

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA FARMACÉUTICA

Pharmacists' Right of Conscientious Objection

ABRAHAM BARRERO ORTEGA
Universidad de Sevilla

Cómo citar/Citation

Barrero Ortega, A. (2016). La objeción de conciencia farmacéutica.
Revista de Estudios Políticos, 172, 83-107.
doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.172.03>

Resumen

La reciente STC 145/2015 se pronuncia, por fin, sobre un asunto largamente discutido por la doctrina, el de la objeción de conciencia farmacéutica. En ella, el Tribunal Constitucional ampara a un farmacéutico que expresamente manifiesta su voluntad de no disponer y, por tanto, de no dispensar la píldora postcoital, aduciendo sus posibles efectos abortivos. Aunque objeta también a la venta de preservativos «por razones de conciencia», el TC no le ampara en este segundo supuesto. ¿Qué concepción de la objeción de conciencia cabe deducir de este relevante pronunciamiento? ¿Qué novedades aporta con respecto a la jurisprudencia constitucional precedente? Como era de esperar, la STC 145/2015 ha suscitado una viva reacción. El presente trabajo pretende terciar en el debate desde la impresión de que al Tribunal Constitucional, por así decir, no se le ha entendido bien.

Palabras clave

Objeción de conciencia; objeción de conciencia farmacéutica; píldora poscoital; píldora del día después; aborto; libertad de conciencia; pensamiento y religión.

Abstract

In its recent Decision 145/2015, the Spanish Constitutional Court ruled on whether staff of pharmacies could be granted the right to conscientious objection. The Court upheld the constitutional right of pharmacy staff to conscientiously object to selling the so-called «morning-after pill». The Court, however, did not extend the scope of such a right to the sale of contraceptives. As a result of this decision, regarding a highly controversial matter within Spanish doctrine, what should be under-

stood as the new scope of the right to conscientiously object? How does this decision impact the precedent case-law on the issue? As could be expected, Decision 145/2015 has sparked a lively doctrinal debate. This article intends to contribute to the debate under the assumption that the Constitutional Court's ruling «may not have been fully understood».

Key words

Conscientious objection; morning-after pill; conscientious objection pharmaceutical; abortion; freedom of thought; conscience and religion.

SUMARIO

I. PROPÓSITO. II. LA DOCTRINA DE LA STC 145/2015. III. LOS VOTOS PARTICULARES. IV. VALORACIÓN CRÍTICA. 1. ¿Drástico *overruling* de la doctrina constitucional sobre la objeción de conciencia? 2. ¿Mera prolongación o extensión de la STC 53/1985? 3. ¿Activismo vs. autocontrol de la jurisdicción constitucional en materia de objeción de conciencia? 4. ¿Banal ejercicio de ponderación? 5. ¿Un ejemplo de diálogo judicial? *BIBLIOGRAFÍA CITADA.*

I. PROPÓSITO

El pasado 25 de junio de 2015 el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) tuvo ocasión de pronunciarse sobre un asunto largamente debatido entre la doctrina científica¹, el de la objeción de conciencia farmacéutica.

La sentencia 145/2015 ampara a un farmacéutico sancionado en 2008 por la Delegación Provincial de Salud de Sevilla porque en su farmacia no disponía ni de preservativos ni de píldoras postcoitales o «del día después» —con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg—. El farmacéutico expresamente manifestó su voluntad de no disponer y, por tanto, de no dispensar la píldora, aduciendo sus posibles efectos abortivos. Aunque objetó también a la venta de preservativos por motivos de conciencia, el TC no le otorga amparo en este segundo supuesto. En el fallo se declara, pues, parcialmente vulnerado su derecho a la objeción de conciencia «vinculado al derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16.1 CE)».

La sentencia —amparo avocado al Pleno ex art. 10.1 n) LOTC— reviste trascendencia constitucional por distintas razones. De forma inmediata, ha permitido al TC delimitar el contenido de la objeción farmacéutica —en relación con la contracepción poscoital— *ad casum*, esto es, en atención a las especiales circunstancias del amparo suscitado, aun terciando inevitablemente en la cuestión controvertida de su pretendido o auténtico paralelismo e identidad de razón con la objeción de los médicos a la realización de prácticas abortivas, supuesto de objeción, como es sabido, legitimado en la STC 53/1985 (FJ 14º) —y hoy ya legalizado².

¹ Una acertada síntesis del debate puede verse en De Miguel Beriain, 2010.

² Art. 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Algún autor, en tal sentido, se ha referido al «*big bang* jurídico» (Palomino Lozano, 2007) que se viene produciendo en materia de objeción de conciencia, es decir, la ampliación de la cobertura jurídico-constitucional de los conflictos entre conciencia y ley. Una cobertura inicialmente pensada para la objeción al servicio militar y al aborto —y que hoy conserva un estatus jurídico-constitucional singular—. En el viejo tronco nacen nuevas ramas. ¿Cabe extender la objeción del médico a la realización de prácticas abortivas a otros supuestos más o menos similares como la negativa del juez a completar con su voluntad la de la menor que desea abortar contra el parecer de sus padres (Turchi, 2007) o, por lo que ahora ocupa, la del farmacéutico a dispensar la «píldora del día después»? La posición favorable del TC al respecto es, en mi opinión, la parte más controvertible de la sentencia.

De forma indirecta o aludida, el TC, sin perjuicio de que a este respecto quepa apreciar en la sentencia mayor dosis de prudencia, autocontención o *self-restraint*, se ha visto obligado a adentrarse en el tema, igualmente vidrioso, de la relación que media entre los derechos fundamentales a la libertad ideológica y religiosa y la objeción de conciencia general. Y es que, antes de amparar o no al recurrente por su negativa a disponer y dispensar la píldora poscoital y anticonceptivos, resultaba inexcusable, en buena lógica, partir de una noción exacta sobre el estatus constitucional de la objeción de conciencia. Esa noción —aunque no se explicita con nitidez y la argumentación del TC adolezca de cierta oscuridad— subyace, sin duda, tras la sentencia.

Baste por ahora dejar apuntado que dos son las grandes posiciones doctrinales mantenidas al respecto (Barrero Ortega, 2006: 410-418). Por un lado, la de quienes conciben la objeción de conciencia como un derecho fundamental inferible de las libertades ideológica y religiosa (art. 16.1 CE). Las libertades ideológica y religiosa garantizan no solo el derecho a tener o no tener las creencias que cada cual estime convenientes, sino también el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias. Es posible colegir la objeción de conciencia de las libertades ideológica o religiosa, por lo que no es necesaria la *interpositio legislatoris* para que el derecho fundamental pueda ejercerse; la objeción de conciencia es directamente aplicable. Con todo, aun siendo la objeción de conciencia un derecho fundamental, no lo es con un alcance ilimitado. Es preciso ponderarlo con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos. En principio, será el legislador el encargado de hacerlo, sin perjuicio de que tal labor la lleve a cabo, a falta de regulación legal, el órgano judicial competente.

Por otro lado, están aquellos autores que definen la objeción de conciencia más bien como una manifestación concreta y legitimada de las libertades ideológica y religiosa. Del reconocimiento de las libertades ideológica y religiosa no se sigue un derecho general a la objeción de conciencia. La invo-

cación de la libertad ideológica o religiosa no puede servir sin más para incumplir un mandato normativo que se estima contrario a la propia conciencia. La idea, en sí misma, resulta contradictoria con los postulados básicos del Estado de Derecho: la voluntad general, la ley, está por encima de la opción individual. Cuestión distinta es que el legislador —o excepcionalmente la jurisdicción constitucional— detecte algún supuesto, especialmente sentido y serio, entre norma jurídica y norma de conciencia, y lo legitime. Ello redundaría en una protección más real y efectiva de las libertades ideológica y religiosa. La objeción de conciencia se erige así en una «técnica de protección» de las libertades ideológica o religiosa cuyo fundamento constitucional residiría en los artículos 9.3 y 16.3 CE. No es admisible la objeción de conciencia *contra legem*; sí la *secundum legem*. El legislador democrático tiene, en materia de objeción de conciencia, un amplio margen de apreciación. La apreciación de la mayor o menor conveniencia para legitimar una pretensión de dispensa corresponde al legislador de acuerdo con criterios de oportunidad dentro del margen de actuación, amplio, que le concede la Constitución (Gómez Abeja, 2014).

En lo que sigue intentaré descifrar el contenido de la STC 145/2015. Empezaré sintetizando la doctrina de la mayoría del Pleno y la posición de los votos particulares, dos discrepantes y uno concurrente. Llama la atención que, pese a la complejidad y trascendencia del asunto, la postura mayoritaria se expresa lacónicamente. El TC no ha querido ir más allá. Dice y no dice. Hay silencios locuaces, comunicativos. Quizás no ir más allá fuese condición necesaria para alcanzar el acuerdo tras «largas sesiones de debate» —se lee en el voto particular de los magistrados Fernando Valdés y Juan Antonio Xiol.

Terminaré ofreciendo mi valoración personal, parcialmente crítica, de la sentencia, subrayando continuidades y novedades con respecto a la jurisprudencia anterior del TC en materia de objeción de conciencia, así como algunos interrogantes. El propósito que anima estas páginas es el de un comentario jurisprudencial. La solución del TC, y mis reflexiones al hilo de la misma, serán las que aquí queden expuestas. La bibliografía que cite, mínima, vendrá solo a servirme de apoyo para encontrar algunas respuestas, de ninguna manera es exhaustiva y en ello, estoy seguro, se notarán lagunas.

II. LA DOCTRINA DE LA STC 145/2015

El TC, ante todo, se afana por circunscribir su fundamentación a la aplicabilidad de la doctrina constitucional sobre la objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo —supuesto de objeción legitimado jurisprudencialmente en la STC 53/1985 (FJ 14º)— al supuesto examinado. La

demanda de amparo cita la 53/1985 en apoyo de su pretensión y a ello se atiene el TC. ¿Cabe una interpretación extensiva de la 53/1985? El juicio de ponderación entre el invocado derecho a la objeción de conciencia y la obligación de disponer del mínimo de existencias que impone al farmacéutico la normativa sectorial (Decreto andaluz 104/2001, de 30 de abril, sobre existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia y almacenes farmacéuticos de distribución en Andalucía) queda ceñido, pues, «a la singularidad del pronunciamiento traído a colación» (FJ 4º) por el recurrente (la 53/1985).

El TC comienza advirtiendo que la STC 53/1985 reconoció la objeción de conciencia al aborto a los profesionales sanitarios en atención a la gravedad del conflicto de conciencia suscitado, a las particulares circunstancias del supuesto analizado y a la «significativa intervención» (FJ 4º) de los médicos en los casos de interrupción voluntaria del embarazo. En ella se dice que «la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa» (FJ 14º) y que, por tanto, «existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación» (FJ 14º), pero todo ello ha de interpretarse en el contexto reducido señalado. Son afirmaciones excepcionales, fuera de lo habitual.

Sentadas estas consideraciones, la mayoría del Pleno considera que la sanción impuesta al demandante vulneró su derecho a la objeción de conciencia como manifestación de la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1) por lo que hace a la negativa a disponer y dispensar la píldora poscoital. Rechaza, por el contrario, otorgar el amparo en relación con la negativa del demandante a despachar preservativos, pues en ese supuesto «ningún conflicto de conciencia con relevancia constitucional puede darse» (FJ 6º). La objeción a vender preservativos queda extramuros del artículo 16 CE.

Dos son las cuestiones que analiza la sentencia para llegar a esta conclusión. De un lado, si el derecho a la objeción de conciencia que la doctrina constitucional reconoce a los médicos llamados a intervenir en la práctica de un aborto es también aplicable a los farmacéuticos. De otro lado, la incidencia del derecho a la objeción de conciencia sobre otros derechos y, de forma particular, sobre el derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva, que incluye el acceso a las prestaciones sanitarias para la interrupción voluntaria del embarazo así como el acceso a los medicamentos anticonceptivos y contraceptivos autorizados en España.

No basta con apreciar si la objeción de conciencia farmacéutica forma parte del contenido constitucionalmente declarado de las libertades ideológica y religiosa. Si se entendiera que sí, a renglón seguido habría que ponderar entre tal derecho y otros derechos, bienes y valores constitucionales. Una cosa es delimitar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la ob-

jeción del farmacéutico y otra diferente limitar o restringir desde fuera ese contenido.

Respecto a la primera cuestión, el TC sostiene que «los aspectos determinantes» que llevaron en la 53/1985 al «singular reconocimiento» del derecho a la objeción de conciencia de los médicos pueden concurrir también «cuando la referida objeción se proyecta sobre el deber de dispensación de la denominada “píldora del día después” por parte de los farmacéuticos» (FJ 4º).

El TC dice no desconocer la «falta de unanimidad científica» en relación a los posibles efectos abortivos de la píldora poscoital. ¿Fármaco abortivo o anticonceptivo de emergencia? Prefiere no terciar en el debate, limitándose a constatar la existencia de una «duda razonable» sobre la producción de dichos efectos, lo que dota al conflicto de conciencia alegado por el recurrente de «suficiente consistencia y relevancia constitucional» (FJ 4º). El conflicto reviste un cierto grado de seriedad y envergadura.

Pese a las diferencias «de índole cuantitativa y cualitativa» (FJ 4º) existentes entre la participación de los médicos en la interrupción voluntaria del embarazo y la dispensación, por parte de un farmacéutico, de la «píldora del día después», el TC estima que existe un paralelismo entre el conflicto de conciencia del recurrente y el que afecta a los facultativos. Y ello porque, en determinados supuestos, la píldora podría causar en las mujeres embarazadas un efecto que choca «con la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida». A esta similitud se añade que, desde esa perspectiva, la actuación del farmacéutico, «en su condición de expedidor autorizado de la referida sustancia, resulta particularmente relevante» (FJ 4º). Se colige, en definitiva, que los aspectos nucleares de la singular inclusión de la objeción de conciencia al aborto dentro del contenido esencial de las libertades ideológica y religiosa en la STC 53/1985 también se dan cuando el farmacéutico objeta frente a la contracepción poscoital de urgencia.

En cuanto a la segunda cuestión, la confrontación con otros derechos, bienes y valores constitucionales, el Tribunal considera que el incumplimiento por el demandante de su deber de contar en su farmacia con el «mínimo de existencias establecido normativamente» no puso «en peligro» el derecho de la mujer «a acceder a los medicamentos anticonceptivos autorizados por el ordenamiento jurídico vigente» en tanto contenido específico de su derecho a la salud sexual y reproductiva. De hecho, apunta la sentencia, «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» (FJ 5º). No parece que la salud pública de Sevilla se viera seriamente afectada por esa negativa.

La sentencia tiene en cuenta, además, que el demandante estaba inscrito como objetor de conciencia en el Colegio Oficial de Farmacéuticos de

Sevilla, cuyos Estatutos, aprobados por la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía el 8 de mayo de 2006, reconocen de forma expresa la objeción de conciencia como «derecho básico de los farmacéuticos colegiados en el ejercicio de su actividad profesional». Por ello, señala, «el demandante actuó bajo la legítima confianza de ejercitar un derecho, cuyo reconocimiento estatutario no fue objetado por la Administración».

Al demandante se le impuso una sanción pecuniaria por no disponer en su farmacia de dos de los productos incluidos en la relación de «mínimo de existencias»: la referida píldora y preservativos. En relación a los preservativos, sin embargo, el TC rechaza concederle el amparo porque «ningún conflicto de conciencia con relevancia constitucional puede darse en este supuesto». «Es patente —expresa la sentencia— que el incumplimiento de la obligación relativa a las existencias de preservativos queda extramuros de la protección que brinda» el art. 16 CE.

El otorgamiento del amparo se limita, por tanto, a la sanción correspondiente a la negativa del demandante a vender la «píldora del día después». En cambio, la multa que le impuso la Junta de Andalucía no especificó ni cuantificó distintos conceptos, de modo que el TC ordena retrotraer las actuaciones «al momento inmediatamente anterior» a dictarse la resolución sancionadora con el fin de que la Administración decida «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». La parcial estimación del amparo exige un nuevo cálculo de la sanción.

III. LOS VOTOS PARTICULARES

La ardua controversia suscitada en las deliberaciones del Pleno viene acreditada por los tres votos particulares que, de forma contundente, manifiestan desacuerdos con respecto a la posición mayoritaria. Los dos votos discrepantes —de la vicepresidenta Adela Asua y otro compartido de los magistrados Fernando Valdés y Juan Antonio Xiol— entienden que el amparo debería haber sido desestimado *ad limine* por carecer su formulación manifiestamente de contenido. Cuestionan tanto la extensión de la STC 53/1985 al supuesto de la objeción de conciencia farmacéutica como la ponderación efectuada *ad casum*. El voto concurrente —del magistrado Andrés Ollero— está plenamente de acuerdo con la estimación del amparo, pero, a partir de aquí, disiente de la fundamentación jurídica y hasta del alcance del fallo.

Más exactamente, la magistrada Adela Asua manifiesta que el derecho general a la objeción de conciencia no puede ser considerado técnicamente como «parte del contenido del derecho a la libertad ideológica», pues ni la Constitución ni ninguna ley contienen tal reconocimiento. Toda objeción precisa un reconocimiento a nivel constitucional (así, el art. 30.2 CE) o, en su caso, un reconocimiento legal, lo que no se da en el supuesto de la objeción farmacéutica.

Considera, en tal sentido, que la sentencia no se adecua ni a la jurisprudencia constitucional ni a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante TEDH— (Decisión de inadmisión del caso *Pichon y Sajous c. Francia* de 2 de octubre de 2001) y lleva a cabo un «drástico cambio doctrinal» que «puede traer consecuencias aciagas para nuestro Estado Constitucional de Derecho y, en definitiva, para nuestra convivencia», pues pueden ser muchos «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». La sentencia —denuncia— parte de una premisa discutible y superada por doctrina constitucional ulterior (SSTC 160 y 161/1987 y 321/1994): el *obiter dicta* de la STC 53/1985. Es una pena que se haya dejado escapar la oportunidad de tumbar su alargada sombra y su pernicioso efecto en la definición del estatus constitucional de la objeción de conciencia.

Por otro lado, «la pretendida falta de unanimidad» en relación a los efectos abortivos de la píldora poscoital «constituye una apreciación enteramente libre y subjetiva de la sentencia no basada en prueba pericial alguna» y, en último término, «desmentida por la consideración de medicamento anticonceptivo de emergencia que la Agencia Española del Medicamento le ha asignado». La «píldora de la mañana siguiente» tiene la finalidad de evitar un posible embarazo, pero no terminar con uno ya comenzado. La extensión de la 53/1985 es, pues, improcedente.

La sentencia —contraargumenta Asúa— realiza afirmaciones desconociendo la realidad de los hechos en unas ocasiones y sin ofrecer dato objetivo alguno en otras. La sanción administrativa no se impuso a un farmacéutico 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 fijado normativamente. No se constata cuántas farmacias se encuentran en la proximidad del establecimiento del recurrente; basta la presunción de que, al encontrarse la farmacia en pleno centro urbano, es lógico que existan muchas otras en las proximidades. Y todo ello siendo evidente que «los Estatutos colegiales no pueden crear *ex novo* derechos fundamentales ni regular su ejercicio al margen de la ley».

A falta de legitimación *ex Constitutione* o *lege* de la objeción de conciencia farmacéutica, el conflicto constitucional planteado, todo él, carecía de relevancia constitucional. No debía haberse amparado al recurrente por un derecho inexistente. El voto particular de la vicepresidenta es el que más frontalmente impugna la decisión mayoritaria.

Más matizadamente, los magistrados Fernando Valdés y Juan Antonio Xiol creen, por su parte, que debió desestimarse el amparo «por no existir conflicto constitucional alguno que pueda vincular el derecho fundamental invocado con la sanción impuesta al recurrente». Y es que el expediente sancionador «no derivó de un rechazo a expender medicamentos de esta naturaleza, sino de la falta de disposición de existencias de aquellos productos que la normativa aplicable exige» a las oficinas de farmacia. Por tanto, «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». El conflicto —concluyen— «solo hubiera podido materializarse en el momento de la dispensación, porque solo poniendo en manos de un cliente ese medicamento hubiera nacido el pretendido riesgo “abortivo” que el objetor aprecia y quiere evitar». Amparo, pues, *preventivo* o *prematuro*. No existe el amparo *cautelar*, de modo que «cuando no existe lesión a derecho constitucional alguno, no hay posibilidad de su reparación».

Además, la objeción de conciencia «no puede extenderse sobre el establecimiento farmacéutico, en su conjunto, como si se tratara de una unidad personal». La libertad de conciencia *lato sensu*, a la que sirve la objeción de conciencia, es un derecho personal e intransferible. En el caso planteado, «ni quedó acreditado el conflicto de conciencia ni tampoco que, de haber existido 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 cotitular de la farmacia o un empleado). Ficticio conflicto ideológico y ficticia objeción de conciencia. Se insiste, por último, en la ausencia de datos objetivos sobre otras farmacias de la zona y en la vinculación necesaria de los Estatutos colegiales y Códigos deontológicos a la Constitución, a las leyes y al resto del ordenamiento jurídico.

En su voto concurrente, el magistrado —y ponente— Andrés Ollero lamenta que se haya dejado pasar la oportunidad de «perfilar y aclarar algunos aspectos de la doctrina constitucional en relación con la naturaleza del derecho a la objeción de conciencia». Un derecho —precisa— fundamental, si bien no absoluto o ilimitado. La objeción de conciencia forma parte del contenido esencial de las libertades ideológica y religiosa (art. 16 CE), sin que su eficacia dependa de ley legitimadora. Se ha preferido, sin embargo, «abordar el problema como mera continuación de la STC 53/1985», lo que deja sin

cobertura constitucional a la objeción de conciencia del recurrente frente a la venta de preservativos.

Descendiendo algo más a las circunstancias del caso concreto, estima que «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», por lo que no comparte la propuesta de retroacción. Por lo demás, «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 —concluye Olle-ro— 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». Estando clara la seriedad del conflicto de conciencia que la dispensación de la píldora poscoital y de preservativos planteaba al recurrente, el TC debería haber ponderado también en el segundo supuesto y analizado la repercusión de su negativa sobre derechos de terceros.

IV. VALORACIÓN CRÍTICA

La doctrina de la STC 145/2015 es, a mi modo de ver, altamente cuestionable por varias razones. Es dudosa la delimitación del contenido constitucionalmente declarado de la libertad ideológica (art. 16 CE) que subyace tras la sentencia, la vinculación entre la objeción de conciencia farmacéutica y la libertad ideológica a la que alude el fallo, así como la ponderación entre los distintos derechos, bienes y valores en conflicto que efectúa. Los dos votos particulares discrepantes son, en tal sentido, elocuentes.

Otros pasajes de la STC 145/2015 me parecen sencillamente opinables, pueden ser defendidos en pro y en contra; muestran las dificultades inherentes al juicio de proporcionalidad y, sobre todo, que la cuestión de la naturaleza jurídica del derecho a la objeción de conciencia dista mucho de ser cuestión pacífica en la doctrina.

En todo caso, lo que me parece claro es que el TC se ha esforzado por cercar o acotar su doctrina, reservándola para un conflicto de conciencia particular en atención a las especiales circunstancias del amparo suscitado y a la concepción del recurrente sobre la vida. Sienta una doctrina de limitado alcance, ligada a la interrupción voluntaria del embarazo. No comparto, por tanto, lecturas extremadas o radicales que se han hecho de ella; le atribuyen una raíz o un fundamento subversivo del que —entiendo— carece. Al TC, por así decir, no se le ha entendido bien.

1. ¿DRÁSTICO OVERRULING DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA?

El voto particular de la vicepresidenta Adela Asua sostiene que la STC 145/2015 «lleva a cabo, de forma encubierta, un drástico *overruling* de la doctrina constitucional pergeñada durante décadas» en torno a la objeción de conciencia (SSTC 160 y 161/1987, 321/1994 y 55/1996). Un drástico cambio que «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 poscoital, mañana podrá 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».

No estoy de acuerdo con tales consideraciones. Seguramente la sentencia debería haber explicitado con mayor claridad su posición sobre la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia general, podría haber arrancado con una toma de postura nítida al respecto, pero entiendo que de ningún modo cabe inferir que el TC haya deducido del artículo 16 CE un derecho general a la objeción de conciencia. La STC 145/2015 no da un «vuelco involucionista» a la doctrina constitucional sobre la objeción de conciencia.

Es más, creo que, en rigor, confirma esa doctrina precedente. Otra cosa, y sobre ello me detendré más adelante, es que se comparta esa doctrina, particularmente en lo que alude a la legitimación jurisprudencial, sin intermediación legal, del supuesto específico de la objeción al aborto en la STC 53/1985.

Una doctrina —como digo— más o menos consolidada —no exenta de una lógica evolución en donde se advierten cambios de criterios y afirmaciones equívocas— que podría resumirse del modo siguiente:

- a) El único supuesto en el que la CE menciona y contempla la objeción de conciencia como derecho fundamental es la objeción de conciencia al servicio militar (art. 30.2 CE).
- b) La libertad ideológica del artículo 16 CE no ampara un derecho a la objeción de conciencia de alcance general. La objeción de conciencia no forma parte del contenido esencial de la libertad ideológica. La libertad ideológica tiene sus límites. Límites que no se encuentran solo en la necesaria compatibilidad con los demás derechos y bienes constitucionales garantizados —común al resto de derechos y libertades—, sino que tiene, además, uno específico recogido expresamente en el art. 16.1 CE: «el mantenimiento del orden público protegido *por la ley*». Un pretendido derecho a comportarse en todas las circuns-

tancias de la vida con arreglo a las propias creencias colisiona frontalmente con el artículo 9.1 CE, según el cual «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (SSTC 160 y 161/1987, 321/1994 y 55/1996).

- c) No obstante, nada impide al legislador reconocer la posibilidad de dispensa de determinados deberes jurídicos por motivos de conciencia. En tal supuesto, estaríamos ante un derecho a la objeción de conciencia de configuración legal, no fundamental, que carece de las garantías reforzadas que otorga la *fundamentalidad*.
- d) Sin ley de desarrollo (*interpositio legislatoris*) no cabe amparar pretensiones de dispensa. Los operadores jurídicos en general y los jueces y tribunales en concreto han de dar cumplimiento a los deberes jurídicos, sin que proceda ponderar entre un inexistente derecho a la objeción y esos deberes. La objeción no es directamente alegable ante los jueces y tribunales; prima el deber normativo claramente definido³.
- e) Excepcionalmente, y en atención a la especial relevancia del conflicto entre la implicación directa del profesional sanitario en la interrupción voluntaria del embarazo y su conciencia o convicciones profundas, la objeción de conciencia existe y puede ser ejercida con independencia de que se haya dictado o no regulación legal. La objeción de conciencia, en este supuesto, forma parte del contenido de la libertad ideológica (STC 53/1985), al margen de que pueda limitarse para proteger otros derechos, bienes y valores constitucionales (STC 151/2014). El TC le atribuye fundamentalidad.

La STC 145/2015 corrobora esta jurisprudencia. Se apoya en la STC 53/1985 para prolongarla o extenderla al conflicto entre la obligación de expender la píldora poscoital y la conciencia del farmacéutico. Pero, sea como fuere, el TC se cuida muy mucho de acotar el *obiter dicta* de la 53/1985, citándolo a la gravedad y seriedad de los escrúpulos de conciencia que puede suscitar la «significativa intervención» del profesional sanitario en la interrupción voluntaria del embarazo. El TC rechaza cualquier interpretación extensiva, la ampliación de esta doctrina a otros supuestos imaginables de objeción en los que no esté concernida la concepción sobre la vida del objeto. El conflicto de conciencia ligado a la interrupción voluntaria del embarazo es la piedra de toque.

³ Cuestión distinta es que quepa la conciliación del deber y de la libertad ideológica por vía de integración o de interpretación conforme (así, STC 154/2002). Al respecto, Barrero Ortega (2005).

Es evidente que la postura mayoritaria se sitúa a medio camino entre el voto particular concurrente del magistrado Andrés Ollero —partidario de deducir del artículo 16 un derecho general a la objeción de conciencia— y el voto particular discrepante de la vicepresidenta Adela Asua —más proclive a una concepción estricta, *secundum legem* o de intermediación legal, de la objeción de conciencia—. Ambos votos particulares dialogan en divergencia con la postura mayoritaria del Pleno, si bien, en lo que atañe a la delimitación del contenido de la libertad ideológica, da la sensación de que Asua con quien realmente dialoga es con Ollero (¿ponencia inicial rechazada por expansiva?). El voto particular de los magistrados Fernando Valdés y Juan Antonio Xiol discrepa igualmente, pero no atribuye a la sentencia el alcance regresivo que denuncia la vicepresidenta.

Más revelador aún si cabe es que la postura mayoritaria conduce a la estimación solo parcial del amparo. El TC entiende que se ha producido una violación del derecho a la objeción de conciencia vinculado a la libertad ideológica en el supuesto de la negativa a expender la píldora poscoital pero no en el de los preservativos. Dos supuestos que no merecen el mismo enjuiciamiento desde la perspectiva del contenido esencial de la libertad ideológica. En el primer caso, habiéndose incluido la objeción en el contenido de la libertad ideológica, el TC otorga el amparo al considerar que la ponderación que hicieron las autoridades andaluzas no fue proporcionada; la negativa del farmacéutico no puso en peligro derechos de terceros y, en particular, el derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva. En el segundo caso, el TC rechaza amparar por cuanto «ningún conflicto con relevancia constitucional puede darse» o concurre.

Una afirmación, a mi modo de ver, que no debería interpretarse en el sentido de que el TC cuestiona la seriedad y relevancia del conflicto alegado por el recurrente, adentrándose indebidamente en el ámbito privado de su conciencia, sino en el sentido de que, conforme al radio limitado de la STC 53/1985 y a las concretas circunstancias que motivan su prolongación a la objeción farmacéutica, la pretensión de dispensa no cae dentro del contenido de la libertad ideológica, queda extramuros de la protección que brinda el artículo 16 CE. Si el TC dedujera un derecho general a la objeción de conciencia del artículo 16 tendría que haber ponderado, debería haber determinado si la negativa del farmacéutico a vender preservativos entró en colisión con derechos de terceros. En cambio, a partir de una tarea previa de delimitación del ámbito de *agere licere* de la libertad ideológica y de la no inclusión en ese ámbito de este segundo conflicto de conciencia, el TC desestima *ad limine* la queja del recurrente. El preservativo carece de efecto abortivo y no hay ley que habilite al farmacéutico a oponerse a su venta. No hay dispensa constitucional ni legal. Tal derecho no existe y, por tanto, no procede ponderar.

2. ¿MERA PROLONGACIÓN O EXTENSIÓN DE LA STC 53/1985?

Se diría, pues, que, frente a planteamientos maximalistas, la mayoría del Pleno opta por la *via di mezzo* de la prolongación o extensión de la 53/1985. Ni derecho general a la objeción de conciencia ni exigencia ineludible de intermediación legal. La base conflictual que late en la objeción del médico a participar en la interrupción voluntaria del embarazo y en la objeción del farmacéutico a expender la píldora poscoital se anuda a una misma finalidad, preservar la concepción del objeto sobre la vida. A ello se añade la existencia de una «duda razonable» sobre el efecto abortivo de la píldora y que la actuación del farmacéutico, en su condición de expendedor autorizado, es «particularmente relevante». Hay un paralelismo que aconseja la ampliación de la STC 53/1985.

La ampliación de la STC 53/1985 tiene, desde luego, la consecuencia inmediata de que el *obiter dicta* sobre la objeción de conciencia (FJ 14º) queda confirmado. La objeción de conciencia al aborto se integra en el contenido esencial de la libertad ideológica y a esa objeción se suma, ahora, la del farmacéutico frente a la contracepción poscoital. Se alarga el contenido de la libertad ideológica que vincula al legislador. El TC despeja así cualquier duda en torno a la posición (¿comprometida?) de la objeción al aborto tras las SSTC 160 y 161/1987 (a las que siguen las SSTC 321/1994, 177/1996 y 101/2004) sustentadoras de una conceptualización *legalista* del derecho a la objeción. Su reconocimiento no puede quedar supeditado al desarrollo legal. La extensión corrobora, si es que alguna incógnita había, la primigenia jurisprudencia constitucional.

Como quiera que sea, la ampliación, considerada en sí misma, despierta serias dudas. ¿Es homologable el *nasciturus*, bien jurídico constitucionalmente protegido, al preembrión o embrión preimplantado? ¿Es equiparable la participación del médico a la del farmacéutico? Son temas delicados.

Alguna doctrina entiende que la «píldora del día después», en tanto anticonceptivo de emergencia (según la Agencia Española del Medicamento y la Organización Mundial de la Salud), previene el embarazo mediante su administración inmediata tras la práctica de una relación sexual. No hay efecto abortivo; tiene la finalidad de evitar un posible embarazo. El embarazo comienza cuando el óvulo fecundado se implanta en el revestimiento del útero. La implantación comienza de cinco a siete días después de que los espermatozoides fecunden el óvulo y el proceso se completa varios días más tarde. La anticoncepción de emergencia no tiene efecto si la mujer ya está embarazada. En la hipótesis más generosa, después de la administración de la píldora, estaríamos ante preembriones no viables, en ningún caso *nascituri*. El *nasciturus* «tiene expectativa de personalidad» (STC 212/1996, FJ 6), «un ser que en su día puede llegar a ser titular

del derecho a la vida, al igual que de los restantes derechos humanos» (STC 212/1996). En consecuencia, el artículo 15 CE y la necesidad de proteger la vida del *nasciturus* «implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales» (SSTC 53/1985 y 212/1996). En cambio, la protección del embrión es inferior a la del *nasciturus* y la del no transferido (preembrión) inferior a la del embrión implantado, lo que no significa que ambas etapas de la vida en formación queden exentas de esa protección (aunque sea menor que la protección otorgada a otras etapas). La protección de la vida embrionaria es necesaria —es necesaria una ponderación que garantice que no existe desprotección absoluta— pero se admiten diversos niveles de garantía de realidades que son diferentes (STC 116/1999; entre la doctrina, Pardo Falcón, 1997, y Vidal Prado, 2012).

Se insiste, asimismo, en la conveniencia de distinguir entre la participación *directa* del médico y la *indirecta* del farmacéutico. La interrupción de la vida depende del médico; se objeta la interrupción misma. El farmacéutico no causa él mismo la interrupción. La conciencia no se ve compelida de igual forma en la participación directa y en la dispensación de un medicamento que puede provocarla. Incluso se ha sostenido que, dado que la píldora poscoital carece de efecto abortivo, la venta de anticonceptivos tiene carácter neutral, no tiene implicaciones de conciencia en relación con la protección de la vida humana (De Miguel Beriain, 2010).

El TC, en un contexto de falta de unanimidad científica respecto a los posibles efectos abortivos de la «píldora de la mañana siguiente» y sin negar las diferencias de índole cuantitativa y cualitativa entre la participación del médico y la dispensación del farmacéutico, opta por la extensión de la STC 53/1985. ¿Apreciación científica y fáctica enteramente libre y subjetiva, no basada en prueba pericial alguna, u opción *pro libertate, pro conscientia*, más favorable a la libertad ideológica del recurrente?

Se comparta o no el criterio de la mayoría del Pleno —expondré mi principal discrepancia en el apartado siguiente—, no creo que pueda ser tachado de «posicionamiento previo que no logra ocultar la sombra ideológica que le guía»⁴. Es una posición entendible, no exenta de cierta prudencia, partiendo de la base de la confirmación de la STC 53/1985.

Se diría que el TC prefiere no exagerar el valor de lo jurídico a la hora de determinar cuándo comienza la vida humana y la protección que, en todas sus

⁴ Voto particular de la magistrada Adela Asúa.

fases, merece (Ferrajoli, 2006). En tal sentido, la STC 145/2015 entronca con otras sentencias del TC que han reconocido su falta de competencia a la hora de determinar la respuesta a esta cuestión (SSTC 53/1985, 116/1999 y 212/1996), que permanece siempre abierta (Talavera Fernández, 2002).

Tan intolerante pudiera ser calificada la actitud de quienes tratan de imponer sobre los demás su creencia de que esta empieza en el momento de la fecundación como la de quienes defienden que empieza después. El Derecho no es el instrumento más adecuado para poner punto y final a este dilema, ni las consideraciones de Derecho Penal sobre cuándo se ha de sancionar la interrupción del embarazo y cuándo no deben ser interpretadas como una solución definitiva al dilema moral sobre el inicio de la vida humana, sobre todo si tenemos en cuenta que las normas penales deben respetar el carácter exiguo de esta rama del Derecho a la luz del principio de mínima intervención. No cabe, pues, deducir de la despenalización de una conducta como la destrucción de un embrión la negación del carácter humano del mismo.

El TC, en suma, admite que la propia indefinición de la cuestión de fondo, el comienzo de la vida humana, debería llevarnos a ser más comprensivos con los reparos morales que el farmacéutico pueda sentir frente a la dispensación de la «píldora del día después», otorgándole, al menos, la misma consideración que a los médicos. En realidad, una categoría como la objeción de conciencia está, precisamente, pensada para casos como estos, en los que no existen respuestas generales, sino que el disenso es perfectamente comprensible y, por tanto, puede ser legitimado por el ordenamiento jurídico. Un voto de confianza a causa de una duda razonable.

3. ¿ACTIVISMO VS. AUTOCONTROL DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA?

El problema de fondo, enlazando con cuanto antecede, es determinar quién debe legitimar esos conflictos de conciencia especialmente sentidos, serios e insuperables, que ponen de manifiesto la existencia en las sociedades democráticas de cuestiones moralmente controvertidas que se expresan pública y libremente. Cuestiones socialmente discutidas que, por lo general y en última instancia, no pueden dirimirse mediante la apelación a la ciencia. Tales cuestiones enfrentan opciones distintas cuya respectiva fundamentación se hace recaer en marcos axiológicos diferentes. Es decir, estamos hablando de temas de carácter ideológico, religioso, político y moral. Naturalmente, la conciencia no se agota en el marco de las creencias religiosas —aunque quepa reconocer que la objeción de conciencia ha marchado históricamente en paralelo con la libertad religiosa, constituyendo una de sus dimensiones más des-

tacadas—. Existen otras de carácter filosófico o deontológico que también alimentan las objeciones de conciencia.

Puede que el ordenamiento configure un deber jurídico que, de algún modo, atañe a esas cuestiones controvertidas. ¿Cabría la dispensa? ¿Podría legitimarse la excepción de lo ordenado por las leyes generales? Si se estimara oportuno, ¿quién estaría facultado para ello? ¿La jurisdicción constitucional? ¿El legislador?

La STC 53/1985 sentó la idea de que, en último análisis, la jurisdicción constitucional podía operar esa legitimación; consideró que la oposición a la interrupción voluntaria del embarazo motivada por un serio e insuperable conflicto de conciencia constituía una convicción o creencia de suficiente solidez, seriedad e importancia como para atraer las garantías del artículo 16 CE. La vía utilizada por el TC fue la inclusión de ese supuesto de objeción en el contenido esencial de la libertad ideológica. El TC interpretó que el derecho fundamental a la libertad ideológica comprendía la objeción de conciencia al aborto. Cierto es que el TC ha matizado posteriormente su posición, decantándose, como regla general, por la necesidad de la intermediación legislativa, pero lo cierto es que, de nuevo, la STC 145/2015 infiere directamente la objeción farmacéutica del artículo 16 CE. Un supuesto de objeción semejante al acogido en la STC 53/1985 pero distinto, con diferencias cuantitativas y cualitativas apreciables como admite el propio TC. Lo cierto es que el TC no renuncia a su papel de «guardián de la objeción de conciencia».

De modo análogo, el TEDH, en la sentencia *Bayatyan c. Armenia* de 7 de julio de 2011 —de la Gran Sala—, revisando doctrina previa (Martín-Retortillo Baquer, 2011), ha sostenido que la objeción de conciencia al servicio militar deriva directamente del Convenio y, en concreto, de las exigencias de la libertad de pensamiento, conciencia y religión que garantiza el artículo 9 CEDH. No hay libre opción de los Estados en relación con el reconocimiento de la objeción. La objeción al servicio militar no es una opción legítima; es un derecho aplicable y vinculante. Aunque no exista norma estatal que consagre la alternativa entre el servicio militar y un servicio sustitutorio, la oposición a la obligación de servir en el ejército cae dentro del artículo 9 CEDH. La dispensa se aloja en el Convenio. El Tribunal considera que el hecho de que el demandante, un testigo de Jehová, no acudiese a prestar el servicio militar es una manifestación de sus creencias religiosas. Su condena por insumisión supuso una injerencia en el ejercicio de su libertad de manifestar su religión. El Tribunal señala igualmente que, dado que no existía ningún servicio civil sustitutorio en Armenia en aquel momento, el demandante no tuvo otra posibilidad que rechazar el alistamiento en el ejército si quería mantenerse fiel a sus convicciones y, al hacerlo, se expuso a sanciones penales. El ámbito de protec-

ción del artículo 9 CEDH alcanza a la negativa a realizar el servicio militar obligatorio⁵.

Este «derecho a la última palabra» de la jurisdicción constitucional o «cuasi constitucional» (Kotzur, 2012) en materia de objeción de conciencia pudiera verse como una concreción del principio contramayoritario. Aseguraría el derecho de la minoría a excepcionalmente discernir en conciencia por encima del criterio impuesto mayoritariamente por cauces democráticos. Un síntoma expresivo del respeto del Estado a la libertad ideológica reconocida en los textos constitucionales como derecho fundamental. Una democracia debe dar espacio a excepciones que salvaguarden convicciones jurídicas discrepantes. El mínimo ético característico del Derecho, fruto de un respaldo mayoritario, viene definido por el legislador. Pero la discrepante concepción de ese mínimo ético jurídico suscrita por un ciudadano en minoría, manifestación de un serio e insuperable conflicto de conciencia, puede ser autorizada por el órgano encargado de controlar la conformidad de la ley a los derechos fundamentales en general y a la libertad ideológica en concreto.

Aunque está claro que la opción de la jurisdicción constitucional —o cuasi constitucional— en pro de la legitimación de las objeciones de conciencia se concibe como una posibilidad extraordinaria, ceñida al servicio militar y a la interrupción voluntaria del embarazo, entiendo más razonable la opción en favor del legislador, de la legalización *stricto sensu*. Y ello por cuanto la objeción es una figura jurídica que desencadena súbitas tormentas de trasfondo político e ideológico. No suele darse un consenso social y político suficiente en relación al fenómeno de la conciencia disidente, lo que hace aconsejable respetar el margen de apreciación del legislador de cada momento.

El legislador está en mejor posición que la jurisdicción constitucional para resolver determinadas problemáticas. La jurisdicción constitucional, en principio, no es instancia adecuada para tomar decisiones sobre *concepciones moralmente contestadas*⁶. Además, no se pierda de vista que la inclusión excepcional de un supuesto de objeción de conciencia en el contenido esencial de la libertad ideológica implica una cierta «congelación o petrificación» del ordenamiento; esa objeción vincula al legislador.

A ello se añade, en el caso de los tribunales europeos en materia de derechos humanos, un conocimiento deficiente o inexacto de las particularidades

⁵ Doctrina confirmada en las SSTEDH *Erçep c. Turquía*, de 22 de noviembre de 2011, *Bukharatyan c. Armenia*, de 10 de enero de 2012, *Tsaturyan c. Armenia*, de 10 de enero de 2012, y *Feti Demirtas c. Turquía*, de 27 de noviembre de 2012.

⁶ Véase, *mutatis mutandis*, la STC 198/2012. Más en profundidad, Barrero Ortega (2014).

históricas, culturales, sociales, económicas o jurídicas de un determinado Estado. El pluralismo local, la diversidad de opciones culturales, sociales, económicas, etc. de los Estados que pueden ser parte de un determinado texto internacional abogan por una especial prudencia de los tribunales internacionales a la hora de resolver determinadas controversias.

De otra parte, la legitimidad democrática en la toma de decisiones actúa a favor del legislador en la medida en que podría argumentarse que determinadas decisiones deben ser adoptadas por los ciudadanos o por sus representantes electos, a través de un proceso de discusión pública y decisión mayoritaria. Se impone la deferencia de la jurisdicción constitucional hacia las decisiones adoptadas por los órganos del Estado elegidos de forma democrática. La ley, en el marco de una democracia deliberativa, es el cauce adecuado para llegar a soluciones con mayor probabilidad de ser moralmente aceptables que las soluciones a las que se arribaría por otros procedimientos. El legislador lleva a cabo una suerte de función especular que, a través de los procedimientos que tienden a la imparcialidad, permite conocer con mayor exactitud las decisiones moralmente correctas. A la jurisdicción constitucional le compete garantizar el *círculo de certeza* ideológica (la libertad ideológica en tanto derecho fundamental), dejando el *círculo de penumbra* (las objeciones de conciencia legítimas) para el legislador mayoritario, democrático.

La conciencia es un universo inabarcable y no todo conflicto de conciencia puede legitimarse. De ahí la conveniencia de sistematizar las pautas orientadoras que podrían conducir a la legalización de unas objeciones y no otras. En tal sentido, no parece que deba reconocerse la objeción a quien no es persona física; la objeción es una opción personal o individual. Se debe valorar, asimismo, que la oposición al deber sea coherente con unos estándares elementales de dignidad humana, se refiera a problemas importantes y no a cuestiones triviales, y revista un cierto grado de solidez y seriedad.

A partir aquí, el legislador habría de considerar: a) la conducta que reivindica el objetor, una conducta *abstencionista* o *activa* —con una mayor peligrosidad social en principio—; b) si se está ante un conflicto *directo* o no entre conciencia y ley; c) si el deber jurídico ha sido *voluntariamente asumido*; d) la *gravedad* objetiva del conflicto; e) si se objeta frente a deberes *en interés público* o *de cumplimiento final colectivo* o *no individualizado* —el deber no tiene que ser cumplido por una concreta persona— o cuya satisfacción exija pequeñas contribuciones individuales —cada una insignificante *per se* para la satisfacción del interés último—; f) si la exoneración del cumplimiento del deber puede ser sencillamente solventada con la sustitución del objetor —no debe aceptarse la objeción en el supuesto de que sea imposible la sustitución, con merma del interés general o de derechos de terceros—; y g) el carácter *excepcional* de la pretensión de dispensa —solo si es excepcional la objeción no

pondrá en peligro la satisfacción del interés perseguido por la norma—. El legislador, a la luz de estas pautas, podría hacer un esfuerzo flexibilizador y buscar soluciones normativas menos lesivas para la conciencia disidente (Gómez Abeja, 2014).

En términos mucho más prácticos, la opción del legislador evita un activismo judicial imprevisible sobre cuestiones tan vidriosas, ya que la aceptación de la objeción de conciencia requerirá la necesaria formalización de su ejercicio. No bastará una simple proclamación de la dispensa que no vaya acompañada de una clara delimitación de su puesta en práctica, de la regulación de un procedimiento adecuado para la comprobación de la seriedad de las creencias que motivan la objeción, así como de la adopción de medidas proporcionadas en orden a garantizar los intereses de terceros que pudieran verse afectados. La siempre posible ponderación judicial queda enmarcada.

La opción legalista permitiría, por lo demás, una hipotética reversibilidad de la objeción —es decir, volver a negarla para que prime el deber jurídico—. Es razonable que toda generación pueda decidir sobre cuestiones morales o políticamente controvertidas. Lo que no es tan fácilmente justificable es que la jurisdicción constitucional considere que su decisión debe vincular y se impida al legislador reconsiderar o revisar lo decidido en un momento dado y en unas circunstancias concretas.

4. ¿BANAL EJERCICIO DE PONDERACIÓN?

Pasando de la delimitación de la objeción de conciencia farmacéutica a su limitación o ponderación con otros derechos, bienes y valores de relevancia constitucional, comparto el parecer de los votos particulares discrepantes: la postura mayoritaria no arroja resultados satisfactorios. La ponderación es, en buena medida, superficial, no toma en consideración circunstancias muy relevantes para el caso y que fueron discutidas en el Pleno. No es admisible —afirman en su voto particular los magistrados Fernando Valdés y Juan Antonio Xiol— que se soslayen «las reglas más canónicas y ortodoxas de la interpretación constitucional» o que esas reglas se apliquen «de manera selectiva». Se ignoran, en efecto, detalles cruciales.

Para empezar, la sentencia no verifica con datos reales la disponibilidad de otras farmacias cercanas a la del recurrente y tampoco la hipótesis de «la existencia de una cadena o suma de resistencias a la dispensación»⁷. En este punto, la ponderación entre la objeción de conciencia y el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos carece de soporte fáctico sufi-

⁷ Voto particular de los magistrados Fernando Valdés y Juan Antonio Xiol.

ciente. La disponibilidad, como ya se indicó antes, se deduce genéricamente del hecho de que la farmacia del recurrente se ubica en el centro urbano de Sevilla.

Por otra parte, tampoco queda acreditado el conflicto de conciencia. La sanción impuesta al recurrente tuvo su origen en la denuncia presentada por un ciudadano que pretendió adquirir, sin éxito, preservativos. No trajo causa de la negativa a dispensar la «píldora del día después». Posteriormente, a lo largo del procedimiento sancionador, se comprobó que el establecimiento carecía de existencias de preservativos y píldoras poscoitales. No hubo, en rigor, omisión de dispensación ni resistencia activa y singular a dispensar la píldora. Además, fue uno de los empleados, y no el recurrente —cotitular de la farmacia— el que atendió al ciudadano que pretendía comprar los preservativos y formuló la denuncia. El recurrente no participó directa y personalmente en los hechos denunciados. La sentencia «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»⁸. Ni consta el conflicto de conciencia «ni tampoco que, de haber existido el mismo» por la negativa personal del recurrente a la dispensación, «el cumplimiento del deber jurídico no pudiera haberse llevado a cabo por quienes nunca opusieron razones de conciencia (el cotitular de la farmacia o un empleado)»⁹.

En cualquier caso, es muy discutible que la objeción de conciencia puede extenderse a la tenencia o disposición. Es cierto que, en un escenario de venta sin receta, la «píldora del día después» puede adquirirse fácilmente, pero no es descartable que, en determinadas circunstancias, solo se pudiera acceder a ella en la farmacia de guardia. La farmacia ha de hallarse abastecida de un medicamento en el que la urgencia puede resultar manifiesta; en tales casos, no es posible negarse a dispensarlo, priman el deber normativo y los derechos de terceros. La farmacia tiene que disponer siempre de existencias, aunque ningún ciudadano las reclame. La sentencia admite expresamente que la sanción derivó del incumplimiento del deber de contar con el mínimo de existencias establecido normativamente.

5. ¿UN EJEMPLO DE DIÁLOGO JUDICIAL?

Sorprendentemente, la ponencia avalada por la mayoría del Pleno silencia la decisión de inadmisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Pichon y Sajous c. Francia* de 2 de octubre de 2001.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

En ella, el TEDH desestimó *a limine* el recurso interpuesto por dos farmacéuticos franceses sancionados por negarse a dispensar píldoras anti-conceptivas. El TEDH aclara que la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH) no ampara *per se* la posibilidad de oponer motivos de conciencia al cumplimiento de mandatos jurídicos. Si el legislador nacional francés no contempla expresamente los motivos de conciencia como justificación del incumplimiento del deber de dispensación, el derecho a la objeción de conciencia no puede invocarse. La dispensación de medicamentos contraceptivos es legal en Francia y su venta no es asimilable a la de productos abortivos (prohibida, en términos generales, en las oficinas de farmacia por el Código de Salud Pública francés). Concluye el TEDH que la sanción impuesta no interfirió en el ejercicio del derecho garantizado por el artículo 9 CEDH.

Este «olvido» de la STC 145/2015 pudiera interpretarse, quizás, como una falta de deferencia del TC hacia el TEDH reprochable desde la perspectiva del artículo 10.2 CE y del respeto a las pautas regulares de la interpretación constitucional.

Sin embargo, yo no exageraría la omisión. Dando por sentado que la decisión del *caso Pichon y Sajous* fue debatida en el Pleno, la postura mayoritaria podría contemplarse incluso como una muestra del diálogo judicial en el espacio constitucional europeo multinivel. Una muestra del equilibrio entre «los intereses locales y el contexto global» (Xiol Ríos, 2011) en la garantía de la objeción de conciencia desde el respeto al mínimo que entraña el artículo 9 CEDH.

Tal vez el TC haya querido llamar la atención sobre la conveniencia de discernir entre métodos anticonceptivos *abortivos e interceptivos* y considerar «la falta de unanimidad científica» y la existencia de «una duda razonable» sobre la producción de dichos efectos a la hora de encuadrar o no la negativa a la dispensación dentro del contenido de la libertad ideológica. El TEDH rechazó la asimilación entre la anticoncepción hormonal basada en estrógenos y el aborto; el TC —entendiendo— duda que esa conclusión sea mecánicamente trasladable a la píldora poscoital y al principio activo levonorgestrel 0'750 mg. Se impone la prudencia; rondar la linde de la irreflexión aboca a la confusión —parece dar a entender el TC—.

Tampoco es descartable que el TC haya querido reivindicar el valor de la objeción de conciencia al aborto y su integración en el contenido esencial de la libertad ideológica. Como se ha visto, de la jurisprudencia del TEDH no puede deducirse que, fuera del supuesto específico del servicio militar, el artículo 9 garantice un pretendido derecho a la objeción de conciencia de contenidos difusos y de ejercicio incondicionado frente a *cualesquiera* deberes legales. La STC 145/2015 —que tampoco cita la STEDH *Bayatyan c. Arme-*

nia¹⁰— reafirma que la objeción de conciencia al aborto atrae las garantías del artículo 16 CE, con todo lo que ello implica.

La tendencia hacia la equiparación de los estándares de protección en el ámbito europeo es un hecho, pero, asimismo, la multiplicación de actores en los procesos discursivos inherente a la protección multinivel y el diálogo judicial incrementa las posibilidades de sentencias discordantes (García Roca, 2012). No digo que al hilo de la objeción de conciencia al aborto exista hoy discrepancia entre el TC y el TEDH; si no me equivoco, no hay pronunciamiento expreso del TEDH que la aparte del artículo 9 CEDH. Sí digo que habrá que estar atentos a la evolución de la jurisprudencia de Estrasburgo. La posición del TC es nítida.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Barrero Ortega, A. (2005). Libertad religiosa y deber de garantizar la vida del hijo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (75), 325-356.
- (2006). *La libertad religiosa en España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2014). El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿derecho fundamental u opción legislativa? *Revista de Estudios Políticos*, (163), 41-66.
- De Miguel Beriain, I. (2010). La objeción de conciencia del farmacéutico: una mirada crítica. *Revista de Derecho UNED*, (6), 173-198.
- Ferrajoli, L. (2006). La cuestión del embrión entre Derecho y moral. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, (245), 255-275.
- García Roca, J. (2012). El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. *Teoría y Realidad Constitucional*, (30), 183-224.
- Gómez Abeja, L. (2014). ¿Actuar conforme a las propias creencias o respetar la Ley? *Revista Española de Derecho Administrativo*, (165), 503-526.
- González Saquero, P. (2008). ¿Derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico? (a propósito de la decisión sobre admisibilidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, as. Pichon y Sajous c. Francia, de 2 de octubre de 2001). *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y sociales*, (8), 243-282.
- González-Varas Ibáñez, A. (2007). La objeción de conciencia del farmacéutico en la jurisprudencia y su regulación legal en España. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (15).
- Kotzur, M. (2012). El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: un actor regional al servicio de los derechos humanos universales. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (16), 225-249.

¹⁰ Sí el voto particular de la magistrada Adela Asua.

- Martín-Retortillo Baquer, L. (2011). La objeción de conciencia al servicio militar y la libertad religiosa. En L. Martín-Retortillo Baquer. *Estudios sobre libertad religiosa* (pp. 149-155). Madrid: Reus.
- Palomino Lozano, R. (2007). Nuevos supuestos y formas de objeción de conciencia en los Estados Unidos de Norteamérica. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (15).
- Pardo Falcón, J. (1997). A vueltas con el artículo 15 CE y otras cuestiones más o menos recurrentes de nuestro Derecho Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (51), 249-272.
- Talavera Fernández, P. A. (2002). La objeción de conciencia farmacéutica a la píldora postcoital. *Cuadernos de Bioética*, 13 (47-49), 109-128.
- Turchi, V. (2007). Nuevas formas de objeción de conciencia: la experiencia italiana. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (15).
- Vidal Prado, C. (2012). El estatuto jurídico del embrión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. *Estudios de Deusto*, (1), 383-389.
- Xiol Ríos, J. A. (2011). El diálogo de los tribunales. *Revista del Poder Judicial*, (90), 4-17.

