

Bioética en el Tribunal Constitucional español *

Andrés Ollero

SUMARIO: 1. Introducción. -2. Conflictos competenciales remiten a cuestiones de fondo. -3. No siempre es fácil despedirse de un no nacido. -4. Al que pretenda objetar que lo registren. -5. Vértigo a la hora de reconocer la objeción de conciencia.

1. Introducción

A nadie puede extrañar, dado el protagonismo que la bioética ha encontrado en los debates públicos, que problemas relacionados con ella - o, más estrictamente, con el bioderecho - hayan acabado sometidos a escrutinio en el Tribunal Constitucional. Si acaso, cabría sugerir que su presencia, intensa en sentencias de los decenios ochenta y noventa del pasado siglo, parece relativamente ralentizada. Valga como muestra el prolongado retraso, de un lustro, de la relativa a la ampliación del aborto legal, desvinculado durante amplio plazo de cualquier indicación justificadora.

En los ochenta fueron hasta tres las sentencias suscitadas en relación al aborto; con protagonismo de la STC 53/1985, de 11 de abril, fruto de un luego desaparecido recurso previo, que anuló la primera ley despenalizadora en determinados supuestos, retrasando su entrada en vigor. Ya antes, la STC 75/1984, de 27 de junio, había descartado que un aborto realizado en Londres pudiera ser penalizado en España; con posterioridad, la STC 70/1985, de 31 de mayo, negaba toda imposición de origen religioso en su tipificación como delito. En los noventa serán los problemas suscitados por la experimentación biotecnológica los que centren el debate. Baste recordar la STC 212/1996, de 19 de diciembre, que se ocupó - ocho años después - de la Ley sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos; o la 116/1999, de 17 de junio, que abordó - con once años de retraso - la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida¹. En una ponencia de 13 de marzo de 2015 aludí a algunos escauceos periféricos, suscitados por Comunidades Autónomas con discutida competencia para ello, sobre lo relacionado con lo que consideraban “muerte digna”. Igualmente comenté algunas iniciativas presentadas ante el Tribunal Constitucional. Así la cuestión de in-

* Este trabajo tuvo su arranque en el curso sobre *Bioética y nuevos derechos*, coordinado por los profesores de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid José Antonio Santos, Marta Albert y Cristina Hermida, publicado en Granada, Comares, 2016.

¹ Todas las sentencias citadas las he analizado con detalle en *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, The Global Law Collection, 2006.

constitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia valenciano, en relación a las previsiones del art. 22 de la Ley autonómica de Protección a la Maternidad de 2009, sobre la admisión de alumnado en centros educativos; entre ellas, la de computar a las madres embarazadas como un hijo más al aún no nacido.

2. Conflictos competenciales que remiten a cuestiones de fondo

Como ocurre con frecuencia, con no poca confusión de los ciudadanos poco expertos, lo que el Tribunal habrá de enjuiciar en su momento no serán los aspectos sustantivos del debate sino en qué medida ha ido o no acompañados de una invasión de competencias, dentro del siempre complicado engarce entre las del Estado y de las Comunidades Autónomas. Basta repasar el eco encontrado en los medios mejor informados al constatar que el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 10 de Valencia había estimado el recurso presentado por la Abogacía del Estado en 2012 contra una Resolución de los servicios territoriales de Educación de la Comunidad valenciana sobre admisión de alumnado, aplicando la equiparación legal entre niños ya nacidos y no natos en los trámites de elección de centro educativo. El Juzgado anuló la Resolución al considerar que la Generalitat no tiene competencias para determinar la personalidad del concebido. El artículo vulnerado habría sido el 149.1.30 CE que, en su epígrafe 30, incluye entre las materias sobre las que el «Estado tiene competencia exclusiva», la «Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del art. 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia». En el debate público, previo al aún no realizado por el Tribunal, se recordaba que la normativa estatal fijaba unos criterios “prioritarios”, lo que suscitaba un doble interrogante: si las Comunidades Autónomas podrían fijar otros, e incluso si podrían reconocerles el mismo valor. El Tribunal, por tanto, habría de interpretar si “prioritarios” significaba que determinados criterios habían de entrar siempre en juego o si, además, deberían gozar de superior valoración que los añadidos.

3. No siempre es fácil despedirse de un no nacido

Un titular de prensa, particularmente sugestivo, informaba sobre la estimación por el Tribunal Constitucional de un insólito recurso de amparo. Los hechos recogidos relataban que a una ciudadana embarazada de veinte semanas se le informó, tras una ecografía, que el feto padecía una cromosomopatía, lo que dio pie con consentimiento a la programación de un aborto. Cuando al día siguiente de realizado le dieron de alta, la madre solicitó la entrega del feto, para poder despedirse de él con su pareja y proceder a incinerarlo, según afirmará ante la jueza que acabó ocupándose de su demanda.

Habían surgido problemas porque el feto no había llegado a pesar 500 gramos ni cumplido ciento ochenta días de vida fetal. Un protocolo hospitalario conside-

raba mero resto biológico a todo feto que no cumpliera tales características, lo que obligaría al hospital a eliminarlo. También la Ley del Registro Civil contempla, en su art. 45, similar requisito, pero con más precisa consecuencia: «Las personas obligadas a declarar o dar el parte de nacimiento están también obligadas a comunicar en la misma forma el alumbramiento de las criaturas abortivas de más de ciento ochenta días de vida fetal, aproximadamente. En el Registro Civil se llevará un legajo con las declaraciones y partes de estos abortos». Para la jueza, esto obligaba a rechazar la pretensión de la madre; se le contrargumentará que la obligación de dar parte cuando se cumplan unos requisitos no implica necesariamente la prohibición de tenerlo en cuenta cuando no resulte obligado. El Informe médico-forense realizado descartaba cualquier impedimento legal ni sanitario. Según la Ley de la Policía Sanitaria Mortuoria vigente en la Comunidad Autónoma, el destino de todo resto hermano y/o cadáver debe ser el enterramiento, la incineración o arrojar los restos al mar...

El Ministerio Fiscal emitió informe favorable a la solicitud materna. El protocolo invocado por el hospital no era norma jurídica vinculante. El art. 45 de la Ley del Registro Civil, que impone la obligación de inscribir a las criaturas abortivas, no prohíbe en ningún caso la inscripción en el legajo de fetos que no alcancen los 180 días; no existía tampoco norma legal que recoja el dato del peso mínimo. La jueza tenía sus motivos para rechazar la demanda; quizá para no dar pie a una argumentación basada en la posible vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley, informó, por propia iniciativa, que en ocasión anterior sí había autorizado dicha inscripción, pero en un supuesto que consideraba distinto por partida doble. Se trataba de un aborto espontáneo y además, aun no cumpliéndose el requisito de los 500 gramos de peso, entraba en juego el derecho de libertad religiosa consagrado en el art. 16 CE. La madre, en este caso, se consideraba - por ser musulmana - obligada a dar sepultura al feto en la tierra, rechazando la incineración. Dos cuestiones novedosas quedaban pues a juicio del Tribunal Constitucional: si el fruto de un aborto espontáneo merece mejor trato que el de un aborto programado y si la libertad ideológica de la recurrente en amparo justificaba trato similar al de la libertad religiosa en el caso precedente.

No faltaba, como suele ser ya habitual, una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, que vela por la observancia del Convenio de Roma del Consejo de Europa. En febrero de 2008, en el caso *Hadri Vionnet contra Suiza*, reconoció la vulneración del derecho a la vida privada y familiar al realizarse el enterramiento del cuerpo del hijo del recurrente, nacido muerto, sin haber prestado su consentimiento; le reconoció el derecho a asistir al entierro de su hijo eventualmente acompañado de una ceremonia y a que sus despojos se transportaran en un vehículo apropiado. La Audiencia Provincial no considera precedente válido la sentencia citada, porque los restos no tendrían la consideración de cadáver ni se había producido un nacimiento.

Como es sabido - o quizá, más bien, debería serlo - en España la admisión a trámite de un recurso de amparo dista de ser trámite fácil; rondando los 7000 los anualmente presentados, no llegan los admitidos a significar un 2%. La Ley Orgánica del Tribunal fue modificada en 2007, pasando a exigir - además de existencia de una posible vulneración de un derecho fundamental - que de ello derive objeti-

vamente una “especial trascendencia constitucional”, al margen de la dimensión subjetiva del caso. Uno de los puntos que llevan a justificar tal trascendencia es que, como ocurría en este caso, se tratara de un problema novedoso sobre el que el Tribunal no hubiera tenido aún oportunidad de pronunciarse. Los argumentos a favor de la recurrente son de general conocimiento: la entidad humana suficiente no puede venir dada por gramos o días, debiendo respetarse a la demandante, que concibió y gestó al hijo que esperaba, su derecho fundamental a rendir culto a sus restos y despedirlos en una ceremonia de carácter civil y familiar.

La solución del caso no parece haber sido fácil, si se tiene en cuenta del texto de la sentencia (la 11/2016) y los votos particulares - dos discrepantes y uno concurrente, en una sala integrada en la ocasión por cinco magistrados - que la acompañan. Le descartará la posibilidad de estimar el amparo, como defiende el voto concurrente por considerar que se había vulnerado la libertad ideológica de la madre, garantizada por el artículo 16.1 de la Constitución. No se consideraba vulnerado el principio de igualdad, dada la dificultad de hacerlo sin apreciar de la libertad ideológica. Se acabará estimando el amparo por vulneración de la vida privada personal y familiar garantizada por el Convenio de Roma.

4. Al que pretenda objetar que lo registren

Al igual que voy procurando trasladar a las deliberaciones lo no poco recibido en el ámbito académico, espero que ahora se considere también natural que traslade al ámbito académico lo no poco aprendido en la tarea jurisdiccional. Así ocurrió con motivo de la sentencia 151/2014 que falla el recurso de inconstitucionalidad suscitado por la imposición en Navarra a los sanitarios objetores al aborto de la obligación de inscribirse en un Registro *ad hoc*. Es doctrina constitucional consolidada que todo intento de limitar un derecho fundamental ha de justificarse probando la necesidad de la medida, proscribiendo así que pueda provocarse un efecto desalentador o disuasorio de su ejercicio. Necesario no parecía tal Registro, al menos al Consejo Consultivo navarro al que solicitó el Parlamento autonómico parecer a respecto. En su dictamen 54/2010, el Consejo respondió que «resulta obvio que la falta de un registro público no impide el ejercicio del derecho, razón por la cual, la formulación anticipada de la objeción de conciencia no ha de efectuarse, necesariamente, mediante la fórmula del registro». Bastaría sin duda con un sucinto y discreto fichero informático, disponible solo para los obligadamente responsables de que se garantizara el acceso a toda prestación sanitaria legal. No en vano la propia sentencia acabaría declarando inconstitucional la demasiado generosa posibilidad discrecional de facilitar el acceso al Registro a quienes tales responsables consideraran sin más oportuno. Es obvio que la existencia de un Registro de tan innecesario alcance, no imprescindible para garantizar las prestaciones legalmente previstas, podría generar en los profesionales objetores un fundado temor a que de ello derivara un riesgo de discriminación que afectara a su carrera profesional.

Por si fuera poco, respalda dichos temores la Orden Foral 116/2011, por la que el Gobierno de la Comunidad Autónoma - que ejerció la iniciativa legislativa -

realiza en la práctica una interpretación auténtica al desarrollar la Ley. El formulario legalmente previsto exigía a los objetores rellenarlo aportando sus datos personales, su función y los aspectos de la legislación respecto a los que objeta; la Orden foral, por el contrario, al indicar los aspectos que incluirá el Registro, añade a ellos un significativo apartado bajo la rúbrica "creencias". El objetor no se vio obligado a expresarlas en el aludido formulario, por lo que no cabe suponer existencia de consentimiento; será por otras vías no consentidas como lleguen al registro esas informaciones previsiblemente inconstitucionales en ese contexto. De ello se hace eco el art. 7,2 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, que establece que «sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias».

Según hice constar en voto particular discrepante, no faltó en la prensa algún entusiasta que alabara la existencia del Registro por entender que la objeción es una «opción que no debería escudarse en el anonimato»; también él parecía convencido de que no se trataba tanto de garantizar el ejercicio de un derecho como de conocer quién objeta y por qué. No deja de resultar curioso que, según no desmentidas informaciones de prensa, el número de profesionales inscritos, al cabo de cuatro años de existencia del Registro, era de uno solo; aunque informaciones procedentes del Colegio de Médicos estiman que podrían haber llegado a ser tres. Todo ello en una Comunidad Autónoma en la que la masiva objeción ha venido obligando a derivar la práctica de abortos a otras cercanas, hasta que la reciente instalación de un centro privado - con el que se ha firmado convenio - lo ha hecho innecesario.

Fenómeno tan singular admite diversas interpretaciones. Así, un parlamentario que apoyaba al Gobierno de la Comunidad manifestó que el que haya un solo objetor inscrito no obedece a presiones de la Administración para desactivar el Registro, ya que la Consejería de Salud lo considera activo, sino "al hecho de que no hay objetores"; lo que - dado lo ya dicho - confirmaría un profundo efecto desalentador y disuasorio de la medida en una Comunidad con bien conocida objeción masiva.

Otra interpretación invitaría a aceptar que el malogrado registro ha llevado a una masiva inaplicación de la ley, por los riesgos que los profesionales atribuyen a su existencia. En efecto, la consecuencia parece haber sido que los numerosos objetores se han negado a suscribir el formulario legal incluso en su propio centro sanitario, para evitar verse inscritos. Aún es más llamativo que ningún responsable de esos servicios les haya instado a hacerlo, pese a tener conocimiento de que la objeción en el centro es masiva. Lo que era objeción de conciencia se convierte así en generalizada desobediencia civil.

5. Vértigo a la hora de reconocer la objeción de conciencia

No he dejado de constatar otras vicisitudes que viene experimentando en suelo español el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia, incluido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sirva como ejemplo un

recurso de amparo estimado por una laboriosa sentencia, fruto de más de un año de sucesivas deliberaciones. Puedo referirme pues a ella con más libertad y mayor conocimiento de causa; sobre todo si se tiene en cuenta que, tras expresar como ponente el parecer del Tribunal, me consideré obligado a formalizar un voto particular concurrente, al no compartir ni la totalidad del fallo ni buena parte de su fundamentación. Si se compara el texto de la sentencia 141/2015 y el de los variados votos particulares - discrepantes o concurrentes- que se le dirigen, se dispone de un detallado mapa sobre los puntos de fricción que este problema viene soportando. La novedad de su apreciación, ante la negativa de un farmacéutico a disponer en su oficina de la llamada “píldora del día después”, facilitaba la justificación de su especial trascendencia constitucional.

Cuando el Tribunal hubo de entrar en el fondo de las cuestiones planteadas hubo actitudes para todos los gustos. El recurso de amparo había sido objeto de una primera deliberación por la Sala Primera, viéndose luego - ante la diversidad de pareceres - avocado al Pleno, que le dedicó a lo largo de un año sucesivas y distanciadas sesiones. Aunque la mayoría que apoyó la sentencia reconocía la conveniencia de «perfilar y aclarar algunos aspectos de la doctrina constitucional en relación con la naturaleza del derecho a la objeción de conciencia» - fundamento jurídico (en adelante FJ) 3 *in fine* -, tal intención se ha visto, a mi modo de ver, frustrada.

El tratamiento del derecho a la objeción de conciencia surge tempranamente en las resoluciones del Tribunal. Ya la sentencia 15/1982 estableció - en su FJ 6 - que «la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el art. 16», por lo que «puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español, sin que contra la argumentación expuesta tenga valor alguno el hecho de que el art. 30.2 emplee la expresión “la Ley regulará”; la cual no significa otra cosa que la necesidad de la *interpositio legislatoris* no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para “regular” el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia». En esa misma línea precisó - en el FJ 8 - que de ello «no se deriva, sin embargo, que el derecho del objetar esté por entero subordinado a la actuación del legislador. El que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la *interpositio legislatoris* no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado, de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales. Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; el hecho mismo de que nuestra norma fundamental en su art. 53.2 prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, que se extiende a la objeción de conciencia, no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata». «Este principio general - se añadía - no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediata-

mente aplicable; supuestos que no se dan en el derecho a la objeción de conciencia». «Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido», que en todo caso «ha de ser protegido, ya que de otro modo el amparo previsto en el art. 53.2 de la Constitución carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella».

Cinco años después, sin embargo, la sentencia 160/1987 generará una notable confusión: no porque se aparte de las anteriores, sino por ser en sí misma contradictoria. En efecto - en su FJ 3 - reitera con cita expresa lo establecido por la 15/1982, aun considerando - en pleno ataque de vértigo - que la objeción de conciencia «es un derecho constitucionalmente reconocido», al que se «otorga la protección del recurso de amparo, lo que le equipara, a los solos efectos de dicho recurso en su tratamiento jurídico constitucional, con ese núcleo especialmente protegido que son los derechos fundamentales y libertades públicas, y es la Constitución, pues, la que reconoce el derecho de manera implícita y explícita, no significando otra cosa la expresión “la Ley regulará” del art. 30.2 que la necesidad de la *interpositio legislatoris*, no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para “regular” el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia».

Plantea pues la curiosa figura de un derecho “constitucional” que por misteriosas razones solo tendría de “fundamental” su protección por recurso de amparo. Eso no es nada, si se tiene en cuenta que - sin salir del FJ 3 - pasamos a encontrarnos ante «un derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar». Se trataría pues de una excepción al cumplimiento de un deber «solamente permitida por el art. 30.2, en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia (art. 16 C.E.) que, por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o “subconstitucionales” por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos. Es justamente su naturaleza excepcional - derecho a una exención de norma general, a un deber constitucional, como es de la defensa de España lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental».

El problema se complica cuando la sentencia 321/1994 - en su FJ 4 - al pretender enlazar con las anteriores - incluyendo a la 15/1982 que, como hemos visto, dice todo lo contrario - afirma que «el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16 CE no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos, con el riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales». La realidad es que solo cuando existen deberes legales puede entrar en juego el derecho a la objeción, que de lo contrario carecería de objeto. Añadirá que «el derecho a ser declarado exento del servicio militar no deviene directamente del ejercicio de la libertad ideológica, por más que se encuentre conectado con el mismo, sino tan sólo de que la Constitución en su art. 30.2 expresamente ha reconocido el derecho a la objeción de con-

ciencia, referido únicamente al servicio militar y cuyo ejercicio supone el nacimiento del deber de cumplir la prestación social sustitutoria, sistema que permite al objetor cumplir los objetivos de la norma de servir a la comunidad salvaguardando sus íntimas convicciones (STC 160/1987). No puede, por lo tanto, el recurrente justificar su negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutoria ni apelando a la libertad ideológica, ni mediante el ejercicio de la objeción de conciencia, derecho que la Constitución refiere única y exclusivamente al servicio militar».

Ciertamente, aun siendo la objeción de conciencia un derecho fundamental, no lo es con un alcance ilimitado. Es preciso ponderarlo con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos. Será el legislador en principio el encargado de hacerlo, sin perjuicio de que tal labor la lleve en caso contrario a cabo el órgano judicial competente. Lo que se sale de lo ordinario es que - como ocurre en el citado art. 30 CE - sea la propia Constitución la que asuma esa tarea, estableciendo como resultado la aceptación de la objeción al servicio militar, pero contrapesada con el cumplimiento de una prestación social sustitutoria. El contexto peculiar del trabajo constituyente, con unas fuerzas armadas muy sensibilizadas ante el creciente número de objetores, explica esa anomalía; al igual que las vicisitudes del pacto en la ponencia constitucional, que llevaron a ignorar enmiendas relativas a los derechos fundamentales en la segunda lectura, encomendada al Senado. Esto explica que no prosperaran las que proponían añadir al art. 16 CE un epígrafe 4 destinado a la objeción de conciencia. La posterior supresión del servicio militar obligatorio acabó convirtiendo en fantasmal su única presencia explícita en el art. 30 CE.

Es lógico pues que, ante situación tan contradictoria, se avocara al Pleno el recurso de amparo. Ello brindaba la oportunidad de aclarar la confusión entre objeción de conciencia y desobediencia civil que latía en las sentencias 160/1987 y 321/1994. El *objetor* de conciencia no pretende cuestionar la norma sino que plantea una excepción (que confirma la regla), al entrar en conflicto la conducta impuesta por ella con sus convicciones personales. Surge, sin embargo, una figura bien distinta: la del *insumiso*, al que ya se había satisfecho su derecho a la objeción, pero opta por una inconstitucional desobediencia civil negándose a cumplir la prestación sustitutoria.

Como consecuencia, pronunciamientos de este Tribunal referidos a esta nueva situación han llegado a malinterpretarse, como si afectaran al derecho constitucional a la objeción de conciencia. Los insumisos, recurrentes en estas dos últimas sentencias, ya habían visto satisfecha su condición de objetores al servicio militar. Pasan sin embargo a ejercer una actitud de desobediencia civil, impensable como derecho, porque no pretendían una mera excepción. Cuestionaban la norma con carácter general y aspiraban a que la sanción por su conducta (con su impacto mediático) removiera la conciencia social socavando la legitimidad del precepto. Al ignorarse en las citadas sentencias esta distinción entre objeción y desobediencia civil, el propio Tribunal se creía así obligado a trasladar a la objeción el reproche que la desobediencia civil merece. Distinguiendo adecuadamente entre la objeción y la desobediencia civil que la insumisión implica, desaparece por el contrario todo indicio de incoherencia en las sentencias citadas.

Todo ello ha quedado pues sin aclarar. Al afirmarse - como hemos visto, en la sentencia 160/1987 - que el derecho a la «libertad ideológica reconocido en el art. 16 C.E. no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos», la objeción pasa de ser un curioso derecho constitucional no fundamental a verse reducida a la mínima expresión: se la conceptúa más bien como eventual objeto de una benévola tolerancia, ajena a imperativos de justicia.

La significativa alusión al “riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales” parece traslucir otra de las confusiones que dificultan un normal reconocimiento del derecho a objetar. Deriva de la tendencia a identificar *conciencia* con moral, con lo que la objeción expresaría un conflicto entre *moral* y *derecho* que se pretendería fallar en beneficio de la primera. En realidad el conflicto se da entre la delimitación legal del mínimo ético característico del derecho, fruto de un respaldo mayoritario, y la discrepante concepción de ese mínimo ético jurídico suscrita por ciudadanos en minoría.

No nos encontramos pues ante un conflicto entre el mínimo ético que da sentido a lo jurídico y maximalismos morales que puedan repercutir sobre la conciencia individual. Pretender que la obediencia al derecho pueda depender del código moral de cada cual es una torpe caricatura del derecho a la objeción de conciencia. Este refleja en realidad un conflicto jurídico y no el imaginado entre derecho y moral. Se trata del derecho de la minoría a poder acogerse excepcionalmente a su visión del mínimo ético que el derecho ha de avalar, en relación al impuesto mayoritariamente por cauces legales. Todo un síntoma elocuente del respeto del Estado a los derechos de los ciudadanos; de modo especial a su libertad ideológica, no ajena en ocasiones a referencias religiosas. Una democracia avanzada aspira a evitar dictaduras de la mayoría, dando espacio - siempre que resulte viable - a excepciones que salvaguarden convicciones jurídicas discrepantes.

Cuando se olvida que el ciudadano tiene conciencia jurídica - sin perjuicio de tenerla también moral, ni de las previsibles conexiones entre ambas - el falso panorama de una subordinación de la obediencia a la norma a los postulados morales de cada cual genera un explicable vértigo. Se ha optado en la sentencia, sin embargo, por declinar la posibilidad (por no decir deber) de resolver esta confusa situación.

Dado que el recurrente centra su argumentación en los eventuales efectos abortivos de la conocida como píldora del día después, se ha preferido abordar el problema como una mera continuación de la sentencia 53/1985 relativa al ya citado recurso previo contra la entonces recién aprobada primera despenalización del aborto en determinados supuestos. La sentencia descarta - en su FJ 14 - que el legislador haya vulnerado la Constitución al no regular la objeción de conciencia del personal sanitario. Recordó el Tribunal al respecto que el derecho a la objeción de conciencia «existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales».

Con esa remisión se actualiza ahora la doctrina, a veces ignorada, que descarta que la objeción de conciencia precise de una específica *interpositio legislatoris* para ser ejercida. Se actualiza igualmente la consideración de la objeción de conciencia como derecho fundamental, reforzada con posterioridad por su explícita inclusión en la Carta Europea de Derechos Fundamentales. Se mantiene, sin embargo, abierta la confusión generada por la sentencia 160/1987; perdura como posible fundamento alternativo tanto para quienes afirman como para los que niegan el derecho a la objeción, al ofrecerle dos párrafos consecutivos dentro del mismo fundamento que afirman una cosa y su contraria.

Queda pues, como aspecto positivo, la actualización del alcance limitado de la *interpositio legislatoris*, vinculado a la eficacia del derecho y no a su fundamento, así como al carácter de derecho fundamental de la objeción. La distinción - en el FJ 5 - entre la conducta sancionada por la Administración (*no disponer* de determinados medicamentos o productos sanitarios en la oficina de farmacia) y la *negativa* del farmacéutico *a dispensarlos*, puede llevar a debates bizantinos, si no se profundiza en el sentido de la norma. La mera presencia de determinados productos en la rebotica de las oficinas de farmacia no contribuye a mejora alguna de la salud. Si la Junta de Andalucía ha preferido tipificar como sancionable su no disposición en vez de su no dispensación es, obviamente, para evitar que el farmacéutico desatienda la solicitud del ciudadano argumentando que ha agotado las existencias de determinados productos; tendrá pues que disponer siempre de ellos, aunque ningún ciudadano se los reclame.

La sanción impuesta al farmacéutico era consecuencia de una sola conducta tipificada: no disponer de los medicamentos y productos incluidos en la relación legalmente establecida; sin perjuicio de que se trate de uno solo o de varios. Aun tratándose en este caso de dos (píldora del día después y preservativos) han generado pues una sola una sanción, inescindible, sobre la que recaería el dictamen de nulidad incluido en el fallo. Sorprendentemente, sin embargo, se ha optado en él por hacer compatible la anulación de la sanción, en lo relativo a la píldora, con una retroacción para que la Administración - tras casi siete años - vuelva a dictaminar las consecuencias de la no disposición de preservativos.

Al margen de los problemas de prescripción que ello pueda suscitar, resulta problemático que la Administración llegue a cumplir los imperativos de proporcionalidad propios de una medida sancionadora. Respecto a la píldora se señala - en el FJ 5 - que la acumulación de oficinas de farmacia, en pleno centro urbano de una ciudad lleva a descartar una eventual imposibilidad de acceso a los medicamentos por el ciudadano. En el caso de los preservativos habría que añadir que, al no tratarse de un medicamento sino de un producto higiénico, suele hallarse disponible en máquinas tragaperras instaladas en lugares públicos, sin la obligada intervención de farmacéutico alguno. Sugerir que ello pueda dar paso a una sanción grave para el mismo farmacéutico cuyo derecho a la objeción se ha visto reconocido por el Tribunal cobra visos de argumento *ad absurdum*.

En todo caso, lo que dista de resultar irrelevante es la presunta fundamentación - FJ 6 - de tan llamativo dictamen. Aunque me duela hacerlo constar, en modo alguno puedo compartir la afirmación de la sentencia de que «es patente que el incumplimiento de la obligación relativa a las existencias de preservativos queda

extramuros de la protección que brinda el precepto constitucional indicado. La renuencia del demandante a disponer de profilácticos en su oficina de farmacia no queda amparada por la dimensión constitucional de la objeción de conciencia que dimana de la libertad de creencias reconocida en el art. 16.1 CE». Todo parece indicar que se está incurriendo en la ya criticada identificación de conciencia con moralidad, o incluso con “creencias”.

Dejando aparte la dimensión de “laicidad positiva”, que aquí no entra en juego, las exigencias del art. 16 CE giran en torno a la neutralidad de los poderes públicos y su no injerencia en la conciencia - jurídica o moral - del ciudadano. No parece compatible con ello que los Magistrados del Tribunal puedan considerarse llamados a erigirse en directores espirituales de los ciudadanos, aleccionándolos sobre qué exigencias de su conciencia gozan de la protección de un derecho fundamental y cuáles han de verse descartadas por tratarse de retorcidos escrúpulos.

No se me ocurre ningún argumento, ni la sentencia los ofrece, para poder afirmar sobre la disposición de preservativos que ningún “conflicto de conciencia con relevancia constitucional puede darse en este supuesto”. Tampoco los ofrece el recurrente, que solo alude a los preservativos para hacer notar que el incidente de nulidad de actuaciones que suscitó no era improcedente, al no coincidir su contenido con el de la Resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *caso Pichón y Sajous contra Francia*, que se le ofrecía como contrargumento.

No es inusual que cuando se suscitan problemas de objeción de conciencia el que ha de juzgarlo tienda a ponerse en el lugar del objetor para dictaminar si merece o no protección. Es obvio que, al tratarse de instancias públicas, la neutralidad y no injerencia solo permite calibrar la “seriedad” de la actitud del objetor (avalada en este caso - en el FJ 5 - sin distinción alguna entre los productos afectados por ella), su coherencia de conducta y la inexistencia de circunstancias que pudieran llevar a detectar intención alguna de obtener algún beneficio personal con indicios de picaresca.

De lo contrario, surgiría el riesgo adicional de que la tolerancia sustituya a la justicia. Así, cuando se trata de exigencias vinculadas a doctrinas minoritarias (rechazo de transfusiones de sangre, negativa a incinerar cadáveres) se tendería tolerantemente a conceder la excepción. Es más, se tenderá a evitar aludir a la objeción de conciencia, presentando el caso como directa aplicación de la libertad religiosa². Cuando se trata, por el contrario, de planteamientos doctrinales más extendidos cualquiera podría considerarse llamado a distinguir entre libertad de espíritu y exceso fundamentalista. Me temo que así ha ocurrido en la sentencia. El problema es que la conciencia relevante a la hora de reconocer el derecho a la objeción es la del objetor; no la de quien emite el veredicto. Su contrapeso en la ponderación no ha de ser nunca la conciencia de éste sino el alcance de la posible repercusión sobre derechos de terceros.

² Así ocurre en la sentencia 154/2002 sobre absolución de testigos de Jehová condenados por homicidio, al negarse (comisión por omisión) a firmar su consentimiento para una transfusión de sangre a un hijo menor, que acabaría falleciendo.

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Introduzione</i>	IX
<i>Nota biografica</i>	XI
<i>Elenco delle pubblicazioni</i>	XV

Prima parte

Aspetti dell'esperienza giuridica

SALVATORE AMATO	
Violenza del mito e archeologia del diritto	3
AGATA C. AMATO MANGIAMELI	
Natura Ambiente Diritto. Una filosofia del diritto per l'ecologia	17
ÁNGELA APARISI MIRALLES	
Apuntes sobre la relación entre razón práctica, derecho y <i>praxis</i> de los operadores jurídicos	37
CARLA FARALLI	
Esiste un diritto a non nascere (se non sani)?	57
JOHN FINNIS	
Some Questions about Normativity and History in Petrażycki	65
STELIO MANGIAMELI	
Le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e la tutela dei diritti fondamentali nel diritto europeo	79
CARLOS I. MASSINI-CORREAS	
Sobre iusnaturalismo y validez del derecho	99
BRUNO MONTANARI	
Verità e Diritto: <i>episteme</i> o <i>fictio</i> ? Ambedue?	119

	<i>pag.</i>
ANDRÉS OLLERO	
Bioética en el Tribunal Constitucional español	131
RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS	
Otra vez sobre Hermenéutica filosófica y derecho natural: las lecciones de la jurisprudencia	143
CLAUDIO SARTEA	
Il "principio famiglia" e la fondazione ontologica del giuridico	161
ISABEL TRUJILLO	
Il ritorno della giustizia nel diritto	171
RODOLFO L. VIGO	
Dimensiones de la racionalidad judicial	181
GIUSEPPE ZACCARIA	
Nuove fonti e pluralismo giuridico	191

Seconda parte

Dimensioni della secolarizzazione

JESÚS BALLESTEROS	
Nueva gnosis y negación de las diferencias ontológicas	207
STEPHANE BAUZON	
Des symboles de l'Etat-Nation et de la Religion	217
MARCO STEFANO BIRTOLO, LORENZO SCILLITANI	
Secolarizzazioni deboli, diritto e politica: esperienze a confronto	227
GABRIELLA COTTA	
Un itinerario dal post-secolarismo al post-secolare	239
GIUSEPPE DALLA TORRE	
Libertà religiosa e secolarismo	253
GABRIELLA GAMBINO	
La fedeltà coniugale: un antidoto alla secolarizzazione del matrimonio?	263
LUIGI LOMBARDI VALLAURI	
Autobiografia bioetica	277
FABIO MACIOCE	
La laicità e l'integrazione sociale: un rapporto ambiguo	301

pag.

LAURA PALAZZANI	
La bioetica laica di Francesco D'Agostino	315
GIANLUCA SADUN BORDONI	
D'Agostino e il giusnaturalismo	327
GUIDO SARACENI	
Contingente, neutrale e singolare: tre dimensioni aporetiche della secolarizzazione	339
FRANCO TODESCAN	
Recenti studi sulla secolarizzazione dello Stato in età moderna	353
FRANCESCO VIOLA	
Benedetto XVI e l'illuminismo della fede cristiana	367

Terza parte

Profili filosofici e storici

VITTORIO CAPUZZA	
Spunti dalla letteratura per un ripensamento filosofico della natura come <i>cifra</i> dell'essere e dell'esistere	379
MICHELE CASCAVILLA	
Comunità, società e diritto naturale in Ferdinand Tönnies	387
FRANCESCO CAVALLA	
Il <i>Logos</i> dei Greci e il <i>Logos</i> di Giovanni	399
FRANCESCO COMPAGNONI	
Deontologia e psicoterapia. I valori morali nella relazione terapeutica	421
LORENZO D'AVACK	
La sperimentazione sull'uomo: conflitto di valori tra rischi e benefici	427
MARIA ROSA DI SIMONE	
Il processo alle streghe nell'opera del gesuita austriaco Paul Laymann	435
PATRICK NERHOT	
Religioso e profano	451
STEFANO SEMPLICI	
Le parti del corpo umano come fonte di guadagno?	489
STAMATIOS TZITZIS	
Intérieurité et droits naturels	501

	<i>pag.</i>
VINCENZO VITALE	
Appunti sul presunto rapporto fra diritto e letteratura	513
ANGELA VOTRICO	
Mitologie della giustizia	523
GIANFRANCESCO ZANETTI	
Il principio dell'ascolto	535
FRANCESCO ZINI	
La filosofia della medicina e la futilità delle cure: salute e malattia nella bioetica della cura	551

S. AMATO - A.C. AMATO MANGIAMELI - L. PALAZZANI

(a cura di)

DIRITTO E SECOLARIZZAZIONE

Studi in onore di Francesco D'Agostino



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2018 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-1460-9

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.