

son muchos los casos en que la jurisprudencia modifica sus criterios en base a nuevos argumentos ofrecidos por los solicitantes de la tutela judicial. Así, el cambio de criterio jurisprudencial está permitido por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siempre que no sea arbitrario y esté motivado (SSTC 200/90, de 10 de diciembre –EDJ1990/11258–). De este modo y como señala el propio Tribunal Supremo en sentencia de fecha 10 de mayo de 2003, se permite la evolución de una jurisprudencia innovadora, coherente y responsable, desarrollada en el marco de la legalidad y dirigida a la búsqueda de la uniformidad.

Pues tan cierto es lo anterior, que la STS de 25 de marzo de 2015 cuenta con voto particular que compartimos, emitido por D. Francisco Javier Orduña Moreno y D. Xavier O’Callaghan Muñoz, que en relación a ello señalan con acierto en el Fundamento de Derecho Octavo del mismo tras los argumentos que señalan que «... el recurso de casación debió ser igualmente desestimado, con la consiguiente confirmación tanto de la declaración de abusividad por falta de transparencia real de las cláusulas objeto de examen, como del pleno efecto devolutivo de las cantidades pagadas desde la perfección o celebración del contrato, dado que la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión determinó la carencia de título alguno que justifique la retención de las mismas y su atribución al predisponente». Y ello, tras efectuar unas clarísimas consideraciones previas en relación a las directrices de interpretación del fenómeno de la ineficacia contractual.

Sentado lo anterior, y discrepando de la doctrina fijada, la STS de 25 de marzo de 2015 matiza la eficacia de la declaración de nulidad de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo a interés variable, al estimar que procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en virtud de dicha cláusula a partir de la fecha de la publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 y no antes.

Eva M.^a MARTÍNEZ GALLEGO
*Magistrada Juzgado de Primera Instancia n.º 4
de Ourense con competencia mercantil*

Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 145/2015, de 25 de junio [BOE n.º 182, de 31-VII-2015]

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE LOS FARMACÉUTICOS ANTE LA OBLIGACIÓN DE DISPENSAR MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS ANTICONCEPTIVOS

El Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado por primera vez desde su creación sobre la objeción de conciencia de los farmacéuticos. El asunto trae causa de la sanción impuesta en 2008 a un farmacéutico de Sevilla al pago de una multa de 3.300 euros por no tener a disposición preservativos ni tampoco la conocida como «píldora del día después». El 2 de noviembre de 2011 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 13 de Sevilla entendió, también, que la multa era ajustada a Derecho. Contra la sentencia formula el demandante recurso de amparo al considerar que se había vulnerado su derecho a la objeción de conciencia, como manifestación de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 CE. El farmacéutico alega que sus convicciones éticas son contrarias a la dispensación de estos productos y medicamentos. En concreto señala que en la píldora postcoital el principio activo Levonorgestrel 0,750 mg tiene efectos abortivos. Para fundamentar su demanda de amparo, invoca la doctrina constitucional recogida en las SSTC 15/1982, de 23 de abril, y 53/1985, de 11 de abril, donde se establece que el contenido de la objeción de conciencia forma parte de la libertad ideológica (art. 16.1 CE), y que su ejercicio es posible sin necesidad de regulación legal específica. El demandante añade que el derecho a la objeción de conciencia está expresamente reconocido en el artículo 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. En consecuencia, lo que se solicita es la exención del deber jurídico de disponer y expedir el anticonceptivo de urgencia al que el farmacéutico atribuye efectos abortivos, lo que colisiona con sus convicciones sobre la protección del derecho a la vida.

La demanda de amparo es admitida a trámite por la Sala Primera del TC al considerar la especial trascendencia del recurso, pues no hay un pronunciamiento previo sobre si procede que un farmacéutico pueda invocar el derecho a la objeción de conciencia para negarse a disponer de la píldora postcoital. Añade el TC que este caso le va a permitir perfilar y aclarar algunos aspectos de su doctrina en relación con la naturaleza del derecho en liza.

El TC aborda la resolución del recurso ponderando el derecho a la objeción de conciencia y la obligación de disponer del mínimo de existencias del citado medicamento que impone la normativa española para su venta. Para ello se invoca la doctrina establecida en la Sentencia 53/1985, que, según el TC, es aplicable a este caso, ya que al

existir una duda razonable sobre los posibles efectos abortivos de la píldora postcoital, el conflicto de conciencia planteado por el recurrente tiene consistencia constitucional. Aunque hay diferencias cualitativas y cuantitativas entre la participación de los médicos en la interrupción voluntaria del embarazo (Sentencia 53/1985) y la dispensación de la píldora del día después, para el TC «[...] 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 definitiva, el Pleno considera que «[...] los aspectos determinantes del singular reconocimiento de la objeción de conciencia que fijamos en la STC 53/1985, FJ 14.º, también concurren, en los términos indicados, cuando la referida objeción se proyecta sobre el deber de dispensación de la denominada “píldora del día después” por parte de los farmacéuticos, en base a las consideraciones expuestas» (STC 145/2015, FJ 4.º).

En segundo lugar, el TC trata de ponderar –en mi opinión sin mucho éxito– la forma como afecta el derecho a la objeción de conciencia al derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva, que incluye el acceso a los medicamentos anticonceptivos y contraceptivos autorizados en España. El TC señala que no se sancionó al farmacéutico por negarse a dispensar el medicamento, sino por incumplir el deber de contar con un mínimo de existencias. A esto se añade que este incumplimiento no puso en peligro el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos autorizados por el ordenamiento, ya 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» (STC 145/2015, FJ 5.º).

La sentencia también valora que el demandante estaba inscrito como objetor de conciencia en el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla, cuyos Estatutos reconocen la objeción de conciencia como «derecho básico de los farmacéuticos colegiados en el ejercicio de su actividad profesional» (art. 8.5). Por ello, el TC concluye que «[...] el demandante actuó bajo la legítima confianza de ejercitar un derecho, cuyo reconocimiento estatutario no fue objetado por la Administración». En suma, el Pleno considera que «[...] a la vista de la ponderación efectuada sobre los derechos e intereses en conflicto y de las restantes consideraciones expuestas [...] que la sanción impuesta por carecer de las existencias mínimas de la conocida como “píldora del día después” vulnera el derecho del demandante a la libertad ideológica garantizado por el artículo 16.1 CE, en atención a las especiales circunstancias de este caso concreto».

La sentencia va todavía más lejos. En su FJ 6.º se recuerda que se sancionó al farmacéutico no sólo por no disponer del principio activo Levonorgestrel, sino también por la falta de existencias de preservativos. En este punto, el TC da un giro y no le concede el amparo porque «[...] es patente que el incumplimiento de la obligación relativa

a las existencias de preservativos queda extramuros de la protección que brinda el artículo 16.1 CE. No hay ningún conflicto de conciencia con relevancia constitucional que puede darse en este supuesto». Por esta razón, el TC ordena retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse la resolución sancionadora, con el fin de que la Junta 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».

Este caso ha dado lugar a un disenso en el seno del TC que se ha materializado en un voto concurrente del ponente de la sentencia, el magistrado Ollero Tassar, y en los votos particulares de Asúa Batarrita, por un lado, y de Valdés Dal-Ré y Xiol Ríos, por otro. La crítica más aguda y, a mi juicio, más acertada, la realiza la vicepresidenta del Tribunal Asúa Batarrita. En primer lugar, considera que no hay un derecho general a la objeción de conciencia que se pueda aplicar directamente desde la Constitución, y sin que intervenga el legislador. Aunque haya relación con la libertad ideológica, esto no es razón suficiente para que se pueda liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o «subconstitucionales» por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos. Tal entendimiento, dice textualmente, implicaría «[...] 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». Recuerda que la doctrina del TC es clara al respecto, al establecer que «[...] 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». En segundo lugar, rechaza equiparar la intervención del personal médico en la interrupción voluntaria del embarazo con la dispensación de un farmacéutico de los anticonceptivos de urgencia. Para la magistrada no está probado científicamente, sino que es una apreciación libre y subjetiva afirmar, como hace el Pleno, que hay una «duda razonable» sobre los efectos abortivos del medicamento. En tercer lugar, tacha de irrelevante el argumento de que el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos y contraceptivos autorizados no se ha visto en peligro, porque, según la mayoría del Tribunal, hay otras farmacias cercanas que podrían dispensarlos. Estima la magistrada que el hecho de no contar con existencias del medicamento ya supone una negativa «incondicional y absoluta» a dispensarlo, con lo cual se impide la conciliación con los intereses protegidos de terceras personas. Además, el argumento de la disponibilidad del medicamento en otras farmacias no puede invocarse para suspender «territorialmente» derechos constitucionales como la integridad personal o el derecho a la salud. Esta singular ponderación del Pleno «[...] 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 [...]». Por último, Asúa

Batarrita rebate la tesis según la cual la inscripción del farmacéutico como objetor en el Colegio de Farmacéuticos de Sevilla y el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia en sus Estatutos y en el Código de Ética Farmacéutica permita ejercer legalmente ese derecho. Recuerda la magistrada que los Estatutos colegiales no pueden crear *ex novo* derechos fundamentales ni regular su ejercicio al margen de la ley. Es más, ni siquiera la Constitución reconoce ese derecho ni existe una ley estatal o autonómica en Andalucía que regule su ejercicio. Insiste en que en este caso se está incumpliendo una normativa que obliga a las farmacias a tener en sus existencias productos y medicamentos anticonceptivos. Incumplir este deber no se puede justificar alegando razones de conciencia. El voto concluye afirmando que en esta sentencia

[...] 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.

El segundo voto particular, firmado por Valdés Dal-Ré y al que se adhiere Xiol Ríos, señala que se debió desestimar el amparo «por no existir conflicto constitucional alguno que pueda vincular el derecho fundamental invocado con la sanción impuesta al recurrente». La sanción se impuso al farmacéutico no por un rechazo a expender medicamentos de esa naturaleza, sino por la falta de disposición de existencias de aquellos productos que la normativa aplicable exige a las farmacias. Por lo tanto, afirman, que

[...] 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 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.

Finalmente, en su voto concurrente Ollero se lamenta de haber perdido la ocasión de aclarar algunos aspectos confusos sobre la naturaleza del derecho a la objeción de conciencia. Explica que

[...] 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 insu-miso, 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.

Asimismo opina que es erróneo identificar conciencia con moral. Esta confusión hace que la objeción se entienda como un conflicto entre moral y derecho que se pretende resolver en beneficio de la primera. Aclara que

[...] 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.

A su juicio la objeción es «[...] el 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». El magistrado insiste en que estamos ante un derecho fundamental que no precisa de una específica *interpositio legislatoris* para ser ejercido. En su opinión el fallo es paradójico: por un lado, defiende la objeción de conciencia del farmacéutico frente a la píldora postcoital, mientras que por otro deja abierto el camino a una posible sanción grave por negarse a vender preservativos. Pero lo que más le preocupa es que el Pleno haya decidido que el conflicto de conciencia que se le plantea al farmacéutico frente a los preservativos no entra dentro de la protección del artículo 16.1 CE. Este precepto exige la neutralidad de los poderes públicos y su no injerencia en la conciencia del ciudadano. Finaliza su voto afirmando que «[...] El problema es que la conciencia relevante a la hora de reconocer el derecho a la objeción de conciencia es la del objeto; 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».

Marta LEÓN ALONSO
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca
martala@usal.es