

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 LOTC, 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 *interpositio legislatoris* no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para «regular» el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia”.

En esa misma línea precisó, en el FJ 8, que de ello “no se deriva, sin embargo, que el derecho del objetor esté por entero subordinado a la actuación del legislador. El que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la *interpositio legislatoris* no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado, de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo

pretensiones individuales. Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; el hecho mismo de que nuestra norma fundamental en su art. 53.2 prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, que se extiende a la objeción de conciencia, no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata”.

“Este principio general” –se añadía- “no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla 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 FJ 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 FJ 3- pasamos a encontrarnos ante “un derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar”. Se trataría pues de una excepción al cumplimiento de un deber “solamente permitida por el art.

30.2, en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia (art. 16 C.E.) que, por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o «subconstitucionales» por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos. Es justamente su naturaleza excepcional -derecho a una exención de norma general, a un deber constitucional, como es de la defensa de España-, lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental”.

El problema se complica cuando la STC 321/1994, de 28 de noviembre, en su FJ 4, al pretender enlazar con las anteriores -incluyendo a la STC 15/1982 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 FJ 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 *interpositio 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 FJ 5, entre la conducta sancionada por la Administración (no disponer de determinados medicamentos o productos sanitarios en la oficina de farmacia) y la negativa del farmacéutico a dispensarlos, puede llevar a debates bizantinos, si no se profundiza en el sentido de la norma. La 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 TEDH en el caso *Pichon y Sajous*.

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 FJ 5, sin distinción alguna entre los productos afectados por ella), su coherencia de conducta y la inexistencia de circunstancias que pudieran llevar a detectar intención alguna de obtener algún beneficio personal 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.