

ARTÍCULO

Objeción de conciencia positiva¹

Positive conscientious objection¹

JOSÉ ANTONIO SEOANE*

¹ Este trabajo de investigación forma parte de los resultados de una ayuda del Programa de consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del Sistema Universitario de Galicia para Grupos con potencial de crecimiento (CN 2012/283), financiada por la Xunta de Galicia. Agradezco a Azucena Couceiro y a Pedro Rivas sus comentarios a versiones previas de este trabajo.

* José Antonio Seoane. Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidade da Coruña. jaseoane@udc.es

Índice

1. La objeción de conciencia sanitaria negativa.
2. La objeción de conciencia sanitaria positiva.
3. El Real Decreto-ley 16/2012 y la objeción de conciencia sanitaria positiva.
4. El Real Decreto-ley 16/2012 y el lícito atípico.

Resumen

La promulgación del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, ha planteado de nuevo la cuestión del significado y el alcance de la objeción de conciencia en el ámbito sanitario. A diferencia de quienes piensan que la conducta de los profesionales sanitarios es un supuesto de desobediencia civil, este artículo ofrece argumentos para calificar dicha conducta como un caso de objeción de conciencia sanitaria, en concreto de objeción de conciencia positiva.

Palabras clave: libertad de conciencia; objeción de conciencia; objeción de conciencia negativa; objeción de conciencia positiva; Real Decreto-ley 16/2012; salud; asistencia sanitaria; justicia.

Abstract

The enactment of the Spanish Order in Council 16/2012 has once again raised the question of the meaning and scope of conscientious objection in clinical field. Unlike those who think that the attitude of health professionals towards this legal norm should be labelled as civil disobedience, this paper provides several reasons to deem it a case of health conscientious objection, namely a positive conscientious objection.

Keywords: freedom of conscience; conscientious objection; negative conscientious objection; positive conscientious objection; Order in Council 16/2012; health; healthcare; justice.

El ámbito sanitario no es ajeno a la pluralidad axiológica de las sociedades modernas y por ello la conciencia de los profesionales asistenciales debe ser protegida. En concreto, se debe amparar su libertad de conciencia y su derecho a la objeción de conciencia, armonizando los derechos de los pacientes y usuarios, la responsabilidad de las profesiones asistenciales y la responsabilidad del Estado en el cumplimiento de sus funciones y la garantía del ejercicio de los derechos.

Aunque se acepte lo anterior, el alcance, el significado y el propio reconocimiento de la objeción de conciencia sanitaria siguen siendo cuestiones controvertidas, sea cual sea la perspectiva de análisis adoptada: clínica, ética, jurídica, política. A los interrogantes habituales (situaciones protegidas, sujetos, condiciones de ejercicio, etc.)² se añaden otros nuevos³. Ejemplo de tal controversia son las recientes demandas de objeción de conciencia sanitaria vinculadas al Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones⁴, que sostienen que su regulación limita de forma tan injusta y contraria a la ética profesional el alcance y la distribución de la asistencia sanitaria a determinadas personas, en particular a los inmigrantes en

² Cfr., por ejemplo, la diferente regulación legal en relación con la interrupción voluntaria del embarazo en la vigente Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (artículo 19.2) y en el anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, de 20 de diciembre de 2013 (artículo sexto. Modificación de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias) (http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html. Acceso 10.3.2014).

³ Cfr. COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Opinión del Comité de Bioética de España sobre la objeción de conciencia en sanidad*, Madrid, 13 de octubre de 2011 (www.comitedebioetica.es/documentacion/docs/es/La%20objecion%20de%20conciencia%20en%20sanidad.pdf. Acceso: 10.3.2014); CASADO, MARÍA; CORCOY, MIRENTXU (coords.), *Documento sobre la objeción de conciencia en sanidad*, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2007 (http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/olddocs/Objecion_de_conciencia.pdf. Acceso 10.3.2014); GRACIA, DIEGO; RODRÍGUEZ SENDÍN, JUAN JOSÉ (dir.), *Ética de la objeción de conciencia*, Fundación de Ciencias de la Salud, Madrid, 2008 (http://www.fcs.es/docs/publicaciones/Guia_etica_objecion_conciencia.pdf. Acceso 10.3.2014); GRUPO INTERDISCIPLINARIO DE BIOÉTICA, "Consideraciones sobre la objeción de conciencia", *bioética & debat*, vol. 18, núm. 66, 2012, pp. 3-19. Cfr. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, ALEJANDRO, *Derecho y conciencia en las profesiones sanitarias*, Dykinson, Madrid, 2009; ALBERT MÁRQUEZ, MARTA, "Libertad de conciencia. Conflictos biojurídicos en las sociedades multiculturales", *Cuadernos de bioética*, vol. 21, núm. 1, 2010, pp. 61-77; SÁNCHEZ-CARO, JAVIER, "La objeción de conciencia sanitaria", *Derecho y Salud*, vol. 20, núm. 2, 2010, pp. 49-64; TERRIBAS I SALA, NÚRIA, "Objeción de conciencia del profesional y derechos del paciente", *FMC*, vol. 17, núm. 10, 2010, pp. 664-670; NAVARRO-VALLS, RAFAEL; MARTÍNEZ-TORRÓN, JAVIER, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 2ª edición, Iustel, Madrid, 2010; ALARCOS MARTÍNEZ, FRANCISO JOSÉ (dir.), *Objeción de conciencia y sanidad*, Comares, Granada, 2011; WICCLAIR, MARK R., *Conscientious objection in healthcare: an ethical analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011; BELTRÁN AGUIRRE, JUAN LUIS, "La objeción de conciencia en el ámbito sanitario: últimas aportaciones judiciales", *Revista Aranzadi Doctrinal*, vol. 11, 2013, pp. 1-8.

⁴ Cfr. su artículo 1, que modifica la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, dando una nueva redacción al artículo 3, relativo a la condición de asegurado, y añadiendo un nuevo artículo 3bis y un nuevo artículo 3ter, acerca de la atención sanitaria de los "extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España". Cfr. también su Disposición final tercera, que modifica el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, relativo al derecho a la asistencia sanitaria. El desarrollo reglamentario ha continuado con el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

situación administrativa irregular, que podría no admitir otra salida a los profesionales que la objeción de conciencia⁵.

En un artículo publicado en esta misma revista se concluye que el comportamiento de los profesionales a propósito del Real Decreto-ley 16/2012 no es un caso de objeción de conciencia sino de desobediencia civil: “Visto lo anterior, podemos afirmar que estos profesionales se manifestaban no solo negándose a cumplir la obligación legal por ser contraria a su conciencia, pretendiendo con ello ser eximidos de la obligación y de la pena de desobediencia, sino que, además, cuestionan la legitimidad de la norma. Por tanto, definitivamente estamos ante una actitud de desobediencia civil para con las obligaciones que el citado Real Decreto les impone”⁶. Sin embargo, cabe cuestionar esta conclusión y alcanzar la contraria: el comportamiento de los profesionales a propósito del Real Decreto-ley 16/2012 no es un caso de desobediencia civil sino un caso de objeción de conciencia, concretamente de objeción de conciencia positiva.

Las páginas siguientes muestran las razones que sustentan esta afirmación. Tras una sintética exposición de (1) los rasgos principales de la objeción de conciencia sanitaria tradicional o negativa, describiré (2) el contexto y las características de la objeción de conciencia sanitaria positiva. A continuación detallaré (3) los argumentos que permiten hablar de objeción de conciencia positiva respecto del Real Decreto-ley 16/2012. Por último, aportaré (4) otra respuesta jurídica para amparar la actitud de los profesionales asistenciales: el lícito atípico.

La objeción de conciencia sanitaria negativa

La objeción de conciencia sanitaria clásica es una objeción de conciencia negativa, referida a mandatos o deberes jurídicos de hacer. El profesional asistencial se niega a realizar la acción –prestar asistencia, participar en una intervención- impuesta por la norma.

Gran parte de las manifestaciones consideradas objeción de conciencia no son casos de auténtica objeción de conciencia sanitaria, pues ésta sólo es admisible cuando afecta a valores socialmente controvertidos y existe posible afectación inmediata de terceros. Así sucede en el ámbito de la reproducción (e.g. diagnóstico preimplantacional, interrupción voluntaria del embarazo, técnicas de reproducción humana asistida), en el de la investigación (e.g. con células madre o embriones) o en el caso de intervenciones perfectivas o de mejora sin indicación estrictamente fisiológica, por ejemplo en el terreno de la sexualidad (e.g. esterilización voluntaria).

⁵ Cfr. GRUPO DE TRABAJO DE BIOÉTICA DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MEDICINA DE FAMILIA Y COMUNITARIA (semFYC), *Análisis ético ante la retirada de asistencia sanitaria a inmigrantes sin permiso de residencia*, 2012. (http://www.semfyces/biblioteca/virtual/detalle/Analisis_etico_ante_retirada_asistencia_sanitaria_inmigrantes/. Acceso 10.3.2014); MÉDICOS DEL MUNDO, *Razones para la objeción contra la reforma sanitaria*, 2012. (<http://www.medicosdelmundo.org/derechoacurar/manifiesto/>. Acceso: 10.3.2014).

⁶ NAVARRO CASADO, SILVIA: “Las cosas por su nombre: ¿Objeción de conciencia o desobediencia civil?”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 28, 2013, pp. 91-101, 98.

Por el contrario, no deben considerarse casos de objeción de conciencia por falta de justificación conceptual, ética y jurídica otras manifestaciones que frecuentemente eligen esta denominación. Son casos de objeción de conciencia falsa o espuria los referidos al rechazo de tratamiento por parte de un paciente, a la adopción o retirada de medidas de soporte vital, a las instrucciones previas o la docencia –aunque cabría admitir la objeción de conciencia en la formación práctica en prestaciones específicas como el aborto–⁷.

La objeción de conciencia sanitaria positiva

Más recientes e infrecuentes son las demandas referidas a una objeción de conciencia positiva, en la que la conciencia mueve al profesional a actuar proporcionando tratamientos sanitarios profesionalmente admitidos pero prohibidos por una norma jurídica, en lugar de abstenerse de participar en una intervención, como sucede en la objeción de conciencia tradicional o negativa.

Desde la bioética clínica se han distinguido las reivindicaciones de conciencia negativas (*negative claims of conscience*), en las que el profesional sanitario apela a su conciencia para negarse a realizar una intervención o a proporcionar tratamientos que están profesional y jurídicamente permitidos (e.g. aborto, esterilización, contracepción de emergencia, etc.), y las reivindicaciones de conciencia positivas (*positive claims of conscience*), en las que el profesional sostiene que su conciencia le obliga a proporcionar asistencia o tratamientos profesionalmente permitidos pero prohibidos por la ley (e.g. cumplir las instrucciones previas de una mujer embarazada que implicarían el rechazo o la retirada de tratamientos de soporte vital; proporcionar atención a los inmigrantes ilegales; informar a los pacientes sobre determinadas opciones de planificación familiar como el aborto, etc.)⁸. No existen argumentos para otorgar prioridad moral ni para proteger selectivamente las objeciones negativas, aunque el contexto social y político norteamericano muestra una tendencia favorable a garantizar éstas, identificadas con posiciones conservadoras (*social conservatives*), prestando menor atención a las objeciones positivas, vinculadas a posiciones socialistas o progresistas (*social liberals*). No obstante, en la medida en que ambas pretenden garantizar la integridad moral del profesional asistencial, razón principal que justifica el reconocimiento de la objeción de conciencia, ambas son igualmente merecedoras de protección⁹.

Siguiendo esta línea de argumentación, se ha propuesto un nuevo estatuto del objetor de conciencia sanitario denominado “compromiso de conciencia” (*conscientious commitment*), apto para incluir las acciones o actos positivos de conciencia y las consiguientes pretensiones de intervención de los profesionales frente al

⁷ Cfr. COUCEIRO, AZUCENA; SEOANE, JOSÉ ANTONIO; HERNANDO, PABLO, “La objeción de conciencia en el ámbito clínico. Propuesta para un uso apropiado (I)”, *Revista de Calidad Asistencial*, vol. 26, núm. 3, 2011, pp. 188-93; COUCEIRO, AZUCENA; SEOANE, JOSÉ ANTONIO; HERNANDO, PABLO, “La objeción de conciencia en el ámbito clínico. Propuesta para un uso apropiado (II)”, *Revista de Calidad Asistencial*, vol. 26, núm. 5, 2011, pp. 320-324.

⁸ Cfr. WICCLAIR, MARK R., “Negative and positive claims of conscience”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* vol. 18, 2009, pp. 14-22, 14-16; WICCLAIR, MARK R. “Positive claims of conscience and objections to immigration law”, *Virtual Mentor: American Medical Association Journal of Ethics*, vol. 15, núm. 3, 2013, pp. 188-192.

⁹ Cfr. WICCLAIR, MARK R., “Negative and positive claims of conscience”, cit. (nota 7), pp. 16-21.

deber de abstención -no contenido aquí en una norma jurídica sino en una política (*policy*) sanitaria-. Si toda apelación a la conciencia equivale al reconocimiento de la diversidad moral y resulta un estímulo para el diálogo y la reflexión sobre cuestiones éticas en medicina, no tiene sentido proteger la negativa a intervenir basada en la conciencia y no proteger las pretensiones igualitarias enraizadas en el compromiso de conciencia que remedian prácticas que no sirven a los mejores intereses de los pacientes. La integridad del profesional está afectada en ambos casos, y para no debilitar la justificación filosófica de la objeción tradicional deberían protegerse el rechazo y la prestación. De este modo se pone de relieve el relevante papel de la conciencia en la medicina, tanto para proteger la integridad del profesional –que rechaza o que proporciona un cuidado– como para mejorar el acceso a los cuidados y promover la *humanitas* en la medicina¹⁰.

Por último, desde el ámbito jurídico se han diferenciado dos variantes del derecho a la objeción de conciencia. La primera es 1) el derecho a la objeción de conciencia *negativa*, que consiste en la facultad del individuo destinatario de un deber jurídico positivo (deber de seguir un determinado comportamiento, prestar un servicio, proporcionar una prestación, etc.) de sustraerse del cumplimiento de tal deber, omitiendo la conducta prescrita por razones de conciencia. Dos supuestos clásicos del derecho a la objeción de conciencia negativa son la objeción de conciencia al servicio militar y la objeción de conciencia a la interrupción del embarazo. La segunda es 2) el derecho de objeción de conciencia *positiva*, que presenta dos modalidades: 2.1) la facultad (permiso, derecho, libertad) del individuo destinatario de un deber jurídico negativo (deber de no tener un determinado comportamiento, no prestar un servicio, no proporcionar una prestación, etc.) de sustraerse de la observancia de tal deber, realizando la conducta prohibida por razones de conciencia; 2.2) el poder (capacidad, autorización, habilitación) del individuo destinatario de una norma general de inhabilitación (negativa o privativa de la capacidad de completar ciertos actos jurídicos) de realizar válidamente los actos jurídicos excluidos por razones de conciencia. Para el autor la objeción de conciencia positiva cobraría sentido si la mayoría política de un país aprobase una ley que impidiese a los individuos decidir qué tratamientos pueden ser efectuados en su cuerpo por parte del personal sanitario, privándolos del poder de impedir las intervenciones sobre su cuerpo sin su consentimiento¹¹.

Este último ejemplo de objeción de conciencia positiva se refiere al supuesto de la norma general de inhabilitación (2.2). Con todo, mayor interés que tal ejemplo hipotético, y más próximo a alguno de los supuestos sugeridos desde el ámbito de la bioética clínica, presenta el caso real de la objeción de conciencia postulada por los profesionales sanitarios frente al Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, que conlleva el incumplimiento de la prohibición de asistencia a los inmigrantes en situación administrativa irregular, y que serviría como ejemplo del primer supuesto de objeción de conciencia positiva (2.1).

¹⁰ Cfr. CARD, ROBERT F., “Reasonability and conscientious objection in medicine: a reply to Marsh and an elaboration of the reason-giving requirement”, *Bioethics* 2013, pp. 6-7 (online version: 24.6.2013), doi: 10.1111/bioe.12022. Acceso 10.3.2014.

¹¹ Cfr. CHIASSONI, PIERLUIGI, “Libertà e obiezione di coscienza nello stato costituzionale”, *Diritto e Questione Pubbliche*, vol. 9, 2009, pp. 65-89, 83-89.

El Real Decreto-ley 16/2012 y la objeción de conciencia sanitaria positiva

La evolución de las sociedades, de las profesiones asistenciales, de la relación clínica y de los derechos, así como la aparición de nuevos escenarios que pueden lesionar la conciencia de los profesionales asistenciales exigen continuar reflexionando sobre la objeción de conciencia, bien para mantenerla dentro de sus confines tradicionales, bien para ensanchar su ámbito de actuación y dar cabida a nuevas manifestaciones. La exposición anterior distingue dos modalidades: la objeción de conciencia sanitaria clásica o negativa y la objeción de conciencia sanitaria positiva. Teniendo presente esto, ¿cómo ha de calificarse la conducta profesional ejercida frente al Real Decreto-ley 16/2012?

Ciertamente se trata de un caso de desobediencia o incumplimiento de una norma considerada injusta. Es asimismo una situación en la que el profesional considera que tiene el deber moral de actuar en contra de lo establecido en esa norma jurídica y lo hace movido por razones de justicia. Tomando como referencia la objeción de conciencia clásica o negativa, se ha rechazado considerarla como auténtica objeción de conciencia y se ha calificado como desobediencia civil¹². No obstante, existen suficientes argumentos para considerarla una genuina objeción de conciencia sanitaria, en concreto un supuesto de objeción de conciencia positiva.

1. *El deber jurídico al que se opone la objeción de conciencia.* La objeción de conciencia clásica es una objeción de conciencia negativa, referida a mandatos o deberes jurídicos de hacer: el objetor pretende abstenerse de realizar una acción ordenada por la norma jurídica. Por su parte, la objeción referida al Real Decreto-ley 16/2012 es una objeción de conciencia positiva, relacionada con deberes jurídicos de no hacer o prohibiciones: el profesional pretende abstenerse de no realizar lo exigido por la norma y, por tanto, actuar prestando asistencia sanitaria.

Si este propósito del profesional que objeta queda claro no hay razón para no admitir el ejercicio de una objeción de conciencia positiva, referida a otro tipo de deber jurídico, pues no parece existir una exigencia conceptual o ética de que la objeción haya de ser siempre una omisión¹³.

2. *La calificación deóntica.* Quien califica como desobediencia civil la actuación del profesional sanitario ante el Real Decreto-ley 16/2012 considera que su actuación modifica el carácter normativo y las condiciones de aplicación de la disposición jurídica, convirtiendo una prohibición o mandato de no hacer o abstenerse en un mandato de hacer. En la objeción de conciencia negativa el incumplimiento del deber de hacer por parte del profesional no altera la calificación deóntica de la norma desobedecida, que continúa siendo un mandato de hacer, y únicamente cambia en relación con su concreta actuación en ese caso, pues queda exento o dispensado de su cumplimiento, mientras que en la objeción de conciencia positiva se sostiene que el incumplimiento de la prohibición de hacer por parte del profesional altera la modalidad deóntica de la norma jurídica incumplida, convirtiendo una prohibición o mandato de no hacer en un mandato o deber de hacer.

¹² Cfr. NAVARRO CASADO, SILVIA, "Las cosas por su nombre: ¿Objeción de conciencia o desobediencia civil?", cit. (nota 5), pp. 91-101; SEOANE, JOSÉ ANTONIO, "Objeción responsable", en AA.VV., *La bioética o el arte de elegir*, Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, Madrid, 2013, pp. 110-112.

¹³ Cfr. WICCLAIR, MARK R., "Negative and positive claims of conscience", cit. (nota 7), pp. 16, 21; GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 81-82.

Sin embargo, esta explicación no es exacta, pues ambos supuestos de objeción pueden operar y ser descritos de forma análoga. En el caso de la objeción de conciencia positiva el profesional únicamente pretende quedar exento del cumplimiento de su deber de no hacer, y no la transformación de éste en un mandato o deber de prestación de asistencia sanitaria. La objeción de conciencia implica en este caso una excepción a una norma de prohibición y no una generalización de dicha respuesta, pues responde individualmente a cada caso. Y lo mismo podría afirmarse en relación con la objeción de conciencia negativa: el profesional objetor aspira a no participar o cumplir un deber de prestación o acción, pero no a transformarlo en un deber de abstención o, incluso, en un permiso (actitud propia de la desobediencia civil).

3. *Situación normativa y modalidad del derecho.* En cuanto a la modalidad de derecho amparada o reconocida, la objeción de conciencia negativa representa para el profesional sanitario una mera inmunidad, esto es, la exigencia de no estar sujeto por una determinada norma jurídica. En cambio, la objeción de conciencia contemporánea o positiva no sería para el profesional una mera inmunidad sino una potestad, o facultad de modificación de las relaciones jurídicas¹⁴.

No obstante, una vez más dicha equiparación es errónea, pues también la objeción de conciencia positiva puede y debe ser calificada como inmunidad, en concreto la exigencia de no estar sujeto por una norma jurídica que impone un deber de abstención: lo único que pretende el profesional objetor es que no se aplique dicha norma en el caso concreto. Por el contrario, si el profesional pretendiese cambiar la norma desobedecida mediante su actuación, tanto si la norma impone un deber de acción (objeción de conciencia negativa) como un deber de abstención (objeción de conciencia positiva), no estaríamos ante un supuesto de objeción de conciencia.

4. *Objeto del derecho (bienes y valores protegidos).* Ambas objeciones, clásica o negativa y contemporánea o positiva, protegen directamente la conciencia del profesional (art. 16.1 CE). Asimismo, de forma mediata, protegen otros bienes y derechos de terceros: la vida (art. 15 CE), la integridad física y moral (art. 15 CE) y la salud (art. 43 CE), tanto individual como colectiva, con la que están íntimamente ligadas. Así lo ha estimado nuestro Tribunal Constitucional respecto de las consecuencias de la regulación del mencionado Real Decreto-ley 16/2012: “Si además del mandato constitucional se tiene en cuenta, como ya lo ha hecho este Tribunal, la vinculación entre el principio rector del art. 43 CE [deber de todos los poderes públicos de garantizar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios (STC 126/2008, de 27 de octubre, FJ 6)] y el art. 15 CE que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, en el sentido reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todos asunto Vo c. Francia de 8 de julio de 2004), resulta evidente que los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionalmente particularmente sensibles”¹⁵.

¹⁴ Cfr. HOHFELD, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales* (1913), traducción de Genaro Carrió, Fontamania, México, 1991.

¹⁵ Auto del Tribunal Constitucional 239/2012, de 12 de diciembre, FJ 5.

La posición preferente de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de Derecho y la doble dimensión de los derechos fundamentales, en particular su dimensión objetiva o institucional¹⁶, refuerzan la consideración de la conducta del profesional sanitario ante el Real Decreto-ley 16/2012 como objeción de conciencia. Denegar tal posibilidad podría incluso ocasionar un efecto disuasorio o de desaliento (*chilling effect*) en el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia de los profesionales, contradiciendo dicho carácter preferente.

5. *La distinción entre objeción de conciencia y desobediencia civil.* La objeción de conciencia es un acto de exteriorización de un imperativo de conciencia. Puede entrecruzarse con otras formas de desobediencia y convertirse también en un instrumento de presión política, pues el objetor desearía que se derogase la ley que impone el deber jurídico que él rechaza. Sin embargo, en sí misma, la objeción no se presenta como un instrumento de lucha o transformación política; simplemente se trata de rehusar el cumplimiento de la ley *porque* es injusta y no *para que* deje de serlo¹⁷. El objetor de conciencia pretende no participar en una política injusta pero no conseguir el triunfo de la más justa de las políticas¹⁸.

La justificación y aceptabilidad de la objeción de conciencia ante el Real Decreto-ley 16/2012 requiere que la conducta de los objetores no esté basada en sus divergencias sobre la noción de justicia presente en la disposición, aunque tales divergencias existan. El profesional objetor no cuestiona la necesidad de establecer límites o criterios para distribución de los recursos sanitarios ni tampoco la competencia del gobierno para introducir medidas al respecto. Su pretensión es ser dispensado de cumplir el deber de abstenerse de intervenir para prestar asistencia *porque* la prohibición de actuar impuesta por la norma puede causar un daño en la salud y la integridad física de los usuarios –inmigrantes en situación administrativa irregular– que puede ser evitado con su intervención.

6. *Justicia y seguridad.* El propósito o la intención del profesional objetor no es imponer su criterio privado de justicia cuanto garantizar que no se lesiona un criterio de justicia compartido que se refiere a la protección de la salud, íntimamente conectada con el derecho fundamental a la vida y el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE). Éstos integran el núcleo de los derechos humanos y deben ser entendidos como capacidades humanas básicas, sin las cuales no es posible disfrutar de una vida digna (art. 10.1 CE), y como funcionamientos seguros, en el sentido de que su protección no puede ser puntual sino mantenerse en el tiempo, sin exponer a riesgos extremos o al sacrificio de otras capacidades, bienes o derechos¹⁹.

¹⁶ PRIETO SANCHÍS, LUIS, “La objeción de conciencia sanitaria”, cit. (nota 2), p. 989; BARRERO ORTEGA, ABRAHAM, “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)”, *Derecho y Salud*, vol. 14, núm. 2, 2006, pp. 205-228, 213, 226.

¹⁷ Cfr. PRIETO SANCHÍS, LUIS, “Libertad y objeción de conciencia”, en *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 277-303, 282-283.

¹⁸ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, cit. (nota 12), p. 81.

¹⁹ Cfr. SEOANE, JOSÉ ANTONIO, “La relación clínica en el siglo XXI: cuestiones médicas, éticas y jurídicas”, *Derecho y Salud*, vol. 16, núm. 1, 2008, pp. 1-28, 16-19; VENKATAPURAM, SRIDHAR, *Health justice. An argument from the capabilities approach*, Polity, London, 2011; WOLFF, JONATHAN; DE-SHALIT, AVNER, *Disadvantage*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

El Real Decreto-ley 16/2012 no elimina por completo la atención de la salud de estos usuarios, pues establece que los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España mayores de edad recibirán asistencia sanitaria en las situaciones de urgencia por enfermedad grave o accidente, y de embarazo, parto y postparto²⁰. Al respecto puede resultar pertinente la distinción entre los inmigrantes no regularizados actuales y los inmigrantes no regularizados potenciales, es decir, la distinción entre quien ya recibía asistencia sanitaria y quien aún no la ha recibido. Dejando al margen el argumento de lesión del criterio de “oportunidad justa”, que exigiría confrontar distintas concepciones de justicia sanitaria, se habla de la posible lesión de los principios profesionales de no abandono y lealtad debida y de vulneración del principio de la no retroactividad de las leyes²¹, y podría hablarse también de derechos adquiridos. No obstante, quizás baste recordar que una de las finalidades del Derecho es la coordinación razonable de las expectativas de los ciudadanos, minimizando contingencias y proporcionando seguridad y certeza para guiar racionalmente las decisiones y las acciones, pudiendo proyectarlas en el futuro, y que la normativa del Real Decreto-ley contradiría dicha finalidad en relación con los usuarios actuales cuyas necesidades de salud o de atención sanitaria subsistan tras la entrada en vigor de la norma (e.g. pacientes crónicos).

7. *Argumentos de principio adicionales: acción correcta, lícita y éticamente fundada.* La acción que pretende realizar el profesional –proporcionar atención o tratamientos a un usuario– no es mala, incorrecta o ilícita en sí misma. La atención a un paciente es *per se* una acción éticamente correcta y conforme con los fines de la profesión médica y otras profesiones asistenciales. Se considera una obligación ética y profesional y era, además, una acción lícita y una obligación jurídica hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012. Desde entonces la atención a un paciente o usuario inmigrante en situación irregular está prohibida por la mencionada disposición. Se trata, por tanto, de una actuación prohibida e ilegal en la actualidad, que podría ser calificada con algo más de precisión como una actuación contextual o contingentemente prohibida e ilegal, en la medida en que el deber ético y el deber profesional subsisten mientras que el deber jurídico ha variado su significado a partir del Real Decreto-ley 16/2012.

8. *Argumentos consecuencialistas: vida, salud e integridad física vs. valor económico.* Cabe añadir argumentos de naturaleza consecuencialista, pues la limitación del acceso al derecho a la salud para determinados colectivos vulnerables por sus condiciones socioeconómicas y sociosanitarias repercute y puede causar no solo perjuicios individuales a la salud de los directamente afectados, sino también perjuicios generales asociados a la salud colectiva o salud pública²².

Además de las consecuencias –perjudiciales– para la salud individual de los afectados y para la salud pública, las medidas adoptadas en el Real Decreto-ley 16/2012 tienen consecuencias económicas beneficiosas en forma de ahorro²³. No obstante, la ponderación entre ambas puede decantarse por la salud,

²⁰ Artículo 1.3 Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, que añade un artículo 3.ter a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

²¹ Cfr. GRUPO DE TRABAJO DE BIOÉTICA DE LA semFYC, *Análisis ético ante la retirada de asistencia sanitaria a inmigrantes sin permiso de residencia*, cit. (nota 4), pp. 3-4.

²² Cfr. ATC 239/2012, de 12 de diciembre, FJ 5. Las enfermedades infectocontagiosas son el ejemplo propuesto por el Tribunal Constitucional.

²³ Se ha cuestionado dicho beneficio económico evaluando el impacto de la reforma al año siguiente de su implantación: cfr. MÉDICOS

estrechamente relacionada con el derecho a la vida e integridad física: “la vinculación entre el principio rector del art. 43 CE y el art. 15 CE que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral [...] resulta evidente que los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles”²⁴. Los bienes en juego protegidos mediante el derecho a la salud y el derecho a la integridad física “poseen una singular importancia en el marco constitucional”, de modo que su protección para el individuo y para el conjunto de la sociedad “no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado”²⁵. Es decir, los beneficios de la protección de la salud compensan o superan los eventuales perjuicios económicos. (Este argumento podría presentarse también como un argumento deontológico o de principio, como un conflicto de valores entre el valor vida o salud, tanto entendida desde la perspectiva individual como, con mayor razón, desde la perspectiva colectiva, y el valor económico).

Otro argumento a favor del reconocimiento o la no punibilidad de la actuación desobediente de los profesionales asistenciales objetores está vinculado con el principio o juicio de proporcionalidad: no existen medios alternativos igualmente valiosos o de calidad, eficaces, seguros para alcanzar el fin de la asistencia.

El Real Decreto-ley 16/2012 y el lícito atípico

Reconocer la posibilidad de oponer la objeción de conciencia a los profesionales contrarios al cumplimiento del deber de abstención o no asistencia contenido en el Real Decreto-ley 16/2012 significa aceptar que se trata del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de conciencia. Si esta posibilidad decayese o careciese de justificación cabría aún apelar a otra vía menos radical pero favorable también a las pretensiones de los profesionales desobedientes, que sería calificar su actuación como un lícito atípico.

La licitud atípica se refiere a “aquellas conductas que aparecen como *prima facie* prohibidas, por resultar subsumibles en una regla prohibitiva pero que, a la luz de los principios relevantes del sistema jurídico, resultan finalmente permitidas”²⁶. La distinción entre la asistencia sanitaria a los inmigrantes actuales y a los inmigrantes potenciales tendría cabida en el segundo de los tres supuestos de licitud atípica, que se produce “cuando un determinado caso constituye una excepción a una regla prohibitiva, porque en

DEL MUNDO, *El impacto de la reforma sanitaria en el derecho a la salud*, septiembre 2013 (<http://www.medicosdelmundo.org/derechoacurar/mapa-semaforo/>. Acceso 10.1.2014). Un análisis global sobre las repercusiones sociales y económicas de la inmigración en España en MORENO FUENTES, FRANCISCO JAVIER; BRUQUETAS CALLEJO, MARÍA, *Inmigración y Estado de bienestar en España*, Obra Social “La Caixa”, Barcelona, 2011.

²⁴ ATC 239/2012, de 12 de diciembre, FJ 5.

²⁵ ATC 239/2012, de 12 de diciembre, FJ 5.

²⁶ ATIENZA, MANUEL; RUIZ MANERO, JUAN, *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000, p. 115.

relación con él se dan las razones que justifican la regla, pero también alguna otra razón más fuerte no contemplada en la misma que justifica la permisión”²⁷. En otras palabras:

La conducta A del sujeto S es lícita (atípicamente lícita) en las condiciones C', si y solo si:

- a) Existe una regla que prohíbe a S realizar A en las circunstancias C.*
- b) Los principios que fundamentan esa regla no justifican la prohibición de A en las circunstancias C', porque –siendo C' igual a C en todos los demás aspectos–,*

[...]

2.2) en C' se dan otras razones, además de las que concurrirían en C, que tienen un mayor peso que las que justificaban la prohibición (C' es un caso de excepción a la regla)²⁸.

Es posible concebir dos situaciones diferentes. En primer lugar, *A* equivaldría a prestar asistencia a cualesquiera inmigrantes irregulares, tanto potenciales como actuales, *S* sería el médico o el profesional asistencial que presta dicha asistencia, *C* serían las condiciones estipuladas en el Real Decreto-ley 16/2012 y *C'* serían las circunstancias según las cuales no procede diferenciar a las personas por su situación administrativa irregular en materia de asistencia sanitaria, regresando a la situación anterior de titularidad universal, al estimar que la denegación de dicha prestación lesiona las condiciones mínimas de justicia.

No obstante, es una segunda situación la que parece acomodarse a las características del lícito atípico: *A* equivaldría a prestar asistencia a los inmigrantes irregulares actuales, *S* sería el médico o el profesional asistencial que presta dicha asistencia, *C* serían las condiciones estipuladas en el Real Decreto-ley 16/2012 y *C'* serían las circunstancias en las que procede diferenciar entre el inmigrante actual y el inmigrante potencial. Concebir la salud –e integridad física y moral– como una capacidad y un funcionamiento seguro exige intervenir para garantizar la asistencia de todos los inmigrantes y cualesquiera otros usuarios. Garantizar una salud segura a lo largo del tiempo, y no únicamente de forma puntual u ocasional, no conduce a diferenciar al inmigrante actual del futuro inmigrante: las circunstancias (*C* o *C'*). Sin embargo, sí existe entre ambos una diferencia relevante en materia de expectativas, siendo el inmigrante actual, cuyo derecho a la asistencia sanitaria había sido reconocido hasta la fecha, el principal afectado. *C'* haría referencia a las circunstancias específicas del inmigrante actual, combinando dos factores referidos al derecho a la asistencia sanitaria: el primero atendería sobre todo a la dimensión material o de justicia, y el segundo incorporaría la dimensión de seguridad: la noción de salud como capacidad y funcionamiento seguro y la noción de expectativa razonable.

Fecha de recepción: 31 de marzo 2014

Fecha de aceptación: 23 de mayo 2014

²⁷ ATIENZA, MANUEL; RUIZ MANERO, JUAN, *Ilícitos atípicos*, cit. (nota 25), p. 116.

²⁸ Cfr. ATIENZA, MANUEL; RUIZ MANERO, JUAN, *Ilícitos atípicos*, cit. (nota 25), pp. 121-122.