



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia 145/2015, de 22 de junio de 2015

Pleno

Rec. de amparo núm. 412/2012

(BOE de 31 de julio de 2015)

SUMARIO:

Derecho a la objeción de conciencia. Libertad ideológica. Farmacéuticos. Píldora del día después y preservativos. Reconocido el derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos que opten por no dispensar la píldora anticonceptiva de emergencia (píldora del día después). El Tribunal ha otorgado el amparo a un licenciado de Sevilla que fue multado por la Junta de Andalucía por negarse a facilitar el tratamiento (no disponía de existencias de dichos productos y medicamentos por razones de objeción de conciencia). Además, la negativa del establecimiento a dispensar el medicamento «no puso en peligro el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos autorizados por el ordenamiento jurídico vigente», ya que la farmacia regentada por el demandante se ubica en el centro urbano de la ciudad, dato este del que se deduce la disponibilidad de otras oficinas de farmacia relativamente cercanas. El licenciado, además, estaba inscrito como objetor de conciencia en el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla por lo que actuó bajo la legítima confianza de ejercitar un derecho, cuyo reconocimiento estatutario no fue objetado por la Administración. La sanción que se le impuso al licenciado «vulnera el derecho del demandante a la libertad ideológica garantizado por el artículo 16.1 de la Constitución». Sin embargo, solo puede aplicarse en este caso concreto y que no es extensible a los preservativos cuya negativa a su dispensación si sería sancionable ya que en ese supuesto no existe ningún conflicto de conciencia con relevancia constitucional. Votos particulares.

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 15, 16.1, 20.1, 24.1, 30.2 y 43.

Decreto Andalucía 104/2001 (existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia), art. 2 y anexo.

Ley Andalucía 22/2007 (Farmacia), arts. 22.2 d), 74 d), 75.1 d) y 77.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 241.1.

Ley Orgánica 2/1979 (LOTC), arts. 10.1, 30.2, 41.2, 43, 44, 49.1, 50.1, 51, 52.1 y 55.1.

Ley Orgánica 2/2010 (salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo), art. 19.2.

Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos de 1950 (CEDH), art. 9.

PONENTE:

Don Andrés Ollero Tassara.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago



www.civil-mercantil.com

Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo avogado núm. 412-2012, promovido por don Joaquín Herrera Dávila, representado por el Procurador de los Tribunales don Juan Ignacio Valverde Cánovas y asistido por el Abogado don José Miguel Castillo Calvín, contra la resolución de 16 de julio de 2010 de la Dirección General de Planificación e Innovación Sanitaria de la Junta de Andalucía, que confirma la sanción de multa impuesta al recurrente por el delegado provincial de salud de Sevilla en el expediente 78-2008, así como frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Sevilla de 2 de noviembre de 2011, dictada en el procedimiento abreviado núm. 736-2010 y la providencia del mismo Juzgado de 22 de diciembre de 2011, que inadmite el incidente de nulidad promovido contra la anterior Sentencia. Ha comparecido y formulado alegaciones el Letrado de la Junta de Andalucía. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Andrés Ollero Tassara, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 25 de enero de 2012, el Procurador de los Tribunales don Juan Ignacio Valverde Cánovas, en nombre y representación de don Joaquín Herrera Dávila y bajo la dirección del Abogado don José Miguel Castillo Calvín, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones administrativas y judiciales referidas en el encabezamiento.

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El demandante es cotitular de una oficina de farmacia en la ciudad de Sevilla y fue sancionado por resolución de 15 de octubre de 2008 del delegado provincial de salud en Sevilla de la Junta de Andalucía como consecuencia de que el establecimiento carecía de existencias de preservativos y del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg (coloquialmente conocido como «píldora del día después»). Así resulta del acta de inspección levantada el 4 de febrero de 2008 por la Inspección Provincial de Servicios Sanitarios de la Junta de Andalucía a raíz de la denuncia presentada por un ciudadano. El recurrente manifestó a la Inspección no disponer de existencias de dichos productos y medicamentos por razones de objeción de conciencia, e interesó a efectos probatorios en el expediente sancionador que se oficiase al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla para que certificase su condición de objetor de conciencia, a la vista del registro de farmacéuticos objetores de dicha corporación profesional; diligencia probatoria que el instructor del expediente rechazó por innecesaria, por constarle de manera expresa la condición de objetor de conciencia del recurrente a la píldora postcoital y a los preservativos. Los hechos fueron calificados como infracción grave, tipificada en el art. 75.1 d) de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía, en relación



con el art. 22.2 d) de la misma Ley y el art. 2 y anexo del Decreto 104/2001, de 30 de abril, por el que se regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia, y sancionados con multa de 3.300 euros.

b) Contra la referida resolución interpuso el demandante recurso de alzada, en el que, entre otros extremos, se invocaba el derecho a la objeción de conciencia como justificación para no disponer de existencias de preservativos ni del medicamento con el principio activo levonorgestrel.

El recurso fue desestimado por resolución de 16 de julio de 2010 de la Dirección General de Planificación e Innovación Sanitaria de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía. La resolución considera que el farmacéutico titular de una oficina de farmacia no puede incumplir su obligación legal de contar en su establecimiento con los referidos productos y medicamentos invocando la objeción de conciencia. En apoyo de esta decisión aduce la Sentencia de 23 de noviembre de 2009 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que cita a su vez la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de octubre de 2001, caso Pichon y Sajous c. Francia, que rechazó la demanda formulada por dos farmacéuticos franceses que se negaban a suministrar productos contraceptivos compuestos de estrógenos. Entendió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la objeción de conciencia no tiene cabida en el art. 9 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), relativo a la libertad religiosa, invocado por los demandantes, pues las convicciones personales no pueden constituir para los farmacéuticos a los que está reservada la venta de medicamentos, un motivo para denegar la dispensación de un producto al consumidor.

c) Contra la anterior resolución interpuso el demandante recurso contencioso-administrativo, en el que alegaba que su actuación se encuentra amparada por la objeción de conciencia, que forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16 CE), toda vez que de los medicamentos con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg derivan, entre otros, efectos abortivos. Y en cuanto a los preservativos sostuvo además que su decisión de no dispensarlos por razones de conciencia no causa perjuicio alguno, al estar garantizada la distribución de este producto por el gran número de establecimientos que los dispensan. Subsidiariamente, alegaba la errónea calificación de la infracción y la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta. Por todo ello solicitaba que se declarase nula la sanción impuesta o, en el segundo supuesto, que los hechos se calificasen como infracción leve en aplicación de los arts. 74 d) y 77 de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía.

d) El recurso contencioso-administrativo del demandante fue desestimado por Sentencia de 2 de noviembre de 2011 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Sevilla, por entender que la resolución sancionadora era ajustada a Derecho. Niega el Juzgado que la STC 53/1985, de 11 de abril, y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2005, que cita el recurrente en apoyo de su pretensión, sean fundamento legal para objetar. Entiende que la cuestión está resuelta por la Orden de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía de 1 de junio de 2001, que actualiza el contenido del anexo del Decreto 104/2001, de 30 de abril, por el que se regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia, así como por la Sentencia de 23 de noviembre de 2009 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que cita a su vez la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de octubre de 2001, caso Pichon y Sajous c. Francia, transcritas en la resolución administrativa que resuelve el recurso de alzada. De ella resulta que el deber que tienen los farmacéuticos de dispensar determinados medicamentos «no está reñido con el ejercicio de los derechos de libertad de conciencia, pensamiento,

religión o convicción regulado en el art. 9 de la Convención Europea de los derechos y libertades del hombre».

e) El demandante promovió contra la Sentencia incidente de nulidad ex art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en el que invocaba las mismas quejas que ahora aduce en su demanda de amparo: la lesión del derecho a la objeción de conciencia como manifestación de la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE), así como la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por incongruencia omisiva y motivación arbitraria e irrazonable.

El incidente de nulidad fue inadmitido a trámite por providencia de 22 de diciembre de 2011, por entender el Juzgado que la Sentencia ha desestimado la pretensión deducida por el demandante resolviendo expresamente y de modo comprensible y congruente cuantas cuestiones se han planteado.

3. El demandante de amparo sostiene, en primer lugar, que las resoluciones impugnadas han vulnerado su derecho a la objeción de conciencia, como manifestación de la libertad ideológica reconocida en el art. 16.1 CE, al haber sido sancionado por actuar en el ejercicio de su profesión de farmacéutico siguiendo sus convicciones éticas. Estas son contrarias a la dispensación de los medicamentos con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg (la denominada «píldora del día después»), debido a sus posibles efectos abortivos. Invoca en apoyo de su planteamiento las SSTC 15/1982, de 23 de abril, y 53/1985, de 11 de abril, así como la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2005, doctrina de la que resulta que el contenido constitucional de la objeción de conciencia forma parte de la libertad ideológica (art. 16.1 CE), sin necesidad de regulación legal específica.

Se añade en la demanda que el derecho a la objeción de conciencia está expresamente reconocido en el art. 8.5 de los estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla, así como en los arts. 28 y 33 del Código de ética farmacéutica y deontología de la profesión farmacéutica. De acuerdo con todo ello sostiene el recurrente que el derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos, ante la eventualidad de venir obligados por la normativa vigente a dispensar productos con posibles efectos abortivos, no resulta ajena al ejercicio de su actividad profesional. Ante esta obligación legal de dispensación el recurrente, que afirma profesar un profundo respeto a la vida y que no ignora el efecto antianidatorio de la «píldora del día después», se sitúa en una difícil posición, al presentársele un grave conflicto: o bien actuar fuera de la legalidad (sobre existencias mínimas en farmacias) al hacer uso de su derecho a la objeción de conciencia, asumiendo el riesgo de ser sancionado por ello, o bien actuar en contra de su conciencia, traicionando sus más arraigadas creencias, al dispensar en razón de su profesión unos productos que considera inmorales; en ambos casos –concluye el recurrente– tendría que afrontar el dilema de no poder ejercer adecuadamente su profesión, que se corresponde con sus estudios universitarios y que constituye su medio de vida.

En segundo lugar, considera el demandante que la Sentencia impugnada en amparo ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por incurrir en incongruencia omisiva y adolecer de motivación arbitraria e irrazonable. Según el demandante, la remisión de la Sentencia, como ratio decidendi, a la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de octubre de 2001, caso Pichon y Sajous c. Francia, supone no dar respuesta a la cuestión planteada, pues aquella resolución se refiere a productos anticonceptivos, mientras que en el presente caso se trata de medicamentos con efectos abortivos. Además, la Sentencia impugnada afirma apodícticamente que la resolución administrativa que se recurre es ajustada



www.civil-mercantil.com

a derecho, lo que la convierte en una resolución judicial carente del más mínimo fundamento exigible, y por ello en arbitraria e irrazonable.

4. Tras requerir al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Sevilla la remisión a este Tribunal de las actuaciones del procedimiento abreviado núm. 736-2010, mediante providencia de 9 de septiembre de 2013 la Sala Primera de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), requerir atentamente al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Sevilla, a fin de que se emplace a quienes hubieran sido parte en el referido procedimiento –excepto al recurrente– para que en el plazo de diez días puedan comparecer en el recurso de amparo.

5. Por escrito registrado en este Tribunal con fecha 7 de octubre de 2013 el Letrado de la Junta de Andalucía se personó en el recurso de amparo.

6. Mediante diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de 21 de octubre de 2013 se tuvo por personado al Letrado de la Junta de Andalucía y se procedió, conforme al art. 52.1 LOTC, a dar vista de las actuaciones por plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal, al Letrado de la Junta de Andalucía y a la representación procesal del recurrente para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

7. El Letrado de la Junta de Andalucía presentó su escrito de alegaciones en este Tribunal el 25 de noviembre de 2013, interesando con carácter principal la inadmisión del amparo y subsidiariamente su desestimación.

Solicita el Letrado de la Junta de Andalucía, en primer lugar, que se inadmita el recurso de amparo, por incumplimiento de la carga de justificar la especial trascendencia constitucional [arts. 49.1 in fine y 50.1 a) LOTC] y por carecer en cualquier caso el asunto planteado de especial trascendencia constitucional [art. 50.1 b) LOTC], al haberse pronunciado ya el Tribunal Constitucional sobre la cuestión planteada por el recurrente.

A juicio del Letrado de la Junta de Andalucía, la cuestión planteada en la demanda amparo, referida a la pretendida objeción de conciencia farmacéutica, ante el deber de disponer de medicamentos con el principio activo levonorgestrel, conocidos como «píldora del día después», con fundamento en la libertad ideológica y la libertad religiosa, carece de relevancia constitucional. De la doctrina constitucional se desprendería (SSTC 15/1982, FJ 6; 160/1987, FJ 3; 161/1987, FJ 3; 321/1994, FJ 4, y 55/1996, FJ 5, y ATC 135/2000, FJ 2) que la objeción de conciencia no se identifica con la libertad ideológica ni la libertad religiosa y que el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16 CE no resulta por sí solo suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos. En el mismo sentido se pronuncian el Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 11 de mayo de 2009) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su Decisión de 2 de octubre de 2001 rechazó la demanda formulada por dos farmacéuticos franceses que se negaban a suministrar productos contraceptivos compuestos de estrógenos, al entender el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que el farmacéutico no puede imponer a otro sus convicciones religiosas para denegar la dispensación de un producto o medicamento.

En segundo lugar, el Letrado de la Junta de Andalucía interesa que se inadmita el recurso de amparo por inexistencia de vulneración de un derecho fundamental [arts. 41.2 y 50.1 a) LOTC]. La resolución recurrida no ha producido la lesión de derechos alegada por el



www.civil-mercantil.com

demandante, pues la objeción de conciencia esgrimida se basaría en una mera especulación, por lo que la queja deducida en amparo se deduce contra una lesión hipotética.

Rechaza asimismo el Letrado de la Junta de Andalucía que la Sentencia impugnada carezca de motivación, pues ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los intereses en juego, haciendo suyos los razonamientos de la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de octubre de 2001, caso Pichon y Sajous c. Francia.

Lo que pretende el demandante de amparo –continúa el Letrado– es el reconocimiento de la objeción de conciencia a los farmacéuticos, pretensión que no podría ser atendida, porque la objeción de conciencia se configura como un derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, que exige el reconocimiento del legislador para su ejercicio legítimo (interpositio legislatoris), como sucede en el art. 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010, que reconoce la objeción de conciencia a los profesionales sanitarios que intervienen directamente en la interrupción del embarazo; sin que quepa una interpretación extensiva a favor del farmacéutico en la dispensación de la píldora postcoital. Tampoco es suficiente la eventual inclusión de la objeción de conciencia del farmacéutico en los estatutos de los Colegios profesionales o en los códigos deontológicos de la profesión, pues el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia exige la intervención del legislador, como expresión de la voluntad del interés general.

La legislación vigente en materia farmacéutica no permite a los farmacéuticos negarse a dispensar ningún tipo de medicamento (incluidos los medicamentos con el principio activo levonorgestrel), salvo causa justificada, que no concurre, a juicio del Letrado de la Junta de Andalucía, en el caso de la «píldora del día siguiente». Estos fármacos para la anticoncepción de emergencia suponen la prevención del embarazo después de una relación sexual de riesgo, sin que exista consenso científico sobre el pretendido efecto abortivo de los medicamentos con el principio activo levonorgestrel. El fármaco ejerce sus efectos antes de la unión de los gametos (fecundación) al impedir la motilidad de los espermatozoides por la alteración de la viscosidad de la mucosidad uterina. Sólo si la ingesta de la píldora se produce una vez que ha tenido lugar la fecundación la acción del fármaco puede provocar un efecto antianidatorio del cigoto en el útero, pero tampoco en este supuesto cabría hablar de efectos abortivos, pues el óvulo no ha sido todavía implantado: se trata de un pre-embrión, que no goza del derecho a la vida en nuestro ordenamiento jurídico.

En tal sentido, razona el Letrado de la Junta de Andalucía que, de acuerdo con la doctrina constitucional, cabe distinguir, en función de su protección, tres estadios jurídicos diversos de la vida embrionaria: a) el de los nacidos, titulares del derecho a la vida (art. 15 CE); el de los nascituri –es decir, los embriones postimplantados–, carentes de la titularidad de ese derecho (STC 53/1985), pero no desprotegidos jurídicamente (STC 212/1996, FJ 13); y el de los pre-embriones o embriones preimplantatorios, que no constituyen un bien jurídico protegido mientras no se implanten en el útero (STC 116/1999, FJ 9).

Concluye argumentando el Letrado de la Junta de Andalucía que el derecho a la salud sexual y reproductiva de la mujer, que es manifestación del derecho a la integridad física y psíquica garantizado por el art. 15 CE, en conexión con el derecho a la salud (art. 43 CE), determina el derecho de la mujer a las prestaciones sanitarias y farmacéuticas establecidas por el ordenamiento jurídico vigente. Tal derecho incluye el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos legalmente previstos, así como a los medicamentos anticonceptivos autorizados en España. Si una mujer necesita obtener el medicamento con el principio activo levonorgestrel, prima su derecho a acceder a las prestaciones del sistema nacional de salud sobre la objeción de conciencia del farmacéutico a dispensar dicho medicamento.



www.civil-mercantil.com

8. El Ministerio Fiscal presentó en este Tribunal su escrito de alegaciones el 4 de diciembre de 2013, interesando con carácter principal la inadmisión del amparo por extemporáneo y subsidiariamente la desestimación.

Solicita el Fiscal que se declare la inadmisión del amparo en virtud de los arts. 43.2 y 50.1 a) LOTC, pues entiende que el demandante prolongó indebidamente el plazo de caducidad del recurso de amparo mediante la interposición de un incidente de nulidad de actuaciones manifiestamente improcedente contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Sevilla de 2 de noviembre de 2011. En efecto, aunque considera que estamos ante un recurso de amparo de naturaleza mixta, el Fiscal sostiene que la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que se imputa a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Sevilla es una queja formal, carente de sustantividad propia. Realmente el núcleo de la argumentación del recurrente descansaría sobre la alegación de que la resolución sancionadora de la Junta de Andalucía lesionó su derecho a la objeción de conciencia como manifestación del derecho fundamental a la libertad ideológica reconocido en el art. 16.1 CE; queja esta sobre la que expresa y motivadamente resolvió la Sentencia. Por ello, el incidente de nulidad promovido contra la misma era manifiestamente improcedente a tenor de lo previsto con el art. 241.1 LOPJ, por lo que fue inadmitido mediante la providencia de 22 de diciembre de 2011; ello determina la extemporaneidad del recurso del amparo.

Para el caso de que este Tribunal no apreciase que el recurso de amparo es extemporáneo, el Fiscal pasa a examinar las quejas formuladas por el recurrente, comenzando por la lesión del derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) que se imputa a la Administración pública; su estimación haría innecesario pronunciarse sobre la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que se imputa a la Sentencia que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución sancionadora (por todas, STC 5/2008, de 21 de enero).

Expone el contenido de la normativa estatal y autonómica que, a juicio del Fiscal, resulta aplicable al caso, en cuanto reguladora de la obligación de los farmacéuticos de dispensar en las oficinas de farmacia los medicamentos y productos sanitarios de existencia mínima obligatoria, entre los que se encuentran los medicamentos con el principio activo levonorgestrel (conocido como «píldora del día siguiente»), así como los preservativos. Señala que el derecho a la objeción de conciencia, alegado como causa justificativa para no cumplir la obligación legal de disponer y dispensar a los usuarios los referidos medicamentos y productos sanitarios, exige distinguir un doble plano en la argumentación del recurrente.

Por lo que se refiere al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia respecto de la dispensación de preservativos, el Fiscal señala que en la demanda de amparo no se contiene ningún argumento que sustente las razones ético-morales que conforman la propia convicción del recurrente en relación con dicho producto sanitario; en la demanda de amparo el alegato de la lesión del derecho a la objeción de conciencia se centra exclusivamente en los efectos del medicamento con el principio activo levonorgestrel. Ello sería suficiente para descartar la existencia de lesión de tal derecho en relación con la sanción impuesta al recurrente por negarse a dispensar preservativos en su farmacia. Sin perjuicio de ello –continúa el Fiscal– si se atiende a las razones esgrimidas por el recurrente en la vía administrativa y judicial, resulta que se limita a argumentar la disponibilidad de dichos productos sanitarios en otros establecimientos distintos de las oficinas de farmacia y que no se trata de medicamentos de urgencia. Ahora bien, no es posible reconocer el ejercicio de la objeción de conciencia para legitimar el incumplimiento de la obligación de disponer y dispensar preservativos en las farmacias, pues son productos sanitarios anticonceptivos y que previenen las enfermedades de



www.civil-mercantil.com

transmisión sexual; los restantes establecimientos en los que se pueden vender estos productos no tienen la obligación legal de disponer de los mismos, ni su venta en dichos lugares ofrece las garantías al consumidor que son inherentes a las oficinas de farmacia.

Señala seguidamente el Fiscal, que la argumentación principal del recurrente, en la que se funda su demanda de amparo, se refiere al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia respecto de la dispensación del medicamento con el principio activo levonorgestrel. Se alega que este medicamento produce el efecto de inhibir la fecundación del óvulo y, si la fecundación se ha producido ya, el efecto de obstaculizar la anidación del embrión en el útero. Por ello el recurrente considera a este medicamento como un abortivo incipiente y que elimina la vida humana al impedir la anidación del embrión, vulnerando el derecho a la vida que consagra el art. 15 CE. En consecuencia, el recurrente considera que la obligación legal de disponer de existencias y dispensar este medicamento en su oficina de farmacia resulta incompatible con sus convicciones éticas de respeto a la vida. Por ello sostiene que su negativa a disponer y dispensar el medicamento con el principio activo levonorgestrel se encuentra amparada por la objeción de conciencia, que forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16 CE).

El Fiscal se opone a la argumentación del recurrente. Afirma que la Constitución sólo contempla expresamente el derecho a la objeción de conciencia en relación con la prestación del servicio militar (art. 30.2 CE); a lo que cabe añadir la cláusula de conciencia de los profesionales de la información [art. 20.1 d) CE]. Se refiere a la doctrina sentada por este Tribunal en relación con la objeción de conciencia (SSTC 53/1985, 160/1987, 161/1987, 321/1994, 177/1996, 154/2002 y 104/2004), para concluir que, en el presente caso, existe una limitación legal al ejercicio de la objeción de conciencia que pretende el recurrente, pues como titular de una oficina de farmacia viene obligado a disponer de las existencias mínimas obligatorias de medicamentos y productos sanitarios que establece la normativa vigente, constituyendo el incumplimiento de esta obligación una infracción administrativa grave.

Según el Ministerio Fiscal, la limitación del derecho del recurrente a la libertad ideológica o de creencias que supone esta normativa debe ser considerada legítima, en cuanto está encaminada a salvaguardar un derecho constitucionalmente protegido que resulta prevalente, como lo es el derecho a la salud individual y colectiva de las personas, que forma parte del derecho a la propia integridad física y moral (art. 15 CE). No correspondería atribuir al medicamento con el principio activo levonorgestrel otro carácter que el oficial de «medicamento anticonceptivo de emergencia» (Resolución de 5 de marzo de 2011 de la Agencia Española del Medicamento), carece de viabilidad la argumentación en la que sustancia el recurrente su pretensión de ejercer la objeción de conciencia respecto de la dispensación de este medicamento (su pretendido carácter de abortivo precoz o incipiente).

Añade el Ministerio Fiscal que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado ya en un caso similar al presente en su resolución de 2 de octubre de 2001, caso Pichon y Sajous c. Francia, inadmitiendo la demanda presentada por dos farmacéuticos franceses que invocaban el art. 9 CEDH porque consideraban lesionado su derecho a la libertad religiosa y de creencias por haber sido sancionados al negarse a dispensar en su oficina de farmacia píldoras anticonceptivas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que el art. 9 CEDH no siempre garantiza el derecho a conducirse en público de acuerdo con las propias creencias y concluye que los farmacéuticos demandantes no pueden hacer prevalecer sus creencias religiosas para negarse a dispensar píldoras anticonceptivas, cuya venta se establece por la legislación francesa sólo en las oficinas de farmacia y bajo prescripción médica. En suma, la protección de la salud y la libre autodeterminación de las personas que trata de proteger la obligación legal de disponer las oficinas de farmacia del medicamento con el principio activo levonorgestrel, para su dispensación al público bajo



prescripción médica, no puede considerarse desproporcionada en relación con el derecho de los farmacéuticos a conducirse de acuerdo con las propias convicciones o creencias.

A ello añade el Fiscal que la objeción de conciencia frente al cumplimiento de obligaciones legales se configura por la doctrina constitucional como un derecho que exige el reconocimiento del legislador para su ejercicio legítimo, lo que no acontece en el caso de los farmacéuticos titulares de oficinas de farmacia, que no pueden, por tanto, negarse a dispensar los medicamentos y productos sanitarios que constituyen existencias mínimas con fundamento en sus propias convicciones o creencias. En consecuencia, la sanción impuesta al recurrente por no disponer en su oficina de farmacia del medicamento con el principio activo levonorgestrel y de preservativos no ha supuesto vulneración de su derecho a las libertades ideológica y religiosa (art. 16 CE).

Por lo que se refiere a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que el demandante imputa a la Sentencia impugnada en amparo, el Fiscal considera que no ha existido tal lesión, porque la Sentencia no incurre en incongruencia omisiva. Habría dado respuesta suficientemente razonada a las dos pretensiones deducidas en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución sancionadora; tanto a la principal, referida a la vulneración del derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), como a la subsidiaria, relativa a la errónea calificación de la infracción y a la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta.

9. La representación procesal del recurrente presentó en este Tribunal su escrito de alegaciones el 22 de noviembre de 2013, reiterando lo expuesto en la demanda de amparo.

10. El Pleno de este Tribunal, por providencia de 8 de abril de 2014, acordó, de conformidad con el art. 10.1 n) LOTC y a propuesta de la Sala Primera, recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

11. Por providencia de 23 de junio de 2015 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 25 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El demandante de amparo considera que la sanción pecuniaria que le fue impuesta por la Administración sanitaria de la Junta de Andalucía, confirmada por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Sevilla de 2 de noviembre de 2011, por no disponer del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg (coloquialmente conocido como «píldora del día después») en la oficina de farmacia de la que es titular, ha vulnerado su derecho a la objeción de conciencia, que forma parte del contenido del derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE). Además, el demandante imputa a la Sentencia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por incurrir en incongruencia omisiva y motivación arbitraria e irrazonable.

Tanto el Letrado de la Junta de Andalucía como el Ministerio Fiscal se han opuesto al otorgamiento del amparo, interesando su inadmisión, o subsidiariamente su desestimación, por las razones que han quedado reflejadas en el relato de antecedentes.

Antes de entrar en el examen de las vulneraciones de derechos fundamentales aducidas por el demandante es preciso dilucidar algunas cuestiones previas, suscitadas por el Letrado de la Junta de Andalucía y por el Ministerio Fiscal, que afectan al carácter del presente recurso de amparo y a la eventual concurrencia de diversas causas de inadmisión del mismo.



www.civil-mercantil.com

2. En primer lugar, debe precisarse que el presente recurso, tal como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, constituye lo que hemos denominado un «recurso de amparo mixto» [arts. 43 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)]. Junto a la queja principal, referida a la vulneración del derecho a la objeción de conciencia vinculado a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), que se imputa a la resolución administrativa sancionadora, el demandante de amparo dirige una queja específica contra la Sentencia que confirma dicha resolución, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en las vertientes de incongruencia omisiva y motivación arbitraria e irrazonable.

La calificación del presente recurso como un amparo mixto conlleva el rechazo del motivo de inadmisión aducido por el Ministerio Fiscal quien, como se vio, entiende que el demandante prolongó indebidamente el plazo de caducidad del recurso de amparo mediante la interposición de un incidente de nulidad de actuaciones manifiestamente improcedente contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Sevilla de 2 de noviembre de 2011; lo que debería, a su juicio, conducir a inadmitir el recurso de amparo por extemporaneidad, en virtud de los arts. 43.2 y 50.1 a) LOTIC.

Como ha quedado expuesto, resulta que junto a la queja por vulneración del derecho garantizado por el art. 16.1 CE, que se dirige frente a la resolución administrativa sancionadora, existe otra queja específica por vulneración del art. 24.1 CE frente a la Sentencia que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra aquella resolución; esta posible infracción del art. 24.1 CE que se atribuye al órgano judicial es en efecto autónoma, al ir más allá de la mera falta de reparación de la lesión que originariamente se imputa a la Administración sancionadora.

Siendo esto así, no puede calificarse el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el demandante contra la Sentencia impugnada como «manifiestamente improcedente», en el preciso sentido restrictivo que la doctrina de este Tribunal viene dando a este concepto (por todas, SSTC 50/1990, de 26 de marzo, FJ 2; 224/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 10/1998, de 13 de enero, FJ 2; 78/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 172/2009, de 9 de julio, FJ 2, y 33/2011, de 28 de marzo, FJ 2), con la consecuencia de determinar, en su caso, la extemporaneidad del recurso de amparo. El demandante no se limitó a reiterar en el incidente de nulidad la queja referida a la alegada vulneración del art. 16.1 CE, sino que formuló una nueva queja frente a la Sentencia por vulneración del art. 24.1 CE; en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), venía obligado a promover el incidente de nulidad para cumplir el requisito del agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1 a) LOTIC].

Por otra parte, tampoco puede considerarse relevante para excluir la procedencia del incidente de nulidad el argumento del Fiscal basado en que el órgano judicial no lo desestimó, sino que lo inadmitió a limine. Ciertamente, este Tribunal ha venido rechazando que pueda considerarse como «manifiestamente improcedente» un incidente de nulidad cuando, pese a las dudas que pudieran suscitarse sobre esa procedencia conforme a la regulación legal, el órgano judicial no se limita a inadmitirlo, sino que lo tramita y finalmente desestima (por todas, SSTC 148/2003, de 14 de julio, FJ 2; 131/2004, de 19 de julio, FJ 3; 127/2005, de 23 de mayo, FJ 2; 47/2006, de 13 de febrero, FJ 2; 47/2006, de 13 de febrero, FJ 2, y 66/2011, de 16 de mayo, FJ 2). De esta doctrina no puede seguirse la conclusión inversa de que si el órgano judicial inadmite el incidente de nulidad este deba considerarse por el Tribunal Constitucional como «manifiestamente improcedente», con la eventual consecuencia de acarrear la extemporaneidad del recurso de amparo. Esto sólo ocurrirá cuando se aprecie por este Tribunal que el recurrente ha actuado con la intención de prolongar artificialmente la vía judicial



www.civil-mercantil.com

previa, o cuando la improcedencia del incidente de nulidad, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, derive de manera terminante, clara e inequívoca del propio texto legal, sin dudas que hayan de resolverse con criterios interpretativos de alguna dificultad. En el presente caso no se advierte que nos hallemos en ninguno de estos supuestos.

Procede pues descartar el óbice de admisibilidad aducido por el Ministerio Fiscal.

3. El Letrado de la Junta de Andalucía también alega, como quedó expuesto, motivos de inadmisión del recurso de amparo; concretamente, por no cumplir el demandante la carga de justificar la especial trascendencia constitucional [arts. 49.1 in fine y 50.1 a) LOTC] y por carecer en cualquier caso el asunto de especial trascendencia constitucional [art. 50.1 b) LOTC], al haberse pronunciado ya el Tribunal Constitucional sobre la cuestión planteada por el demandante en relación con la objeción de conciencia.

Ambos óbices deben ser rechazados. Por lo que se refiere al cumplimiento de la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso [arts. 49.1 in fine y 50.1 a) LOTC], en el escrito de demanda de amparo, bajo el título «relevancia constitucional del caso», el demandante dedica un apartado específico a razonarla, exponiendo los motivos por los que considera que el pronunciamiento de este Tribunal es importante para la interpretación, eficacia y general aplicación de la Constitución y para la determinación del contenido del derecho constitucional invocado (en referencia al derecho a la libertad ideológica garantizada por el art. 16.1 CE). Señala el demandante de amparo que se trata de una cuestión absolutamente novedosa, pues no existe ningún pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional acerca de si procede que un farmacéutico, en el ejercicio de su profesión, pueda invocar legítimamente el derecho a la objeción de conciencia para negarse a disponer (y por ello a dispensar) la píldora del día después debido a sus posibles efectos abortivos.

A la vista de lo expuesto es notorio que el demandante de amparo ha cumplido la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso que le impone el art. 49.1 LOTC, tal como ha sido interpretada esta exigencia por nuestra doctrina (por todas, SSTC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, y 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; AATC 188/2008, de 21 de julio, y 289/2008, de 22 de septiembre).

Por otra parte, cabe afirmar que en el presente caso este Tribunal entiende que concurre el requisito de la especial trascendencia constitucional [art. 50.1 b) LOTC], al apreciar que la cuestión suscitada en el recurso de amparo (admisibilidad de la objeción de conciencia de los farmacéuticos que desempeñan su profesión en oficinas de farmacia, en particular respecto de la dispensación de medicamentos con posibles efectos abortivos) permite perfilar y aclarar algunos aspectos de la doctrina constitucional en relación con la naturaleza del derecho a la objeción de conciencia, supuesto enunciado en la STC 155/2009, FJ 2, letra b).

4. Una vez descartados los óbices procesales aducidos, procede abordar el motivo principal de fondo. El demandante sostiene, invocando en apoyo de su planteamiento la doctrina estatuida en la STC 53/1985, de 11 abril, que las resoluciones impugnadas han vulnerado su derecho a la objeción de conciencia, como manifestación de la libertad ideológica reconocida en el art. 16.1 CE, al haber sido sancionado por actuar en el ejercicio de su profesión de farmacéutico siguiendo sus convicciones éticas sobre el derecho a la vida. Tales convicciones, afirma, son contrarias a la dispensación del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg, debido a sus posibles efectos abortivos si se administra a una mujer embarazada. El planteamiento del demandante, sintetizado en los términos expuestos, permite colegir que la exención del deber, que para sí reclama, de disponer y expedir el referido medicamento se anuda al efecto que atribuye al indicado principio activo, lo que colisiona



frontalmente con sus convicciones sobre la protección del derecho a la vida. Hasta el momento presente, este Tribunal no había tenido ocasión de resolver sobre la problemática constitucional que suscita el demandante; esto es, el juicio de ponderación entre el invocado derecho a la objeción de conciencia, como manifestación del derecho fundamental a la libertad ideológica reconocida en el art. 16.1 CE, y la obligación de disponer del mínimo de existencias del citado medicamento que le impone la normativa sectorial, para así poderlo dispensar a quienes lo soliciten. Desde ese prisma abordaremos la resolución del presente recurso.

Ciertamente, en el fundamento jurídico 14 de la Sentencia objeto de cita rechazamos que cupiera considerar inconstitucional una regulación del aborto que no incluyera de modo expreso la del derecho a la objeción de conciencia, pues a ese respecto afirmamos que tal derecho «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 CE y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales». En relación con la doctrina expuesta debe destacarse la singularidad del pronunciamiento traído a colación, en tanto que el reconocimiento de la objeción de conciencia trascendió del ámbito que es consustancial al art. 30.2 CE (el servicio militar obligatorio), dadas las particulares circunstancias del supuesto analizado por este Tribunal; por un lado, la significativa intervención de los médicos en los casos de interrupción voluntaria del embarazo y, por otro, la relevancia constitucional que reconocimos a la protección del nasciturus.

Sentadas las anteriores consideraciones, cumple afirmar que para la resolución del presente recurso resulta prioritario dilucidar si la doctrina enunciada en el fundamento jurídico 14 de la STC 53/1985 es también aplicable al caso que nos ocupa. Para despejar esa cuestión es preciso esclarecer, previamente, si los motivos invocados para no disponer de la «píldora del día después» guardan el suficiente paralelismo con los que justificaron el reconocimiento de la objeción de conciencia en el supuesto analizado por la Sentencia citada, al objeto de precisar si la admisión de dicha objeción, entendida como derivación del derecho fundamental consagrado en el art. 16.1 CE, resulta también extensible a un supuesto como el actual, en el que el demandante opone, frente a la obligación legal de dispensar el principio activo levonorgestrel 0,750 mg, sus convicciones sobre el derecho a la vida.

Con relación a esta cuestión, este Tribunal no desconoce la falta de unanimidad científica respecto a los posibles efectos abortivos de la denominada «píldora del día después». Sin perjuicio de ello, y a los meros fines de este procedimiento, la presencia en ese debate de posiciones científicas que avalan tal planteamiento nos lleva a partir en nuestro enjuiciamiento de la existencia de una duda razonable sobre la producción de dichos efectos, presupuesto este que, a su vez, dota al conflicto de conciencia alegado por el recurrente de suficiente consistencia y relevancia constitucional. En consecuencia, sin desconocer las diferencias de índole cuantitativa y cualitativa existentes entre la participación de los médicos en la interrupción voluntaria del embarazo y la dispensación, por parte de un farmacéutico, del medicamento anteriormente mencionado, cabe concluir que, dentro de los parámetros indicados, la base conflictual que late en ambos supuestos se anuda a una misma finalidad, toda vez que en este caso se plantea asimismo una colisión con la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida. Además, la actuación de este último, en su condición de expendedor autorizado de la referida sustancia, resulta particularmente relevante desde la perspectiva enunciada. En suma, pues, hemos de colegir que los aspectos determinantes del singular reconocimiento de la objeción de conciencia que fijamos en la STC 53/1985, FJ 14, también concurren, en los términos indicados, cuando la referida objeción se proyecta sobre el



www.civil-mercantil.com

deber de dispensación de la denominada «píldora del día después» por parte de los farmacéuticos, en base a las consideraciones expuestas.

5. Ahora bien, las conclusiones alcanzadas no nos dispensan de ponderar la incidencia del derecho invocado por el demandante en la legítima protección de otros derechos, bienes jurídicos o intereses dignos de tutela. Hemos de partir de la concreta intervención que el sistema público sanitario impone al profesional que ejerce su actividad en una oficina de farmacia, a saber la disposición para su ulterior dispensación a los consumidores de aquellas especialidades farmacéuticas que la Administración haya incluido dentro de una relación obligatoria. Al profesional farmacéutico le incumbe, pues, el deber normativo de facilitar la prestación de dicho servicio y, como señalan el Ministerio Fiscal y el Letrado de la Junta de Andalucía, en el presente caso dicho deber garantiza el derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva, del que dimana el derecho a las prestaciones sanitarias y farmacéuticas establecidas por el ordenamiento jurídico vigente, que incluye el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos legalmente previstos, así como a los medicamentos anticonceptivos autorizados en España.

Pues bien, sobre ese particular cumple decir que la imposición de la sanción a que fue acreedor el demandante no derivó de su negativa a dispensar el medicamento a un tercero que se lo hubiera solicitado, sino del incumplimiento del deber de contar con el mínimo de existencias establecido normativamente. En segundo término, hemos de añadir que en las actuaciones no figura dato alguno a través del cual se infiera el riesgo de que la dispensación «de la píldora del día después» se viera obstaculizada, pues amén de que la farmacia regentada por el demandante se ubica en el centro urbano de la ciudad de Sevilla, dato este del que se deduce la disponibilidad de otras oficinas de farmacia relativamente cercanas, ninguna otra circunstancia permite colegir que el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos autorizados por el ordenamiento jurídico vigente fuera puesto en peligro.

Por último, no resulta ocioso recordar que el demandante estaba inscrito como objeto de conciencia, como así lo refleja certificación expedida por el secretario del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla. Respecto del ámbito farmacéutico, hemos de señalar que la Comunidad Autónoma de Andalucía carece de una regulación específica de rango legal sobre el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales farmacéuticos, a diferencia de otras Comunidades Autónomas que sí reconocen en su legislación sobre ordenación farmacéutica el derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos. Ahora bien, esa ausencia de reconocimiento legal no se extiende a la totalidad de las normas que disciplinan el ejercicio de la profesión farmacéutica en el ámbito territorial en el que ejerce su profesión el demandante. El derecho a la objeción de conciencia está expresamente reconocido como «derecho básico de los farmacéuticos colegiados en el ejercicio de su actividad profesional» en el art. 8.5 de los estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla (corporación profesional a la que pertenece el recurrente), aprobados definitivamente por Orden de 30 de diciembre de 2005, de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, a cuyo tenor «el colegiado al que se impidiese o perturbase el ejercicio de este derecho conforme a los postulados de la ética y deontología profesionales se le amparará por el Colegio ante las instancias correspondientes»; asimismo se reconoce en los arts. 28 y 33 del Código de ética farmacéutica y deontología de la profesión farmacéutica, invocados también por el recurrente, que «la responsabilidad y libertad personal del farmacéutico le faculta para ejercer su derecho a la objeción de conciencia respetando la libertad y el derecho a la vida y a la salud del paciente» (art. 28) y que «el farmacéutico podrá comunicar al Colegio de Farmacéuticos su



condición de objetor de conciencia a los efectos que considere procedentes. El Colegio le prestará el asesoramiento y la ayuda necesaria» (art. 33).

Este reconocimiento por los estatutos colegiales del derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos no carece de relevancia pues, según reza el apartado 1 del art. 22 de la Ley andaluza 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los colegios profesionales de Andalucía «aprobados los estatutos por el colegio profesional y previo informe del consejo andaluz de colegios de la profesión respectiva, si estuviere creado, se remitirán a la Consejería con competencia en materia de régimen jurídico de colegios profesionales, para su aprobación definitiva mediante orden de su titular, previa calificación de su legalidad»; y el apartado 2 del mismo art. 22 establece que «Si los estatutos no se ajustaran a la legalidad vigente, o presentaran defectos formales, se ordenará su devolución a la corporación profesional para la correspondiente subsanación, de acuerdo con el procedimiento que se establezca reglamentariamente». A la vista de lo expuesto, hemos de afirmar que el demandante actuó bajo la legítima confianza de ejercitar un derecho, cuyo reconocimiento estatutario no fue objetado por la Administración.

En suma, a la vista de la ponderación efectuada sobre los derechos e intereses en conflicto y de las restantes consideraciones expuestas, hemos de proclamar que la sanción impuesta por carecer de las existencias mínimas de la conocida como «píldora del día después» vulnera el derecho demandante a la libertad ideológica garantizado por el art. 16.1 CE, en atención la concurrencia de especiales circunstancias reflejadas en el fundamento jurídico 4 de esta resolución.

6. El demandante también fue sancionado por no disponer (y, en consecuencia, no dispensar) de preservativos en la oficina de farmacia que regenta. Vistas las razones que nos han conducido a considerar que la falta de existencias, en el establecimiento citado, del principio activo levonorgestrel 0,750 mg queda amparada por el art. 16.1 CE, 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. Ningún conflicto de conciencia con relevancia constitucional puede darse en este supuesto.

En consecuencia, el otorgamiento del amparo al demandante por vulneración de su derecho a la objeción de conciencia, vinculado al derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), debe comportar (art. 55.1 LOTC) el reconocimiento del derecho fundamental vulnerado, exclusivamente en lo que concierne a la falta de existencias mínimas del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg. Asimismo, procede declarar la nulidad de las resoluciones (administrativas y judicial) impugnadas, con retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse la resolución por la Junta de Andalucía en el expediente sancionador incoado al demandante; ello a efectos de que la Junta resuelva, conforme a lo previsto en la legislación de farmacia que resulte aplicable, sobre la concreta sanción que corresponda imponer al demandante en lo que se refiere a la infracción grave que se le imputa por negarse a disponer de (y por ello a dispensar) preservativos en la oficina de farmacia de la que es cotitular.

FALLO



www.civil-mercantil.com

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don Joaquín Herrera Dávila y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado su derecho a la objeción de conciencia, vinculado al derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16.1 CE).

2.º Restablecerle en su derecho y, en consecuencia, anular la resolución de 15 de octubre de 2008 del Delegado Provincial de Salud en Sevilla de la Junta de Andalucía dictada en el expediente 78-2008, así como la resolución de 16 de julio de 2010 de la Dirección General de Planificación e Innovación Sanitaria de la Junta de Andalucía, que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la anterior. Anular asimismo la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Sevilla de 2 de noviembre de 2011, dictada en el procedimiento abreviado núm. 736-2010 y la providencia del mismo Juzgado de 22 de diciembre de 2011, que inadmite el incidente de nulidad promovido contra la anterior Sentencia.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la resolución de 15 de octubre de 2008 del Delegado Provincial de Salud en Sevilla de la Junta de Andalucía, en los términos que se precisan en el fundamento jurídico 6.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinticinco de junio de dos mil quince.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Adela Asua Batarrita.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Antonio Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR que formula la MAGISTRADA DOÑA ADELA ASUA BATARRITA a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avogado por el Pleno núm. 412-2012

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Pleno, expreso mi discrepancia con la fundamentación jurídica de la Sentencia y, en consecuencia, con el fallo.

Debo manifestar, como expresé en el debate en el Pleno, mi preocupación y consternación por la aprobación de esta Sentencia cuya factura técnica se separa de la exigencia de motivación congruente conforme a las reglas básicas del método jurídico-constitucional. En lugar de afrontar la problemática a examen desde la perspectiva estrictamente jurídica propia de la jurisdicción constitucional, parece responder a un posicionamiento previo que no logra ocultar la sombra ideológica que le guía.

A continuación expongo las razones de mi profunda discrepancia.

1. La Sentencia parte de una discutible premisa: que la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica del art. 16.1 CE, con un alcance tal que puede conducir a relativizar muy diversos mandatos constitucionales y deberes legales que garantizan el ejercicio de derechos fundamentales de otras personas.



www.civil-mercantil.com

La premisa es, a mi juicio, errónea porque se sustenta como único argumento en la afirmación contenida en un obiter dictum de la STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 14, referida a la constitucionalidad de la Ley que introdujo el sistema de plazos en la despenalización parcial en la interrupción del embarazo, en el que se afirmaba escuetamente que «[l]a 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». Tal pronunciamiento se vierte tras señalar expresamente que la cuestión de la objeción de conciencia, al igual que otras cuestiones, era ajena al objeto de enjuiciamiento. Por ello, resulta poco consistente extraer de tal escueta y retórica referencia la conclusión de que el derecho a la objeción de conciencia forme parte del contenido del derecho fundamental reseñado, pues, como se desprende de Sentencias posteriores a las que me referiré más adelante, para ello es preciso un reconocimiento a nivel constitucional –como es el caso del art. 30.2 CE– o, en su caso, un reconocimiento legal que lo conecte a un derecho fundamental, lo que no ha tenido lugar.

En efecto, la STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 3 (que en la Sentencia se ignora, al igual que cualesquiera otras que puedan contradecir la postura que defiende), señaló que la objeción de conciencia es «un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su art. 30.2, protegido, sí, por el recurso de amparo (art. 53.2), pero cuya relación con el art. 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental. A ello obsta la consideración de que su núcleo o contenido esencial –aquí su finalidad concreta– consiste en constituir un derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar (no simplemente a no prestarlo), sustituyéndolo, en su caso, por una prestación social sustitutoria. Constituye, en ese sentido, una excepción al cumplimiento de un deber general, 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 ... lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, y lo que legitima al legislador para regularlo por Ley ordinaria "con las debidas garantías", que, si por un lado son debidas al objeto, vienen asimismo determinadas por las exigencias defensivas de la Comunidad como bien constitucional».

En suma, nuestra doctrina constitucional desmiente la premisa de la que parte la Sentencia, pues el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar es un derecho autónomo no fundamental y de naturaleza excepcional, reconocido en el art. 30.2 CE y no en el art. 16 CE. Mientras que el derecho a la libertad ideológica o de conciencia (art. 16 CE) no es por sí «suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o 'subconstitucionales' por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos».

2. Por otra parte, al final del fundamento jurídico 4 la Sentencia desliza sibilinaamente una comparación entre el supuesto objeto del presente recurso de amparo y el abordado por la STC 53/1985, al anudar al conflicto que late en ambos casos la «misma finalidad», de manera que concurrirían –siempre a su juicio– los aspectos determinantes del pretendido reconocimiento de la objeción de conciencia fijados en la STC 53/1985. Ciertamente la Sentencia se cuida mucho de atribuir abiertamente efectos abortivos a la «píldora del día después», pero pretende equiparar ambas situaciones amparándose en el subterfugio de la «falta de unanimidad científica» y de la «duda razonable». Así, afirma que «este Tribunal no



www.civil-mercantil.com

desconoce la falta de unanimidad científica respecto a los posibles efectos abortivos» y que «la presencia en ese debate de posiciones científicas que avalan tal planteamiento nos lleva a partir en nuestro enjuiciamiento de la existencia de una duda razonable sobre la producción de dichos efectos, presupuesto este que, a su vez, dota al conflicto de conciencia alegado por el recurrente de suficiente consistencia y relevancia constitucional».

Esa pretendida «falta de unanimidad» constituye una apreciación científica enteramente libre y subjetiva de la Sentencia, no basada en prueba pericial alguna, y que resulta desmentida por la consideración de «medicamento anticonceptivo de emergencia» que la Agencia Española del Medicamento le ha asignado. La «píldora del día después» tiene la finalidad de evitar un posible embarazo mediante su administración inmediata tras la práctica de relaciones sexuales, pero no terminar con un embarazo ya comenzado. Y, una vez más, la Sentencia de la que discrepo ni siquiera tiene en cuenta a este respecto nuestra STC 116/1999, de 17 de junio, en cuyo fundamento jurídico 9 se trata la cuestión relativa a los preembriones no viables (que no pueden siquiera ser considerados nascituri), como sería el caso, en la hipótesis más generosa, después de la administración de la «píldora del día después».

Más tarde, en el fundamento jurídico 6, la Sentencia dará, sorprendentemente, un giro de ciento ochenta grados y señalará, sin que se explicite el porqué de tal brusco cambio de criterio, 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», ya que no queda amparada por la dimensión constitucional de la objeción de conciencia que dimana de la libertad de creencia reconocida en el art. 16.1 CE, para concluir que «[n]ingún conflicto de relevancia constitucional puede darse en este supuesto». Siendo igualmente métodos anticonceptivos, no se entiende por qué la negativa a dispensar la píldora entra en «colisión con la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida» y no, en cambio, la negativa a dispensar preservativos.

3. Debe subrayarse que la objeción de conciencia tampoco ha sido reconocida, con el alcance que pretende la Sentencia, en el ámbito internacional. De nuevo es significativa la absoluta ausencia, en la Sentencia de la que discrepo, de referencias al nivel de protección que en esta materia pudiera provenir del Derecho internacional de los derechos humanos y, en su caso, del Derecho de la Unión Europea (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6), toda vez que el art. 10.2 CE nos obliga a acudir a tales auxilios interpretativos.

Así, el art. 10.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce el derecho a la objeción de conciencia, añade, sin embargo, una muy significativa precisión, pues ese derecho se reconoce «de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio». Si se examinan las explicaciones elaboradas para guiar la interpretación de la Carta y que resultan hermenéuticamente relevantes de acuerdo con el art. 52.7 de la Carta, se comprueba que el de objeción de conciencia es el único derecho de la Carta respecto al cual las explicaciones no aluden a una fuente adicional de reconocimiento, como, por ejemplo, el Convenio Europeo (a continuación aludiré a las razones de fondo de ese significativo silencio). Lo que evidencia el reenvío a «las leyes nacionales» que contiene el art. 10.2 de la Carta es, en primer lugar, la inexistencia de una «tradicón constitucional común» a la que las instituciones de la Unión pudieran acudir sin más y, en segundo lugar, la necesidad de que haya un reconocimiento del correspondiente legislador nacional acerca de la posibilidad de objetar por razones de conciencia en los distintos ámbitos de la actividad que afecten a los derechos de los ciudadanos. En otras palabras, fuera de la Constitución y de la Ley, ningún ciudadano puede elevar su conciencia a norma suprema y objetar cuándo y cómo le dé la gana.



www.civil-mercantil.com

Por lo que se refiere al sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, resulta llamativo –de nuevo– que la Sentencia omita la consideración de la muy relevante decisión de 2 de octubre de 2001 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Pichon y Sajous c. Francia, que inadmite a trámite el recurso interpuesto sobre la base del art. 9 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, por dos farmacéuticos franceses sancionados por negarse a dispensar en sus oficinas de farmacia píldoras anticonceptivas, y eso que la mencionada decisión había sido invocada tanto por el Ministerio Fiscal como por el Letrado de la Junta de Andalucía. En dicha decisión, el Tribunal Europeo recuerda que el art. 9 CEDH no garantiza en todo caso el derecho a comportarse en el ámbito público de la manera que dicten las convicciones personales, y con relación al caso concreto estima que, en cuanto que la venta de las píldoras anticonceptivas es legal y se realiza única y obligatoriamente en las oficinas de farmacia, los recurrentes no pueden hacer prevalecer e imponer a un tercero sus convicciones religiosas para justificar la denegación de la venta de este producto: en consecuencia, concluyó que la sanción de los recurrentes por negarse a su venta no interfirió en el ejercicio de los derechos garantizados por el art. 9 del Convenio.

Ciertamente, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales es un instrumento vivo y debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales. Así, el Tribunal Europeo, en formación de Gran Sala, revisando la doctrina previa de los órganos de supervisión del Convenio, ha incluido recientemente la objeción de conciencia al servicio militar en el ámbito del derecho contemplado por el art. 9 CEDH, al considerar que la oposición al servicio militar motivada por un serio e insuperable conflicto entre la obligación de servir en el ejército y la conciencia de una persona o sus convicciones profundas y genuinas religiosas o de otro tipo, constituye una convicción o una creencia de suficiente solidez, seriedad e importancia como para atraer las garantías del art. 9 CEDH (STEDH de 7 de julio de 2011, Bayatyan c. Armenia, § 110). Ese ámbito de protección se aloja en nuestra Constitución, según quedó dicho, en el art. 30.2 y no el art. 16. Del citado pronunciamiento del Tribunal Europeo, por tanto, no puede deducirse que, fuera del supuesto específico del servicio militar, el art. 9 CEDH garantice un pretendido derecho de objeción de conciencia de contenidos difusos y de ejercicio incondicionado frente a cualesquiera deberes legales. En definitiva, no hay necesidad alguna de modificar nuestra interpretación del ámbito de protección contemplado por el art. 16 CE.

4. La Sentencia asume una segunda premisa que, a mi juicio, resulta también errónea: que la libertad consagrada en el art. 16.1 CE permite objetar por motivos de conciencia sin necesidad de una previa regulación por parte del legislador del ejercicio de ese pretendido derecho a la objeción de conciencia. Tal entendimiento conduciría directamente a santificar cualquier tipo de objeción de conciencia, como si la conciencia de cada uno pudiera imperar legítimamente frente a la colectividad y frente al Estado Constitucional de Derecho, del que la Ley es precisamente su expresión más acendrada. La referida construcción prescinde totalmente de cualquier referencia a las consideraciones de la doctrina de este Tribunal de las últimas décadas, doctrina que ha negado de manera expresa la posibilidad de oponer libremente la objeción de conciencia en diversos pronunciamientos y ha sujetado su reconocimiento a la interpositio legislatoris.

Así, en cuanto al primer aspecto, en la STC 321/1994, de 28 de noviembre, FJ 4, se dijo 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, con el riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales», y que no se puede justificar la negativa al cumplimiento de alguno de esos mandatos (en aquel caso se trataba 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». En esta misma línea, la STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 5, señaló, en cuanto a los objetores de conciencia al servicio militar, que tienen reconocido el derecho a que se les exima del deber de prestar ese servicio, pero precisó que «la Constitución no les reconoce ningún derecho a negarse a realizar la prestación social sustitutoria como medio para imponer sus particulares opciones políticas acerca de la organización de las Fuerzas Armadas o de su radical supresión», para concluir que «salvo que se pretenda diluir la eficacia de las normas y menoscabar el orden jurídico y social que conforman legítimamente, no puede negarse la punibilidad de un comportamiento por el mero hecho de su coherencia con las convicciones de su autor».

Más rotunda aún es la STC 161/1987, de 27 de octubre, al afirmar en su fundamento jurídico 3 que, a pesar de la relación de la objeción de conciencia con la libertad ideológica reconocida en el art. 16 CE, «de ello no puede deducirse que nos encontremos ante una pura y simple aplicación de dicha libertad. La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado».

Y en cuanto al otro aspecto, esto es, la necesidad de reconocimiento y regulación del derecho por la Ley, la STC 15/1982, de 23 de abril, FJ 7, ya precisó en su día que «el criterio de la conformidad a los dictados de la conciencia es extremadamente genérico y no sirve para delimitar de modo satisfactorio el contenido del derecho en cuestión y resolver los potenciales conflictos originados por la existencia de otros bienes igualmente constitucionales. Por todo ello, la objeción de conciencia exige para su realización la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador ... "con las debidas garantías?, ya que sólo si existe tal regulación puede producirse la declaración en la que el derecho a la objeción de conciencia encuentra su plenitud». Y es que la comunidad no puede quedar satisfecha con la simple alegación de una convicción personal, que, por excepcional, ha de ser contrastada para la satisfacción del interés común (STC 160/1987, FJ 4).

5. Tampoco resulta admisible el banal ejercicio de ponderación de los intereses en presencia que dice realizar la Sentencia.

La Sentencia señala correctamente en su fundamento jurídico 5 que la sanción administrativa no se impuso a un farmacéutico determinado por su negativa a dispensar el medicamento a un tercero, sino a los dos cotitulares de la oficina de farmacia por el incumplimiento del deber de contar con el mínimo de existencias establecido normativamente. Pero no extrae la consecuencia obligada: la ausencia de la pretendida «base conflictual» entre la obligación legal de disponer las existencias mínimas de medicamentos, por un lado, y el derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico que ha recurrido en amparo, por otro lado. En efecto, no se concibe –y no explica la Sentencia– cómo la obligación de la oficina de farmacia de disponer existencias mínimas de un medicamento puede entrar en «colisión con la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida». Ello debía haber conducido inmediatamente a la desestimación del recurso de amparo.

Sin embargo, la Sentencia de la que discrepo analiza el conflicto desde la hipótesis de un eventual acceso a la dispensación (supuesto que no se ha planteado en ningún momento en el caso concreto) y, desde esa perspectiva, reduce todo su ejercicio de ponderación a señalar que «en las actuaciones no figura dato alguno a través del cual se infiera el riesgo de que la dispensación "de la píldora del día después? se viera obstaculizada, pues amén de que la farmacia regentada por el demandante se ubica en el centro urbano de la ciudad de Sevilla, dato éste del que se deduce la disponibilidad de otras oficinas de farmacia relativamente



cercanas, ninguna otra circunstancia permite colegir que el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos y contraceptivos autorizados por el ordenamiento jurídico vigente fuera puesto en peligro».

Argumentos que resultan irrelevantes para lograr que prevalezca el pretendido derecho a la objeción de conciencia del recurrente sobre el deber legal del profesional farmacéutico de disponer las existencias mínimas de medicamentos establecidas por las Administraciones competentes. En primer lugar, el hecho de no contar con existencias del medicamento por razones de conciencia supone ya en sí mismo una negativa incondicional y absoluta a dispensarlo a cualquier persona que pudiera solicitarlo, en cualquier circunstancia; además, supone la creación de un impedimento para que el otro cotitular de la oficina de farmacia y sus empleados puedan dispensar tales medicamentos. Con tal actitud se impide de raíz cualquier forma de conciliación con los intereses constitucionalmente protegidos de terceros. Y, en segundo lugar, el argumento de la pretendida disponibilidad de otras farmacias en la misma zona no puede suspender la vigencia territorial de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y psíquica y a la salud de la mujer que solicite el medicamento (arts. 15 y 43 CE). La Sentencia realiza tales afirmaciones sin ofrecer dato objetivo alguno acerca de cuáles y cuántas farmacias se encuentran en la proximidad del establecimiento del actor, y a qué distancia, conformándose con la presunción de que, al encontrarse la farmacia en pleno centro urbano de Sevilla, es lógico que existan muchas otras en las proximidades.

Al realizar la ponderación, la Sentencia de la que disiento minimiza la debida consideración acerca de los derechos a la vida y a la integridad física y moral y a la salud de las personas que puedan requerir la utilización del medicamento en cuestión, acerca de la naturaleza jurídica de las oficinas de farmacia en nuestro ordenamiento y acerca de la regulación legal sobre la dispensación de medicamentos establecida como exigencia para la debida atención a las necesidades de la comunidad; cuestiones todas ellas que han sido profusamente glosadas y analizadas por este Tribunal. De esta forma se ignoran los intereses generales y privados afectados por la negativa a disponer del medicamento.

Este Tribunal ha recordado recientemente que «la oficina de farmacia es un agente imprescindible en la realización de la asistencia farmacéutica que sirve a la garantía de la protección de la salud pública (arts. 43.2 y 51.1, ambos de la Constitución), considerándose como un establecimiento sanitario privado de interés público que participa de la planificación sanitaria (arts. 103.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, y 84.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios)» (STC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3). Todo ello implica, como se detalla en la misma Sentencia y fundamento jurídico, un amplísimo abanico de obligaciones y limitaciones de las oficinas de farmacia y de sus titulares en el ejercicio de su actividad.

Así pues, no podemos olvidar que la obligación de dispensar medicamentos en las oficinas de farmacia responde a las previsiones del art. 43 CE, que reconoce el derecho a la protección de la salud, correspondiendo a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, siendo la ley la que establezca los derechos y deberes de todos al respecto.

En el ámbito de la prestación farmacéutica, la mencionada previsión constitucional se ha plasmado, entre otras normas, en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que regula, entre otros aspectos, la actuación de las personas físicas o jurídicas en cuanto intervienen en la circulación industrial o comercial y en la prescripción o dispensación de los medicamentos y productos sanitarios (art. 1.2). Dicha Ley establece expresamente la obligación de los farmacéuticos, entre otros profesionales, de dispensar los medicamentos y productos sanitarios que se les soliciten en las condiciones legal y reglamentariamente establecidas, con respeto del principio de continuidad en la prestación



del servicio a la comunidad (art. 2.1 y 2). Más específicamente, el art. 84 prevé que las Administraciones sanitarias realizarán la ordenación de las oficinas de farmacia, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, las exigencias mínimas materiales, técnicas y de medios que establezca el Gobierno con carácter básico para asegurar la prestación de una correcta asistencia sanitaria, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en la materia [apartado 2 c)], mientras que su apartado 3 establece terminantemente que «[l]as oficinas de farmacia vienen obligadas a dispensar los medicamentos que se les demanden tanto por los particulares como por el Sistema Nacional de Salud en las condiciones reglamentarias establecidas», sin contemplar excepciones a estas obligaciones por objeción de conciencia.

En cuanto a este deber básico, anteriormente establecido en idénticos términos en el art. 88.1 d) de la Ley 25/1990, afirmó este Tribunal en la STC 137/2013, de 6 de junio, FJ 5, que la normativa de desarrollo del mismo «deviene así imprescindible para colmar la garantía de la asistencia farmacéutica que deriva del derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional y, en última instancia, del derecho a la protección de la salud que, como principio rector, reconoce el art. 43.1 CE, que obliga a los poderes públicos 'no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional, sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales' (STC 113/1989, de 22 de junio, FJ 3). En este sentido, es necesario resaltar que el art. 43.2 CE llama a los poderes públicos a organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, debiendo ser la ley la que establezca los derechos y deberes de todos al respecto. Incumbe por tanto a los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptar las medidas necesarias para que no se produzca un déficit normativo que deje reducido el deber de dispensación del art. 88.1 d) de la Ley 25/1990 a una proclamación legal vacía de contenido efectivo». Por esta razón, en dicha Sentencia se declaró inconstitucional la previsión de una norma foral que dejaba el deber legal de dispensación al arbitrio de la libre y voluntaria decisión de los propietarios-titulares de las oficinas de farmacia, en abierta contradicción con lo previsto en el citado art. 88.1 d) de la Ley 25/1990.

En suma, la conclusión que se puede alcanzar es que el legislador, a la luz de las exigencias del art. 43.2 CE, no ha previsto que la obligación de dispensar medicamentos que recae sobre los titulares de las oficinas de farmacia pueda verse exceptuada en ningún supuesto, ni siquiera por cuestiones ideológicas, en la medida en que ello supondría una quiebra en la continuidad del servicio que afecta negativamente al conjunto de la comunidad, con independencia de la situación y del número de farmacias que haya en la localidad de que se trate. De manera que una oposición a las exigencias de la Ley, aunque sea por motivos ideológicos, que lleve a incumplir la obligación de dispensación, no es admisible y merece ser sancionada, como de hecho lo fue en el caso del que trae causa el presente recurso de amparo.

6. El argumento de mayor intensidad que la Sentencia aduce para justificar la objeción de conciencia del actor reside en su inscripción como objetor de conciencia en su colegio profesional y en las previsiones que al respecto se contienen en los estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla y en el código de ética farmacéutica y deontología de la profesión farmacéutica, que se elevan poco menos que al rango de normas constitucionales, pues se afirma que el dato de la inscripción como objetor «no resulta ocioso» y el reconocimiento por los estatutos colegiales del derecho a la objeción de conciencia «no carece de relevancia», habida cuenta de su posterior aprobación por la Administración. Todo lo cual es utilizado por la Sentencia para extraer inmediatamente la conclusión, en una especie de salto acrobático



www.civil-mercantil.com

carente de toda lógica argumentativa, de que la sanción impuesta vulnera el derecho del demandante a la libertad ideológica garantizado por el art. 16.1 CE.

Resulta penoso, por elemental, tener que recordar que unos estatutos colegiales no pueden crear ex novo derechos fundamentales ni regular su ejercicio al margen de la Ley. Las previsiones de los estatutos colegiales se deben desarrollar en los términos que establezcan la Constitución, las leyes que se dicten en la materia y el resto del ordenamiento jurídico, y lo cierto es que ni la Constitución reconoce ese derecho –como ya se ha dejado razonado– ni existe Ley estatal o Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía que reconozca el pretendido derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos o que regule de algún modo su ejercicio ante la colisión con el cumplimiento de deberes jurídicamente exigibles. El Decreto andaluz 104/2001, de 30 de abril, es la única normativa a la que podemos acudir en tanto que regula la obligación de las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia y almacenes farmacéuticos de distribución en Andalucía, existencias entre las que se encuentra la «píldora del día después». Decreto que no contempla excepción alguna por razones de conciencia a la referida obligación.

El hecho mismo de que la Sentencia tenga que apoyarse especialmente en las mencionadas previsiones de los Estatutos colegiales, a las que otorga «especial relevancia», o que aluda a que el demandante actuó «bajo la legítima confianza de ejercitar un derecho, cuyo reconocimiento estatutario no fue objetado por la Administración», evidencia la carencia de fundamento constitucional de la argumentación que desarrolla. Pone de relieve, en suma, que no existe un asidero válido e inequívoco en el art. 16.1 CE o en Ley alguna aplicable en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía que permita justificar la conducta del actor y descalificar la sanción administrativa que le fue impuesta como consecuencia de la misma.

7. En efecto, no está de más recordar que la norma cuyo incumplimiento se achaca al actor se aprueba en el ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma y de acuerdo con las previsiones de la legislación básica estatal. En efecto, el art. 55.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía le otorga a esa Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de ordenación farmacéutica, en el marco del art. 149.1.16 CE. En ejercicio de esa competencia se dictó la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía, dentro de cuya regulación destaca, en primer lugar, el art. 14.5, que reitera la norma básica estatal, en el sentido de que «las oficinas de farmacia están obligadas a la dispensación de los medicamentos siempre que les sean solicitados en las condiciones legales y reglamentariamente establecidas». Y en cuanto a los derechos y deberes de los farmacéuticos, dispone la Ley que sólo pueden negarse a dispensar medicamentos cuando no sean solicitados de acuerdo con las normas vigentes o cuando sea evidente una finalidad extraterapéutica de los mismos [art. 22.1 b)], mientras que tienen la obligación de «[t]ener los medicamentos y productos sanitarios de existencia mínima obligatoria, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente» [art. 22.2 d)]. La precisión de este último aspecto se encuentra, como ya se dijo, en el Decreto 104/2001, de 30 de abril, por el que se regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia y almacenes farmacéuticos de distribución. Pues bien, el actor incumplió por su propia y exclusiva voluntad esa prescripción de existencias mínimas. En lugar de optar unilateralmente por la desobediencia a una norma que está adoptada por la Administración competente de conformidad con la legislación básica estatal, el demandante debió haber manifestado su discrepancia por la vía legal correspondiente, que no era otra que la impugnación de aquella disposición ante la jurisdicción contencioso-administrativa.



www.civil-mercantil.com

8. Una vez expuestas las anteriores razones, se entenderá el estupor que me causa la limitada argumentación de la Sentencia de la mayoría, construida sobre apriorismos, sonoros silencios y omisiones, junto con sorprendentes saltos de la lógica argumentativa. Difícilmente puede asumirse la omisión de referencias a numerosos y muy relevantes pronunciamientos de nuestra doctrina constitucional así como de resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no solo fueron alegados por quienes han comparecido en este proceso constitucional sino que también fueron utilizados en las deliberaciones previas a la aprobación de esta resolución, por varios componentes del Pleno entre los que me incluyo. Omisión, por lo tanto, consciente para los Magistrados de la mayoría que han dado su apoyo a esta Sentencia. En ella se lleva a cabo, de forma encubierta, un drástico overruling de la doctrina constitucional pergeñada durante décadas en plena sintonía con los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Este drástico cambio doctrinal puede tener consecuencias aciagas para nuestro Estado Constitucional de Derecho y, en definitiva, para el equilibrio de nuestra convivencia. Hoy es la dispensación de la píldora anticonceptiva, mañana podrán ser la vacunación obligatoria, o la obligación tributaria, o un largo etcétera, los supuestos afectados por la negativa a cumplir el correspondiente deber jurídico apelando al derecho a la objeción de conciencia, conformado a voluntad de quien esgrime la objeción, sin necesidad de una previsión legal al respecto.

Madrid, a veinticinco de junio de dos mil quince.—Adela Asua Batarrita.—Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR concurrente que formula el Magistrado DON ANDRÉS OLLERO TASSARA en relación con la Sentencia del Pleno de 25 de junio de 2015 dictada en el recurso de amparo avocado núm. 412-2012

Ha sido para mí un honor expresar, como Ponente, el parecer del Tribunal. No obstante, con el máximo respeto a la posición de los restantes Magistrados, y en ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, formulo

Voto concurrente respecto de la Sentencia citada en el encabezamiento. Suscribiendo el amparo otorgado, no comparto —como expresaré a continuación— ni la totalidad del fallo ni buena parte de su fundamentación.

1. Nos encontramos ante un recurso de amparo que, tras someterse —como es habitual— al parecer de una Sala, fue luego avocado al Pleno. Sin duda ha influido en ello el reconocimiento de la conveniencia de «perfilar y aclarar algunos aspectos de la doctrina constitucional en relación con la naturaleza del derecho a la objeción de conciencia» (FJ 3 in fine). Desgraciadamente 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 STC 15/1982, de 23 de abril, 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 interposición 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 fundamento jurídico 8, que de ello «no se deriva, sin embargo, que el derecho del objetor esté por entero subordinado a la actuación del legislador.



www.civil-mercantil.com

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 inmediatamente 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 ... pero ese mínimo contenido 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 STC 160/1987, de 27 de octubre, generará una notable confusión; no porque se aparte de las anteriores, sino por ser en sí misma contradictoria. En efecto, en su fundamento jurídico 3 reitera, con cita expresa, lo establecido por la STC 15/1982, aun considerando –con matices no irrelevantes– 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 solo tendría de «fundamental» su protección por recurso de amparo...

Eso no es nada, si se tiene en cuenta que –sin salir del fundamento jurídico 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 STC 321/1994, de 28 de noviembre, en su fundamento jurídico 4, al pretender enlazar con las anteriores –incluyendo a la STC 15/1982



www.civil-mercantil.com

que, como hemos visto, dice todo lo contrario— afirma 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, 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 conciencia, 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 llevaron a ignorar enmiendas relativas a los derechos fundamentales en la segunda lectura, encomendada al Senado. Esto explica que no prosperaran enmiendas 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 SSTC 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: el insumiso, al que ya se había satisfecho su derecho a la objeción, pero optaba 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 (y su impacto mediático) removieran 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 objeción de conciencia 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 STC 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 un ciudadano 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 democráticos. 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 mayoritarias, 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.

2. 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 STC 53/1985, de 11 de abril, relativa al recurso previo sobre la entonces recién aprobada primera despenalización del aborto en determinados supuestos. En su fundamento jurídico 14, se descarta 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 interposición legislatoris para ser ejercida. Se actualiza igualmente la consideración de la objeción de conciencia como derecho fundamental, reforzada por lo demás por su explícita inclusión en la posterior Carta Europea de Derechos Fundamentales.

Se mantiene, sin embargo, abierta la confusión generada por la STC 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 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.

3. La distinción, en el fundamento jurídico 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 presencia de determinados productos en la trastienda 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.

4. La sanción impuesta al farmacéutico es consecuencia de una 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 solo una sanción, inescindible, sobre la que recaería el dictamen de nulidad incluido en el fallo. Sorprendentemente, sin embargo, se ha optado en el fallo por hacer compatible la anulación de la sanción, en lo relativo a la píldora, con una retroacción tras casi siete años para que la Administración 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 obligada intervención de farmacéutico alguno. Sugerir que ello pueda dar paso a una sanción grave al 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 este llamativo dictamen. En modo alguno puedo compartir la afirmación 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 artículo 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 suscita no era improcedente, al no coincidir con el contenido de la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Pichon y Sajous.



www.civil-mercantil.com

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, de tratarse de instancias públicas, la neutralidad y no injerencia solo permite calibrar la «seriedad» de la actitud del objetor (avalada en este caso por el fundamento jurídico 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 más propio de la 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; 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 la repercusión sobre derechos de terceros.

Por todo ello emito mi Voto particular concurrente.

Madrid, a veinticinco de junio de dos mil quince.—Andrés Ollero Tassara.—Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR que formula el MAGISTRADO DON FERNANDO VALDÉS Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado núm. 412-2012, y al que se adhiere el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos

1. Como tuve oportunidad de manifestar a lo largo de las deliberaciones del presente proceso constitucional, disiento de la decisión mayoritariamente adoptada por el Pleno de este Tribunal. Antes de enunciar mi acusado e intenso disentimiento ante el presente pronunciamiento, quiero empezar por manifestar mi respeto a la decisión de la mayoría, alcanzada tras largas sesiones de debate en el plenario. Podré así, desde esa convicción y afirmación institucional, sin ofender su legitimidad y sin abandonar la cortesía, subrayar mi inquietud al asistir a un pronunciamiento de tendencia ideológica marcada, pero que termina banalizando la solución del conflicto que sustancia; en otras palabras, mi preocupación ante un buen ejemplo de cómo una decisión de este Tribunal no habría de razonar y de lo que no debería nunca erigirse en jurisprudencia constitucional. Tengo para mí que con resoluciones como la presente nuestro modelo de tutela mediante la vía del amparo se enfrenta a una regresión creciente y manifiesta, poniendo entre paréntesis el equilibrio necesario que sustenta la respetada reputación institucional de este órgano constitucional.

Por las razones que de inmediato se expondrán, entiendo que el fallo debió de desestimar la pretensión de amparo por no existir conflicto constitucional alguno que pueda vincular el derecho fundamental invocado con la sanción impuesta al recurrente. Y es que la Sentencia de la que me aparto, en lugar de afrontar el asunto desde la aplicación de las premisas invariables y constantes de nuestra doctrina constitucional sobre el objeto posible de un recurso de amparo, ha optado de manera bien poco razonable por elevar a categoría constitucional una posición ideológica de acusada tendencia, prescindiendo de elaborar un discurso dotado del obligado fundamento de constitucionalidad. Lamentablemente, esta Sentencia es eso; poco más que eso. La debilidad de sus argumentos, como muestra la exánime ponderación que efectúa, llamará la atención y activará las alarmas de los estudiosos de una doctrina, como la construida por este Tribunal en materia de derechos fundamentales, que goza de un tan reconocido como merecido prestigio.



2. Una más exacta comprensión de las razones de mi abierta discrepancia con la Sentencia de la mayoría hace aconsejable comenzar por resumir los hechos que concurren en el presente proceso constitucional.

El demandante de amparo, cotitular de una oficina de farmacia en la ciudad de Sevilla, fue sancionado con multa de 3.300 euros como consecuencia de que el establecimiento carecía de existencias de preservativos y del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0'750 mg (coloquialmente conocido como «píldora del día después»). Tales datos resultan del acta levantada por la Inspección Provincial de Servicios Sanitarios de la Junta de Andalucía a raíz de la denuncia presentada por el ciudadano que pretendió adquirir, sin éxito, un paquete de preservativos. Esta denuncia, por tanto y se trata de un hecho relevante, no tuvo origen en una previa denegación del recurrente a dispensar la píldora, sino en la negativa a la venta de preservativos en dicha farmacia. El expediente sancionador no trajo causa, ni directa ni indirecta, en una resistencia a la dispensación de la píldora reseñada; o, lo que es igual, la sanción no derivó de un rechazo a expender medicamentos de esta naturaleza, sino de la falta de disposición de las existencias de aquellos productos que la normativa aplicable exige, según acreditó la inspección derivada de la denuncia descrita. Prueba definitiva de ello radica en que fueron sancionados los dos farmacéuticos titulares de la farmacia, pese a que sólo consta que uno de ellos, el recurrente en amparo, manifestase no disponer de dichos productos y medicamentos por razones de conciencia. Tampoco consta que hayan invocado objeción de conciencia ni el cotitular de la farmacia ni alguno de sus empleados; que los había, pues uno de ellos, según deja acreditado la resolución administrativa, fue el que se relacionó con el ciudadano que pretendía adquirir preservativos y formuló la denuncia. En suma, no hubo omisión de dispensación ni sanción por una resistencia activa y singular a dispensar la «píldora del día después». Ni tan siquiera hubo participación directa y personal del recurrente de amparo en los hechos denunciados que dieron lugar a la apertura del expediente sancionador.

En resumen, si no hubo negativa a la dispensación de la conocida como «píldora del día después», ni sanción por esa causa, no pudo haber lugar al conflicto personal que trata de ampararse en la objeción de conciencia. Los hechos lo demuestran con toda claridad: lo reconoce la misma Sentencia en sus antecedentes y se verifica en las actuaciones.

3. El análisis de los datos del presente recurso de amparo evidencia que el debate constitucional sobre la cuestión planteada resultaba de todo punto artificial ya que no aparecía la obligada premisa para su activación; esto es, la concurrencia de un conflicto constitucional. Pese a que, como se razonó con reiteración en los debates del Pleno, tal circunstancia inhabilitaba por completo el conocer y resolver sobre el derecho alegado como violado, el pronunciamiento mayoritario no se molesta en dedicar reflexión alguna a tan decisiva carencia. Desde luego, la mayoría de nuestro Tribunal puede defender y plasmar las tesis constitucionales que estime pertinentes en cada pronunciamiento; pero no es dable que soslaye las reglas más canónicas y ortodoxas de la interpretación constitucional o que las aplique de manera selectiva, como en mi opinión sucede en el presente caso.

Por esa razón me veo obligado a recordar que no existe el amparo cautelar y, por consiguiente, cuando no existe lesión a derecho constitucional alguno, no hay posibilidad de su reparación. En relación con tan elemental pero crucial tema radica mi preocupación mayor: en que se da de lado la idea que sustenta la jurisdicción de amparo. Esta, en efecto, no ha sido reconocida y regulada para reparar infracciones de preceptos sino vulneraciones de derechos, de modo que no resulta viable constitucionalmente la tutela en abstracto de supuestas lesiones no causadas, ya que en esta vía, en la del recurso de amparo, ni cabe un enjuiciamiento sobre si se acomodaría o no a un derecho fundamental un acto de un poder público que no se ha llegado a producir, ni tal proceso es un medio de depuración abstracta de disposiciones



www.civil-mercantil.com

normativas. Y en el caso enjuiciado, insisto de nuevo, no hay ni norma aplicada ni acto sancionador vinculado a la objeción de conciencia que se invoca en el recurso, ya que no llegó a existir conflicto alguno en el supuesto de hecho. El conflicto que está en la base de la objeción de conciencia sólo hubiera podido materializarse en el momento de la dispensación, porque sólo poniendo en manos de un cliente ese medicamento hubiera nacido el pretendido riesgo «abortivo» que el objetor aprecia y quiere evitar. Mientras ese acto no hubiera acaecido –y no ha llegado a acaecer–, y la sanción no hubiera respondido a ello –y no ha sido de ello consecuencia–, no puede estar concernida, ni siquiera potencialmente, la objeción de conciencia, más allá de lo que quepa decir sobre ella, sus contenidos y su encuadramiento constitucional.

En este contexto, a nadie extrañará que de inmediato me formule en términos dialécticos una serie de preguntas, todas ellas dotadas del obligado anclaje constitucional, tales como dónde está el debate sobre el conflicto entre derechos, dónde la lesión causada a derechos del demandante o, en fin, cómo pueden vincularse los hechos acaecidos con la libertad ideológica (art. 16 CE) y la objeción de conciencia, nacida ésta, por enunciar la idea con el lenguaje utilizado por la Sentencia de la mayoría, de la colisión entre la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida y la duda razonable existente sobre la producción de efectos abortivos por el referido principio activo levonorgestrel 0,750 mg, como probaría la falta de unanimidad científica al respecto.

Para eludir la anterior, obligada e ineludible comprensión del recurso de amparo, no resulta en modo alguno razonable alegar que la tenencia de las existencias de medicamentos legalmente exigidas tiene una dimensión o vertiente finalista: «disposición para dispensar». Y no cabe ese argumento, digo, entre otras variadas razones y sin entrar en los márgenes del derecho que se invoca, porque olvida que la objeción de conciencia pretendida no puede extenderse sobre el establecimiento farmacéutico, en su conjunto, como si se tratara de una unidad personal. Así lo pide la propia configuración de la libertad ideológica y de la objeción de conciencia como derechos personales e intransferibles. Y en el presente caso, vuelvo a reiterarlo, ni quedó acreditado el conflicto de conciencia, ni tampoco que, de haber existido el mismo por intervención directa y personal del recurrente en una omisión de dispensación, el cumplimiento normativo no pudiera haberse llevado a cabo por quienes nunca opusieron razones de conciencia (el titular de la farmacia o un empleado).

Esa circunstancia ya excluía toda dimensión constitucional del caso sometido a nuestro enjuiciamiento, por más que se haya insistido en soslayarla a fin de elevar a categoría constitucional una línea de pensamiento, con una finalidad profundamente ideológica que se revela en eliter argumental que desemboca en la conclusión alcanzada. Me parece manifiestamente contrario a nuestra doctrina reiterada, invariable y constante sobre el proceso constitucional de amparo, que se sienten ciertas conclusiones y se tome postura en un conflicto ideológico que no se ha producido ad casum.

4. El ficticio conflicto ideológico, de haber existido, hubiera requerido un debate jurídico complejo que, desde luego, no plasma el texto aprobado. No puedo dialogar en divergencia con una construcción doctrinal omitida, pero tampoco puedo dejar de aspirar a que ese debate se celebre, en su momento, bajo premisas de naturaleza rigurosamente jurídico-constitucional. A pesar de ello, y a efectos puramente dialécticos, no me resisto a dejar constancia de mi abierto disenso con el juicio de ponderación que realiza la presente Sentencia sobre los intereses en presencia.

La resolución mayoritaria, en efecto, señala en primer lugar que en «en las actuaciones no figura dato alguno a través del cual se infiera el riesgo de que la dispensación 'de la píldora del día después' se viera obstaculizada, pues amén de que la farmacia regentada por el demandante se ubica en el centro urbano de la ciudad de Sevilla, dato éste del que se deduce



www.civil-mercantil.com

la disponibilidad de otras oficinas de farmacia relativamente cercanas, ninguna otra circunstancia permite colegir que el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos autorizados por el ordenamiento jurídico vigente fuera puesto en peligro». Al margen de que tal situación, como se ha razonado, no llegó a producirse en lo que atañe al menos al expediente sancionatorio de origen, y con independencia del efecto discriminatorio que late en el peregrinaje que se deriva de esa lógica y de la minusvaloración del derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la salud de la mujer que lleva aparejada (arts. 14, 15 y 43 CE), la Sentencia de mi divergencia ni siquiera se toma la molestia de verificar el argumento que emplea mediante el expediente de ofrecer datos objetivos sobre el particular en el que intenta sustentarse. Siguiendo su quebradiza lógica, para que el argumento pudiera poseer una mínima solvencia, tendría que haber efectuado una valoración sobre otras hipótesis –por cierto, tan carentes de verificación como la que se enuncia–, señaladamente la existencia de una cadena o suma de resistencias a la dispensación. Si se construye la constitucionalidad desde meras hipótesis, se deberían contemplar todas las posibles, incluso la negativa generalizada a la dispensación, pues de otro modo se arriesga a que el razonamiento pierda no sólo su precario soporte jurídico sino incluso otro previo de carácter fáctico.

Por otra parte, me importa también destacar que, al realizar la labor de ponderación, la Sentencia de la mayoría prescinde abiertamente de toda consideración acerca de la regulación legal sobre la dispensación de medicamentos, como exigencia para la debida atención a las necesidades de la comunidad; es éste un factor que simplemente se ignora. Pero no cabe olvidar que la obligación de dispensar medicamentos en las oficinas de farmacia responde a las previsiones del art. 43 CE, que reconoce el derecho a la protección de la salud, correspondiendo a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, siendo la ley la que establece los derechos y deberes de todos al respecto. Una previsión constitucional, la del art. 43 CE, que en no pocas ocasiones hemos vinculado al derecho fundamental consagrado en el art. 15 CE.

El argumento final de la Sentencia para justificar la objeción de conciencia del actor reside en las previsiones que al respecto contienen los estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla y el código de ética farmacéutica y deontología de la profesión farmacéutica, que se elevan poco menos que al rango de normas constitucionales. A pesar de ser consciente de la banalidad jurídica que enuncio de seguido, debo recordar que esos estatutos y códigos podrán establecer lo que las respectivas corporaciones tengan por conveniente, pero que sus previsiones se habrán de desarrollar de conformidad con lo que establezcan la Constitución, las leyes que se dicten en la materia y el resto del ordenamiento jurídico. Pero la única norma aquí invocable, digna de atención, es un decreto del gobierno de Andalucía que regula las existencias mínimas con las que deben contar en Andalucía las oficinas de farmacia, entre las que se encuentra la «píldora del día después», y que el actor incumplió por su propia y exclusiva voluntad.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a veinticinco de junio de dos mil quince.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Juan Antonio Xiol Rios.–Firmado y rubricado.