

OBJECIÓN DE CONCIENCIA Y DESOBEDIENCIA CIVIL

ANDRÉS OLLERO

Catedrático Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

Sumario: 1. Introducción.- 2. Democracia y pluralismo.- 3. Propuesta laicista de neutralidad.- 4. Un intento de acuerdo fronterizo: público-privado.- 5. Democracia y derecho: un mínimo ético nada neutral.- 6. El imposible derecho a ser tolerado.- 7. Entre objeción de conciencia y desobediencia civil.

Las ideas expuestas en la sesión de clausura han sido desarrolladas con mayor amplitud, con el título ¿Puede no imponer convicciones el derecho?, como capítulo X del libro *El derecho en teoría* Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, del que se ofrece aquí un extracto.

Libertad y conciencia en el ejercicio de las profesiones sanitarias

1. INTRODUCCIÓN.

No cabe imponer las propias convicciones a los demás. Tan tajante afirmación, a más de drástica, suena a perogrullada. ¿Qué es eso de pretender que todos piensen como nosotros? Analizado desde otro ángulo, más jurídico, quizá cambie el panorama. Si fuera imaginable una sociedad en la que cada cual pudiera comportarse con arreglo a su leal saber y entender ¿sería necesario el derecho? Sabemos, por Marx, que en una sociedad sin clases, donde -erradicada la propiedad y su estructura de explotación- vivaquearía el hombre nuevo, no habría ya derecho alguno. En el cielo, donde quizá sería aún más imaginable tan bucólico panorama, no hay noticia de que rija ordenamiento jurídico alguno, ni siquiera el canónico...

Todo parece pues indicar que el derecho existe precisamente para que algunos ciudadanos se comporten de determinado modo, pese a su escaso convencimiento al respecto. A quien está convencido de que la defensa de sus heroicos ideales políticos justifica generar muertes, de modo indiscriminado o selectivo, se le procurará convencer sobradamente de lo contrario con las penas oportunas. Lo mismo ocurrirá a quien se muestre poco convencido de que resulte rechazable privar de sus bienes a quien poco los valora, dado su probado insuficiente empeño en protegerlos; y así sucesivamente... Todo parece indicar que el derecho existe precisamente para lograr ajustar también la conducta de los menos convencidos.

2. DEMOCRACIA Y PLURALISMO.

Ello es perfectamente compatible con el reconocimiento del pluralismo como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 CE) y la consiguiente renuncia a que todos acaben pensando como uno venga teniendo por costumbre. El derecho se presenta siempre como un mínimo ético, lo que excluye de entrada que los demás deban compartir nuestros más preciados maximalismos. Pero incluso ese mínimo ético deberá determinarse a través de procedimientos que no conviertan al ciudadano en mero destinatario pasivo de mandatos heterónomos. La creación de derecho deberá estar siempre alimentada por la existencia de una opinión pública libre, lo que convierte a determinadas libertades (información y expresión) en algo más que derechos fundamentales individuales: serán también garantías institucionales del sistema político.

Todo ello no implica relativismo alguno. La democracia no deriva del convencimiento de que nada es verdad ni mentira; que, para algunos, sí cabría imponer a los demás. La democracia se presenta como la fórmula de gobierno más verdaderamente adecuada a la dignidad humana y, en consecuencia, recurrirá al derecho para mantener a raya los comportamientos de quienes no se muestren demasiado convencidos de ello. La democracia no deriva siquiera de la constatación de que el acceso a la verdad resulta, sobre todo en cuestiones históricas y contingentes, notablemente problemático; se apoya, una vez más, en una gran verdad: la dignidad humana excluye que pueda prescindirse de la libre participación del ciudadano en tan relevante búsqueda. El pluralismo político no aparece en el artículo 1.1 CE conflictivamente, como si insinuara que vaya usted a saber en qué pueda consistir esa justicia -y, en consecuencia, esa libertad e igualdad- de las que el mismo párrafo habla; se limita a recordar que no cabrá determinarlas de modo unilateral, impidiendo que los ciudadanos puedan intervenir en ello.

Cuando se olvida esa indiscutida pretensión de verdad que la democracia lleva consigo, compartida con la de los derechos humanos que aspira a garantizar, todo se desquicia. Cuando el que está convencido de que cabe, por complejo que resulte, captar una justicia objetiva comparte, a la vez, esa identificación de democracia con relativismo, acabará siendo coherentemente antidemocrático y verá en ese pluralismo relativista un elocuente síntoma de error. Si, por el contrario, considera a la democracia como una de las más netas expresiones de un objetivo ajustamiento de las relaciones sociales, no sólo como útil procedimiento sino también como garantía de exigencias jurídicas naturales, se considerará particularmente obligado a defenderla.

Cuando se identifica democracia con relativismo, se verá un enemigo en cualquiera que insinúe, siquiera remotamente, que algo pueda ser más verdad que su contrario. Lo más cómico del asunto es que -desafiando el principio de no contradicción- se convertirá así al relativismo en un valor absoluto sustraído a toda crítica.

Por detrás de todo ello latirá, una vez más, el dilema entre cognotivismo y no-cognotivismo al abordar las realidades éticas y políticas. El primero entiende que también en el ámbito de la praxis existen realidades objetivas susceptibles de captación racional; sin perjuicio de que no se trata de 'cosas', ni de que ese raciocinio práctico sea algo bien

distinto de una mera aplicación mecánica de una receta teórica. En tal contexto, el principio de las mayorías juega como síntoma positivo de un previsible acercamiento a la verdad, por aquello de que cuatro ojos ven más que dos. Si, por el contrario, se suscribe el no-cognotivismo, el ámbito de la praxis no remite a realidad objetiva alguna sino que se mueve por meros impulsos volitivos, emocionales o sentimentales. Una conducta será buena o justa porque se desea o porque agrada; las mayorías pierden así toda dimensión racional para convertirse en mero respaldo numérico a una decisión arbitraria o a una emoción compartida.

Añádase a ello las ya comentadas vicisitudes del consenso. Se recurrió a él como sustitutivo de un derecho natural objetivo de cuestionada evidencia, al que se pretendía suplir por una fáctica aceptación mayoritaria. Posteriormente, el creciente interculturalismo de las sociedades europeas activa el necesario respeto a las minorías; queda así devaluado, al aparecer como mera expresión de la opción hegemónica.

3. PROPUESTA LAICISTA DE NEUTRALIDAD.

Para quienes muestran esta curiosa dificultad para hacer compatible democracia y verdad, el problema se agudiza cuando las verdades propuestas dejan entrever parentescos con las confesiones religiosas socialmente mayoritarias. Al debate sobre el relativismo se une ahora el principio de laicidad, que exige respeto a la autonomía de las instituciones temporales. Estado y confesiones conciernen al mismo ciudadano, pero tienen ámbitos de acción propios que deben verse beneficiados por una razonable cooperación entre poderes públicos y confesiones. No ocurre así cuando la presencia de lo religioso en la vida social no se acoge con la misma naturalidad que la de lo ideológico, lo cultural o lo deportivo, sino que se le atribuye una dimensión de perturbadora crispación que lo haría sólo problemáticamente tolerable. Surge así el laicismo, con sus imperativos de drástica separación entre poderes públicos e instituciones eclesiales.

Quien se cierra a una visión trascendente de la existencia tiende a reducir a política, y a evaluar en términos de poder, todo el dinamismo social. La lógica autoridad moral que los ciudadanos tienden a reconocer a las confesiones religiosas se percibe como la pretensión de ejercer una potestad intrusa, no rubricada por los votos. El único modo de extirparla sería una forzada privatización de toda vivencia religiosa, que niega

legitimidad a su presencia pública. Procedería pues enmudecer por perturbador a cualquier magisterio confesional, por permitirse ilustrar a sus fieles sobre cómo afrontar determinadas situaciones o problemas sociales. Por supuesto, visto con ojos medianamente liberales la situación sería bien distinta. Para *Rawls**, por ejemplo, "en una sociedad democrática, el poder no público", como el "ejercido por la autoridad de la iglesia sobre sus feligreses, es aceptado libremente"; "pues, dadas la libertad de culto y la libertad de pensamiento, no puede decirse sino que nos imponemos esas doctrinas a nosotros mismos". Cuando algo tan elemental se olvida, la libertad religiosa desaparece en la práctica como derecho fundamental, para verse reducida a actividad privadamente tolerada. Se ha superado la vieja idea de que la religión sea el opio del pueblo, lo que obligaba a perseguirla; se pasa, en heroico progreso, a tolerarla como tabaco del pueblo: fume usted poco, sin molestar y, desde luego, fuera de los centros de trabajo...

A la decimonónica incompatibilidad entre fe y razón, en el ámbito cultural, se corresponderá la de democracia y religión: "la teoría jurídica, política y social del tipo democrático se revela en su verdadero carácter de teoría social científica por excelencia, mientras que el tipo autocrático trata el problema de la sociedad como objeto del conocimiento, con arreglo a puntos de vista político-religiosos, esencialmente teológicos". El cognotivismo ético sería pues, para Kelsen, obligadamente confesional y autoritario. "Quien en su voluntad y actuaciones políticas puede invocar la inspiración divina, el apoyo sobrenatural, puede tener el derecho de cerrar su oído a la voz de los hombres, y de imponer su voluntad —que es la del sumo bien— a un mundo de descreídos y de ciegos, porque quieren de otro modo".

Laicismo y relativismo acaban componiendo una extraña pareja, porque los drásticos planteamientos del primero cobran un carácter absoluto difícilmente superable; pero el enemigo común une mucho. El relativismo rechaza toda justicia objetiva y el laicismo a quien se le ocurra predicarla. En otros tiempos se impuso más de una vez una teoría de los derechos de la verdad, que animaba de modo poco tolerante a negarlos a los equivocados. Ello contribuyó no poco a desprestigiar al derecho natural; con amigos así no hace falta tener enemigos... Ahora se patentó una contrateoría simétrica: todo aquel que sugiera que hay soluciones objetivamente más verdaderas que otras, será tratado como autoritario;

por muy abierta que sea su actitud subjetiva en la búsqueda y realización práctica de esa verdad.

Este maridaje acaba confundiendo el plano de la realidad (existen o no elementos objetivos) con el de su conocimiento (cabe conocerlos racionalmente, con más o menos dificultad). El pluralismo asume la dificultad del acceso a la verdad y, en consecuencia, da por hecho que caben caminos diversos para acercarse a ella y tiende a considerar provisional lo logrado. Con esta actitud está dando por supuesto, como hace también la ciencia, que existe una realidad objetiva que tiene sentido buscar; de lo contrario, sobrarían todos los caminos imaginables y tendríamos un definitivo mentís relativista al problema planteado. El relativismo en sentido fuerte no se instala en la dificultad del conocimiento sino en su pura y simple imposibilidad (no-cognotivismo), saltando desde ahí a un nihilismo ontológico: no es que sea difícil conocer, es que no existe en ese ámbito realidad objetiva alguna que pueda ser objeto de conocimiento.

Kelsen predicará, en consecuencia, la incompatibilidad de democracia y bien objetivo. Asumir "los principios democráticos de libertad e igualdad es solamente justificable si no hay respuesta absoluta a la pregunta de qué es lo mejor, si no hay cosa alguna que sea el bien absoluto". La consecuencia autoritaria será inevitable: cuando alguien le anime a buscar la verdad, no se fíe; acabará dándole con ella en la cabeza. "El que presume de poseer el secreto del bien absoluto pretende estar facultado para imponer su opinión, así como su voluntad, sobre los demás que están en el error".

4. UN INTENTO DE ACUERDO FRONTERIZO: PÚBLICO-PRIVADO.

En este contexto, la frecuente vinculación de lo moral con lo religioso agudizará la dificultad del ya estudiado deslinde entre lo jurídico y moral; sobre todo en países donde la tensión entre clericalismo y laicismo no ha llegado a encontrar históricamente una respuesta equilibrada. Se tenderá a confinar lo religioso, incluidas sus propuestas morales, en el ámbito de lo privado; mientras, se reserva a lo jurídico un ámbito público concienzudamente depurado de su posible influencia.

Esta adjudicación, un tanto simplista, de la perspectiva moral al ámbito de lo privado y la jurídica al de lo público deja sin resolver el

problema decisivo: cómo podemos trazar la frontera entre uno y otro; de dónde obtendremos los criterios para resolver si determinado problema, por su relevancia pública, ha de ser regulado por el derecho, o si cabe privatizarlo dejándolo al albur de los criterios morales de cada cual. No es difícil ponerse de acuerdo en que derecho y moral no han de identificarse; por supuesto, muchas exhortaciones morales no tendrían sentido exigir las jurídicamente y el derecho no debe prohibir sólo conductas inmorales, sino que bastará con que resulten funcionalmente perturbadoras. El problema surge porque sólo partiendo de un determinado concepto del hombre, y de la inevitable traducción de éste en un código moral, cabrá deslindar qué exhortaciones morales merecen apoyo jurídico y cuáles cabría confiar a la benevolencia del personal; así como dictaminar que determinado problema reviste tal relevancia pública que el derecho no podrá ignorarlo, privatizándolo imprudentemente.

A la hora de abordar esta cuestión clave no cabe otra solución que determinar el ámbito de lo jurídicamente relevante, teniendo como referencia -de modo más o menos consciente- los perfiles de la justicia objetiva. Como los planteamientos antropológicos y morales que sirven de punto de partida no serán unánimes, siempre habrá quien no vea reflejado en el ordenamiento jurídico su propuesta de deslinde. Teniendo en cuenta las convicciones de todos, al final -se quiera o no- habrá que imponer a más de uno aspectos que personalmente no hace suyos.

Tener en cuenta las convicciones de todos, equivale por otra parte a reconocer que todos tienen convicciones. El laicismo tiende a estigmatizar como tales sólo la de los creyentes, como si los demás tuvieran el cerebro vacío. Desde esta perspectiva se consolida una concepción discriminatoria del término convicciones, vinculándolo de modo exclusivo a aquellos juicios morales emparentados con posturas defendidas por determinadas confesiones religiosas. Los demás podrán echar su cuarto a espadas; aun dando por hecho que tienen también sus propias convicciones, habría -al parecer- que privilegiarlos como agradecimiento a que hayan tenido a bien no confesarlas.

Situados de nuevo ante la necesidad ineludible de trazar la línea entre lo jurídicamente exigible y lo moralmente admisible, el laicismo opta por tomar partido disfrazado de árbitro. Atribuirá de modo gratuito patente de neutralidad a sus parciales propuestas de no contaminación. Conseguirá así, con particular eficacia, imponer sus convicciones por el

simpático procedimiento de no confesarlas; no porque se lo pueda considerar poco convencido, sino sólo por haberlas formulado desde presupuestos filosóficos o morales no abiertamente similares a los de una confesión religiosa. Se produce así una caprichosa atribución de neutralidad moral a propuestas harto discutibles; como si la frontera entre la fe y la increencia marcara a la vez otra entre la valoración o la inocuidad del juicio.

Característica de esta implícita discriminación, atentatoria a la libertad religiosa, es la propuesta de que el derecho se inhiba, optando por mostrarse neutral ante problemas particularmente polémicos. Resulta esto explicable cuando se parte del convencimiento, típicamente laicista, de que si determinadas cuestiones cobran dramatismo no es porque la sociedad les conceda singular importancia, sino como artificial consecuencia del carácter inevitablemente perturbador de la presencia en el ámbito público de elementos de procedencia religiosa. Es fácil que a ello contribuya la añadida vinculación de lo polémico con la previsible resistencia de los defensores de los tópicos vigentes ante toda progresista propuesta de innovación utópica.

Obviar la polémica, presentando con aire neutral conductas que antes se habían visto rechazadas a golpe de juicio de valor, sería el modo más eficaz de contribuir al progreso y de vencer al oscurantismo. En realidad, lo que se está haciendo es sustituir un anterior juicio de valor, sometido a debate, por otro que, disfrazado de neutral, podrá ahorrarse toda argumentación. Parece obvio que al discutirse si los poderes públicos deben sancionar penalmente una conducta o dejar que cada cual haga de su capa un sayo, optar por lo segundo no demuestra neutralidad alguna; supone suscribir sin más la segunda alternativa. No parece exigir demasiado que, quien lo haga, haya de molestarse en argumentarlo.

La causa última del problema acaba quedando en evidencia: las ideologías de querencia totalitaria se muestran incapaces de soportar una convivencia entre autoridad moral y potestad política. Lo reducen todo a política, con lo que de camino atribuyen a ésta -como una expresión más de la soberanía- el derecho a imponer a todos los ciudadanos un código moral, que no siendo neutro neutraliza al vigente, invirtiendo así el juego democrático.

5. DEMOCRACIA Y DERECHO: UN MÍNIMO ÉTICO NADA NEUTRAL.

Sin perjuicio de que los poderes públicos hayan de actuar de modo neutral, respetando el pluralismo social, será inevitable que en el ejercicio de sus responsabilidades acaben dictando resoluciones que riman más con las convicciones de unos que con las de otros. Éstos tendrán pues que soportar la imposición de las ajenas; no sólo cuando contrarían de modo directo sus propios intereses individuales, sino también cuando se apartan de la configuración de las relaciones sociales que consideran más adecuada; asunto sobre el que no dejan de mostrar también un legítimo interés.

El paternalismo acaba a veces encontrando su reflejo simétrico en un individualismo insolidario; si el primero se empeña en imponer al ciudadano cortapisas 'por su bien', el segundo le invita a no meterse en lo que no le importa, decidiendo por ejemplo que, si no es mujer, el aborto no debe inquietarle ni poco ni mucho. Es obvio que con ello se está decidiendo, con 'neutralidad' paradójicamente machista, que la vida del no nacido no merece interés masculino alguno.

Para esta situación, aparentemente contradictoria, ha ofrecido Rawls como razonable solución aspirar a una "neutralidad de propósitos"(...), por la "que el Estado debe abstenerse de cualquier actividad que favorezca o promueva cualquier doctrina comprensiva particular en detrimento de otras, o de prestar más asistencia a quienes la abracen". A la vez hay que admitir que "resultará imposible" que se acaben produciendo "importantes efectos e influencias" sobre "las doctrinas comprensivas duraderas y capaces de ganar adeptos con el transcurso del tiempo; y es inútil tratar de compensar esos efectos e influencias, o incluso tratar de averiguar, con fines políticos, su alcance y su profundidad. Debemos aceptar los hechos de la sociología política de sentido común".

Situados ante esta realidad, parece claro que sólo la existencia de un fundamento objetivo podría justificar que se llegue a privar de libertad a quien desobedezca normas no necesariamente coincidentes con sus convicciones. Similar supuesto late bajo el principio de no discriminación, recogido en el artículo 14 CE: sólo la existencia de un fundamento objetivo y, en consecuencia, razonable justificará que pueda

tratarse de modo desigual a dos ciudadanos. Lo de razonable rebosa de la inevitable ambivalencia de la razón práctica; se trataría de un fundamento racionalmente cognoscible, por una parte, y posibilitador de un ajustamiento de relaciones satisfactorio, por otra. Lo lógico y lo ético se acaban dando la mano en un planteamiento cognotivista.

No cabe solucionar el problema mediante el socorrido recurso al consenso. Descartado el posible juego de la razón práctica, el consenso no tendría ya nada que ver con verdad objetiva alguna, sino que pasaría a ser mera expresión de la superioridad cuantitativa de determinadas voluntades. Esa voluntad mayoritaria, falta de todo correlato objetivo, estaría en condiciones de imponer a las minorías una auténtica dictadura. Cuando, por ser la sociedad pluricultural, no cabe dar por supuesta voluntad unánime alguna, sería imposible salir de tal círculo vicioso.

Tanto si reconocemos la existencia de una justicia objetiva, de posible -y laboriosa- captación racional, como si -faltos de ese punto de apoyo- nos entregamos a la dictadura de la mayoría, tendremos que plantearnos si no cabría buscar vías excepcionales que mitiguen la inevitable imposición de convicciones que el mínimo ético jurídico, por mínimo que sea, lleva siempre consigo. Surge así el problema de la tolerancia, que merece examen más detenido.

Apuntemos, por adelantado, que el planteamiento de la cuestión desmiente ya la muy extendida idea de que la tolerancia sería lógica consecuencia del relativismo; cuando nada es verdad ni mentira, no cabe imponer a nadie verdad alguna. Comprobado que no cabe convivir sin imponer convicciones, el relativismo lo único que hace es sustituir una descartada verdad objetiva por una cruda voluntad mayoritaria. Si nada es verdad ni mentira, no se adivina en nombre de qué habría que buscar vías excepcionales. Ya los sofistas tenían claro que todo eso de la justicia objetiva era un truco de los débiles para que no se impusieran los fuertes, que es lo que tocaba. La única razón para que nos planteemos posibles rebajas excepcionales a la hora de imponer el mínimo ético será precisamente esa: que la razón tenga algo que decir al respecto; ello ocurre por una doble vía.

La conciencia de la falibilidad de la propia razón alimentará, en primer lugar, la tolerancia, al dar por hecho que una opinión hoy minoritaria podría ser mayoritaria mañana, precisamente por su capacidad de mostrarse argumentadamente como verdadera. Pero, aun al margen de

ello, dando por hecho que algunos defienden planteamientos que se consideran erróneos o practican conductas socialmente rechazables, no es menos verdadero que tienen una dignidad personal; esto justificaría, en segundo lugar, con creces que se busque el modo de evitar imponerles todo aquello que no resulte realmente imprescindible.

Asumiendo la dificultad que la tarea de especificar las exigencias del bien común entraña, se opta por evitar excesos de 'paternalismo', dando entrada a un principio 'in dubio pro libertate'. Ello explica que determinadas conductas, que venían siendo sancionadas penalmente, acaben viéndose despenalizadas, por entenderse que el bien común de la sociedad no ha de resentirse necesariamente por ello. Así ocurrió entre nosotros con las relaciones homosexuales, a diferencia de lo que continúa ocurriendo en otros Estados, incluso dentro del ámbito de la cultura occidental. En todo caso, la tolerancia actuará las más de las veces por la segunda vía.

6. EL IMPOSIBLE DERECHO A SER TOLERADO.

La tolerancia experimenta hoy las consecuencias del pluriculturalismo europeo. Alguno podrá pensar que me refiero a la creciente presencia de inmigrantes procedentes de exóticas culturas y fieles a ancestrales religiones, nada vecinas unas y otras a la modernidad; esta vez no. Me refiero a la escisión cultural que la vieja Europa exhibe en su seno, más de una vez inconscientemente, ante la perplejidad de los recién llegados.

El concepto clásico de tolerancia estaba relacionado, por partida triple, con el cognotivismo ético. Objeto de la tolerancia es necesariamente, una afirmación errónea o una conducta rechazable; si nada es verdad ni mentira, no tiene sentido tolerar ni dejar de tolerar; si algo es bueno y laudable, tampoco tendría mucho sentido tolerarlo, sino que se lo aplaudirá con entusiasmo. La tolerancia lleva a permitir generosamente lo que en justicia habría que prohibir. El segundo elemento cognoscible que entraba en juego era el fundamento objetivo capaz de justificar esa excepción: la dignidad humana. Había, no obstante, un tercero: el límite de lo intolerable; ningún teórico de la tolerancia, de Locke a Popper, de Voltaire a Marcuse, dejó de asumirlo. Hay cosas que objetivamente nunca podrán ser toleradas: el terrorismo, la esclavitud, los sacrificios humanos o el canibalismo...

A algunos, sin embargo, este planteamiento de la tolerancia les ha sabido a poco. Le parece un fruto, por supuesto negativo, de la estrechez cristiana. Haría falta un planteamiento más positivo y generoso. La tolerancia aparece así como la actitud del que se muestra dispuesto a reconocer a todos cuantos derechos soliciten. El problema, como veremos, es que la tolerancia así entendida puede acabar muriendo de éxito.

Se da por hecho que, por tolerante que una sociedad sea, se verá obligada a establecer unas mínimas exigencias de justicia. Una vez más la tolerancia no podrá pretender identificarse con neutralidad alguna. Ante la necesidad de delimitar cuáles sean las exigencias del bien común, cabe abrirse al máximo a los modelos de bien común suscritos por las minorías; pero al final habrá que resolver. El mínimo ético en que el derecho consiste no puede identificarse mecánicamente con la ética mínima expresada por el mero denominador común de todas las propuestas existentes en la sociedad.

Son esas exigencias del bien común las que pueden servir de justo título para el reconocimiento de derechos. Cuando alguien mezcla las estrictas exigencias de justicia, que dan a cada uno lo suyo, con la tolerante y generosa concesión a algunos de lo que no sería suyo, la que acaba sufriendo es la justicia misma. No es infrecuente que más de uno exhiba como muestra de caridad lo que no sería sino cumplimiento de una exigencia de justicia; desvirtuada probablemente por el impreciso aire de benevolencia con que se ve envuelta. A nadie puede pues extrañar que a veces se regateen derechos a inmigrantes, precisamente porque se plantea en un contexto de tolerancia lo que en realidad no sería sino posible exigencia de justicia. Ya vimos también cómo algunos acaban presumiendo de tolerancia religiosa cuando en realidad con ello no están respetando el contenido de un derecho fundamental.

Por otra parte, si todo derecho reposa sobre un justo título, difícilmente cabrá exhibir un derecho a ser tolerado. El reconocimiento de derechos no es tarea propia de la tolerancia sino de la justicia, que es la que exige -llegando a recurrir a la coacción, si necesario fuera- dar a cada uno lo suyo. La tolerancia, por el contrario, es fruto de la generosidad; en la medida en que anima a dar al otro más de lo que en justicia podría exigir. Empeñarse en exigir lo que sólo apelando a la generosidad cabría lograr es pura contradicción. La tolerancia, como vimos, no tiene nada

que ver con bien alguno, sino con asertos erróneos o conductas rechazables. Una conducta tolerada lleva implícito el reconocimiento de lo rechazable de su contenido, sólo excepcionalmente permitido por motivos de índole ética superior. Cuando esto se olvida se está abriendo la espita para que una ética mínima acabe suplantando al mínimo ético que da sentido al derecho.

Ya vimos cómo determinadas conductas pueden verse, en aras de la tolerancia, eximidas de sanción penal. Ello no implica, sin embargo, que hayan de convertirse necesariamente en derechos, ya que también hemos tenido ocasión de constatar cómo no tenemos derecho a todo lo no prohibido. Cuando la tolerancia sabe a poco, si no va acompañada de reconocimiento de derechos, acaba inevitablemente generando colaterales consecuencias represivas. Si somos tolerantes a la hora de abordar códigos morales de conducta, entenderemos que -por moralmente rechazable que puedan parecer- cabría despenalizar determinadas conductas. Lo que no resultará nada tolerante es que, convertidas luego en derechos, pasara a considerarse antijurídica la mera libre expresión del código moral propio, hasta el punto de atribuirle sanción penal.

Si la conversión de la tolerancia generosa en conducta jurídicamente exigible es ya un disparate, se queda en nada si se la compara con la criminalización como fobia -de la mano de lo políticamente correcto- de meras manifestaciones de libertad de expresión. El principio de 'mínima intervención penal' se ha venido considerando inseparable de todo Estado respetuoso con las libertades, que debe recurrir siempre a cualquier otro instrumento jurídico antes de ejercer una coacción de tal intensidad. El acrítico celo alimentado por lo políticamente correcto acaba justificando inconfesadamente un novedoso principio: el de 'intervención penal, como mínimo'. El que vulnere sus implícitos dogmas irá a la cárcel, acusado de la 'fobia' que corresponda; luego, si le quedan ánimos, podrá continuar el debate.

Lo más meritorio del asunto es que todo ello se lleve implacablemente a cabo en un contexto de dictadura del relativismo. Se pasa insensiblemente de la salmodia de que no cabe imponer convicciones a los demás, al veto formal a que alguien se atreva a expresar con libertad su propio código moral. Como vimos, Bentham, poco sospechoso de iusnaturalista, patentó la actitud del buen ciudadano ante la ley positiva: "obedecer puntualmente y censurar libremente". Bobbio rechazó también

con energía lo que tildó de 'positivismo ideológico': la peregrina idea de que una ley, por el solo hecho de ser legítimamente puesta, genere una obligación moral de obediencia. Lo políticamente correcto, por el contrario, nos lleva al lejano oeste: prohibido prohibir, porque aquí nada puede considerarse verdad ni mentira; pero yo no lo haría, forastero...

Una vez más, sólo contando con un fundamento objetivo -de captación laboriosa, sin duda- cabría superar esta situación; se evitaría así que el mínimo ético exigido por el bien común degenerase en residual ética mínima, tras bendecirse socialmente todo vicio individual.

Queda por resaltar un último aspecto de la tolerancia. Para poder ejercerla, es preciso disponer de competencias para poner freno al planteamiento erróneo o la conducta rechazable; de lo contrario, no habrá tolerancia sino mera indiferencia. Ser tolerante por encima de diferencias de raza, cuando a los de las ajenas sólo se les ve en las películas, no parece difícil; se supera realmente la retórica cuando se han convertido en vecinos de escalera o pretenden pasar a formar parte de la propia familia. La cuestión dista de ser irrelevante. Con frecuencia se presenta como alarde de tolerancia lo que no es sino síntoma de absoluta indiferencia. No es de extrañar que, cuando llegue la hora de experimentar imprevistas consecuencias, se ponga el grito en el cielo. En pleno debate sobre la posibilidad de replantear el matrimonio para que pueda considerarse como tal una relación homosexual, más de uno pensó, muy tolerante: por qué no..., allá se las apañen. Cuando poco después se anuncia que se difundirán entre escolares infantiles folletos ilustrativos al respecto, optan por poner el grito en el cielo, porque han salido de su indiferencia. La figura delictiva de la apología del delito es bien conocida; que la apología de un presunto derecho reciba similar trato sería toda una novedad. Ni las discrepancias marginadas con indiferencia ni las situaciones soportadas resignadamente tienen demasiado que ver con la tolerancia.

Si nos preguntamos a quiénes cabe reconocer o no como competentes, habrá que remitirse de nuevo a criterios de justicia. Serán dichos criterios, al determinar a qué se debe reconocer interés general o público, los que delimiten derechos y competencias. Así se podrá deslindar la difícil frontera entre el debido respeto a la conciencia de cada cual y lo que entrañaría, por el contrario, una privatización de responsabilidades públicas con previsible perjuicio de alguna débil o poco influyente minoría.

7. ENTRE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y DESOBEDIENCIA CIVIL

Claro ejemplo de la compleja frontera entre tolerancia y derechos brindan los avatares de la objección de conciencia. Dado que, se quiera o no, el derecho ha de imponer convicciones en la vida social, constituye una muestra elemental de flexibilidad plantearse la posibilidad de admitir excepciones en determinados casos, en la medida en que la garantía del bien común no sufra grave quebranto. Planteada así la cuestión, habría que preguntarse si nos encontramos dentro del generoso ámbito de la tolerancia o propiamente en el de la justicia; hablar, de entrada, de la existencia de un derecho a objetar parecería problemático.

Parece sugerirse que, conciencia mediante, todos tendríamos derecho a desobedecer aquellas normas que repugnarán a nuestro personal código moral. La situación resulta paradójica, ya que se parte de la base de que la objeción se respeta en la medida en que el sistema lo soporta; si la reconociéramos de modo incondicionado, estaríamos ya en plena desobediencia civil. Atribuir a ésta honores de derecho nos instalaría de lleno en el surrealismo jurídico.

Ante este panorama, las peripecias de la institución en el ámbito español pueden resultar menos sorprendentes. En el debate constituyente llegó a plantearse la posibilidad de incluir la objeción de conciencia como añadido epígrafe cuarto al artículo 16, sobre libertad ideológica y religiosa. El debate había llegado ya al Senado, donde apenas restablecido trabajosamente el consenso no andaba el ambiente para muchas enmiendas. Años más tarde, en el proyecto de tratado para una Constitución europea -dentro del título II sobre Libertades, artículo II-70 sobre "Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión", epígrafe 2- "se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio"; que es la fórmula europea por excelencia cuando no se sabe como salir de un atolladero.

Parece claro pues que nos encontramos ante un derecho; ¿cómo hacerlo compatible con su imposible generalización indiscriminada? La afirmación de que "no hay derechos ilimitados" resultaría pertinente y nos situaría de lleno en el campo de la justicia; al dar por hecho de que cabrá tener por existente un derecho a objetar sólo como fruto de una ponderación entre el derecho a la libertad de conciencia y los derechos o

bienes jurídicos que la norma objetada aspira a garantizar. Tal ponderación puede llevarla a cabo el propio legislador y, en su defecto, el juez en directa aplicación de las exigencias constitucionales.

Anecdóticamente -dada su posterior coyunturalidad- llega a realizarla la propia Constitución española, al aludir a ella en su artículo 30, a propósito del "derecho y el deber de defender a España". Establece en efecto que se "regulará, con las debidas garantías" una "objeción de conciencia" incluida de modo particularista entre "las demás causas de exención del servicio militar", teniendo como posible contrapartida "una prestación social sustitutoria". Más que como derecho, aparece pues caracterizada como exención de un deber y en términos nada gratuitos. El artículo 53.2 CE extenderá el recurso de amparo a ésta "objeción de conciencia reconocida en el artículo 30", pese a hallarse éste fuera de la Sección que agrupa a los considerados derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional tuvo pronto ocasión -con motivo del recurso de un objetor al servicio militar, que no se vio reconocido como tal por no haber aducido motivos religiosos- de dejar sentado que "la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española"; la *'interpositio legislatoris'* prevista en el artículo 30.2 sería precisa "no para reconocer" el derecho sino sólo para "regular" su "aplicabilidad y eficacia". Estaríamos en tal caso ante una ponderación por vía legislativa.

Tres años más tarde -al presentarse un, entonces existente, recurso previo de constitucionalidad contra la ley despenalizadora del aborto en determinados supuestos, que consideraba vulnerado el texto constitucional por no contemplar su texto, entre otros aspectos, la posible objeción de conciencia por parte del personal sanitario- el Tribunal insistirá en que "la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 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". Se reconoce pues su obligada ponderación por parte del juez cuando no lo haya hecho el propio legislador.

Menos terminante se mostrará el mismo Tribunal casi un decenio después, ante el intento de un insumiso de extender su objeción de conciencia no ya al servicio militar sino también a la prestación social

sustitutoria. Señalará ahora que "el derecho a la libertad ideológica reconocido en el artículo 16 CE no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos". Se rechazaría pues la posibilidad de una objeción entendida como derecho ilimitado. Sin embargo, la argumentación a la que se recurre es diversa y no particularmente afortunada por excesivamente restrictiva, ya que tampoco tendría sentido asumir límites ilimitados: la exención del servicio militar derivaría más bien "de que la Constitución en su artículo 30.2 expresamente ha reconocido el derecho a la objeción de conciencia, referido únicamente al servicio militar y cuyo ejercicio supone el nacimiento del deber de cumplir la prestación social sustitutoria".

Con motivo del recurso formulado por el entonces Defensor del Pueblo, el profesor Joaquín Ruiz-Jiménez, contra la regulación legal de la objeción al servicio militar, el Tribunal negará que de sus sentencias previas se infiera "que el derecho cuestionado tuviera rango fundamental"; ya que se habrían limitado más bien a "declarar la naturaleza constitucional del derecho, frente a quienes lo consideraban de carácter meramente legal". Al posible derecho a la objeción, su "relación con el artículo 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental"; es más, a la objeción, más que como derecho, habría que reconocerla con la "naturaleza excepcional" de exención "a un deber constitucional". El reconocimiento de la objeción como derecho sigue produciendo, como puede verse, cierto dolor de cabeza.

La necesidad de una ponderación delimitadora del derecho a objetar se pone de relieve al resultar inviable su ejercicio en aquellos casos en los que la Constitución atribuye de modo intransferible determinadas responsabilidades. Ello explica que un monarca europeo no tuviera otra vía para evitar firmar una ley despenalizadora del aborto que la abdicación, convertida luego en episódica; o que un Presidente de la República, español por más señas, no tuviera otra salida que la dimisión para no avalar con su firma una condena a muerte. De modo un tanto simplista se ha considerado también indiscutible que los jueces no podrían ejercer la objeción, a la hora de aplicar las normas, dando por hecho precipitadamente que no cabría ponderación que lo hiciera posible. La existencia de mecanismos como la abstención o recusación, que acaban en

buena parte afectando a similares derechos, invitan a reflexionar sobre ese asunto de modo menos precipitado y más sereno.

Problema distinto es el que se plantea con la desobediencia civil, que tendría más que ver con un no menos problemático derecho de resistencia. No parece muy razonable sostener, en términos jurídicos, la existencia de un derecho a enfrentarse al derecho. Asunto diverso es que un ciudadano pueda -y deba- considerarse obligado moralmente a eludir el cumplimiento de una norma por repugnar a su conciencia. En tal caso, es lógico que aspire a verse eximido por la vía de la objeción. Podría, al hacerlo, estar ejerciendo un derecho, en la medida en que quepa entender realizada (por vía legal o judicial) una adecuada ponderación que considerara que el bien común no sufriría de modo relevante por ello. En caso de que no se le reconociera tal posibilidad, sería lógico que mantuviera su negativa traduciéndola en una efectiva desobediencia civil. Es más, cuando la gravedad del problema lo requiriera, la discrepancia moral respecto a la norma jurídica en vigor podría llevar a renunciar de salida a una mera exención subjetiva por la vía de la objeción, para cuestionar de modo directo la validez objetiva de la norma, evitando así que su particularizada excepción acabara contribuyendo a confirmar la regla.

De lo dicho es fácil derivar que la llamada desobediencia civil se enfrenta a la norma, para apelar a las convicciones de la sociedad y provocar una reacción que lleve a modificarla por las vías establecidas. La aceptación de la sanción jurídica correspondiente convierte al desobediente en mártir civil, dentro de un contexto de resistencia pacífica capaz de recabarle los apoyos sociales necesarios. De la eficacia de esta actitud da prueba la experiencia de la negativa de los llamados insumisos a cumplir la prestación social sustitutoria.

Libertad y conciencia en el ejercicio de las profesiones sanitarias



Simposio Nacional
sobre Objeción de
Conciencia

Coord.: José Antonio Díez Fernández

Depósito Legal: J-694-2008

I.S.B.N. 978.84.612.8154.1