplicación de todo deber jurídico con incidencia en la libertad ideológica o religiosa, se haya de buscar siempre la mayor protección y efectividad real de tales bienes jurídicos, protegidos al más alto nivel por el Derecho del Estado. En tales circunstancias, no estaríamos ante un supuesto de objeción de conciencia, sino de *irradiación*²² de esos derechos fundamentales en el deber jurídico de que se trate. Sobre ello volveremos más adelante.

En segundo lugar, la objeción presupone la concurrencia de una actitud ética del que la invoca. Responde a un criterio de conciencia que mueve al individuo a pedir al ordenamiento la posibilidad de actuar jurídicamente conforme a aquella. En este sentido, Luis Prieto Sanchís la define como “el incumplimiento de una obligación legal y de naturaleza personal cuya realización producirá en el individuo una lesión grave de la propia conciencia o de las creencias profesadas”²³. El objetor desobedece la ley por considerarla injusta; rehúsa obedecer un mandato de la autoridad legítima al considerarlo radicalmente injusto.

La actitud ética aludida puede obedecer a factores ideológicos o religiosos. Los motivos de la objeción pueden ser de una u otra índole. En otras palabras, la objeción ampara tanto la libertad ideológica como la religiosa. Las motivaciones que subyacen en una objeción de conciencia *lato sensu* pueden hundir sus raíces en una cosmovisión

22 Böckenförde, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales* (prólogo de F. J. Bastida; traducción de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1993, pp. 110-112.

23 Ibán, I. C. y Prieto Sanchís, L., *Lecciones de Derecho Eclesiástico*, Tecnos, Madrid 1985, p. 105.

de fundamentación trascendente o no. Para el Derecho, lo relevante es la protección de un imperativo de conciencia que se opone al cumplimiento de un deber jurídico. Lo accidental, por así decir, es el origen de la conciencia.

En tercer lugar, la objeción de conciencia implica la no utilización de métodos violentos para reivindicar las posiciones, así como la no pretensión de sustituir o cambiar las normas frente a las que se objeta, ya que se desea sólo la excepción en el caso concreto. Ante todo, la objeción es una conducta pacífica o, si se quiere, pasiva, ya que consiste en abstenerse de cumplir un determinado deber impuesto por el ordenamiento.

La objeción comparte un gran número de caracteres con la desobediencia civil, pero de ella le separan ciertos rasgos como son la *privacidad*, la *legalidad* y la *pasividad* de la primera, frente a la publicidad, ilegalidad y rebeldía de la segunda. La desobediencia civil, en efecto, supone un desafío público y abierto a la autoridad que se expresa en la resistencia al cumplimiento de la ley vigente y la aceptación voluntaria de la sanción que tal actitud conlleva. En contraste con la objeción, la desobediencia encierra una rebeldía que no está permitida. Es, por consiguiente, un tipo de presión que trata de influir en el proceso político con el fin de transformar los valores y el marco jurídico de la sociedad. Un acto político ²⁴.

Todo supuesto de objeción encierra, por último, la imposibilidad de que una pretendida objeción pueda perjudicar a terceros o violar cualquier tipo de derecho fundamental. El objetor suele limitarse a reivindicar una conducta abstencionista o de una peligrosidad social menor. En otro caso, cabe presumir que la ponderación entre los distintos intereses en conflicto no le sería favorable y, por tanto, la excepción normativa no resultaría legitimada.

2. La objeción de conciencia del personal sanitario

2.1. El deber de prestar asistencia sanitaria

Sentado lo anterior, la reflexión en torno a la objeción de conciencia del personal sanitario ha de partir de la constatación de una realidad muy evidente: la existencia del deber jurídico de prestar asistencia sanitaria. Un deber de asistir que, en principio, se impone al dictado de la

conciencia de quien debe prestarlo. Decimos *en principio* por cuanto, como se ha dicho, queda abierta la posibilidad de que el legislador contemple excepciones a la norma, de suerte que quepa esquivar el deber en pos de la conciencia sin sufrir por ello sanción o demérito alguno. Pero, en tanto eso no ocurra, la obligación jurídica prevalece frente al dictado de la conciencia.

Como se afirma en la STC 166/1996, la finalidad constitucionalmente reconocida del Sistema de Salud supone que éste se configura como un régimen legal, en el que las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico (principalmente, en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad). A partir de ese instante, el cuadro de prestaciones del sistema de salud es jurídicamente exigible. Si la norma impone comportamientos al personal sanitario es porque los particulares tienen derecho a ser tratados. La realización del poder atribuido al paciente para la conservación de su vida y su salud es el presupuesto de la situación jurídica pasiva en la que el personal sanitario es constreñido a mantener un comportamiento, positivo, a favor de ese interés ajeno. Dicho comportamiento (*norma agendi*) se corresponde con un poder jurídico (*facultas agendi*) reconocido en beneficio del interés privativo del particular. Se trata de una obligación jurídica ligada a un derecho ajeno.

Nótese, por otra parte, que el incumplimiento de esta obligación puede llegar incluso a tener relevancia penal a tenor de lo dispuesto en el artículo 196 del Código Penal. Para que esa responsabilidad se dé es necesario, de un lado, que concurra un peligro grave para la vida o la salud (física o psíquica) del paciente y, de otro, que el facultativo esté obligado a realizar la asistencia, lo que ha llevado a la doctrina penal a debatir en qué situaciones se encuentra éste en posición de garante ante aquél, lo que parece reducir el ámbito de vigencia del precepto a la medicina pública o de seguro privado. En cualquier caso, se admite que el deber de actuar del sanitario no es genérico, sino que ha de mediar un previo requerimiento al sujeto en su calidad de profesional de la salud ²⁵. Obviamente, pueden plantearse supuestos de incumplimiento que carezcan de relevancia jurídico-penal, pero ello no permite negar la existencia del deber de prestar asistencia sanitaria.

²⁴ Soriano Díaz, R., *La desobediencia civil*, Barcelona PPU, Barcelona 1991; Falcón y Tella, M. J., *La desobediencia civil*, Marcial Pons, Madrid 2000.

²⁵ Véase, por todos, Muñoz Conde, F. – García Arán, M., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2002, pp. 320-321.

2.2. La objeción de conciencia al aborto: extensión y límites

Siendo, por así decir, la regla el deber de asistir, el único supuesto de objeción de conciencia del personal sanitario legitimado por nuestro ordenamiento se circunscribe al aborto, a la interrupción voluntaria del embarazo, en los supuestos en que conforme a lo dispuesto en la legislación española esa interrupción no sea un acto antijurídico. La STC 53/1985 admite explícitamente la oposición de los médicos y demás personal sanitario a prestar su concurso a la producción de un aborto en los supuestos declarados no punibles por la ley.

3.2.1. Extensión

Ahora bien, una vez sentado el reconocimiento por nuestro ordenamiento del derecho del médico y demás personal sanitario a la objeción de conciencia frente a la práctica del aborto despenalizado, resta determinar la extensión del mismo:

a) Para empezar, me parece clarificadora la pionera sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo de la entonces Audiencia Territorial de Oviedo, de 29 de junio de 1988, en la que se sientan dos conclusiones básicas. Por un lado, estima que el Insalud no podrá obligar a los facultativos y personal sanitario que sean objetores a realizar actos médicos, cualquiera que sea su naturaleza, que *directa o indirectamente* estén encaminados a provocar el aborto, tanto cuando éste vaya a realizarse, como cuando se esté realizando. Por otro lado, considera que estos mismos profesionales sanitarios habrán de prestar asistencia cuando la requieran las pacientes internadas por el aborto en todas las incidencias y estados patológicos que se produzcan, aunque tengan su origen en las prácticas abortivas realizadas.

b) En segundo lugar, ¿aprovecha la objeción de conciencia a los dictámenes médicos necesarios en el aborto *terapéutico* y en el *eugenésico*? Como se sabe, el artículo 417 bis del Código Penal prevé como necesarias dos conductas: el dictamen de especialista distinto al que practica materialmente el aborto y éste último. Es decir, la emisión del dictamen o los dictámenes preceptivos requeridos para la práctica despenalizada del tipo penal condiciona la aplicabilidad de la excusa absolutoria legalmente prevista. Como expresara el magistrado Rubio Llorente en su voto particular a la STC 53/1985, "los supuestos excepcionales de no punición del aborto se transforman en situaciones que permiten la obtención de una autorización para abortar". Pues bien, si se admite que la intervención médica en

la emisión de estos dictámenes, al suponer la validación de los supuestos de hecho que despenalizan la práctica del aborto, está directamente encaminada a su ejecución, a mi juicio tampoco se podrá obligar a los facultativos que sean objetores a tomar parte en la elaboración de esos dictámenes.

c) En tercer lugar, ¿se extiende esta objeción a los empleados de la administración hospitalaria, permitiéndoles rechazar formularios o documentos relacionados con el aborto, o al personal paramédico, que podría negarse a conducir al quirófano a la paciente que quiere abortar? En mi opinión, y sin negar que la vida humana es un valor cardinal que no deja indiferente a nadie, la conciencia no se ve comprometida con la realización de una actividad que se halla relacionada solamente de modo indirecto con el aborto.

d) En cuarto lugar, ¿se aplica esta objeción a los farmacéuticos que rechazan la venta de la píldora RU 486 ("del día después"), que ya desde su aparición en el mercado, en la Francia de la década de los 80, suscitó controversia? Dando por supuesto que el farmacéutico no es un mero expendedor de medicamentos, sino que asume responsabilidad como parte implicada en un acto médico, la dificultad estriba, si no me equivoco, en determinar si la píldora tiene o no carácter abortivo y si, en última instancia, la objeción podría estimarse *causa justificada* a los efectos de lo que dispone el artículo 108.2.b).15. de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. Al carecer de conocimientos científico-técnicos en la materia, no puedo pronunciarme sobre la naturaleza abortiva o anti-conceptiva de la misma; en cambio, considero que la causa justificada de la Ley del Medicamento sólo tendría el sentido de cláusula general legitimadora de la objeción de conciencia en el caso de que quedase científicamente acreditado su naturaleza abortiva.

Por lo demás, es claro que del reconocimiento legal de este supuesto de objeción de conciencia se sigue el derecho del objetor a no ser discriminado por su oposición a prestar su concurso a la producción de un aborto. Así, por ejemplo, alguna jurisprudencia ha considerado contrario a Derecho el traslado de un anestésico del servicio de medicina maternal al de traumatología por haber planteado objeción de conciencia al aborto. Entendí, más exactamente, que el traslado había obedecido a una represalia encubierta y ordenó su nulidad, con la consiguiente vuelta del demandante a su anterior puesto de trabajo. La potestad organizativa del ente gestor del hospital ha de conciliar

liarse con la prohibición de discriminación por motivos ideológicos o religiosos enunciada en el artículo 14 CE²⁶. Otras situaciones semejantes han merecido igualmente el reproche jurisdiccional²⁷.

3.2.2. Límites

Con todo, y como cualquier otro derecho, nacido, eso sí, de la exención de una obligación, la objeción de conciencia al aborto tiene límites más allá de los cuales su ejercicio resulta ilegítimo.

El límite más evidente es que nunca el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por un profesional sanitario puede suponer perjuicio para la paciente, por lo que sólo podrá admitirse cuando no ponga en peligro la atención sanitaria debida. Así, en el Reino Unido esta objeción no está permitida en caso de emergencia o peligro de muerte o cuando sea necesaria la interrupción del embarazo para evitar daño grave o permanente a la salud física o mental de la gestante y no exista alternativa²⁸.

De otra parte, la objeción de conciencia al aborto, en tanto conectada con la libertad ideológica o religiosa, es un derecho individual que no puede ser ejercitado por una institución –centros de salud, hospitales, etc.–. En consecuencia, como señalase el Tribunal Constitucional en su sentencia 106/1996, los centros sanitarios no pueden invocar un *ideario propio* a ponderar frente a otros derechos y bienes constitucionales. Los centros sanitarios están obligados a prescribir y proporcionar los servicios y prestaciones reconocidos en el Sistema de Salud. Y la Administración debe adoptar una actitud especialmente vigilante a fin de evitar cualquier desatención de la paciente. No se admite la objeción de conciencia institucional.

2.3. Valoración crítica

Tomando en consideración cuanto antecede, sorprende que, en nuestro ordenamiento, sólo se contemple una posibilidad para el personal sanitario de dejar de aplicar una ley que se oponga a su conciencia moral. No hay duda de que, en la práctica, se plantean innumerables situaciones concretas a las que la elaboración de una legislación particular sobre la objeción de conciencia en intervenciones médicas, hoy inexistente, podría dar cumplida respuesta en aras de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de la

adecuada ponderación de los derechos, bienes y valores constitucionales en conflicto. Ante la ya existente o eventual legislación reguladora de la reproducción asistida, el cambio de sexo, la eutanasia, la clonación terapéutica o la investigación con células madre, etc., quizá resultase prudente introducir la objeción de conciencia. Ahorraría problemas, facilitaría la realización de la libertad de conciencia del personal sanitario y, con las debidas cautelas, no perjudicaría a nadie. Creo, en tal sentido, que la peligrosidad social que acarrea todo supuesto de *no intervención-abstención* podría quedar en gran medida contrarrestada estableciendo como límite a la objeción la debida atención sanitaria, de modo que, como se acaba de indicar para el aborto, no quepa ejercerla cuando no exista alternativa.

Ahora bien, si no ocurriera así, tendrá que llegarse a soluciones pragmáticas, como la invitación a la dirección de los centros hospitalarios a tener en cuenta las ideas y creencias del personal en el momento de adjudicar las intervenciones a un equipo o a otro. Si la ley no provee su propia objeción, no hay razones para justificar la no intervención. El personal sanitario debe acatar el ordenamiento jurídico (art. 9.1. CE), quedando, en el mejor de los casos, a expensas de que otro está dispuesto a intervenir. Pero, insisto, quizá valga más evitar pleitos legitimando la exención de la obligación.

2. La mal llamada objeción de conciencia del paciente

2.1. Acotaciones previas

Aun siendo una especie del género *objeción de conciencia general*, la objeción de conciencia del paciente a tratamientos médicos presenta algunas singularidades que la definen nítidamente.

Por de pronto, habría que reconocer que se trata de un supuesto *impropio* de objeción de conciencia, en el sentido de que no existe el deber jurídico de conservar la salud o la vida. Si, como antes decía, la objeción implica la existencia de una norma que acarrea prestaciones o actos de carácter personal, no existe precepto alguno en nuestro ordenamiento que imponga al individuo la prestación de asegurar su propia salud o vida. No existe mandato que imponga inequívocamente una prestación o acto personal de esa naturaleza. Como ha escrito Yolanda Gómez, no existe la obligación jurídica de someterse a ningún tratamiento médico concreto puesto que tampoco existe la obligación de vivir ni de conservar la propia

26 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 18 de diciembre de 1991.

27 Durany Pich, I., *Objeciones de conciencia*, Navarra Gráfica Editores, Pamplona 1998, pp. 37-38.

28 Art. 4, *Abortion Act* de 27 de octubre de 1967.

vida²⁹. Falta, pues, en este caso el presupuesto de toda objeción: la oposición entre una norma imperativa y el dictado de la conciencia, de donde se infiere que no nos encontramos ante un caso de objeción *stricto sensu*.

Ahora bien, lo dicho no significa que no se plantee un conflicto de relevancia constitucional cuando un paciente decide rechazar un tratamiento médico. No cabe duda de que el conflicto se da y para su resolución se debe determinar, de un lado, el alcance de los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física (arts. 15 y 43 CE) y, de otro, el alcance de las libertades de pensamiento, ideológica y religiosa (art. 16 CE). Y es que, al rechazar un tratamiento médico, el paciente, invocando su libertad de conciencia, puede estar minando su salud o atentando contra su propia vida. El paciente no lo desea abiertamente, pero tampoco quiere que se impida ese resultado. Se trata de un supuesto de colisión del derecho a la vida, a la salud y a la integridad física con la libertad de creencias, planteándose entonces el problema de cuál de los derechos debe prevalecer y por cuál de ellos debe velar el Estado. Se debe, en suma, decidir si resulta o no legítimo practicar una asistencia médica coactiva a quien asume el riesgo de poner en jaque su salud o morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta antes de violentar sus creencias.

En segundo lugar, se debe hacer constar que la objeción de conciencia del paciente a tratamientos médicos es un supuesto de objeción fundado en convicciones religiosas. La realidad muestra que los supuestos de rechazo de una terapia médica se producen a partir de factores religiosos. Los casos objetables en conciencia hay que referirlos a las motivaciones religiosas. Dicho de otro modo, los motivos son siempre religiosos. Las motivaciones que subyacen en la objeción de conciencia a un tratamiento son sólo religiosas. El dictado o imperativo de conciencia deriva siempre de un acto de fe, de una cosmovisión trascendente. En cambio, no se conoce en nuestro país ni en otros de nuestro entorno la objeción a un remedio médico basada en razones ideológicas, en una cosmovisión desprovista del elemento trascendente. Resulta desconocida la exigencia de respeto a una conducta de rechazo dictada por la libertad ideológica del paciente.

No convendría, en tercer lugar, juzgar alegremente a quien se niega a recibir un tratamiento médico por razones de conciencia religiosa. El creyente que, por ejemplo, se niega a recibir una transfusión de sangre está velando por

su salvación eterna en vez de por su salvación terrenal. Está, además, ejerciendo con ello un derecho subjetivo de carácter fundamental. Invoca la dimensión de *agere licere* que comprende la libertad de religión y a la que, como se ha analizado, se ha referido el Tribunal Constitucional en más de una ocasión³⁰. La libertad religiosa comprende no sólo el derecho del individuo a adoptar aquella cosmovisión de fundamentación trascendente que mejor se acople a sus preferencias, sino también la facultad de obrar conforme a ella. Y, se quiera o no reconocer, el Estado, al favorecer una asistencia médica coactiva, está, en última instancia, decidiendo que una doctrina religiosa entra en conflicto con derechos, bienes y valores de relevancia constitucional, y eso es algo que, si bien, como se verá, se puede hacer en determinadas circunstancias, también se puede controlar, no vaya a ser que la decisión derive de un prejuicio religioso siempre rechazable.

Tampoco convendría perder de vista, en cuarto lugar, que en estos supuestos pueden entrar en juego responsabilidades penales. De la interpretación que se dé a las normas en conflicto puede derivarse la comisión de un delito contra la libertad religiosa del paciente que se niega a recibir asistencia médica³¹ o la comisión de un delito de homicidio por omisión³² o de denegación de la asistencia debida³³ por parte del personal sanitario que consiente en no realizar un tratamiento o de la autoridad judicial que se niega a ordenarlo. Ello nos coloca ante el interesantísimo tema de la irradiación de los derechos fundamentales en la legalidad penal, que será abordado en la última parte del presente trabajo.

La cuestión que nos ocupa tiene, finalmente, una implicación práctica nada desdeñable. ¿Está obligado el Estado constitucional, no sólo garante sino también promotor de los derechos fundamentales, a dispensar tratamientos médicos alternativos más costosos pero menos conflictivos desde la perspectiva del debido respeto a la libertad de creencias de los individuos? Sabido es que lo que caracteriza al Estado social es que vino a superar histórica y conceptualmente al Estado liberal. ¿De qué modo? En el de que mientras el liberal se concibió como un Estado gendarme —en palabras de Ferdinand Lasalle—, que debía limitarse a asegurar la paz y el orden interior sin intervenir para nada en el libre juego de las fuerzas productivas y en sus consecuencias sociales, el social se iden-

29 Gómez Sánchez, Y., “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la objeción de conciencia y los tratamientos médicos”, *Revista de Derecho Político*, 42, UNED, Madrid 1996, p. 76.

30 Vid., por ejemplo, las sstc 24/1982, 166/1996, 46/2001 y 101/2004.

31 Arts. 522 a 526 CP.

32 Arts. 11 y 138 CP.

33 Art. 196 CP, ya aludido.

tificará por su declarada voluntad de corregir activamente las desigualdades presentes en la sociedad, intentando que la libertad y la igualdad formal definidora del Estado liberal se acerque de forma creciente y progresiva a la real. Aunque la fórmula fue acuñada ya a finales de los años 20 y los primeros textos constitucionales que se hicieron eco de sus consecuencias jurídico-políticas se aprobaron en el período de entreguerras, únicamente tras la apertura del proceso constituyente europeo posterior a la caída del nazismo y del fascismo se iba a producir la constitucionalización de la forma jurídica del Estado social. La Constitución española, en esta dirección, no sólo ha proclamado el carácter social como uno de los elementos definitorios del tipo estatal que en ella se consagra (art. 1.1), sino que, además, y en plena coherencia con tal formulación, ha recogido toda una serie de principios que vienen a darle un contenido sustantivo. Pero quizá sea el artículo 9.2 el que más claramente muestre el carácter social de nuestro tipo estatal:

“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

La doctrina ha destacado, asimismo, como el progresivo asentamiento del Estado social se ha dejado sentir no sólo en el reconocimiento de los denominados *derechos sociales* sino también en la transformación operada en el seno de los derechos de libertad más clásicos. Derechos que ya no sólo demandan de los poderes públicos una actitud de respeto y consideración, un deber de no hacer o, mejor dicho, de no injerencia en el espacio de libertad que cada uno de ellos delimita, sino también una actitud de promoción o *prestacional*, un deber de hacer que obliga a todos, y, especialmente, al legislador, a crear las condiciones más favorables para su disfrute real y auténtico. ¿Resulta, pues, exigible que el Estado ofrezca terapias médicas más costosas pero menos lesivas para la libertad religiosa del paciente? La jurisprudencia, como a continuación se analizará, ha respondido a este interrogante y a otros a él íntimamente ligados.

2.2. Las soluciones de la jurisprudencia constitucional española

4.2.1. La autonomía del paciente como premisa

Ante el conflicto que plantea la objeción de conciencia del paciente, lo que, en principio, parece claro es que no cabe imponer un tratamiento a un adulto sin su consentimiento. La salud se puede configurar como un derecho, pero configurarla como una obligación comporta una absoluta falta de respeto y consideración hacia la dignidad y la libertad de las personas (arts. 1.1 y 10.1 CE). De algún modo, así ha venido a reconocerlo el Tribunal Constitucional, para quien, a salvo de ulteriores matizaciones, toda intervención corporal coactiva atenta contra el derecho a la integridad física de quien la sufre³⁴. En el mismo sentido, el artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, prescribe que toda actuación en el ámbito de la salud necesita del consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso. Antes, el artículo 2 de esta misma Ley ya había precisado que todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento. Y, en fin, más recientemente, los códigos deontológicos de la profesión médica asumen la obligación de respetar las decisiones de los pacientes.

No obstante, como se verá de inmediato, este punto de partida, la autonomía del paciente, se puede y, aún más, se debe matizar atendiendo a las circunstancias de cada caso, sobre todo en el supuesto de tratamientos médicos destinados a salvaguardar la vida o la salud pública en tanto elemento constitutivo del orden público. La protección de otros derechos, bienes y valores apreciados por el constituyente puede aconsejar la limitación de la autonomía y libertad del paciente. Cabría traer aquí de nuevo a colación conceptos y categorías tan conocidas para los constitucionalistas como el *principio de la concordancia práctica*, la *técnica de la ponderación de bienes* o el *principio de proporcionalidad*.

4.2.2. Primacía incondicionada del derecho a la vida

³⁴ El ya referido Capítulo Tercero del Título Primero CE: “De los principios rectores de la política social y económica”.

³⁵ stc 154/2002.

Toda reflexión acerca de las soluciones de la jurisprudencia constitucional española en materia de objeción de conciencia a tratamientos médicos ha de tomar en cuenta algunas de las afirmaciones contenidas en las SSTC 53/1985 y 212/1996. En ellas, como al comienzo se avanzó, el derecho a la vida se define como un valor superior del ordenamiento, como un principio objetivo que orienta y encauza la actuación de los poderes públicos. Así lo atestigua su colocación en el texto constitucional. Por eso, a los poderes públicos no sólo les corresponde la obligación negativa de no lesionar la vida, sino también la positiva de contribuir a la efectividad de tal derecho.

Acaso esta adhesión a la llamada filosofía de los valores justifique las peculiaridades de nuestra jurisprudencia constitucional en el tema que nos ocupa. Y es que, hasta la fecha, el Constitucional, sin agotar todos los supuestos imaginables, se ha mostrado tajante en los casos de colisión entre el derecho a la vida y otros derechos fundamentales: cuando la vida humana depende de los poderes públicos o de terceros se impone la obligación de defender la vida por encima incluso de la propia decisión del individuo afectado, ya sea adulto capaz o menor de edad.

4.2.2.1. Adulto capaz

Sin perder de vista estas consideraciones, el rechazo del adulto capaz a tratamientos médicos por razones de conciencia ha adoptado en nuestro país dos formas. Una primera alude a la negativa de los testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre. Y una segunda vinculada a la alimentación forzosa de internos en centros penitenciarios y en huelga de hambre por motivos políticos.

El ATC 369/1984 rechaza el recurso de amparo interpuesto por un testigo de Jehová contra la inadmisión de una querella contra un magistrado que autorizó una transfusión de sangre para resolver diversos problemas hemorrágicos derivados de un parto previo de la mujer del recurrente, pese a la negativa y reiterada oposición de éste. El Constitucional, restando importancia al asunto desde la óptica de la libertad religiosa⁴⁰, analiza exclusivamente la controversia desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y concluye la adecuación de la inadmisión de la querella a la legalidad ordinaria. Lo que, en todo caso, interesa aquí resaltar es que el Tribunal deduce la legitimidad de la autorización de los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, que señala como límite de este derecho fundamental la salud de las personas. Interpretación, a nuestro entender, desenfocada y errónea, ya que, tanto el artículo 3.1 de la

Ley Orgánica como los textos internacionales con relevancia en la materia, hablan de salud pública, de donde se infiere que la salud individual, sin mayores repercusiones hacia fuera, no puede ser invocada como elemento constitutivo del orden público en cuanto límite expreso de la libertad de religión. Así viene ahora a reconocerlo expresamente la más reciente STC 154/2002, al matizar que la salud pública comprende "los riesgos para la salud en general". Cambio, pues, de criterio jurisprudencial que conviene tener en cuenta de cara al enjuiciamiento de controversias futuras. La autorización judicial de una transfusión sanguínea puede resultar legítima si se funda en la preservación de otros derechos, bienes y valores de relevancia constitucional, pero no en la salud individual como pretendido elemento integrante del orden público.

Por su parte, la célebre y polémica STC 120/1990 desestima el amparo interpuesto por unos reclusos, miembros del GRAPO, en huelga de hambre contra la resolución judicial que declara el derecho-deber de la Administración Penitencia de suministrar asistencia médica una vez que, conforme a criterios científicos, resultase acreditado que su vida corría peligro. La decisión del Constitucional se funda en la existencia de una relación de especial sujeción por razón del régimen penitenciario, así como en la inconsistencia de los motivos de conciencia alegados por los recurrentes. Esa relación de especial sujeción comporta "un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa". Lo que no aclara del todo el Tribunal es si esas limitaciones serían ilegítimas en el supuesto de que se impusieran a ciudadanos libres. "Una cosa -se dice- es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta", en cuyo caso quizá podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria, "y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que el confiere el ordenamiento jurídico". Siendo cierto que la STC 120/1990 no resuelve directamente un caso encuadrable en la objeción de conciencia a tratamientos médicos, no lo es menos que

de no entenderse referido el párrafo transcrito a este tema se hace difícil comprender su sentido ³⁶.

De otro lado, al negar que la libertad ideológica pueda ofrecer cobertura a la protesta y reivindicación de los recurrentes, el Tribunal acierta, en nuestra opinión, a definir la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia: un conflicto entre norma jurídica y norma de conciencia que hunde sus raíces en una postura ideológica o religiosa no coyuntural ni de mera oportunidad política.

La STC 166/1996, por último, aborda el tema de si la organización sanitaria pública está obligada a disponer de medios terapéuticos alternativos para asistir a pacientes que se opongan a recibir transfusiones. En ella, el Constitucional deniega el amparo interpuesto por un paciente, testigo de Jehová, que estimaba violentada su libertad religiosa ante la negativa del INSALUD de intervenirle prescindiendo de la transfusión. Habiendo acudido a un hospital privado donde fue operado conforme a sus convicciones, su solicitud de reintegro de las cantidades desembolsadas fue desestimada por el Tribunal Supremo. Con buen criterio, entiende el Constitucional que la *lex artis* de la profesión médica "sólo puede decidirse por quienes la ejercen y de acuerdo con las exigencias técnicas que en cada caso se presenten y se consideren necesarias para solventarlo", de suerte tal que "las causas ajenas a la medicina, por respetables que sean, no pueden interferir o condicionar las exigencias técnicas de la actuación médica". Por otra parte, el carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de Seguridad Social implica que éste se configure como un régimen legal, en el que tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, vienen determinadas, no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico. De las obligaciones del Estado y de otras tendentes a facilitar la libertad religiosa no puede seguirse, porque es cosa distinta, que esté también obligado a otorgar prestaciones de otra índole para que los creyentes de una determinada religiosa puedan cumplir los mandatos que les imponen sus creencias. Tal cosa sería "una excepcionalidad, que, aunque puede estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición".

³⁶

Así lo entienden SANTOLAYA MACHETTI, P., "De cómo la libertad ideológica puede modular el cumplimiento de algunas obligaciones legales (según la jurisprudencia)", Ponencia elaborada para el VI Congreso de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Pamplona, 5 y 6 de octubre de 2000, p. 15; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., op. cit., p. 78.

Aun compartiendo sustancialmente el razonamiento de la mayoría del Constitucional, no hay que perder de vista que, a partir de la consideración de la libertad religiosa no ya como derecho subjetivo sino como principio, el Estado está obligado a promover las condiciones necesarias para su plena eficacia sin que, en algunos casos, baste la mera abstención. La propia Ley Orgánica de Libertad Religiosa establece la obligación de los poderes públicos de adoptar las medidas necesarias para el disfrute real y efectivo de las facultades que integran el contenido esencial de tal derecho, con expresa referencia a los establecimientos hospitalarios. En base a estas consideraciones, y como pone de manifiesto el voto particular del magistrado J. D. González Campos, no se puede descartar que, siempre a partir de una cuidadosa ponderación de los bienes y recursos en juego, quepa exigir a la Sanidad pública que ofrezca terapias alternativas ³⁷.

4.2.2.2. Menor de edad

La STC 154/2002, la única que hasta la fecha se ha pronunciado sobre la negativa del menor de edad a recibir un remedio médico, no alberga duda alguna: la vida debe prevalecer. El menor es titular de la libertad religiosa, pero eso no implica "reconocer la eficacia jurídica de un acto (...) que, por afectar en sentido negativo a su vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable". Primero, porque "no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza (...) que el menor fallecido (...), de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital". Y, "en todo caso", como cláusula de salvaguardia, porque la vida es "un valor superior del ordenamiento constitucional" y, por tanto, "preponderante". La decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental y no puede convenirse que el menor goce sin matices de tanta facultad de autodisposición sobre su propio ser. Por eso no merece reproche alguno la actuación del juez que autorizó la transfusión en las concretas circunstancias del caso, aunque resultase violentada su conciencia y su integridad física.

4.2.3. Valoración crítica a la luz de la jurisprudencia comparada

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a los conflictos entre el derecho a la vida y la libertad

³⁷

En el mismo sentido, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *ibíd.*, pp. 88-90.

de conciencia del paciente recaída hasta la fecha se funda, como se ha visto, en la primacía incondicionada del primero sobre la segunda. Una prevalencia absoluta que, a mi juicio, desconoce las exigencias del principio de la concordancia práctica y que no valora suficientemente la complejidad y variedad de los supuestos imaginables. En todos ellos se pueden identificar con relativa facilidad los distintos bienes y valores constitucionales en conflicto, pero la auténtica dificultad estriba en ponderar *ad casum*.

Las sentencias comentadas se sitúan en una zona altamente polémica. ¿Se puede disponer de la propia vida? ¿Merece algún reproche constitucional la imposición de la vida y la de aquellos remedios o conductas destinados a defenderla o mantenerla? Entramos así en un terreno pantanoso, en el que desde largo tiempo se viene polemizando y en el que se ha de seguir discutiendo. Y un terreno en el que, de otra parte, se entremezclan una pluralidad de casos que tal vez convenga no confundir. Una cosa son las intervenciones, a la edad que sea, que consisten en alargar la vida de quien hay constancia seria que va a morir. Otra, bien distinta, el caso de las operaciones arriesgadas que tienen un escaso tanto por ciento de probabilidad de salvar una vida. O el de las intervenciones que atacan gravemente contra la integridad física de una persona. Casi nadie, entiendo, dudaría de la correcta legitimidad del individuo de disponer de su vida en tales circunstancias.

¿Y aquellos tratamientos médicos que razonablemente pueden evitar una muerte? También aquí convendría distinguir. No es lo mismo disponer de la propia vida que de la vida ajena. Es evidente que la patria potestad no da opción para rechazar cuidados que podrán salvar la vida del niño. Lo mismo se podría decir en relación a la objeción de conciencia formulada por los familiares de un incapaz y de la que puede seguirse un riesgo cierto para su vida. Los derechos de los demás, empezando por la vida como presupuesto para el disfrute de todos ellos, juegan aquí claramente como límite.

Hay que reconocer, en cualquier caso, que vivimos en un mundo que se compromete a defender y promocionar la vida. La vida es la mayor garantía que se ofrece a las personas. Cabría incluso preguntarse si no es un componente esencial de la moralidad pública, uno de los elementos constitutivos del orden público aludido en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Sin embargo, ¿por qué juzgar a quien, con lucidez, se obstina en no adoptar los remedios -que él juzga perniciosos por motivos de conciencia- que le permitirían mantener la vida?

La jurisprudencia comparada ofrece algunas soluciones, no del todo coincidentes con las de la jurisprudencia constitucional española. Se es consciente de que hay una esfera íntima cuyas decisiones no pueden ser materialmente forzadas (repárese, sin ir más lejos, en que nuestro ordenamiento no tipifica como delito la tentativa de suicidio). Pero allí donde la vida depende de terceros, y no digamos donde hay una responsabilidad de los poderes públicos, se legitima la intervención a favor del valor vida.

Las soluciones del Derecho Comparado muestran, en suma, lo difícil que resulta ofrecer un tratamiento jurídico uniforme a supuestos tan diversos. La resolución de los conflictos suscitados por las objeciones de conciencia a tratamientos médicos exige, en efecto, una cuidadosa ponderación de los distintos derechos, bienes y valores constitucionales en conflicto. Más que nunca se podría traer aquí a colación la ya referida definición de la ponderación como jerarquía móvil de derechos y bienes constitucionales (R. Alexy). Se trata de determinar en qué supuestos ha de prevalecer la norma de conciencia y en qué supuestos la norma jurídica protectora de otros bienes de relevancia constitucional. El Derecho se revele, en estos casos, como "prudencia iuris"³⁸, pero ello no es obstáculo para intentar indagar los criterios orientadores de un buen cúmulo de decisiones jurisprudenciales. El contraste con la jurisprudencia constitucional española resultará revelador, por cuanto, lejos de afirmar la primacía incondicionada de la vida, se opta por la ponderación *ad casum*. Otra forma de afrontar la relación dialéctica entre vida, salud y conciencia moral.

4.2.3.1. Adulto capaz

La jurisprudencia comparada, ante el caso límite del adulto capaz que rechaza la asistencia médica, se inclina por la primacía de su libertad de conciencia, aunque se tenga la certeza de que la negativa le acarrearán la muerte³⁹. Se viene a entender que, no estando en juego derechos fundamentales de terceras personas ni bienes o valores que sea necesario preservar a toda costa, no se puede justificar una coacción que, aun cuando dirigida a cuidar o

³⁸ NAVARRO VALLS, R. - MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - JUSDADO, M. A., "La objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho comparado y Derecho español", en AAVV., *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1989, p. 964.

³⁹ *Ibíd.*, pp. 902-905, 930-936 y 944-945. Asimismo, DURANY PICH, I., *op. cit.*, pp. 23-25.

a salvar la vida de quienes la soportan, afecta al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin padecer demérito o daño de los demás. La persona -sea cual sea la circunstancia en la que se encuentre y estando en el pleno uso de sus facultades mentales- tiene derecho a que nadie que no sea ella misma decida e imponga coactivamente lo que haya de hacerse para conservar la salud, seguir viviendo o escapar al peligro de muerte. Un derecho que incluye la facultad de rechazar la ayuda o la asistencia médica que ni se desea ni se ha solicitado. Resulta ilícito, por tanto, forzar la voluntad de un individuo, libremente expresada, y coartar su libertad para imponerle un tratamiento médico que rechaza. El deber de velar por la salud y la integridad física del individuo termina frente a la renuncia del paciente a su derecho a recibir protección y cuidados médicos. Quienes, con grave riesgo para su salud y su vida, pero sin riesgo alguno para la salud de los demás, se niegan a recibir asistencia sanitaria no son personas incapaces cuyas limitaciones hayan de ser suplidas por los poderes públicos o por terceros particulares (personal sanitario). Son personas enfermas que conservan la plenitud de sus derechos para consentir o para rechazar los tratamientos médicos que se les ofrezcan.

La regla, no obstante, admite excepciones cuando concurran libertades fundamentales de terceras personas u otros intereses constitucionales que sea conveniente preservar a toda costa. Determinadas circunstancias exteriores al objetor pueden generar un interés social de tal magnitud que llegue a neutralizar el ejercicio de su libertad individual. Frente al derecho del individuo a que nadie que no sea él mismo decida e imponga coactivamente lo que haya de hacerse para conservar la salud o escapar al peligro de muerte, la salvaguarda de derechos de terceros o el aseguramiento de otros intereses sociales tiene valor justificativo⁴⁰. La intolerancia, como ya argumentara Locke, está justificada cuando⁴¹ es necesaria para afianzar el orden y la seguridad pública.

Así ocurre, por ejemplo, cuando existe una familia que depende afectiva o económicamente de la supervivencia del adulto o cuando se plantea un grave riesgo para la salud o salubridad pública. En el primer caso, la libertad personal y la autonomía de la voluntad ceden ante la obli-

gación de velar por los hijos, de educarlos y de prestarles alimentos, obligación primaria nacida de la existencia de un vínculo de filiación⁴². La desatención de la familia, derivada del seguro incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, no puede justificarse esgrimiendo motivos de conciencia. Nótese que el interés social a proteger es el aseguramiento de unas mínimas condiciones materiales y de un ambiente familiar adecuado para el desarrollo integral de los hijos, de ahí que, en algún supuesto en que ese interés se estimó suficientemente asegurado, fuese respetada la negativa a recibir la terapia⁴³. En el segundo caso, aunque, sin duda, habrá que valorar la gravedad de cada crisis, el derecho a la salud de la colectividad no puede ponerse seriamente en cuestión por la oposición individual a una intervención médica prescrita en el marco de programas de política sanitaria o ante una situación de urgencia generalizada. La salud pública, elemento integrante del orden público, limita el derecho del adulto sobre el propio cuerpo. Ninguna libertad es absoluta; todas admiten restricciones en aras del bien común. En la medida de lo posible, deberá optarse por arbitrar medidas alternativas (aislamiento, terapia alternativa, etc.) que impidan el conflicto entre norma jurídica y norma de conciencia, pero si no las hay, resulta legítimo hacer prevalecer la tutela de la salud o salubridad pública sobre el dictado de la conciencia individual⁴⁴.

Una cosa es, por lo demás, respetar la libertad de conciencia del individuo y otra bien distinta, desprovista de encaje constitucional alguno, es la pretensión del objetor de que le sea dispensado un tratamiento inadecuado como alternativa. Pretensión ésta que entra en abierta contradicción con el interés público en garantizar la integridad ética del personal sanitario, comprometido en la defensa de la salud y de la vida de los pacientes. Por lo tanto, la postura del facultativo que se niegue a aplicar un tratamiento médico inapropiado para garantizarlas no merece reproche alguno desde la perspectiva constitucional. Ahora bien, de existir otra terapia compatible con las convicciones del enfermo, éste podría reivindicarla y hasta

⁴⁰ NAVARRO VALLS, R. - MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - JUSDADO, M. A., op. cit., pp. 903-906 y 931-932; DURANY PICH, I., op. cit., pp. 25-26.

⁴¹ LOCKE, J., *Carta sobre la tolerancia* (edición a cargo de Pedro Bravo Gala), Tecnos, Madrid 1988, pp. 11 y ss.

⁴² NAVARRO VALLS, R. - MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - JUSDADO, M. A., op. cit., pp. 905-906.

⁴³ *Ya clásica es la sentencia del Supremo americano* In re Osborne (1972), citada en NAVARRO VALLS, R. - MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - JUSDADO, M. A., op. cit.

⁴⁴ NAVARRO VALLS, R. - MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - JUSDADO, M. A., op. cit., pp. 904-905; DURANY PICH, I., op. cit., p. 26.

podría incurrir en responsabilidad, el médico que, sin razón fundada, se negase a aplicarla⁴⁵.

4.2.3.2. Menor de edad e incapaz

En el caso de los menores e incapaces, por el contrario, la regla se invierte. Prima el interés público en proteger la salud y la vida. Si el ejercicio de los derechos fundamentales se funda en la aptitud individual de autogobierno libre y responsable, esa cualidad no se da en quien de ella carece. La madurez personal es fruto de la experiencia y ésta exige por sí misma ese transcurso del tiempo cuyo cómputo refleja la edad. Claro está que la edad por sí sola no asegura la necesaria aptitud de discernimiento. La enfermedad puede privar de ella al individuo que, por razón de edad, podría haberla ya adquirido.

Sobre esta base, la jurisprudencia comparada avala la decisión del personal sanitario que decide aplicar un tratamiento médico para salvar la vida del menor. En ocasiones, ni siquiera se requiere autorización judicial; el facultativo puede decidir por sí mismo la imposición del remedio que estima⁴⁶ adecuado, pese a la oposición del menor y de sus padres. Los padres, como expresara el Supremo americano en *Prince v. Massachusetts*, son muy libres para ser mártires ellos mismos, pero de ahí no se infiere que sean libres para convertir en mártires a sus hijos, antes de que éstos hayan alcanzado la edad en la que se presume la plena discreción de juicio. Basta probar que, de no haberse actuado, se habría seguido un daño irreparable para el paciente.

Ahora bien, ¿hasta qué edad ha de considerarse a una persona menor? ¿A partir de qué momento se supone que goza de la aptitud necesaria para decidir por sí mismo? La respuesta de la jurisprudencia es, por así decir, maximalista. Mayor de edad es quien tiene cumplida la mayoría de edad legal. Atendiendo a la trascendencia de los bienes y valores constitucionales en juego, se presume que sólo quien ha rebasado la mayoría de edad posee la madurez personal⁴⁷ necesaria para emitir un acto de voluntad tan decisivo. Cabría preguntarse, sin embargo, si, en el caso del menor no emancipado pero capaz de emitir decisiones de conciencia valorando la gravedad de la situación, no

sería más procedente flexibilizar esta posición y reconocer a la autoridad judicial un cierto margen de apreciación para que pondere todas las circunstancias del caso y decida en consecuencia⁴⁸.

Mayor dificultad encierra, sin duda, el enjuiciamiento de la negativa de un incapaz a recibir un remedio médico que, previsiblemente, le salvará la vida. Alguien habrá de suplir la voluntad del incapaz, pero no resulta fácil determinar quién y en qué condiciones. Nada se opone a que los familiares y, en su defecto, los terceros en posición de garantes decidan, pero la tarea se complica si el paciente ha declarado con anterioridad a su incapacidad su objeción al tratamiento. La jurisprudencia se inclina por confirmar, en todo caso, la legitimidad⁴⁹ del tratamiento dispensado para salvaguardar la vida.

Sin embargo, como ha apuntado alguna doctrina⁵⁰, convendría quizá distinguir dos situaciones distintas. Una primera en la que el tratamiento resulta indispensable para salvar la vida del enfermo o para evitar una incapacidad definitiva. El juez habrá de autorizar la intervención, supliendo así la voluntad del incapaz. Los bienes jurídicos que se quiere proteger son de tal calibre que ninguna persona, a excepción del interesado, puede asumir la responsabilidad de una decisión en conciencia que puede acarrearle la muerte. El riesgo, además, es tan grave que sería contraproducente tratar de indagar cómo habría obrado el paciente, aun cuando haya constancia de su objeción de conciencia a la asistencia médica antes de la declaración de incapacidad.

En cambio, sí resultaría legítimo tratar de indagar la voluntad del incapaz cuando el tratamiento no resulte necesario para salvar su vida o para evitar una incapacidad definitiva. En tal caso cabría, en efecto, recurrir a lo que la jurisprudencia norteamericana denomina el juicio de sustitución (*substituted judgement*), esto es, la determinación de la voluntad presunta del paciente, lo que podría ocasionar la denegación judicial de la asistencia médica si se estima que así habría actuado el enfermo si estuviera en el pleno uso de sus facultades mentales.

A nadie se le oculta lo arriesgado del juicio de sustitución. Por de pronto, comporta un evidente subjetivismo,

⁴⁵ NAVARRO VALLS, R. - MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - JUSDADO, M. A., op. cit., pp. 967-968.

⁴⁶ NAVARRO VALLS, R. - MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - JUSDADO, M. A., op. cit., pp. 911-915 y 947-948; DURANY PICH, I., op. cit., pp. 28-33.

⁴⁷ NAVARRO VALLS, R. - MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - JUSDADO, M. A., op. cit., p. 968.

⁴⁸ Ibíd.

⁴⁹ NAVARRO VALLS, R. - MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - JUSDADO, M. A., ibíd., pp. 906-911; DURANY PICH, I., op. cit., pp. 26-27.

⁵⁰ NAVARRO VALLS, R. - MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - JUSDADO, M. A., ibíd., pp. 970-971.

ya que se trata de integrar una voluntad ficticia o interpretativa. Resulta muy difícil, por otro lado, apreciar el instante en que una persona pierde la capacidad de discernimiento y, en consecuencia, determinar el momento a partir del cual ha de considerarse irrelevante las manifestaciones de voluntad por ella expresadas a fin de formular el juicio de sustitución. Naturalmente, la autoridad judicial sólo podrá denegar la autorización cuando haya adquirido la absoluta certeza de que el paciente, de tener capacidad, lo rechazaría por razones de conciencia. En otro caso, autorizará la intervención, tomando en consideración, eso sí, cuál es el tratamiento menos gravoso para la libertad de conciencia del paciente.

5. De cómo la libertad de conciencia puede modular el cumplimiento de deberes destinados a preservar la vida y salud

Una última cuestión que merece ser enjuiciada en este trabajo es la denominada *irradiación* de la libertad de conciencia sobre aquellos deberes orientados a salvaguardar la vida y la salud. Esto es, en qué medida la libertad de conciencia puede modular o matizar el cumplimiento de esos deberes. No se niega la existencia de la obligación jurídica; tampoco se cuestiona la doctrina constitucional en torno a la objeción de conciencia. De lo que se trata es de determinar si del reconocimiento de las libertades ideológica y religiosa se sigue la posibilidad de adaptar esa obligación jurídica a los dictados de la conciencia moral.

Este tema es abordado *in extenso* por el Tribunal Constitucional en la sentencia 154/2002, ya aludida a lo largo del trabajo. En ella, el Pleno del Tribunal concede el amparo a unos padres, testigos de Jehová, que no habían autorizado la transfusión de sangre a su hijo menor ni intentado convencerle para que él mismo la recibiera, falleciendo en consecuencia. Más exactamente, concluye que dos sentencias del Tribunal Supremo, estimatorias del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca que había absuelto a los progenitores del delito de homicidio en comisión por omisión, violentaron su derecho fundamental a la libertad religiosa. En la medida en que el recurso de amparo se dirige contra el pronunciamiento condenatorio de los padres del menor, la vulneración constitucional denunciada en la demanda es la de la libertad religiosa de los padres recurrentes. Amparo, pues, de

los del artículo 44 LOTC, en el que se impugna la actuación judicial lesionadora del derecho consagrado en el artículo 16 CE y en el que se pide al Constitucional que restablezca al recurrente en la integridad de tal derecho⁵¹. Y amparo, en fin, complejo, extenso en su argumentación jurídica y muy significativo, que, al hilo de la resolución de la demanda interpuesta, teoriza lúcidamente sobre el contenido y límites del derecho individual de libertad religiosa y, por lo que aquí y ahora más interesa, sobre la libertad de religión como principio.

El mayor interés de la sentencia 154/2002 radica, en efecto, en que constituye un magnífico ejemplo de la toma en consideración de la libertad de conciencia a la hora de interpretar toda norma jurídica con incidencia sobre ella⁵². Cualquier precepto jurídico que afecte a la conciencia moral de un sujeto ha de ser interpretado, en la medida de lo posible, conforme al contenido y a las exigencias del derecho fundamental reconocido en el artículo 16 CE. En este caso, el deber jurídico de los padres de garantizar la salud de sus hijos menores. Se trata de valorar el influjo que la libertad religiosa de los padres ejerce en la condición de garantes de la salud de sus hijos ex artículo 11, en relación con el 138, del Código Penal.

Si no me equivoco, el argumento decisivo del Tribunal Constitucional para conceder el amparo a los padres recurrentes es que éstos no se opusieron a la transfusión cuando fue ordenada por la autoridad judicial, aunque tampoco la autorizaron ni obligaron a su hijo a someterse a ella. Esta circunstancia, dada la condición de testigos de Jehová de los padres y del hijo, el hecho de que éste también se opusiera y, finalmente, el que resultara acreditado que los padres se afanaron en buscar un tratamiento alternativo, inclinan al Tribunal a otorgar el amparo, pues obligarles a algo más habría violentado su libertad de conciencia religiosa. El drama humano de unos padres que durante días van de hospital en hospital a la búsqueda de la salud de su hijo y que al, propio tiempo, son contrarios a una transfusión de sangre no puede saldarse de forma inequívoca con una condena penal por homicidio omisivo. La inicial negativa de los progenitores a que se realizara la transfusión de sangre se convirtió luego en acatamiento de la autorización judicial para practicarla. Si no se hizo fue

51 OLIVER ARAÚJO, J., "El recurso de amparo frente a actos y omisiones judiciales", *Revista de Estudios Políticos*, 120, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003, pp. 89-93.

52 Así, BÖCKENFÖRDE, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales* (traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1993, p.110.

porque los sanitarios, ante la aterrorizada negativa del menor, desecharon la utilización de todo procedimiento para neutralizarla. A partir de aquí, el Tribunal Supremo responsabilizó penalmente a los padres de no convencer al hijo. Considera el Supremo que, si bien el adulto capaz puede rechazar un tratamiento médico por razones de conciencia, debiendo respetarse su decisión, salvo que entre en conflicto con derechos o intereses ajenos, la situación es muy distinta si quien requiere el tratamiento es un menor, en cuyo caso es legítimo y hasta obligado ordenar que se practique aunque los padres hayan manifestado su oposición. El derecho a la salud y a la vida del menor no puede ceder ante la libertad de conciencia y la objeción de los padres. Y si éstos dejan morir al menor porque sus creencias prohíben la transfusión de sangre se genera una responsabilidad penalmente exigible. A renglón seguido, el Supremo analiza la validez de la oposición al tratamiento del menor, pero la considera irrelevante por razones de edad "máxime cuando en este caso está en peligro su propia vida". Concluye, en definitiva, que los padres, teniendo la obligación de impedir la muerte del hijo, son responsables de un delito de homicidio en comisión por omisión ya que se les había informado en reiteradas ocasiones de la inexistencia de remedio alternativo, impidiendo con su negativa el único tratamiento posible. Aplica, eso sí, la atenuante muy cualificada de obcecación por ser los padres testigos de Jehová, refiriéndose "al dogmatismo y rigidez de los esquemas morales que da, en la indicada opción religiosa, un valor absoluto al consentimiento, con preeminencia de la libertad de conciencia sobre el derecho a la vida, y un ferviente y radical altruismo (...) que autoriza a poner en riesgo o a sacrificar la vida de los fieles por razones trascendentes que surgen de una particular exégesis de los Textos Sagrados".

El Constitucional, por el contrario, hila más fino. De un lado, considera al menor titular de la libertad religiosa y de un derecho de autodeterminación sobre su inte-

gridad física. El menor, al expresar con claridad su voluntad, coincidente con la de sus padres, contraria a la transfusión, ejercitó su libertad de conciencia religiosa. Un dato que, en modo alguno, puede estimarse irrelevante, sobre todo a la hora de calibrar la exigibilidad de la conducta de colaboración que se les pedía a sus padres.

De otro lado, entiende que no se les podía exigir que disuadieran al hijo, máxime después de ponerlo bajo la acción tutelar del poder público para su salvaguarda, acción tutelar a la que nunca se opusieron. Los padres actuaron de forma coherente con sus convicciones y, al mismo tiempo, respetuosa con su deber de garante. Los órganos judiciales no pueden configurar el contenido de los deberes de garante haciendo abstracción de los derechos fundamentales, concretamente del derecho de libertad religiosa. Las obligaciones que surgen en el marco de las relaciones humanas, concretadas en las normas que configuran la legalidad ordinaria, son válidas y eficaces en la medida en que su contenido no rebasa el orden constitucional, respetando el contorno propio de los derechos fundamentales.

Finalmente, cuando se plantea un conflicto entre derechos fundamentales, el sacrificio del derecho llamado a ceder no ha de ir más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante. A partir de aquí, cabe

ejercicio de la libertad religiosa y que en la Ley es de cooperación, lo que resalta aún más, si cabe, la autonomía y libertad del menor.

Al menor, por consiguiente, en materia religiosa, no puede considerársele como una persona incapaz a la que, excepcionalmente, el ordenamiento otorga capacidad de obrar para realizar determinados actos. Tal interpretación sería incompatible con el debido respeto a su dignidad. Siendo la libertad religiosa un derecho personalísimo, respecto de ella no cabe la representación y si, en algún caso, los padres, el tutor o el guardador deben decidir en este ámbito por el menor sometido a su potestad, lo harán no tanto como sus representantes, sino en cumplimiento de su deber de velar por él, respetando siempre la dignidad de su persona, de modo que, en ningún caso, pueda imponerse al menor con capacidad para decidir por sí mismo una decisión contraria a su voluntad, debiendo actuarse si carece de dicha capacidad y siempre en su interés. Como ya puntualizase la STC 141/2000 y confirma ahora la STC 154/2002, desde la perspectiva del artículo 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos a la libertad religiosa y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que puedan decidir aquellos que tengan atribuida su patria potestad, guarda y custodia, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos constitucionales se modulará en función de su madurez y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad.

Y aún más, sobre los poderes públicos, y muy en particular sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres, tutores o guardadores, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que sean, han de postergarse ante el superior del menor. Todo conflicto entre la libertad religiosa del menor y las potestades de quienes tengan atribuida su protección y defensa habrá de ponderarse teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor.

El menor es, sin duda, titular de la libertad religiosa, si bien la ejerce, en función de su edad, bajo la guía o asistencia del titular de la patria potestad. Así, el artículo 14 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 alude a la obligación de los Estados de respetar la libertad de religión del menor, así como "los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades". Por otra parte, el artículo 6 de la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996 dispone que el niño "tiene derecho a la libertad ideológica, de conciencia y religiosa" y que los padres o tutores ostentan "el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral". Se advierte, en ambos textos, la función orientadora que se encomienda a los padres, función que en la Convención es de guía de los hijos en el

cuestionar que la efectividad del derecho a la vida del menor quedase impedida por la actitud de los padres, pues éstos aceptaron la decisión judicial que autorizó la transfusión, sin que quedase acreditado, además, "la posible eficacia de la actuación suasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiese otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión". No está claro que la realización por los padres de la acción esperada hubiera previsiblemente evitado la producción del resultado, ni tampoco que no cupiera utilizar anestesia u otra intervención para neutralizar la negativa del paciente. No cabe, pues, sanción penal.

Adviértase, en todo caso, que el Constitucional no hace prevalecer incondicionalmente la libertad religiosa de los padres sobre el derecho a la vida y a la salud del menor ni permite exceptuar la aplicación de preceptos del Código Penal por motivos de conciencia. De un caso concreto y matizado no cabe deducir que la libertad religiosa habilite a unos padres frente a la ley para oponerse a las transfusiones de sangre, sobre todo si se trata de menores bajo su responsabilidad y su vida corre peligro. No estima el Constitucional que la libertad religiosa se encuentre por encima del deber de proteger la vida. Considera, más bien, que ante la decisión del menor de no recibir la transfusión, ante el hecho de que los padres no se opusieron a cumplir la resolución judicial que la autorizaba y ante la circunstancia de que realizaron valiosos esfuerzos para encontrar otro remedio médico, su conducta no es ilícita. No prevalece la libertad religiosa de los padres sobre el deber de garantizar la vida del hijo.

Sencillamente se concede el amparo porque el Supremo no supo apreciar que los padres cumplieron con su deber de garantes pero conforme a sus convicciones religiosas. Esto es lo decisivo. La sentencia que los condenó como culpables de un delito de homicidio en comisión por omisión⁵⁴ no valoró suficientemente que algunos de los

⁵⁴ La doctrina penal entiende que el delito de comisión por omisión es un delito de resultado, en el que el resultado producido debe ser imputado al sujeto de la omisión. Ciertamente es que en el delito de comisión por omisión no basta con la simple constatación de la causalidad de la omisión respecto del resultado producido. Es preciso, además, que el sujeto tenga la obligación de

tratar de impedir la producción del resultado (posición de garante). Lo que, en todo caso, se exige en la imputación de un resultado a una conducta omisiva es la constatación de una causalidad hipotética, esto es, la posibilidad que tuvo el sujeto de evitar el resultado. Ello obliga a plantearse si la realización de la conducta esperada hubiera previsiblemente evitado la producción del resultado. La evitabilidad del resultado es, en suma, el criterio que permite imputar ese resultado a una conducta omisiva. Vid., por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F.- GARCÍA ARÁN, M., op. cit., pp. 244-249; GRACIA MARTÍN, L., "Los delitos de comisión por omisión. Una exposición crítica de la doctrina dominante", *Moder-* 226

comportamientos exigidos a los padres contrariaban su libertad religiosa y que, además, desplegaron esfuerzos para garantizar la vida del hijo.

Muy posiblemente si los padres no hubieran sido testigos de Jehová, no hubieran trasladado a su hijo a otros hospitales en busca de su salvación o se hubieran opuesto a la transfusión autorizada judicialmente, sí habrían sido condenados. Algo que para cualquier persona sería delito, deja de serlo para un testigo de Jehová que ejercita su libertad religiosa y cumple sus obligaciones sin renunciar a los dictados de su conciencia. Buen ejemplo de la virtualidad de esta libertad en tanto derecho fundamental.

Se advierte con claridad que la comprensión institucional de los derechos fundamentales no sólo entraña el reforzamiento de su régimen de garantías, sino, ante todo, un cambio cualitativo o sustancial que afecta a su sentido y alcance. Los derechos fundamentales rigen de modo universal, esto es, en toda dirección y en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico. Como ha escrito Pedro Cruz, "en el constitucionalismo de nuestros días los derechos fundamentales no aparecen solamente en su dimensión de derechos públicos subjetivos, sino además como principios llamados a influir y regir el orden jurídico de la comunidad o res publica en su conjunto (...)"⁵⁵. Influyen en toda la vida jurídica del Estado. No son sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que, al propio tiempo, representan "un orden valorativo objetivo (...)" que vale para todos los ámbitos del Derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia". Los derechos influyen material y ampliamente en todas las posiciones del sistema jurídico.

Esta concepción, que hoy puede parecer muy evidente, no fue apreciada por el constitucionalismo decimonónico, siendo una de sus notas más definitorias la desvinculación material⁵⁶ entre el Derecho Constitucional y el Derecho común. Las cosas cambian a partir de dos innovaciones decisivas: la ampliación de los contenidos de las Constituciones, que incluyen una parte dogmática muy

nas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, UNED, Madrid 2001, pp. 415-441.

⁵⁵ CRUZ VILLALÓN, P., "Derechos fundamentales y Derecho privado", en CRUZ VILLALÓN, P., La curiosidad del jurista persa y otros escritos sobre la Constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1999, p. 222.

⁵⁶ Así, por ejemplo, HESSE, K., Derecho Constitucional y Derecho Privado (traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez), Civitas, Madrid 1995, pp. 33-35.

extensa que abarca casi todas las facetas de la vida humana, y el reconocimiento del valor normativo de la parte dogmática de la Constitución, de modo que la Constitución no opera ya sólo como fuente de fuentes, en el sentido de norma por la que se rigen formalmente las leyes, sino que ella misma prevalece sobre cualquier norma. La Constitución deviene efectivamente *lex legum*. Los principios y los derechos constitucionales se conciben como el fundamento de la unidad del ordenamiento. A ello, claro es, hay que unir el establecimiento de mecanismos para hacerla respetar: el sistema europeo de justicia constitucional concentrado en Tribunales Constitucionales, con garantía para asegurar la primacía de la Constitución, su imposición a todos los poderes públicos, incluido el legislador⁵⁷.

Por eso, los derechos fundamentales en general y la libertad de conciencia en particular no sólo han de servir de base al sistema político, sino también a la estructuración de todas las instituciones jurídicas. Desde el instante en que la Constitución y sus fundamentos son elevados a autoridad suprema y las prescripciones de la Constitución obligan a todos los poderes del Estado y son parámetro de las decisiones judiciales, los derechos alcanzan una importancia desconocida hasta entonces. Los derechos, como consecuencia de su positivación al más alto nivel normativo, afectan a todos los sectores del ordenamiento y han de interiorizarse por los mismos. Esto es lo que hace de los derechos de la persona derechos fundamentales, el ser cabecera del ordenamiento jurídico y, además, componente esencial de la teoría de la justicia. A ello se refiere el artículo 10.1 CE que hace de la dignidad y de la libertad el fundamento mismo del orden político y de la paz social.

A fin de mantener la coherencia interna del ordenamiento, los derechos fundamentales han de informar todo el ordenamiento jurídico. Una democracia en profundidad requiere, en efecto, la irradiación de los derechos fundamentales hasta el último rincón del Derecho. Como ha manifestado el Tribunal Constitucional, "los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política"⁵⁸. La singularidad del efecto irradiación es que no crea un nuevo ámbito objetivo del

Derecho Constitucional, sino que permite que cada ámbito del Derecho -civil, penal, administrativo, social, etc.- permanezca como tal, si bien el Derecho Constitucional se impone en ellos acuñándolos o influyéndolos. Estos sectores del Derecho quedan conformados constitucionalmente. Surge así lo que se ha venido a llamar una situación de mixtura entre el Derecho ordinario y el Derecho Constitucional que vincula a los tres poderes clásicos del Estado⁵⁹. Vincula, sobre todo, a la conformación material de las prescripciones jurídicas por parte del legislador; vincula, desde luego, a la actuación del ejecutivo en el ejercicio de sus funciones; y, finalmente, como muestra con claridad la sentencia que comentamos, vincula a la aplicación e interpretación del Derecho por parte del juez. Los derechos orientan tanto la actividad del legislador como la de los aplicadores del Derecho. Todos ellos han de tener presente su relevancia en la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Y si no cumplen con esta obligación, su decisión infringe derechos fundamentales y, en última instancia, podría ser anulada por el Tribunal Constitucional.

Se puede, pues, concluir que el artículo 16 CE incorpora una decisión axiológica de principio o criterio hermenéutico que orienta la creación, interpretación y aplicación del Derecho. La libertad de conciencia muestra así al creador, intérprete y aplicador de las reglas jurídicas la fórmula que debe elegir o, al menos, aquellas fórmulas

⁵⁷ CRUZ VILLALÓN, P., op. cit., p. 221.

⁵⁸ STC 53/1985.

⁵⁹ BÖCKENFÖRDE, E. W., op. cit., p. 111.

que, en todo caso, debe descartar, en cada supuesto en que entre en juego dicho principio. En ocasiones, la libertad de conciencia puede exigir del intérprete la extensión del alcance de la norma jurídica a aplicar; otras veces, en cambio, le obligará a restringirlo; y cabe también que ese derecho-principio le imponga redefinir el significado de los conceptos empleados en la norma jurídica o, incluso, como muestra esta STC 154/2002, dar un nuevo contenido a los modelos de conducta por ella impuestos. Lo decisivo es, en todo caso, que el creador, intérprete y aplicador del Derecho busque siempre la máxima protección y efectividad real de la decisión axiológica de la libertad religiosa, en cuanto bien constitucionalmente protegido.

Toda norma que incida inmediatamente en el estatuto jurídico de la libertad de conciencia puede ver transmutado su sentido y contenido para revelarse en algo distinto

en determinados supuestos -especialmente en el supuesto de las normas preconstitucionales- y, en todo caso, en algo vivo y actualizado. La trascendencia del derecho-principio reconocido en el artículo 16 CE obliga a todos los aplicadores del Derecho a valorar su consideración constitucional y, por ende, a interpretar el contenido de los mandatos jurídicos, en este supuesto el artículo 11 CP, sin vulnerar la libertad religiosa. Algo que, con ocasión del enjuiciamiento de la actitud de los padres recurrentes, no hizo el Tribunal Supremo al condenarlos, ya que "las consecuencias del juicio formulado por el órgano judicial no tenían por qué extenderse a la privación a los padres del ejercicio de su derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia". El Supremo no apreció, en suma, la irradiación del artículo 16 CE sobre los artículos 11 y 138 del Código Penal.