

Libertad de conciencia y bioderecho

José Antonio Souto Paz

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado.
Universidad Complutense de Madrid.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS ORÍGENES DE LA BIOÉTICA.—
III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.—IV. BIOÉTICA Y DERECHO.—V. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA A TRATAMIENTOS MÉDICOS Y PROTECCIÓN DE LA VIDA. EL BIODERECHO.—VI. LA LIBERTAD DE CONCIENCIA COMO LIBERTAD PÚBLICA: GARANTÍAS Y LÍMITES.—VII. LA JURISPRUDENCIA Y «EL SENDERO DE LA EQUIDAD»

I. INTRODUCCIÓN

La segunda mitad del siglo XX ha sido testigo de los espectaculares avances que han tenido lugar en el campo de la biotecnología. La experiencia ha provocado una cierta perplejidad entre los propios investigadores y profesionales de las ciencias de la vida, pues a los dilemas éticos de la medicina tradicional se han añadido nuevas experiencias que colocan al profesional en situaciones límite que demandan urgentes soluciones éticas.

La aparición de una nueva ciencia, que ha pretendido tender un puente entre las ciencias de la vida y la ética, y su extraordinario auge explican la necesidad y la urgencia de un replanteamiento de la ética médica tradicional para abordar los nuevos problemas biotecnológicos y la nueva mentalidad social.

La Bioética, continuadora de la ética médica tradicional, desde perspectivas nuevas y más amplias, ha permitido ofrecer planteamientos y propuestas superadoras de las viejas soluciones de la ética médica tradicional, más acor-

des con los nuevos avances y la nueva conciencia social. Este despertar ético viene a coincidir con otra inquietud paralela, que pretende otorgar a la conciencia un papel relevante en el ámbito del derecho, cuestionando la exigibilidad de ciertos deberes legales frente al imperativo de la conciencia.

Ambos movimientos confluyen en un campo interdisciplinar denominado objeción de conciencia sanitaria, que abarca tanto las objeciones de conciencia de los pacientes a ciertos tratamientos médicos como las objeciones de conciencia de los profesionales a la realización de experimentos o tratamientos contrarios a sus convicciones éticas.

Las soluciones jurídicas, jurisprudenciales o doctrinales, a estos dilemas éticos no siempre han tenido en cuenta las aportaciones doctrinales de la bioética, ignorando, incluso, aquéllas que ya han sido acogidas por la legislación vigente. Baste mencionar, al respecto, el reconocimiento legal del consentimiento informado, que supone un vuelco total en relación con la ética médica tradicional y la interpretación de las objeciones de conciencia a tratamientos médicos.

En las páginas que siguen pretendemos abordar estas cuestiones y sugerir algunas soluciones, desde la perspectiva de las libertades públicas y del bioderecho, es decir, ofrecer soluciones jurídicas teniendo en cuenta los principios inspiradores de la bioética.

II. LOS ORÍGENES DE LA BIOÉTICA

La libertad de conciencia ha sido el refugio en el que se ha recluso la ética a partir del siglo XVIII. La ruptura de la comunidad política y la comunidad cultural; el reconocimiento de las libertades individuales y del pluralismo político, social y ético; la incompatibilidad entre las éticas confesionales y la neutralidad ideológica del Estado; todo ello ha llevado a cuestionar la posibilidad de articular una ética común compatible con el pluralismo ético que exige una sociedad democrática.

La medicina, muy sensible, por la naturaleza de su función, a las exigencias de normas éticas, que hunde sus raíces en la Ética Médica del mundo clásico, ha mantenido, a lo largo de los siglos, una extraña fidelidad a los principios del juramento hipocrático y a sus posteriores interpretaciones y aplicaciones. Hasta mediados del siglo actual, la Ética Médica apenas ha experimentado variaciones respecto a sus fundamentos clásicos, regidos por el paternalismo médico y por los principios de beneficencia y no maleficencia¹.

El paternalismo médico antiguo —dice D. GRACIA— participa de los caracteres de la dominación carismática y de la tradicional. En un origen hay un carisma, una gracia. El médico tiene el *poder* de gratificar al enfermo y el enfermo el *deber* de dejarse gratificar. El principio básico de la disciplina médica es que el enfermo carece de autonomía y es incapaz, por ello, de decisión moral. La única obligación moral del enfermo es la de obedecer. Al poder de mando del médico corresponde el deber de obediencia del enfermo². La dominación del médico sobre el enfermo está presidida por dos principios éticos, que constituyen la base de la ética médica: hacer el bien al enfermo (beneficencia) y *primun non nocere*, no hacer daño (no maleficencia). Ambos principios, presentes ya en el juramento hipocrático, han continuado inspirando la ética médica hasta fechas muy recientes, en concreto, hasta la década de los setenta del siglo actual, en que surge una nueva ciencia, la Bioética, que revolucionará la Ética Médica clásica³.

«La bioética es una consecuencia necesaria de los principios que vienen informando la vida espiritual de los países occidentales desde hace dos siglos. Si a partir de la Ilustración ha venido afirmándose el carácter autónomo y absoluto del individuo humano, tanto en el orden religioso (principio de la libertad religiosa) como en el político (principio de la democracia orgánica), es lógico que esto llevara

¹ GRACIA, D.: *Fundamentos de Bioética*, Madrid, 1989, pp. 23 y ss.

² *Ibidem*, p. 73

³ GAFO, J.: *25 años de Bioética*, Madrid, 1997.

a la formulación de lo que podemos denominar “el principio de libertad moral”, que puede formularse así: todo ser humano es agente moral autónomo, y como tal debe ser respetado por todos los que tienen posiciones morales distintas. Lo mismo que el pluralismo religioso y el pluralismo político son derechos humanos, así también debe aceptarse como un derecho el pluralismo moral. Ninguna moral puede imponerse en los seres humanos en contra de los dictados de la propia conciencia. El santuario de la moral individual es insobornable»⁴.

III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

¿Cómo se puede conciliar la autonomía individual y la ética personal (libertad de conciencia) con el tradicional paternalismo de la ética médica? Si, para Kant, «la Ilustración es la salida del hombre de su autoculpable minoría de edad»⁵, para la Ética Médica la salida de la minoría de edad del enfermo y su consideración como agente moral autónomo, libre y responsable, que no mantiene con el médico una relación filial, sino una relación entre personas adultas, tendrá lugar con el reconocimiento del principio de autonomía⁶.

El desarrollo del principio de autonomía supone una inversión radical de la relación médico-enfermo. El enfermo ya no es considerado como un menor, un débil, un *in-firmus*, una persona sin firmeza; muy al contrario, se reconoce al enfermo como un adulto responsable, capaz de tomar decisiones sobre sí mismo y, muy especialmente, en una cuestión que afecta a la esfera de su privacidad como es la salud. El enfermo tiene derecho a conocer la opinión del experto (el médico o el equipo asistencial), es decir, el diagnóstico de su enfermedad; tiene derecho, igualmente,

⁴ GRACIA, D., o.c., p. 17

⁵ KANT, I.: *Respuesta a la pregunta: ¿qué es la Ilustración?* en la obra colectiva. ¿Qué es la Ilustración?, Madrid, 1993, p. 17.

⁶ BEAUCHAMP y CHILDRESS: *Principles of Biomedical ethics*, Nueva York, 1989.

a ser informado sobre las diversas alternativas del tratamiento, sus ventajas e inconvenientes; y, una vez que ha recibido una información suficiente sobre su salud y las perspectivas que se abren para su restauración, tiene derecho a tomar la decisión que considere más oportuna. Nace así, derivado del principio de autonomía, el llamado *consentimiento informado*⁷.

El consentimiento informado es el reflejo más cualificado del cambio operado en la relación médico-enfermo y, muy especialmente, en los principios que rigen la Ética Médica. El paternalismo médico, que se había expresado básicamente a través de los principios de no maleficencia (*no harás daño*) y de beneficencia (*harás el bien*), no desaparece, pero queda subordinado al principio de autonomía, donde el protagonista principal es el enfermo.

Antes de que se produjera la ordenación de estos principios, a través de la moderna ciencia de la Bioética, es posible encontrar normas deontológicas o jurídicas que reflejen el cambio de tendencia en la relación médico-enfermo y, muy especialmente, en el reconocimiento del derecho del enfermo a tomar decisiones por sí mismo, en particular cuando la terapéutica aplicada podría poner en peligro la propia vida del paciente.

Aunque algunas sentencias habían reconocido supuestos de agresiones físicas por parte de los médicos, cuando hubiesen realizado intervenciones quirúrgicas sin el previo consentimiento del enfermo, lo cierto es que la primera norma que recoge el derecho del enfermo al consentimiento informado se encuentra en las normas sobre experimentación con seres humanos dictadas por el Ministerio de Sanidad del Reich Alemán en el año 1931⁸. Esta normativa, que constituye el primer gran código ético sobre expe-

⁷ Se trata de una manifestación del principio de autonomía, que trasladada al ámbito de la ética médica, sustituye la capacidad de decisión del médico, según el paternalismo tradicional, y traslada esa capacidad al enfermo que para la toma de decisiones necesita recibir toda la información clínica que debe proporcionarle el médico.

⁸ Código Ético sobre Ensayos Clínicos (Richtlinien), del Ministerio de Sanidad del Reich Alemán, Berlín, 1931.

rimentación clínica, fue vulnerada en la práctica por el propio Tercer Reich; primero, excluyendo de su ámbito a los judíos, gitanos, polacos y rusos y, más tarde, ignorando su aplicación en los experimentos realizados en los campos de concentración nazi⁹.

En el juicio de Nuremberg, en el que fueron procesados, por violación de los derechos de los enfermos, varios médicos nazis, el Tribunal descubrió la gran importancia del consentimiento informado en el proceso de experimentación clínica con seres humanos y estableció una serie de principios, que se conocen con el nombre de Código de Nuremberg. De los diez principios de que consta, el primero declara que: «El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial»¹⁰.

Con posterioridad la jurisprudencia americana desarrolló una doctrina judicial que exigía la información necesaria y suficiente al enfermo, acerca de su enfermedad y tratamiento, y su consentimiento para iniciar cualquier clase de tratamiento. «El derecho angloamericano se basa en el principio de la completa autodeterminación de las personas. Por consiguiente, cada ser humano es el señor de su propio cuerpo y puede, si tiene una mente sana, prohibir expresamente la realización de operaciones quirúrgicas para salvar su vida, o de cualquier otro tratamiento médico. Un médico puede creer con razón que una operación o un tipo de tratamiento es deseable o necesario, pero la ley no le permite sustituir por sus propios juicios los del paciente, por medio de cualquier forma de artificio o engaño»¹¹.

Esta inquietud se trasladó al campo médico que, en 1973, elaboró un código de derechos de los enfermos, aprobado por la Asociación Americana de Hospitales. A través de doce puntos se reconocen estos derechos que inciden básicamente en el reconocimiento de que: «el paciente tiene derecho a obtener de su médico la informa-

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ Código de Nuremberg (1949)

¹¹ GRACIA, D., o.c., p. 168

ción completa disponible sobre su diagnóstico, tratamiento y pronóstico, en términos que sea razonable considerar como comprensibles para el paciente. Cuando no sea médicamente aconsejable dar al paciente tal información, ésta deberá ser proporcionada en su lugar a alguna persona adecuada. El paciente tiene derecho a conocer el nombre del médico que va ser responsable de la coordinación de su asistencia»¹².

Antes de iniciarse el tratamiento, el enfermo tiene derecho a recibir toda la información necesaria sobre el mismo, a conocer todas las alternativas terapéuticas y a rechazar el tratamiento, en los términos permitidos por la ley, y a conocer las consecuencias jurídicas que se puedan derivar de su negativa.

La Asociación Médica Americana, a través de su Consejo Judicial, publicó en el año 1981 un documento sobre el consentimiento informado, que entre otras cosas, dice lo siguiente:

«El derecho del paciente a la decisión autónoma sólo puede ser efectivamente ejercido si el paciente posee suficiente información que le permita una elección inteligente. El paciente debe tomar su propia decisión sobre el tratamiento. El consentimiento informado es una política social básica que admite excepciones: 1) Cuando el paciente se halla inconsciente o sin capacidad para consentir y los perjuicios de no tratar son inminentes; o 2) Cuando el riesgo de la revelación supone tan seria amenaza psicológica de daño para el paciente, que está médicamente contraindicado. Esta política social no acepta el punto de vista paternalista de que el médico debe permanecer silencioso porque la información puede llevar al paciente a renunciar a terapéuticas necesarias. De los pacientes racionales e informados no debe esperarse que actúen uniformemente, aun bajo circunstancias similares, en la aceptación o el rechazo al tratamiento»¹³.

¹² Carta de Derechos de la Asociación Americana de Hospitales (1973).

¹³ Cit. por GRACIA, D., o.c., p. 178.

Con anterioridad, sin embargo, la Comisión Nacional para la protección de las personas objeto de la experimentación biomédica y de la conducta había publicado, en 1978, un amplio y detenido Informe sobre los principios éticos básicos en el ámbito de la Bioética. EL Informe, conocido con el nombre de Informe Belmont, analiza los tres principios básicos aceptados generalmente por nuestra tradición cultural:

- a) Respeto por las personas;
- b) Beneficencia;
- c) Justicia.

Por lo que aquí interesa, conviene resaltar que, en relación al primer principio, el Informe Belmont establece dos convicciones éticas fundamentales:

- 1) las personas deben ser tratadas como entes autónomos;
- 2) las personas cuya autonomía esté disminuida deben ser objeto de protección.

Esto conduce a la necesidad de diferenciar dos requerimientos morales: el requerimiento de reconocimiento de la autonomía y el requerimiento de proteger a aquéllos con autonomía disminuida¹⁴.

Esta distinción es explicada en el Informe en los siguientes términos: «Una persona autónoma es un individuo capaz de deliberar sobre sus objetivos personales y actuar bajo la dirección de esta deliberación. Respetar la autonomía es dar valor a las opiniones y elecciones de las personas así consideradas y abstenerse de obstruir sus acciones a menos que éstas produzcan un claro perjuicio a otros. Mostrar falta de respeto a un ente autónomo es repudiar los criterios de estas personas, negar a un individuo la libertad de actuar según tales criterios o hurtar in-

¹⁴ Principios éticos y recomendaciones para la protección de las personas objeto de experimentación de la Comisión Nacional para la protección de personas objeto de la experimentación biomédica y de la conducta de Estados Unidos, 1978, b) 1 (Informe Belmont).

formación necesaria para que puedan emitir un juicio, cuando hay razones convincentes para hacerlo. Sin embargo, no todos los seres humanos son capaces de tomar sus propias determinaciones. La capacidad para la autodeterminación madura durante la vida del individuo, y algunos pierden esa capacidad total o parcialmente debido a enfermedad, incapacidad mental o circunstancias que restringen severamente esa libertad. El respeto por la inmadurez y la incapacidad puede requerir la protección de estos individuos mientras perduren estas circunstancias»¹⁵.

Una de las aplicaciones de este principio —según el Informe Belmont— es el consentimiento informado. «El respeto por las personas requiere que los sujetos, en el grado en que ellos sean capaces, deben tener la oportunidad de elegir qué ocurrirá o no con ellos. Esta oportunidad se ofrece cuando se adopta un modelo adecuado de consentimiento informado. Mientras que la importancia del consentimiento informado se considera incuestionable, existe un amplio acuerdo acerca de que el procedimiento del consentimiento debe contener tres elementos: información, comprensión, voluntariedad»¹⁶.

La preocupación judicial y asistencial en torno a la formación del consentimiento informado de EE.UU. contrasta con el escaso interés mostrado en el continente europeo.

En España la carta de los derechos de los enfermos y, en concreto, el reconocimiento de consentimiento informado, fue establecido por la Ley General de Sanidad de 1986.

La Ley reconoce, entre los derechos del enfermo, que «se le dé, en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento» (art. 5). Como lógica consecuencia del anterior derecho, se reconoce al enfermo el derecho «a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la reali-

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ *Ibidem*, c) 1

zación de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

- a) cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública;
- b) cuando no exista imperativo legal;
- c) cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas;
- d) cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento».

Como consecuencia, el enfermo podrá «negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6, debiendo para ello solicitar el alta voluntaria»¹⁷.

Con posterioridad, el Código de Ética y Deontología Médica (1990) introdujo, entre los deberes del médico, el consentimiento informado. «En principio, el médico comunicará al paciente el diagnóstico de su enfermedad y le informará con delicadeza, circunspección y sentido de la responsabilidad, del pronóstico más probable. Lo hará también al familiar o allegado más íntimo o a otra persona que el paciente haya designado para tal fin» (art. 11.4). No obstante, «en beneficio del paciente puede ser oportuno no comunicarle inmediatamente un pronóstico muy grave, aunque esta actitud debe considerarse excepcional con el fin de salvaguardar el derecho del paciente a decidir sobre su futuro» (art. 11.5). Así, «si el paciente, debidamente informado, no accediera a someterse a un examen o tratamiento que el médico considerara necesario, o si exigiera del médico un procedimiento que éste, por razones científicas o éticas, juzgue inadecuado o inaceptable, el médico queda dispensado de su obligación de asistencia» (art. 10). Por otra parte, «los pacientes tienen derecho a recibir información sobre el diagnóstico, pronóstico y posibilidades terapéuticas de su enfermedad; y el médico debe esforzarse en facilitársela con las palabras más adecuadas» (art. 1

¹⁷ LGS, art. 10,9

l). «Cuando las medidas propuestas impongan un riesgo importante para el paciente, el médico proporcionará información suficiente y ponderada, a fin de obtener el consentimiento imprescindible para practicarlas» (art. 12).

Los datos expuestos nos muestran cómo se ha producido la recepción del consentimiento informado en España. Mientras en Estados Unidos la Jurisprudencia y la Asociación de Médicos fueron pioneras en el proceso de formación e incorporación de este derecho del enfermo, en España su introducción se ha producido por ley. Un cambio cualitativo que, sin embargo, responde a unos presupuestos culturales diversos y a una concepción de la Ética y, en concreto, de la Ética Médica, básicamente distintos.

La ética anglosajona es fundamentalmente una ética de derechos mientras que la ética europea, desde su cuna en la Grecia clásica, es una ética de la virtud. A ello hay que añadir la propia percepción de la muerte, como un hecho autónomo y fatal que hay que mantener alejado, y que se ha traducido en la ocultación al enfermo del diagnóstico y pronóstico de su enfermedad y, especialmente, de su gravedad. En España ha sido muy frecuente que un enfermo se haya muerto sin saber de qué o de «una leve enfermedad».

Es evidente que todavía en la actualidad persiste este trasfondo cultural y, aunque se ha avanzado notablemente en la información y aceptación de enfermedades graves, continúa siendo un problema hacer realidad en la práctica cotidiana las exigencias legales del consentimiento informado. Esta situación es advertida en el Acuerdo del Consejo Interterritorial sobre el consentimiento informado, en el que expresamente se declara que: «en el ámbito de la relación sanitaria dentro del Sistema Nacional de Salud el proceso de información y participación del paciente no se realiza todavía con carácter general de manera satisfactoria. Modificar esta situación supone un profundo cambio cultural, que no puede desarrollarse de manera brusca, pero que requiere en todo caso el establecimiento de formas concretas de información y participación de los pa-

cientes en los procesos de diagnóstico y tratamiento de la enfermedad»¹⁸.

Este documento regula las condiciones generales del consentimiento informado, el contenido de los protocolos, así como los aspectos organizativos y funcionales del mismo. Sobre este particular, se ha pronunciado, también, de forma amplia y detallada, el Documento Final del Grupo de Expertos del Ministerio de Sanidad (1997).

IV. BIOÉTICA Y DERECHO

El principio de autonomía siembra dudas acerca de una Ética médica codificada, como ha sido y es habitual, y, sobre todo, la posible conciliación entre las normas jurídicas —inspiradas en principios o normas derivadas de una Ética común— y la libertad ética o moral individual y, por tanto, contemplar desde esta perspectiva los supuestos de objeción de conciencia a tratamientos médicos.

Los descubrimientos tecnológicos en el campo de la genética y de la biología, producidos en los últimos tiempos, han suscitado una serie de nuevos problemas en relación con el propio proceso vital, que demandan soluciones jurídicas inmediatas. El legislador ha debido intervenir para regular aspectos diversos relacionados con las ciencias de la vida, pero siempre teniendo presente un principio común: el respeto a la vida humana. Junto a cuestiones más antiguas, como el aborto o la eutanasia, el legislador ha debido ocuparse de regular, entre otras, innovaciones tecnológicas como la reproducción asistida, la protección y donación de embriones, la donación y trasplante de órganos, al tiempo que prohibía la clonación, la selección del sexo o la gestación por sustitución.

Al intentar regular estas cuestiones, el legislador ha advertido la ausencia de unos criterios éticos, que pudieran servir de fundamento a las soluciones jurídicas. Para salvar esta laguna, el Parlamento español recurrió, en

¹⁸ Art. 1,2

1984, a la creación de una Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, a la que fueron convocados un grupo de expertos relacionados con estas cuestiones (biólogos, ginecólogos, juristas, filósofos y moralistas), que pudieran asesorar al cuerpo legislativo acerca de los problemas genéticos, biológicos y éticos que plantea la reproducción asistida. El Informe elaborado por esta Comisión sirvió de instrumento eficaz para la elaboración de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. En la Exposición de Motivos, la Ley se refiere expresamente a una de las cuestiones planteadas a la Comisión de Expertos, consistente en precisar qué ética, y, por tanto, qué principios éticos, podrían ser adoptados como inspiración y fundamento de las soluciones jurídicas que pudiera acordar, en su caso, el propio legislador.

Como se puede comprender, la determinación de una Ética común para todos los ciudadanos parece difícilmente conciliable con el reconocimiento universal de la libertad y autonomía de la conciencia como parámetro ético de la actuación de cada individuo¹⁹. La separación entre Moral y Derecho ha contribuido a alejar del ámbito social y público cualquier idea de una Ética común vinculante para todos los ciudadanos y, por tanto, como posible fundamento de las normas jurídicas²⁰.

Las experiencias no lejanas de la imposición de éticas confesionales, que han servido como presupuesto e inspiración de las normas jurídicas estatales, han contribuido decisivamente a rechazar, durante bastante tiempo, cualquier intento de imponer una referencia ética,

¹⁹ Como se recoge en el propio Informe, «se ha planteado en la Comisión Especial que la definición de la ética en el ordenamiento jurídico actual pone de manifiesto unas limitaciones jurídicas impuestas por el artículo 16,1 de la Constitución, ya que reconoce la libertad ideológica y religiosa y sienta el principio básico de inmunidad de coacción de los ciudadanos ante cualquier daño de los mismos por parte del Estado o de la población» (p. 88).

²⁰ Sobre la situación actual de esta cuestión puede verse: GEIGER, T.: *Moral y Derecho. Polémica con Upsala*, trad., E. Garzón Valdés, 2ª ed., México, 1996; MALEM, J.: *Estudios de Ética Jurídica*, México, 1996.

de alcance más o menos universal, aplicable a todos los ciudadanos.

Esta reticencia hacia la imposición de una *Ética* común no ha impedido, sin embargo, la búsqueda de un referente ético, solicitada —en las materias que comentamos— por los propios profesionales, especialmente, por parte de aquellos que, por razón de su especialidad, trabajan directamente en el campo de la experimentación genética y biológica.

Pero, ¿qué *Ética* podría ser adoptada por el legislador? Excluidas las éticas confesionales, por respeto a la libertad de conciencia individual, sería necesario buscar una ética o unos principios éticos que pudieran contar con el consenso o, al menos, la aprobación mayoritaria de los ciudadanos. Las únicas opciones, aparentemente viables, eran dos: a) identificar los principios éticos que se pueden deducir de la Constitución, en cuanto normas aprobadas por el pueblo español; b) explicitar los criterios éticos que sociológicamente aprueben los españoles, a través de los marcadores de opinión²¹. Precisamente, estas dos posibilidades fueron propuestas por la Comisión de Expertos, siendo incorporados, posteriormente, a la Exposición de Motivos de la Ley, en los siguientes términos «una ética, en definitiva, que responda al sentir de la mayoría a los contenidos constitucionales, puede ser asumida sin tensiones sociales y ser útil al legislador para adoptar posiciones o normativas»²².

Esta búsqueda de una *Ética* común no constituye una anécdota o un ejemplo singular y aislado, ni puede calificarse como una ocurrencia ocasional del Parlamento es-

²¹ En el debate en la Comisión, además de desestimar las referencias a éticas confesionales por incompatibles con la neutralidad ideológica del Estado, se precisaron los rasgos fundamentales de la ética que se buscaba: «esa ética vendrá fundamentalmente dada por el conjunto de los principios que se deducen de la Constitución». Como especialista convocado a dicha Comisión, tuve la oportunidad de asistir y participar en el debate específico sobre esta cuestión y proponer la fórmula antes citada que fue aceptada por la Comisión de Especialistas y, como se puede ver, incorporada al Informe.

²² Ley 35/1988, Exposición de Motivos, I.

pañol. Esta aspiración de lograr una *moral universal* se encuentra implícita en las declaraciones universales de derechos humanos, que pretenden establecer una serie de valores y principios comunes, que puedan ser aceptados por todos, como punto de partida para la consecución de un orden político, económico, social y jurídico más justo y equitativo. Esta dimensión moral se señala expresamente, como límite de los derechos y libertades, consagrados en dichas Declaraciones: «Toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de *satisfacer las justas exigencias de la moral*, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática» (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 29.2). La moral, como límite del ejercicio de los derechos, y libertades, se repite, también, en los artículos 8,2; 9,2; 11,2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; los artículos 18,3; 19,3,b; 21, 22,2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el art. 1,3 de la Declaración sobre la eliminación de todas formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones.

Una preocupación similar ha manifestado el Parlamento de las Religiones del mundo que ha propuesto la aprobación de la Declaración de una Ética Mundial: «el derecho sin eticidad no tiene a la larga consistencia ninguna y, en consecuencia, sin una ética mundial no es posible un nuevo orden mundial. Por *ética mundial* no entendemos una nueva ideología, como tampoco una religión universal unitaria, más allá de las religiones existentes, ni, mucho menos, el predominio de una religión sobre otras. Por ética mundial entendemos un consenso básico sobre una serie de valores vinculados, criterios inamovibles y actitudes básicas personales»²³.

Como muestra evidente de la preocupación por estos temas, el Consejo de Europa ha aprobado recientemente un

²³ KÜNG, H. y KUSCHEL, K-J.: *Hacia una ética mundial*, Madrid, 1994.

Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina (hecho en Oviedo, el 4 de abril de 1997), en el que, considerando las diversas Declaraciones, Convenios y Pactos Internacionales sobre derechos humanos aprobados por las Naciones Unidas y tomando en consideración los trabajos de la Asamblea Parlamentaria en ese ámbito, comprendida la Recomendación 1160 (1991) sobre la elaboración de un Convenio sobre Bioética, dispone, en su artículo 1, que las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina.

Precisamente, desde este punto de vista, es oportuno recordar que, desde hace algunos años, expertos en áreas científicas implicadas en esta cuestión han llevado a cabo estudios, congresos, reuniones científicas, dando lugar a una nueva rama del saber que se conoce con el nombre de Bioética²⁴. En el estudio de esta disciplina convergen profesionales, cuyas actividades habituales son lejanas entre sí, pero que encuentran un punto de atracción común: la ética y las ciencias de la vida. Biólogos, genetistas, médicos, juristas, filósofos, teólogos, etc. estudian, desde su propia perspectiva científica, los problemas que, en este campo, plantean los progresos tecnológicos y la praxis médica.

Entre los principios que se aplican en bioética, parece oportuno referirse a algunos que tienen especial interés en

²⁴ «Todas estas características añadidas a su marco ideológico plural transnacional propenden a que la Bioética se configure así como un poderosísimo pero todavía potencial instrumento de reflexión, de elaboración de criterios, de orientación y de punto de partida para la toma de decisiones oponibles a las tentaciones de los excesos del Estado, de los poderes fácticos difusos de presión (políticos, económicos, industriales) y si fuera necesario, de los propios investigadores. Frente a las experiencias terriblemente negativas de épocas pasadas es posible asumir hoy un prudente optimismo que, como he sostenido en otro lugar, permite conjurar la sociedad biocrática en favor del hombre bioético» (ROMEO CASABONA, C.: *El Derecho y Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, 1994, pp. 10-11).

relación con las cuestiones que estamos analizando: el principio de *santidad* frente al de *calidad* de la vida y el principio de *autonomía* frente al de *intervención*.

El *principio de santidad* de la vida refleja la concepción sacralizada que tiene la vida en nuestra cultura, de tal manera que la expresión religiosa la *vida es un don de Dios* conserva, una vez laicizada, esa dimensión sagrada, incluso, misteriosa, que le otorga un carácter inviolable y, exige el correspondiente respeto y protección.

Este principio constituye el rasgo distintivo de todas aquellas tendencias que pretenden proteger la vida humana como tal, sin atender a eventuales deficiencias físicas o mentales o a la utilidad social²⁵. Desde esta perspectiva, vinculada a una concepción biológica, la vida se entiende «como un proceso vital o físico-biológico, sin consideración a posibles deficiencias físicas ni a las concretas funciones o capacidades específicamente humanas y es el criterio que por lo general sirve (o ha servido hasta el presente) de referencia principal o exclusiva al Derecho²⁶».

El *principio de calidad* de la vida, en clara oposición al anterior, tiende a relativizar la vida y, por tanto, interpreta que la vida no es inviolable *per se*, sino que es cualitativamente graduable y susceptible de ponderación con otros intereses²⁷. Ambas concepciones o principios —santidad y calidad— se han propuesto, inicialmente, como radicalmente opuestas. Sin embargo, en la actualidad se ha producido una notable aproximación entre ambas; así, partiendo del principio de santidad y su correlato de intangibilidad, que garantiza la protección de la vida sin abrir resquicios que puedan poner en entredicho su inviolabilidad, ha comenzado a valorarse el principio de calidad y a admitir su compatibilidad con el de santidad. En efecto, el principio de calidad ofrece enormes posibilidades de apli-

²⁵ ESER, A.: «Entre la santidad y la calidad de la vida. Sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984.

²⁶ ROMEO CASABONA, C., o.c., p. 41

²⁷ ESER, A., o.c., p. 748

cación en los supuestos límite frente a los cuales «se ve impotente una rigurosa concepción socializada de la vida, siempre que se la despoje, como ya intentan sus partidarios, de las peligrosas connotaciones extremas de utilidad, relativismo y subjetivismo»²⁸.

Por su parte, el principio de *autonomía* individual se configura dialécticamente frente al principio de *intervención* y se inscribe en la tradicional dicotomía autonomía-coacción. La autonomía individual, concebida como la posibilidad de adopción por los sujetos de decisiones racionales sobre aquello que le afecta directamente, debería ser la regla general que inspirase el tipo de comportamientos que analizamos. Esta regla, sin embargo, está sometida, frecuentemente, a una serie de limitaciones: el principio de evitación de *daños particulares* (eutanasia activa); el principio de evitación de *daños públicos* (vacunación obligatoria); el principio de *paternalismo limitado*, prevención de autodaños (prohibición de uso de drogas); el principio de *paternalismo extremo*; intervenciones destinadas a beneficiar a sus destinatarios (gimnasia obligatoria para ciertos colectivos) y el principio de *bienestar social* (servicio público único de salud)²⁹.

El principio de autonomía se basa, por tanto, en el reconocimiento del derecho individual a determinar su propio destino vital y personal, respetando las propias convicciones y su particular cosmovisión, aunque tales convicciones sean erróneas y potencialmente lesivas para el sujeto³⁰. Este principio, admitido hoy por la deontología médica como sustituto del tradicional paternalismo, ha sido incorporado a la legislación positiva en el ámbito sanitario, al reconocer al enfermo el derecho a negarse al tratamiento indicado por el médico³¹.

Este principio, sin embargo, aparece limitado cuando entra en colisión de forma grave (peligro de muerte) con

²⁸ ROMEO CASABONA, C., o.c., p. 42

²⁹ MARTÍN ROMEO, R.: *Bioética y Derecho*, Barcelona, 1987, pp. 71-72.

³⁰ ROMEO CASABONA, C., o.c., p. 42

³¹ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, art.10.

los *proprios intereses* (tratamiento médico coactivo, eutanasia, suicidio); con los *intereses de un público*; o cuando esté afectada la *capacidad* de autonomía del interesado (menor, enfermo, deficiente mental, estado de inconsciencia, etc.). En estos casos se suele aplicar el principio de beneficencia, principio clásico de la deontología médica, que determina la actuación de terceros (el médico, los familiares) en el mayor interés del afectado, de acuerdo con las propias concepciones de éste³².

V. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA A TRATAMIENTOS
MÉDICOS Y PROTECCIÓN DE LA VIDA.
EL BIODERECHO

Los principios elaborados por la moderna ciencia bioética han estado presentes y lo están todavía en la actualidad en la confección de las normas jurídicas y en su aplicación práctica por los operadores jurídicos. Tal vez, sin la sistematización y la profundización alcanzada por esta ciencia y con un origen más confesional que racional, el derecho, al menos el occidental, ha estado directamente influenciado por estos principios y muy principalmente, por el principio de santidad de la vida.

Es evidente que la concepción subyacente de este principio ha resultado decisiva para la configuración, en el orden jurídico, del derecho a la vida. Un derecho que tiene por finalidad garantizar la vida frente a terceros, ya sean estos los poderes públicos, ya sean simples particulares. La fuerza de este principio ha movilizado a la opinión pública en la defensa de la vida, incluso, reivindicando la supresión de la pena de muerte, objetivo que se ha alcanzado en numerosos países. La Constitución española reconoce, en su artículo 15.1, el derecho a la vida y declara la abolición de la pena de muerte, salvo caso de guerra.

Esta interrelación entre Bioética y Derecho no ha excluido el intento de acotar un ámbito propio y diferenciado

³² ROMEO CASABONA, C., o.c., p. 43

en el ámbito jurídico, que tuviera precisamente como finalidad el estudio de las regulaciones jurídicas relacionadas con las ciencias de la vida. Así, recientemente, Vila-Coro ha afirmado que: «... la norma moral es insuficiente porque, aunque abarca la dimensión social de la persona humana, opera inmediatamente en el plano interno de la conciencia, y el hombre es un ser dialógico que vive en sociedad. Se impone, por tanto, un nuevo ámbito del deber ser en el que se regulen las relaciones intersubjetivas a la luz de los principios de la Bioética. Las normas deberán ser jurídicas, pues su carácter coercitivo impedirá al científico sucumbir a la tentación experimentalista y a la presión de los intereses económicos. Su objetivo es que no se desborden los cauces por los que transcurren el respeto a la dignidad, identidad y vida del ser humano y no se vea afectada su esencia específica»³³.

Con anterioridad, Martín Mateo se había manifestado en términos semejantes: «Es, pues, necesario que el legislador intervenga ordenando conductas y puntualizando extremos no deducibles sin más de las vagas formulaciones de la bioética, lo que no puede quedar al libre arbitrio e interpretación de profesionales e investigadores ... No parece discutible que solo a partir del ordenamiento positivo, es decir, de la creación del *bioderecho*, puedan solventarse los problemas que plantea la bioética...»³⁴. Existe, por tanto, un intento doctrinal de acotar el ámbito jurídico relacionado con las ciencias de la vida que ha sido denominado *bioderecho* o *biojurídica*³⁵.

Así, pues, lo mismo que la Comisión de Especialistas del Congreso de los Diputados buscó una información técnica y ética sobre los problemas de reproducción asistida, así, también, en buen número de supuestos de regulación de materias relacionadas con las ciencias de la vida, el operador jurídico deberá buscar el referente ético en la

³³ VILA-CORO, M. D.: *Introducción a la Biojurídica*, Madrid, 1995, pp. 21-22.

³⁴ MARTÍN MATEO, R., o.c., p. 76.

³⁵ VILA-CORO utiliza la expresión *Biojurídica*, mientras MARTÍN MATEO utiliza la expresión *Bioderecho*.

bioética. Lo que no impide la propia autonomía de esta rama jurídica, que, por nuestra parte, denominaremos, siguiendo a Martín Mateo, Bioderecho.

Precisamente, al interpretar el art. 15 de la C.E, el Tribunal Constitucional ha caracterizado el derecho a la vida como la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional —la vida humana—, estrechamente vinculada al valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona... germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes» (STC. 1985, de 11 de abril, F.J.3). Además, añade que «de la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por parte del Estado. Por consiguiente, ... (se deduce) también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aún cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano»³⁶.

La jurisprudencia constitucional extrae consecuencias de mayor alcance, cuando afirma que el derecho fundamental a la vida «como fundamento objetivo del ordenamiento impone a esos mismos poderes públicos y en especial al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger a esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, *sin contar para ello con la voluntad de sus titulares* e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho ... Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad, que incluya el derecho a la propia muerte... (por ello) no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte...»³⁷.

El T.C. ha calificado a la vida como un valor fundamental, reconocido en nuestra C.E, inspirándose así en el principio de santidad de la vida y aplicando a nuestro ordena-

³⁶ STC., 53/1985, F.J.4.

³⁷ STC., 120/1990, de 27 de junio.

miento jurídico el carácter sagrado e inviolable de la vida, tal y como lo entiende la cultura actual³⁸. La aplicación de este principio ético al campo jurídico ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional como un bien jurídico superior, que prevalece, no sólo sobre la libertad del individuo —negación de un derecho a la muerte—, sino sobre la propia ética individual. Así en la confrontación entre ese valor fundamental (vida) y la conciencia del sujeto (ética individual), el Tribunal ha hecho prevalecer la vida:

«No podía ignorar (el procesado) que aquella norma o regla de conducta religiosa (creencias religiosas de los Testigos de Jehova) había sido reprobada en repetidas resoluciones por este Tribunal que reconocían el valor indisponible de la vida humana, resolviendo a favor de este bien jurídico el conflicto suscitado con el derecho a la libertad religiosa, ambos constitucionalmente protegidos, pero con preeminencia absoluta del derecho a la vida, por ser el centro y principio de todos los demás. En definitiva, las creencias religiosas indicadas no pueden disminuir la reprochabilidad del hecho por cuanto era del todo exigible al sujeto un comportamiento adecuado a la norma»³⁹.

La jurisprudencia constitucional ha trascendido el ámbito propio del *derecho a la vida* y, por tanto, el campo de las relaciones interpersonales, para abarcar las relaciones intrapersonales, configurando una singular modalidad de *protección de la vida*, en la que se tutela el bien jurídico vida, prescindiendo, o mejor contradiciendo, la propia voluntad del titular del derecho a la vida. Esta conclusión conduce a la idea de que «no ya únicamente ante el simple suicidio, sino también, ante la eutanasia voluntaria, la negativa a recibir transfusiones, los tratamientos médicos obligatorios en situación de riesgo vital cierto y casos similares; no solo no cabe alegar un derecho a morir constitucionalmente protegido, sino que el Estado se encuentra obligado a proteger positivamente la vida con independencia del consentimiento del afectado, de forma que una ley

³⁸ DWORKIN, R.: *El dominio de la vida*, Barcelona, 1994.

³⁹ STS., 27 de marzo de 1990.

que viniera a reconocer la relevancia de la voluntad y la autonomía de la persona seguramente sería contraria al artículo 15 de la Constitución⁴⁰».

La colisión entre el valor fundamental de la vida humana y la libertad de conciencia ha trascendido al campo de la salud, invirtiendo el principio legal de libertad del enfermo frente al tratamiento médico, al que se le reconoce el derecho de negarse al mismo, y transformando esta voluntariedad en coacción, cuando existe riesgo de muerte, autorizando el tratamiento médico coactivo. Desarrollando estos principios el Tribunal Supremo ha podido afirmar que la asistencia médica obligatoria se conecta causalmente con la preservación de bienes tutelados por la Constitución y, entre ellos, el de la vida que, en su dimensión objetiva, es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible⁴¹.

Esta interpretación jurisprudencial ha permitido a la doctrina configurar un supuesto específico de *objección de conciencia* a ciertos tratamientos médicos, que puedan entrar en contradicción con las creencias religiosas del paciente⁴².

VI. LA LIBERTAD DE CONCIENCIA COMO LIBERTAD PÚBLICA: GARANTÍAS Y LÍMITES

Las soluciones jurídicas adoptadas parecen desproteger un ámbito fundamental de la dignidad y libertad humana, como es la libertad ética o de conciencia. En efecto, la interpretación jurídica del principio bioético santidad de la

⁴⁰ Esta es la conclusión a la que se llega a través de la lectura de diversas Sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. RUIZ MIGUEL, A.: «Autonomía individual y derecho a la propia vida», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 14, enero-abril, 1993, p. 143.

⁴¹ STS., de 27 de marzo de 1990.

⁴² NAVARRO VALLS, R., MARTÍNEZ-TORRÓN, J., y JUSDADO, M. A.: *La objeción de conciencia a los tratamientos médicos: derecho comparado y derecho español*, en «AA.VV. Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Profesor Pedro Lombardía», Madrid, 1989.

vida, que realiza la jurisprudencia constitucional, ha sido de tal naturaleza expansiva que prácticamente ignora otro principio bioético básico como es el de *autonomía*.

La fundamentación ética de la norma jurídica y de la decisión jurisprudencial (relación causal entre bioética y bioderecho) alcanza en el caso planteado una dimensión tan singular que, al anular la autonomía individual, deja sin contenido la libertad ética o de conciencia del afectado. Comentando esta situación, se ha podido afirmar que si se extiende la libertad de pensamiento y de religión a idearios o hechos que contengan valoraciones erróneas sobre una terapéutica, necesariamente debe extenderse la libertad a las decisiones de la conciencia, de modo que, cuando éstas se conformen a los credos o idearios profesados, en ningún caso pueden ser castigados. Amparar el sistema moral erróneo por la libertad de pensamiento o religiosa y no amparar la correlativa conducta por la libertad de conciencia es una inaceptable inversión de los términos de la cuestión⁴³.

Esta colisión no puede interpretarse, sin embargo, como «una colisión al uso entre normas de distinta fuerza de obligar o de distinta jerarquía, sino como una colisión entre dos especies radicalmente distintas de normas: las que contienen una alternativa de comportamiento, y que son susceptibles de consideraciones de utilidad o de prudencia, y las que contienen una obligación absoluta y a las que sólo se responde con su cumplimiento. Es la distinción que ya hacían los viejos tratadistas: el Derecho es la sumisión del individuo a la voluntad de la sociedad organizada, mientras que la moral es la sumisión a los dictados de su propia conciencia⁴⁴».

La protección que otorga el Derecho a actuar de acuerdo con la propia conciencia, que se expresa a través de la tutela de la libertad de conciencia, tropieza con la dificult-

⁴³ HERVADA, J.: «Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica», en *Persona y Derecho*, 1984, pp. 13-53.

⁴⁴ GONZÁLEZ VICEN, F.: *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, 1979, p. 391.

tad que supone acceder al mundo de la interioridad y de la individualidad, cuando lo propio de las normas jurídicas es el ámbito de la exterioridad y de la generalidad. A pesar de todo, el derecho se aproxima a ese ámbito de la conciencia, pretendiendo otorgarle la correspondiente protección jurídica, utilizando, al efecto, las siguientes fórmulas:

- a) La libertad de conciencia goza de la misma protección jurídica que otorga el ordenamiento jurídico a las libertades públicas y a los derechos fundamentales; no obstante, como tal derecho fundamental, la libertad de conciencia no es un derecho ilimitado, sino que está limitado en su ejercicio por los demás derechos fundamentales y por el orden público protegido por la ley, constituido por la seguridad pública, la salud pública y por la moral pública. Teniendo en cuenta las observaciones antes formuladas sobre la interpretación legal de la ética pública, resulta evidente que la ética o moral pública constituye un límite a la libertad de conciencia. He aquí como, aun garantizando el ordenamiento jurídico la libertad de conciencia, puede producirse una colisión entre la ética pública y la conciencia individual. Conflicto que jurídicamente se resolverá a favor de la ética pública como límite de la libertad de conciencia. El deber de conservar la vida, como expresión del carácter de valor fundamental de la vida —según la interpretación de la jurisprudencia constitucional—, va a prevalecer sobre la negativa del enfermo a recibir un tratamiento vital por motivos de conciencia. Queda reflejada aquí la vieja actitud socrática de asumir la condena por inmoralidad pública por defender el imperativo de la propia conciencia.
- b) Entre las garantías de los derechos fundamentales que establece el ordenamiento jurídico se encuentra la obligación del legislador de respetar el contenido esencial del derecho fundamental, en este caso de la libertad de conciencia. Al igual que en el caso de la moralidad pública, el contenido esencial es un con-

cepto jurídico indeterminado, que habrá de ser precisado «*ad casum*» por el legítimo intérprete constitucional. Esto puede dar lugar, igualmente, a que se produzcan situaciones de desprotección de la autonomía de la conciencia y, por consiguiente, a conflictos entre la norma jurídica y la conciencia, limitando su propio ámbito de autonomía. El descanso laboral el sábado puede ser un imperativo de la conciencia para un judío y, sin embargo, al no existir una exención legal del deber laboral, dar lugar a un conflicto en el que el derecho no va a otorgar la correspondiente protección jurídica a la libertad de conciencia.

- c) En los dos supuestos anteriores existe un conflicto entre la conciencia y la precaria protección que le dispensa el derecho. La actitud del individuo que a la vista del conflicto concede prioridad al imperativo de la conciencia sobre el imperativo de la ley se denomina *objeción de conciencia*. Sin embargo, en ocasiones, el legislador diseña un supuesto genérico de objeción de conciencia con la consiguiente exención del deber legal establecido con carácter general. Es el supuesto ya conocido de la objeción de conciencia al servicio militar; se trata, como es obvio, de una solución basada en la generalidad de la norma, que contrasta con el carácter singular, individual y personalísimo que caracteriza a la objeción de conciencia. El alejamiento entre ambas figuras es tan evidente que el propio Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar que la objeción de conciencia —habrá que entender ese supuesto concreto que el legislador ha denominado objeción de conciencia— no es una manifestación de la libertad de conciencia y, por tanto, no participa de la condición de derecho fundamental, sino que se trata de un derecho constitucional autónomo. En realidad, sólo impropriamente se puede calificar a este supuesto de objeción de conciencia, puesto que el legislador ofrece al «objector» una vía alternativa que le permite elegir entre dos deberes legales. La solución legal pretende más bien

resolver un problema de conciencia social —contraria a un deber legal, cuya abolición propicia— que un problema de conciencia —objeción de conciencia propiamente dicha—, cuya naturaleza individualizadora es incapaz de captar y regular una norma general.

- d) La fuerza de la obligación ética de la conciencia tiene su origen en el individuo mismo, pues la conciencia es «ley encontrada por el hombre mismo que no puede infringir so pena de perder su propio ser»⁴⁵. Por eso, no debe atribuirse un mayor valor a la actuación en conciencia que trae su causa de una norma religiosa sobre una convicción ideológica, pues lo relevante es el carácter imperativo de esa convicción personalísima, que se ha fraguado en la propia conciencia. La negativa de un enfermo a un tratamiento médico no es más valiosa si se trata de un Testigo de Jehová que de un no creyente y, por tanto, ambas deben ser igualmente respetables.
- e) No se pueden confundir, tampoco, las obligaciones nacidas de la propia convicción personal de aquéllas otras derivadas de un deber profesional. El médico, según su propio Código Deontológico, tiene la misión y el consiguiente deber de conservar y restaurar, en su caso, la salud y vida del enfermo. El legislador no puede imponer deberes profesionales contrarios a la propia naturaleza de la profesión, es decir, deberes que contravengan esa finalidad profesional. En el caso del aborto no terapéutico, de la eutanasia activa o de la ejecución de una pena de muerte mediante la aplicación de una inyección letal, el legislador no puede imponer al profesional de la medicina la obligación de aplicar sus conocimientos terapéuticos en dichos supuestos: si se autoriza su práctica, lo que procede es habilitar a los médicos que voluntariamente lo deseen para que realicen dichas actividades

⁴⁵ O.c., p. 391.

sin responsabilidad legal. La imposición obligatoria situaría al médico que se opusiera en una posición de objeción profesional más que de objeción de conciencia.

VII. LA JURISPRUDENCIA Y «EL SENDERO DE LA EQUIDAD»

Las disfunciones comentadas, entre la autonomía de la conciencia y su protección jurídica, pueden dar lugar a actuaciones en conciencia contrarias al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, sancionables jurídicamente. El correspondiente juicio no debe pretender «revisar» o «supervisar» esa actuación en conciencia, pues la conciencia es el tribunal supremo, el lugar más elevado de la interioridad, algo sagrado, nunca coaccionable⁴⁶. El juez debe apreciar más bien si el comportamiento del infractor obedece realmente al imperativo de la conciencia, limitarse a verificar —con las garantías y las limitaciones propias de quien se adentra en un ámbito íntimo e interiorizado— si el supuesto enjuiciado se inscribe en aquella situación en que «el sujeto del dictamen de la conciencia se encuentra siempre obligado a este dictamen»⁴⁷. Una situación en la que lo esencial es «la adhesión inquebrantable a un imperativo moral, independientemente de cuáles sean sus consecuencias»⁴⁸.

En estos supuestos, la aplicación judicial de la norma, ponderando la situación subjetiva del infractor, puede permitir una valoración más justa de la infracción del objeto. A ese resultado han llegado algunos magistrados al aplicar la norma legal a los insumisos, de tal manera que, aun reconociendo la infracción legal cometida por el insumiso, han apreciado la eximente de estado de necesidad, derivada del imperativo de conciencia, que aboca al insumiso al

⁴⁶ O.c., p. 390.

⁴⁷ O.c., p. 390.

⁴⁸ O.c., p. 393.

incumplimiento del deber legal⁴⁹. Al mismo resultado han llegado algunos autores que, al estudiar la objeción de conciencia, han expresado su preferencia por la vía judicial respecto a la vía legislativa, a la hora de ponderar las circunstancias del objetor y su «derecho» a resistirse al cumplimiento de la norma⁵⁰.

Precisamente, siguiendo esta línea doctrinal, consideramos que, en aquellos supuestos en que la norma no suponga vulneración del contenido esencial del derecho de libertad de conciencia y la violación del deber legal no implique infracción penal, el juzgador debería ponderar la concurrencia de las circunstancias éticas y juzgar en equidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 de nuestro Código Civil, reinterpretado a la luz de los principios constitucionales, para aproximarse a aquel concepto medieval de la equidad canónica que buscaba la *justicia del caso concreto*.

Como nos recuerda Paolo Grossi, la equidad canónica es, además de fuente integradora, «fuente en otro sentido, un sentido que puede parecer suicida y escandaloso a quien la observe con ojos embebidos de conciencia laica: el juez, si *aequitas suadet*, movido por la equidad, y merced a la equidad, colma las lagunas de la ley positiva; pero tiene, asimismo, el poder-deber de no aplicar la ley si, en el supuesto específico que le ha sido sometido, la considera *peccati enutritiva*, o sea, motivo de riesgo o de un detrimento espiritual para los sujetos que están ante él»⁵¹.

El «sendero de la equidad», como nos recuerda este autor, es una feliz expresión literaria del papa Honorio III, que resulta, ciertamente, una feliz imagen que refleja el camino que debe seguir el operador del derecho para garantizar la flexibilidad del derecho positivo y doblegar la rigidez del derecho estricto. Esta institución medieval nos

⁴⁹ ALENDA SALINAS, M.: *El régimen penal de la prestación social sustitutoria de los objetores de conciencia*, Valencia, 1996.

⁵⁰ NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ TORRÓN, J.: *Las objeciones de conciencia en el Derecho Español y Comparado*, Madrid, 1997, p. 246.

⁵¹ GROSSI, P.: *El orden jurídico medieval*, trad. De F. Tomás y Valiente y E. Álvarez, Madrid, 1996, p. 212.

recuerda hoy que la generalidad de la ley y su aplicación indiscriminada sin tener en cuenta las circunstancias del destinatario, del hombre concreto, puede dar lugar a una sentencia injusta, es decir, a una decisión inicua.