

¿IDEOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN O IDEOLOGÍA DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES? (A PROPÓSITO DE LA STC 145/2015, SOBRE OBJECIÓN DE CONCIENCIA FARMACÉUTICA)

GUILLERMO ESCOBAR ROCA
Universidad de Alcalá

Resumen: dos de los votos particulares de la STC 145/2015 acusan a la mayoría del Tribunal Constitucional de decidir por prejuicios ideológicos. Este comentario sostiene que es más bien al revés y que la Sentencia se muestra más coherente con la ideología constitucional y con la posición de los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico. En todo caso, la tesis central de la Sentencia (existe un derecho fundamental de objeción de conciencia) está mal argumentada y realiza una deficiente ponderación. El comentario pretende corregir estos errores, con apoyo en una buena doctrina general de los derechos fundamentales.

Palabras clave: derechos fundamentales, interpretación constitucional, libertad religiosa, objeción de conciencia

Abstract: *two of STC 145/2015's dissenting opinions accuse the majority of the Constitutional Court of ruling on ideological prejudices. This comment argues that it is rather the other way round and that the Judgment is more coherent with the constitutional ideology and with the position of fundamental rights in our legal system. In any case, the central thesis of the Judgment (there is a fundamental right of conscientious objection) is poorly argued and does a bad balancing. The commentary seeks to correct these errors, with support in a good general doctrine of fundamental rights.*

Keywords: *Fundamental rights, constitutional interpretation, freedom of religion, conscientious objection.*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. IDEOLOGÍA E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: ORDEN DE VALORES Y CENTRALIDAD DE LA LIBERTAD. 3. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LEGISLACIÓN: NECESIDAD DE SUPERAR EL POSITIVISMO LEGALISTA. 4. LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS. 5. LA PONDERACIÓN: ¿UN DERECHO FUNDAMENTAL A COMPRAR UN SUPUESTO MEDICAMENTO EN UNA FARMACIA DETERMINADA?

1. PLANTEAMIENTO

La STC 145/2015 reconoce el derecho (no previsto en la ley) de un farmacéutico a negarse a la venta de la píldora del día después, avalando así la tesis de la existencia de un derecho fundamental de objeción de conciencia. Sin embargo, el Tribunal no acepta la negativa a la venta de preservativos, lo que demuestra que la conciencia constitucionalmente protegida no es cualquier conciencia. La tesis está débilmente argumentada, y así lo afirma el voto particular concurrente del magistrado Ollero, y cuenta con dos votos particulares discrepantes con el fallo, suscritos por tres magistrados, que acusan a la mayoría, entre otras cosas de decidir por prejuicios ideológicos. En este comentario analizaré la corrección de la tesis de la mayoría y de los votos particulares, lo que implica partir de algunas consideraciones previas sobre las relaciones entre ideología e interpretación y entre derechos fundamentales y ley y situar después la argumentación en el contexto de la doctrina general de tales derechos. Los jueces no son profesores de Derecho pero deberían manejar con soltura esta doctrina general, para argumentar y convencer mejor, especialmente en supuestos moralmente controvertidos como este.

2. IDEOLOGÍA E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: ORDEN DE VALORES Y CENTRALIDAD DE LA LIBERTAD

Dos de los magistrados discrepantes acusan a la mayoría de adoptar un “posicionamiento previo que no logra ocultar la sombra ideológica que le guía” (Asua), “un pronunciamiento de tendencia ideológica marcada”, que pretende “elevar a categoría constitucional una línea de pensamiento con una finalidad profundamente ideológica” (Valdés). Pues bien, tan ideológica es la Sentencia como sus votos particulares. Resulta innegable, y existen ríos de tinta sobre ello, que en algunos casos (es decir, no siempre) la tarea de interpretar la Constitución está muy condicionada por la ideología del intérprete, y que ello implica riesgos para la legitimidad de la justicia constitucional¹; siendo esto así, de lo que se trata es de minimizar tales riesgos, indagando en primer lugar cuál es la ideología implícita en la norma fundamental², no sustituirla por la ideología del juez constitucional³.

¹ P. ej., F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder*, 3ª ed., CEPC, Madrid, 2012, pp. 1352 y ss. Entre la extensa literatura sobre las peculiaridades de la interpretación constitucional, *vid.* la excelente síntesis de R. GUASTINI, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta, Madrid, 2008.

² Ya he propuesto esta forma de trabajar en G. ESCOBAR ROCA, “El futuro de la dogmática de los derechos”, *Revista Catalana de Derecho Público*, nº 49, 2014, esp. pp. 14-15, y he intentado ser coherente con ella en el tratamiento de una materia especialmente controvertida: *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 488 y ss. y 545 y ss.

³ Coincidimos así con L. PRIETO SANCHÍS cuando afirma que una Constitución, como la española, con un fuerte contenido valorativo, si se interpreta bien, en realidad limita más que amplía las posibilidades de creación judicial del Derecho: *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 121 y ss.

La Constitución es un marco donde caben diversas ideologías (de ahí la mención al “pluralismo político” entre los “valores superiores” de nuestro ordenamiento jurídico, art. 1.1 CE) pero contiene también una cierta ideología, sea en el sentido débil de la expresión, sea en el sentido fuerte, de connotaciones marxistas⁴. Ya en general, el mismo constitucionalismo, dentro del cual se inserta nuestra Constitución, implica una concreta visión del mundo, con pretensiones de coherencia, sistematicidad y proyecto de futuro, esto es, una ideología⁵. El texto de 1978, además de asumir esta herencia, la concreta en una dirección relativamente determinada, que se plasma en especial en su artículo 9.2: “aprobar una Constitución no supone la culminación de obra alguna, en realidad plantea una tarea”⁶. No comparto así las concepciones “neutrales” de la Constitución, que la reducen a un marco donde cabe todo y la vacían de todo contenido transformador y por ello la despolitizan⁷. El debate, tan clásico como recurrente, entre positivismo e iusnaturalismo, debe zanjarse desde la idea de positivismo inclusivo, según la cual los valores (o mejor dicho, una determinada concepción de los mismos, que es la que se deduce de su interpretación sistemática) pueden (y deben) penetrar en el Derecho, y por tanto en el razonamiento jurídico, pero solo si se demuestra que están reconocidos, aunque sea implícitamente, por el Derecho positivo⁸; habría que dar entonces la razón al jurista DWORKIN cuando, en crítica al pluralismo de los valores del filósofo BERLIN, sostiene las tesis de la “única respuesta correcta” y del “Derecho como integridad”, apelando en última instancia a la responsabilidad del intérprete en la búsqueda y no invención de los valores del Derecho⁹. Igualmente,

⁴ Para una buena panorámica de las definiciones de ambos tipos, M. STOPPINO, “Ideología”, en N. BOBBIO, N. MATTEUCI y G. PASQUINO (dirs.), *Diccionario de política*, Siglo XXI, México, 2011, pp. 755 y ss.

⁵ Esta visión ideológica del constitucionalismo se desvela sobre todo si atendemos a su perspectiva histórica, tanto en su origen (en contraste con la ideología autoritaria anterior) como en su futuro (en contraste con las dificultades actuales de “constitucionalizar” la esfera internacional). De interés, P. DE VEGA GARCÍA, “Mundialización y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 100, 1998, pp. 13 y ss. Desde luego, es el marxismo quien ha desvelado especialmente la naturaleza ideológica del constitucionalismo. Aceptado esto, caben dos posturas: la crítica radical o la reivindicación, debiendo el jurista necesariamente seguir la segunda línea; de interés, M. WARREN, “Liberal Constitutionalism as Ideology: Marx and Habermas”, *Political Theory*, nº 17, vol. 4, 1989, pp. 511 y ss.

⁶ L. VILLACORTA MANCEBO, “La Constitución como tarea, la optimización de los derechos fundamentales como resultado en el Estado de bienestar”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 37, 1996, p. 232.

⁷ Entre nosotros, C. DE CABO ha criticado especialmente la actual despolitización del Derecho constitucional; entre sus últimos escritos, p. ej., en “Propuesta para un constitucionalismo crítico”, en *Constitucionalismo crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 25 y ss.

⁸ Entre nosotros, J. J. MORESO y J. M. VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 199-200.

⁹ En O. PÉREZ DE LA FUENTE, “Derecho como integridad y pluralismo de valores: Dworkin y Berlin”, en J. M. SAUCA (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del Derecho*, CEPC, Madrid,

ya desde el interior de la Teoría constitucional, quedaría superada la famosa crítica de SCHMITT a la “tiranía de los valores”¹⁰, pues esta no se produce si practicamos una buena interpretación constitucional¹¹. Se trata, en definitiva, de esforzarse en buscar, mediante la interpretación sistemática y otros métodos de interpretación, la ideología que quiso instaurar el poder constituyente¹², y no sustituirla por la propia, lo que resultaría antidemocrático, además de irresponsable¹³. En mi opinión, la insistencia en la “neutralidad” o “no ideología” de la Constitución esconde una de estas tres actitudes: el cinismo (justificar que no hay ideología constitucional, para luego imponer la propia), la pereza intelectual o, al igual que sucede con la teoría del fin de las ideologías, encubrir una nueva ideología, de sentido esta vez claramente conservador¹⁴, negando a la Constitución toda potencialidad transformadora y dejando a los poderes legislativos y ejecutivos las manos libres para hacer lo que quieran con ella.

2015, pp. 503 y ss. Los problemas, en todo caso, no son pocos; p. ej., C. ORUNESU, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 37 y ss.

¹⁰ C. SCHMITT, *La tiranía de los valores*, Comares, Granada, 2010, pp. 33-50.

¹¹ Al respecto, A. BALDASSARRE, “Constitución y teoría de los valores”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 32, 1994, pp. 7 y ss. Para una buena exposición del debate sobre la función de los valores en una Constitución democrática, L. M. CRUZ, *La Constitución como orden de valores*, Comares, Granada, 2005. En síntesis, la aplicación de los valores y principios (o más modestamente la interpretación principialista) no es una opción sino una obligación del juez constitucional. Hay mucha literatura sobre ello, en su mayoría escrita por filósofos del Derecho, pero se echa de menos una mayor atención a las peculiaridades y a la práctica de un ordenamiento concreto. Una buena excepción, recomendable para empezar a leer sobre el tema, es R. GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, CEPC, Madrid, 2014, pp. 183 y ss.

¹² Un cierto “nacionalismo” se impone aquí, que no es sino reflejo de la necesidad de una “teoría constitucional constitucionalmente adecuada”, ya recomendada por HESSE. Este es también el sentido de la propuesta de G. J. JACOBSON de buscar el significado constitucional de los valores en la tradición de cada país (*local habits*): “Constitutional values and principles”, en M. ROSENFELD y A. SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 785-789. No abundan sin embargo los intentos de desvelar la ideología del constituyente, lo que debe iniciarse con la interpretación coordinada de los valores superiores. Para algunas aproximaciones, vid. G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 115 y ss.; J. VILAS NOGUEIRA, “Las ideologías en la Constitución de 1978”, en E. ÁLVAREZ CONDE (coord.), *Administraciones Públicas y Constitución*, INAP, Madrid, 1998, pp. 87 y ss.; M. OTERO PARGA, *Valores constitucionales*, Universidad de Santiago de Compostela, 1999.

¹³ Una interesante llamada a la responsabilidad moral de los juristas, frente a la supuesta neutralidad del Derecho, en C. LUZZATI, *La política de la legalidad. El rol del jurista en la actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 2013: “El jurista contemporáneo no puede ya esconderse detrás de la máscara artificial de la neutralidad y debe reconocer que se mueve en un terreno condicionado por elecciones de valor [...]. La figura del hombre de ley, tal como nosotros la conocemos en Occidente, puede sobrevivir solo si une su propio destino a los valores del Estado de Derecho.”

¹⁴ Así, J. FERRATER MORA, “Ideología”, en *Diccionario de Filosofía*, vol. 2, Círculo de Lectores, Barcelona, 1991, p. 1614.

No es este el lugar, obviamente, para analizar esta compleja problemática, siquiera a modo de síntesis. Baste con realizar, a los efectos de este modesto comentario jurisprudencial, algunas reflexiones mínimas sobre aquella parte de la ideología constitucional que más directamente afecta al tema abordado por la Sentencia. El pluralismo político (nótese, no pluralismo “moral”), valor por cierto extraño en el elenco de valores de la Filosofía política, no sirve de mucho, precisamente por su pretensión de apertura, y por tanto disolución (al menos, si lo entendemos en sentido maximalista) del orden mismo de valores. La igualdad, en términos de teoría de los valores, no parece pueda situarse en el centro del sistema¹⁵. La justicia sigue algo lastrada por su relativa indeterminación. En mi opinión, a la hora de intentar una primera definición básica del sistema valorativo de la Constitución, el acento ha de ponerse en la libertad¹⁶, aunque solo sea por eliminación.

La libertad, valor central del constitucionalismo como movimiento político, parece el valor superior entre los superiores¹⁷. Su significado jurídico no puede limitarse a su concreción en derechos concretos de libertad, pues entonces el artículo 1.1 resultaría superfluo, y no hay normas constitucionales retóricas. Tampoco parece fácil, sin embargo, que pueda operar como norma jurídica por sí sola. La utilidad mayor del valor superior de la libertad es la atribución de un sentido expansivo a los derechos de libertad¹⁸, salvo que se pongan en riesgo la dignidad, la igualdad, la justicia o el pluralismo político, o se limiten injustificadamente derechos fundamentales. Es decir, las limitaciones a la libertad son de por sí sospechosas y tienen que encontrarse muy bien justificadas para superar el canon impuesto por el orden constitucional de valores.

3. DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIÓN: NECESIDAD DE SUPERAR EL POSITIVISMO LEGALISTA

Antes de iniciar el comentario concreto de la Sentencia, conviene despejar otro equívoco, tan incorrecto como la afirmación de la neutralidad de la Constitución. Se trata de un déficit de comprensión de la naturaleza de los derechos fundamentales, que

¹⁵ Una defensa muy solvente de esta tesis, desde la misma izquierda, en R. GARCÍA MANRIQUE, *La libertad de todos*, El Viejo Topo, Barcelona, 2013. Para un enfoque de Derecho constitucional español, G. ESCOBAR ROCA, *Derechos sociales...*, cit., pp. 490-491.

¹⁶ Sea desde la concepción socioliberal (que a mi juicio es la del constituyente español) como desde la concepción socialista. Así, R. GARCÍA MANRIQUE, *La libertad de todos*, cit., respectivamente, pp. 223 y ss. y 299 y ss., G. ESCOBAR ROCA, *Derechos sociales...*, cit., p. 490.

¹⁷ Vid. no obstante, contra la jerarquización de valores, F. J. DÍAZ REVORIO, *Valores superiores e interpretación constitucional*, CEPC, Madrid, 1997, pp. 253-255.

¹⁸ Para la jurisprudencia constitucional, F. J. DÍAZ REVORIO, *Valores...*, cit., pp. 421 y ss. Más ejemplos en R. FERNÁNDEZ VALVERDE, “El principio *favor libertatis*”, en J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 814 y ss.

redunda claramente en su minusvaloración. Si por algo se caracterizan los derechos fundamentales, como concepto nuevo y superior a los meros derechos subjetivos, es precisamente por su preeminencia sobre la ley, lo cual entre otras consecuencias implica que son de aplicación directa, esto es, sin desarrollo legislativo. La ley es de por sí sospechosa, sujeta siempre al examen de su compatibilidad e interpretación conforme a la Constitución, pero cuando la ley falta, no hay demasiado problema: los derechos fundamentales valen igual, o incluso más, pues es entonces cuando se muestran en su auténtica naturaleza, como Derecho constitucional en estado puro. Esta idea, pese a resultar machaconamente repetida por doctrina y jurisprudencia, no acaba de penetrar del todo en el razonamiento constitucional, básicamente por la inercia (¡todavía!) del positivismo legalista, que se resiste a desaparecer¹⁹.

La ley no crea derechos fundamentales, es la Constitución quien lo hace. Los votos particulares de Asua (penalista) y Valdés (laboralista) son erróneos, por desconocer la naturaleza misma de los derechos fundamentales y situarlos por debajo de la ley, fundándose quizás en una idealización de la misma, que no se compagina con la realidad social y política actual, así como por negar en la práctica toda virtualidad al valor superior de la libertad; veamos:

- Asua afirma que la concepción de la libertad de la mayoría (*rectius*, de la Sentencia) “*puede conducir a relativizar muy diversos mandatos constitucionales y deberes legales que garantizan el ejercicio de derechos fundamentales de otras personas*” (cursivas nuestras, GER). Ahora bien, se trata de un juicio hipotético no demostrado (la práctica pone de manifiesto lo contrario) y no se dice de qué mandatos constitucionales se trata (parece que son muchos, pero no sabemos cuáles). Sobre la ponderación con otros derechos fundamentales volveremos luego.
- Asua dice que “el legislador [...] no ha previsto que la obligación de dispensar medicamentos que recae sobre los titulares de las oficinas de farmacia pueda verse exceptuada en ningún supuesto” y que “el demandante debió haber manifestado su discrepancia por la vía legal correspondiente, que no era otra que la impugnación [...] ante la jurisdicción contencioso-administrativa”. La primera afirmación no es del todo cierta, pues la ley permite la no dispensación por “causa justificada” (art. 101.2 b) 15ª de la Ley 29/2006). En cuanto a la segunda, es contradictoria con la anterior, pues si la ley no permite la objeción, lo que procede es impugnar la ley ante el propio Tribunal Constitucional, lo que resulta casi imposible, más teniendo en cuenta la interpretación cada vez más restrictiva del propio Tribunal del requisito de la relevancia para admitir a trámite las cuestiones de inconstitucionalidad. La única opción que cabría al pobre farmacéutico sería pedir al juez que planteara la cuestión y, si este lo hiciera (cosa harto improbable), sus posibilidades de admisión y

¹⁹ Sobre esta inercia entre nosotros, A. NIETO ha escrito páginas memorables; véase *in totum* su *Crítica de la razón jurídica*, Trotta, Madrid, 2007.

estimación por el Tribunal Constitucional (poco imaginativo, por lo general) serían prácticamente nulas. Considérense además las dificultades de control de las omisiones legislativas en nuestro sistema²⁰: en este caso, el Tribunal Constitucional debería anular la ley por lo que no dice.

- Valdés señala que “la Sentencia de la mayoría prescinde abiertamente de toda consideración acerca de la regulación legal sobre la dispensación de medicamentos”. Ni falta que hacía, pues carece de trascendencia constitucional. El Tribunal Constitucional es juez de la Constitución, no juez de la ley, salvo que esta ayude a determinar el contenido de derechos fundamentales (nótese, no determine, pues no puede decir la última palabra en esta tarea), lo que no es aquí el caso.

En otras palabras, estos dos magistrados cometen al menos tres errores: dos conceptuales (“no hay derechos fundamentales si la ley no los reconoce” y “la ley está por encima de los derechos fundamentales”) y otro valorativo, por omisión, que prescinde de aplicar al caso el valor superior de la libertad.

4. LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS

La primera tarea del intérprete de los derechos fundamentales es determinar el contenido de los mismos. Aquí tienen razón los votos particulares cuando critican la debilidad argumentativa (por omisión) de la Sentencia. En el supuesto de hecho, esta era la cuestión clave, y aquí la Sentencia es parca, y solo por ello, incorrecta. El problema central era este: ¿hay un derecho fundamental a negarse al cumplimiento de deberes jurídicos por razones de conciencia? Pues bien, la respuesta del Tribunal no es otra que el argumento de autoridad, de por sí endeble (por perezoso: “es así porque lo dice otro”), más cuando es la propia autoridad (¡del Tribunal de hace treinta años!) la que se invoca²¹. En efecto, en la STC 53/1985, el Tribunal ya señaló²², con buen criterio (y el legislador, siguiendo las indicaciones de la doctrina²³, acabó admitiéndolo²⁴), que existía un derecho fundamental de objeción

²⁰ *Vid.* no obstante, G. ESCOBAR ROCA, *Derechos sociales...*, *cit.*, pp. 693 y ss.

²¹ Prescindimos en este trabajo analizar los vaivenes de la jurisprudencia al respecto, cuestión inútil en la que se pierden los votos particulares y algunos comentaristas. La jurisprudencia se puede interpretar de muchas maneras pero el resultado final importa poco, pues la jurisprudencia puede cambiarse.

²² Conviene transcribirlo: “La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 CE y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales” (FJ 14).

²³ Por nuestra parte, en G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1993, pp. 393-396.

²⁴ Art. 19.2 de la LO 2/2010. Al respecto, G. ESCOBAR ROCA, “La objeción de conciencia del personal sanitario”, en M. CASADO (ed.), *Bioética, Derecho y sociedad*, Trotta, Madrid, 2015, pp. 144-147.

de conciencia, esto es, aunque no estuviera reconocido en la ley²⁵, y ahora se aplica la misma tesis a este caso. Ciertamente, el supuesto es distinto (no es lo mismo practicar un aborto que vender un medicamento con supuesto efecto abortivo²⁶), pero la ideología (*rectius*, la religión) que justifica la objeción es la misma, y esto es lo relevante, aunque el Tribunal no lo destaca suficientemente:

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

²⁵ G. ESCOBAR ROCA, *La objeción...*, *cit.*, pp. 175-176. Ya entonces nos hacíamos eco de la opinión de GARCÍA HERRERA según la cual de esta Sentencia no podía deducirse una toma de postura del Tribunal a favor de un derecho general de objeción de conciencia; matizamos ahora: depende de qué se entienda por “general”. Si “general” significa que deben admitirse de entrada todos los supuestos que se invoquen, coincidimos con GARCÍA HERRERA. En realidad, en mi tesis yo no quise decir exactamente esto, pues puede haber supuestos que no sean objetivamente de conciencia, que queden así fuera del contenido del derecho, y sobre los cuales no sea preciso siquiera ponderar. Correctamente, A. BARRERO ORTEGA, “La objeción de conciencia farmacéutica”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 172, 2016, pp. 93-96.

²⁶ Destacan este punto L. GÓMEZ ABEJA, “El Tribunal Constitucional ante el conflicto de conciencia del farmacéutico: una solución de compromiso a gusto de nadie”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 25, 2016, así como su maestro A. BARRERO ORTEGA, “La objeción...”, *cit.*, pp. 97-99.

A mi juicio, yerran algunos comentaristas cuando cuestionan la duda razonable sobre el efecto abortivo de la píldora poscoital²⁷, problema innecesariamente abierto por el propio Tribunal. Como viene a señalar el magistrado Ollero en su voto particular, no se trata aquí de verificar si el objetor tiene razón sino de verificar si él cree que tiene razón y (añadido ahora mío, GER) cuenta con una ideología o una religión que sustente esa razón. Más correctamente, véase el planteamiento de la STC 154/2002, donde el Tribunal otorgó el amparo por considerar legítimo el ejercicio de la libertad religiosa de un testigo de Jehová, que incumplió un supuesto deber jurídico de someterse a una transfusión de sangre (un caso también de objeción de conciencia, por tanto): en esa ocasión no se cuestionó que los testigos tuvieran razón (con todos los respetos, parece claro que no la tenían, es decir, no creo que pierdan el cielo, si es que existe, quienes reciban sangre de otros), sino simplemente que ellos así lo creían y contaban con una religión que lo fundamentaba. Pretender analizar la verdad de la fe es no entender el significado no ya de la propia fe sino de la función de la misma libertad religiosa en el Estado constitucional: el Estado respeta las creencias, no las valora.

Ahora bien, como adelantaba, la Sentencia (como tampoco lo hizo en 1985) no se esfuerza lo más mínimo en argumentar el fondo de su tesis, y debió haberlo hecho, dado lo controvertido de la misma. El problema clave es el siguiente: ¿por qué puede deducirse del derecho fundamental de libertad ideológica y religiosa un derecho (obviamente, como todos, *prima facie*) a negarse al cumplimiento de deberes jurídicos incompatibles con la conciencia individual? La STC 53/1985 lo dio por supuesto pero no explicó por qué.

Desde luego, hay mucho escrito sobre la materia, y como era de esperar, bueno y no tan bueno. Aquí se enfrentan básicamente dos concepciones del derecho reconocido en el artículo 16.1 CE²⁸: una amplia (libertad implica actuar conforme con la propia ideología o religión, diga esta lo que diga) y una estrecha (libertad implica actuar conforme a la propia ideología o religión, pero solo en los actos estrictamente religiosos o actos de culto²⁹). Ya en 1993 me manifesté a favor de

²⁷ Así, L. GÓMEZ ABEJA, *Las objeciones de conciencia*, CEPC, Madrid, 2016, pp. 407-410.

²⁸ G. ESCOBAR ROCA, *La objeción... cit.*, pp. 179-185. Para una exposición actualizada de las distintas corrientes, L. GÓMEZ ABEJA, *Las objeciones..., cit.*, pp. 189 y ss. Reconozco mi incapacidad para entender la crítica que me hace esta autora en la nota 262 de la p. 224 de su libro: que según la tesis extensiva del contenido de la libertad ideológica y religiosa, la objeción de conciencia (*rectius*, determinados supuestos de la misma) quede dentro de dicha libertad, no significa que deba garantizarse en todo caso, pues entre medias debe aplicarse la ponderación. Por ello, no veo que resulte posible una tercera tesis, si acaso una matización de la tesis extensiva. Que yo sepa, nadie ha defendido que la objeción de conciencia tenga un carácter absoluto.

²⁹ Como ejemplo de esta posición cabe citar a L. M. DÍEZ-PICAZO. Las páginas que dedica al tema (*Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 4ª ed., 2013, pp. 246-249) incluyen varias falacias argumentativas: desprecio del adversario, al que no cita y cuyas tesis no expone, y ridiculización gratuita del mismo (dice que escribe “desde posiciones confesionales de carácter integrista” o “que se quieren liberales”); petición de principio o argumentación no

la primera opción, y no veo necesario repetir mis argumentos, pues me confirmo en todo lo dicho entonces, siquiera para añadir que la concepción que defendiendo tiene, a mi juicio, un sustento inequívoco en la interpretación del artículo 16.1 CE de conformidad con el valor superior de la libertad del artículo 1.1 CE, al que habría que sumar el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1, sin que la entrada en juego de los demás valores autorice la tesis contraria, más bien confirma la mía: la igualdad no es la uniformización sino el deber de tratar de modo diferente a los que son diferentes, la dignidad y el pluralismo político refuerzan la libertad, y la justicia (entendida aquí como justicia conmutativa) remite a la idea de equiparación: al margen de lo que después se dirá sobre la ponderación, al menos intuitivamente no parece equiparable y por tanto justo (inclusive desde el principio de proporcionalidad del Derecho administrativo sancionador) sancionar a alguien con una multa de 3.300 euros, por actuar conforme a las propias convicciones y sin que haya damnificado concreto alguno³⁰.

Hay solo un punto de mi argumentación de 1993 que querría destacar, por no haber sido considerado en la doctrina posterior, ni siquiera en la que me cita (nueva prueba de que en España se lee poco y mal³¹): “la conciencia protegida por el artículo 16.1 CE ha de encuadrarse necesariamente en una religión o en una ideología. El texto de la norma obliga así a excluir del ámbito constitucionalmente garantizado aquellos supuestos de objeción de conciencia ni ideológica ni religiosa. Con esta solución se logra una mayor objetividad en el reconocimiento de los supuestos de objeción y se supera en gran medida el tan recurrente riesgo de infinitud de conflictos”. Siendo esto así, el supuesto de la STC 145/2015 es un supuesto de objeción de conciencia, pues (aunque sorprendentemente nada se dice en la Sentencia) la religión católica es contraria a la llamada píldora del día

justificada (se dice que “la objeción de conciencia no está, en rigor, comprendida dentro de la libertad ideológica y religiosa” pero no se dice por qué no), selección arbitraria de las fuentes (se desconocen varias SSTC que reconocen supuestos de objeción y, sobre la única que cita en contra de su tesis, se limita a señalar que es “poco convincente”, sin aclarar por qué) y desconocimiento de la posición de la CE en el sistema de fuentes (se cita el art. 10.2 CDF, que no es aplicable al caso, y que en todo está por debajo de la CE). En realidad, el único argumento de este autor en contra del derecho fundamental de objeción de conciencia es el temor a la inseguridad jurídica, sobre lo que volveremos luego.

³⁰ Sorprende en el voto particular de Ollero que la justicia se contraponga (dos veces) a la tolerancia.

³¹ Entre otros muchos, Mariano José de Larra (“Escribir en Madrid es llorar, es buscar voz sin encontrarla, como en una pesadilla abrumadora y violenta”, en “Horas de invierno”, *El Español*, 25 de diciembre de 1836) y Manuel Azaña (“En España la mejor manera de guardar un secreto es escribir un libro”: se desconoce la fuente y la fecha, pero la frase aparece citada en numerosos lugares). A veces estoy tentado de dar la razón a Fernando Fernán Gómez cuando afirmó que el pecado español no es la envidia sino el desprecio, de certificar la inutilidad del trabajo intelectual y de tirar la toalla. En España se sigue practicando el adanismo, demasiadas veces se escribe como si fuéramos los primeros en hacerlo, y no pasa nada.

después³². No está tan claro que sea contraria al uso del preservativo, y quizás por ello la Sentencia rechaza la objeción en este caso. Lo único que podría discutirse (y así lo reconoce la Sentencia) es la intensidad del conflicto³³ (obviamente, como ya se apuntó al comparar el caso con la objeción al aborto, no es lo mismo usar la píldora que venderla), pero podemos admitir que tiene fuerza suficiente.

Si bien se mira, el único argumento serio que esgrimen los defensores de la tesis restrictiva, que niega la existencia de un derecho fundamental de objeción de conciencia³⁴, y que se reitera en alguno de los comentaristas a la STC 145/2015³⁵, es el riesgo de la disolución del orden jurídico, tesis que tiene como trasfondo una concepción tan maximalista de la seguridad jurídica y del respeto a la ley que atenta la esencia de los derechos fundamentales en general, como instrumentos de interpretación y revisión legal y de garantía de las minorías, y de la libertad ideológica y religiosa en particular, que se funda en la tolerancia y en el respeto a las convicciones minoritarias³⁶. El magistrado Ollero lo explica de forma convincente:

La significativa alusión al “riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales” parece traslucir otra de las confusiones que dificultan

³² Vid. p. ej. el documento “La píldora del día siguiente, nueva amenaza contra la vida”, aprobado por la Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española el 27 de abril de 2001. Para evitar equívocos (o que DÍEZ-PICAZO me acuse de integrista): no estoy de acuerdo pero respeto el derecho de los católicos (o de una parte de ellos) a creerlo así, a actuar conforme a esa creencia, y a no verse castigados por el Estado si así lo hacen.

³³ Sobre este problema, G. ESCOBAR ROCA, *La objeción...*, cit., p. 50 y ss. Podrían aplicarse *mutatis mutandis* las consideraciones sobre las actividades objetables en las operaciones abortivas, en *op. cit.*, pp. 383-385.

³⁴ P. ej., además del ya citado L. M. DÍEZ-PICAZO, A. BARRERO ORTEGA, *La libertad religiosa en España*, CEPC, Madrid, 2006, p. 410, en ambos casos con poca argumentación y sin exposición de la tesis contraria, lo que resulta cuando menos poco correcto científicamente. P. ej., BARRERO afirma lo siguiente, y ahí se queda: “Otra interpretación conduciría frontalmente a la destrucción del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), a la negación de la imperatividad de las normas jurídicas y, en suma, a hacer las normas jurídicas subjetivamente disponibles”. No obstante, en la p. 411 admite que, además del supuesto del servicio militar, puedan deducirse “jurisdiccionalmente” otros derechos a la objeción, y cita el caso de la STC 53/1985. Por ello, no me queda clara la posición del autor.

³⁵ L. GÓMEZ ABEJA, “*El Tribunal...*”, cit., y J. TAJADURA TEJADA, “El respeto a la ley y la objeción de conciencia”, *Claves de Razón Práctica*, nº 244, 2016, pp. 68 y ss. Curiosamente, BARRERO ORTEGA no insiste en este punto en su comentario a la Sentencia, lo que me permite intuir que tal vez ha abandonado la tesis general restrictiva que sostuvo en 2006.

³⁶ G. ESCOBAR ROCA, *La objeción...*, cit., pp. 86-89 (desde la Filosofía moral), 194-203 (desde la Teoría constitucional) y 232-238 (desde la interpretación constitucional). Sobre la función de la justicia constitucional en la protección de las minorías, últimamente, R. RUIZ RUIZ, *Discrecionalidad judicial, justicia constitucional y objeción contramayoritaria*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2016, pp. 98 y ss., con bien seleccionadas referencias. Sobre el papel de la tolerancia en nuestro tema, últimamente M. PÉREZ-UGENA COROMINA, *La objeción de conciencia entre la desobediencia y el derecho constitucional*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 79-83.

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.

Más fácil todavía: el argumento tiene sobre todo un carácter hipotético y de consecuencias (“de reconocerse tal derecho fundamental, se produciría...”), que ya se han demostrado falsas: es decir, la hipótesis se ha cumplido (se han reconocido diversos supuestos de objeción de conciencia no previstos en la ley³⁷) pero las consecuencias no (la disolución del orden jurídico que se anunciaba, ni está ni se la espera). Se comete así la falacia de las consecuencias adversas³⁸. El argumento tiene

³⁷ Dedicué todo un capítulo de mi tesis a demostrarlo: G. ESCOBAR ROCA, *La objeción...*, *cit.*, pp. 347 y ss. Los supuestos reconocidos hasta esa fecha (1993) habían sido solo cinco (tratamientos sanitarios, trabajo en sábado, aborto, cláusula de conciencia de los periodistas y juramento); la objeción fiscal nunca fue reconocida. A esos cinco supuestos pueden añadirse algunos otros posteriores; *vid.* al respecto, para la enumeración más exhaustiva (desde el punto de vista del más generoso Derecho estadounidense), R. NAVARRO-VALLS y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley*, Iustel, Madrid, 2011; catálogos menos extensos en M. PÉREZ-UGENA COROMINA, *La objeción...*, *cit.*, pp. 113 y ss. y L. GÓMEZ ABEJA, *Las objeciones...*, *cit.*, pp. 294 y ss. Estas dos últimas autoras añaden a los cinco supuestos de mi tesis, además de la objeción farmacéutica, la objeción al jurado, a la mesa electoral, a las técnicas de reproducción asistida, a la eutanasia y a algunos deberes educativos. Como mucho y estirando lo más posible el catálogo, el listado de objeciones admitidas en el Derecho comparado y en España no creo que llegue a quince

³⁸ En el sentido de D. MARTÍNEZ ZORRILLA, *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial

además bastante de reducción al absurdo³⁹, pues no se espera una multiplicación de los supuestos de objeción (como mucho hay diez, y quizás podría aparecer algún otro, pero el ordenamiento jurídico está compuesto de miles de deberes jurídicos, que normalmente se cumplen⁴⁰). Téngase en cuenta que la tesis extensiva nunca ha defendido que *cualquier* negativa al cumplimiento de deberes jurídicas sea un supuesto de objeción de conciencia. Los partidarios de la tesis restrictiva deforman la tesis contraria, haciéndola decir lo que no dice para criticarla más fácilmente, bien porque no la han leído, bien porque quieren hacer trampa.

Un último apunte sobre el papel del Derecho inferior a la Constitución y del *soft law* en la tarea de determinación del contenido de los derechos fundamentales. Ciertamente, podría resultar discutible que las leyes autonómicas regulen el ejercicio de derechos fundamentales de la Sección Primera, pero debe tenerse en cuenta que añaden poco a lo que se deduce de la propia Constitución, es decir, “recuerdan” más que regulan. Quien hace una lectura selectiva (y creo que más “ideológica”) de la legislación son Asua y Valdés, no la mayoría, pues diversas leyes autonómicas han reconocido la objeción farmacéutica⁴¹, y sobre ello callan ambos magistrados. De otro lado, resulta claro que los códigos deontológicos y las normas de los colegios profesionales tampoco crean derechos fundamentales. Ahora bien, conviene recordar que según el artículo 3 del Código Civil (que obviamente no se impone a la Constitución pero que refleja bien los usos consolidados de la comunidad jurídica), “las normas se interpretarán [...] en relación con [...] la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”, y para conocer esa realidad, nada mejor que atender a los documentos mencionados (leyes autonómicas, normas deontológicas y colegiales), que muestran la existencia de una demanda social, atendida en ocasiones por los representantes políticos, que debe ser escuchada⁴², so pena de construir un sistema de derechos fundamentales elitista, de arriba abajo, diseñado por una especie de casta sacerdotal, de espaldas a los titulares mismos de los derechos, en una suerte de nuevo despotismo ilustrado. El magistrado Valdés

Pons, Madrid, 2010, p. 263.

³⁹ Este tipo de argumentos son admisibles pero normalmente frágiles y equívocos cuando se aplican al Derecho, como se demuestra en este caso; de interés, G. TARELLO, *La interpretación de la ley*, Palestra, Lima, 2013, pp. 331-332.

⁴⁰ Muchos deberes jurídicos, por múltiples razones (sin duda menos defendibles que en los conflictos de conciencia), se incumplen, y de ahí no se deriva ningún caos, como presagian quienes niegan el derecho fundamental de objeción de conciencia.

⁴¹ Ley de La Rioja 8/1998, Ley de Galicia 5/1999, Ley de Cantabria 7/2001 y Ley de Castilla-La Mancha 5/2005.

⁴² Este es uno de los leitmotiv centrales de la muy recomendable obra de S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid, 2014. Transcribimos p. ej., sus bellas palabras en la p. 14: “Ya no son solo derechos que descienden de las alturas, *octroyés* por el soberano, ni tampoco un logro del poder constituyente democrático, sino más bien derechos que germinan casi espontáneamente entre el infinito pulular de iniciativas diversas, de una multiplicidad siempre cambiante de individuos, con una espontaneidad y un vitalismo que mal soportarían su adscripción a alguno de los esquemas institucionales”.

alude a la “banalidad jurídica” de citar “estatutos y códigos”, aprobados por cierto, también democráticamente, por los titulares de los derechos en juego. Pues bien, ¿no es más progresista atender a esa realidad social que hacer oídos sordos hacia ella?

En cuanto al papel del Derecho internacional, también unas breves palabras. Resulta triste que se quiera utilizar⁴³ para justificar la restricción a la libertad, contrariando su tradicional fuerza emancipadora⁴⁴ y su misma posición en el sistema de fuentes, reconocida también desde muy antiguo por el propio Derecho internacional⁴⁵: este sirve para ayudar a la fuerza expansiva de los derechos, nunca para justificar sus limitaciones⁴⁶.

5. LA PONDERACIÓN: ¿UN DERECHO FUNDAMENTAL A COMPRAR UN SUPUESTO MEDICAMENTO EN UNA FARMACIA DETERMINADA?

En escritos anteriores⁴⁷ he defendido la conveniencia de optar por determinaciones amplias del contenido de los derechos fundamentales, entre otros motivos por encontrar esta tesis más coherente con el valor superior de la libertad. De esta forma, el acento en la resolución de los problemas planteados por estos derechos, habrá de ponerse en el control de las intervenciones sobre los mismos, y en especial en el criterio de ponderación.

Declarado por el Tribunal Constitucional (aunque con una falta de argumentación que modestamente he pretendido suplir) que existe un derecho fundamental de objeción de conciencia, sigue lógicamente el análisis de sus límites,

⁴³ Además del art. 10.2 CDF, cuya cita por DÍEZ-PICAZO ya fue criticada, nos referimos a la STEDH *Pichon y Sajous contra Francia*, de 2 de octubre de 2001. En todo caso, léanla bien: no dice que no haya un derecho fundamental sino que, por no haber suficiente consenso en Europa, no puede imponerse aquí a los Estados una interpretación extensiva del CEDH; *vid.* R. NAVARRO-VALLS y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos...*, *cit.*, pp. 176-178. Por cierto, el propio TEDH ha sostenido la existencia de este derecho fundamental con carácter general (esto es, aunque la ley nacional no lo reconozca): *Bayatan contra Armenia*, de 7 de julio de 2011, confirmada por otras posteriores.

⁴⁴ De interés, últimamente, B. CLAVERO, *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2014, y C. GARCÍA PASCUAL, *Norma mundi. La lucha por el Derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2015.

⁴⁵ Se trata de la regla de estándar máximo, recogida p. ej. en el art. 53 CEDH y en el art. 53 CDF. En resumen, el Derecho internacional, que en todo caso está por debajo de la CE, nunca puede ser utilizado como argumento para justificar interpretaciones restrictivas de los derechos fundamentales.

⁴⁶ Para una interpretación correcta del art. 10.2 CE en este punto, X. ARZOZ SANTISTEBAN, *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2014, pp. 203-214.

⁴⁷ Últimamente, en G. ESCOBAR ROCA, “Sujetos, contenido y límites de los derechos fundamentales”, en J. M. CASTELLÀ ANDREU (ed.), *Derecho constitucional básico*, Huygens, Barcelona, 3ª ed., 2016, p. 453.

pues no hay derechos absolutos. Los votos particulares bien podrían haber omitido esta cuestión, pues si según ellos no hay derecho a objetar, huelga discutir sobre los límites de lo que no existe. Siempre se ha criticado a la ponderación su sesgo ideológico, y aquí se demuestra⁴⁸, pero existen fórmulas para conjurarlo⁴⁹. Veamos lo que dice al respecto la Sentencia:

Hemos de partir de la concreta intervención que el sistema público sanitario impone al profesional que ejerce su actividad en una oficina de farmacia, a saber la disposición para su ulterior dispensación a los consumidores de aquellas especialidades farmacéuticas que la Administración haya incluido dentro de una relación obligatoria. Al profesional farmacéutico le incumbe, pues, el deber normativo de facilitar la prestación de dicho servicio y [...] en el presente caso dicho deber garantiza el derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva, del que dimana el derecho a las prestaciones sanitarias y farmacéuticas establecidas por el ordenamiento jurídico vigente, que incluye el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos legalmente previstos, así como a los medicamentos anticonceptivos autorizados en España. Pues bien, sobre ese particular cumple decir que la imposición de la sanción a que fue acreedor el demandante no derivó de su negativa a dispensar el medicamento a un tercero que se lo hubiera solicitado, sino del incumplimiento del deber de contar con el mínimo de

⁴⁸ Últimamente, p. ej., L. VILLACORTA MANCEBO y A. VILLACORTA CAÑO-VEGA, *Nuevas dimensiones de protección asumidas por los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 126 y ss. Para un panorama más amplio de los críticos de la ponderación, D. MARTÍNEZ ZORRILLA, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 157-163. Los críticos de la ponderación raramente ofrecen una solución alternativa convincente. Los pocos que la ofrecen suelen proponer, al estilo de MÜLLER, una determinación más estrecha del contenido de los derechos, suponiendo que así se reducen (más no se eliminan del todo) los conflictos y con ello la necesidad de ponderar: en la doctrina española, p. ej., J. CIANCIARDO, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Barañáin, 2000, y en relación con un supuesto particular, T. DE DOMINGO, *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, CEPC, Madrid, 2001. Lo que sucede es que, de esta forma, se reduce el debate sobre los derechos (pues lo que antes se consideraban intervenciones, ya no lo son) y se introduce un nuevo subjetivismo (pues la centralidad del momento de la determinación del contenido aumenta la importancia del método finalista de interpretación, que es el más subjetivo de todos); al respecto, R. NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, CEPC, Madrid, 2000, pp. 57-59 y M. GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 208-209, con citas a MARTINS y KAHL, críticos con MÜLLER.

⁴⁹ Para reducir la inseguridad jurídica, se ha propuesto, p. ej., la formulación de reglas de prevalencia generalizables: J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 150-152. Para una tesis más completa dirigida a controlar la ponderación, últimamente, J. A. PORTOCARRERO QUISPE, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

existencias establecido normativamente. En segundo término, hemos de añadir que en las actuaciones no figura dato alguno a través del cual se infiera el riesgo de que la dispensación “de la píldora del día después” se viera obstaculizada, pues amén de que la farmacia regentada por el demandante se ubica en el centro urbano de la ciudad de Sevilla, dato este del que se deduce la disponibilidad de otras oficinas de farmacia relativamente cercanas, ninguna otra circunstancia permite colegir que el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos autorizados por el ordenamiento jurídico vigente fuera puesto en peligro. Por último, no resulta ocioso recordar que el demandante estaba inscrito como objetor de conciencia, como así lo refleja certificación expedida por el secretario del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla. [...]. [De esta forma], el demandante actuó bajo la legítima confianza de ejercitar un derecho, cuyo reconocimiento estatutario no fue objetado por la Administración. En suma, a la vista de la ponderación efectuada sobre los derechos e intereses en conflicto y de las restantes consideraciones expuestas, hemos de proclamar que la sanción impuesta por carecer de las existencias mínimas de la conocida como “píldora del día después” vulnera el derecho demandante a la libertad ideológica garantizado por el art. 16.1 CE”.

Por su parte, los votos particulares de Asua y Valdés critican este uso de la ponderación. La primera, porque “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”, ignorándose los “intereses generales y privados afectados por la negativa a disponer del medicamento”, que tienen rango constitucional (art. 43 CE) y legal (Ley 29/2006). En línea con el positivismo legalista ya criticado, esta magistrada y penalista añade: “el legislador, a la luz de las exigencias del art. 43.2 CE, no ha previsto que la obligación de dispensar medicamentos que recae sobre los titulares de las oficinas de farmacia pueda verse exceptuada en ningún supuesto, ni siquiera por cuestiones ideológicas, en la medida en que ello supondría una quiebra en la continuidad del servicio que afecta negativamente al conjunto de la comunidad, con independencia de la situación y del número de farmacias que haya en la localidad de que se trate. De manera que una oposición a las exigencias de la Ley, aunque sea por motivos ideológicos, que lleve a incumplir la obligación de dispensación, no es admisible y merece ser sancionada”. Nada relevante añade aquí el voto particular de Valdés.

Pues bien, la ponderación realizada por la STC 145/2015 resulta a mi entender criticable, por la ausencia de un bien constitucional oponible, o al menos del mismo rango que el derecho fundamental que previamente se reconoce. Como bien señala el magistrado Ollero en su voto particular, la píldora del día después no protege

la salud por la sencilla razón de que la salud es la ausencia de enfermedad⁵⁰ y el embarazo no es una enfermedad que deba curarse⁵¹. Todavía estamos a la espera de la resolución del recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley Orgánica 2/2010 (que estableció el sistema de plazos), pero de la STC 53/1985 no se deduce que la mera decisión de interrumpir un embarazo, sin causa concreta que lo justifique (como se exigía en el anterior sistema de indicaciones), sea un interés constitucional, más bien al contrario. En todo caso, si quisiéramos cambiar el sentido de los conceptos (el lenguaje de lo políticamente correcto nos invade a todos) y aceptáramos que interrumpir un embarazo es proteger la salud de la embarazada, en el caso concreto (que es la óptica a adoptar en un recurso de amparo⁵²) no hay daño alguno a este interés (la farmacia se encontraba situada en el centro de Sevilla⁵³), de no ser la molestia de caminar un poco y buscar otra farmacia más lejana. Resulta claro que esta molestia (de trascendencia constitucional mínima, en el mejor de los casos) no puede estar por encima del ejercicio de un derecho fundamental. El resultado de la ponderación es por tanto correcto.

Los votos particulares y los comentaristas críticos de la Sentencia, que se creen neutrales ideológicamente, hacen también ideología, pero peor: se establece un contenido extravagante del derecho a la salud, se adopta un planteamiento poco equilibrado (una determinación restrictiva del contenido del derecho del art. 16.1 y una determinación expansiva del contenido del derecho del art. 43.1) y se llega a una conclusión ajena al sentido común. ¿A quién no le ha sucedido alguna vez acudir a una farmacia y comprobar que esta carece del medicamento

⁵⁰ Sobre el concepto constitucional de salud, G. ESCOBAR ROCA, “El derecho a la protección de la salud”, en *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 1090-1094.

⁵¹ Así también, R. NAVARRO-VALLS y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos...*, cit., p. 172.

⁵² Correctamente, M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2ª ed., 2015, p. 116. En esta obra se critica por cierto el defectuoso uso de la ponderación por nuestro Tribunal Constitucional (pp. 108-117). En relación con la objeción de conciencia, D. CAPODIFERRO CUBERO, *La objeción de conciencia: estructura y pautas de ponderación*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 147. Este autor intenta establecer algunas pautas generales de ponderación pero no parecen muy útiles, dada precisamente la necesidad de atender al caso concreto, como él mismo reconoce. Así, tras afirmar una discutible en mi opinión prevalencia general de los deberes públicos (“porque los deberes públicos preservan, en última instancia, el interés general (del que participan y se benefician todos los ciudadanos), y este es un valor que, salvo que el Legislador opte por lo contrario, debe ser protegido sobre los derechos fundamentales individuales”), después sostiene: “Aun así, es posible que las circunstancias concretas inclinen la balanza a favor de la objeción sin estar regulada, en atención a las particularidades de la situación de la persona o la carga económica, física o psíquica que le supone el deber” (p. 149). Este bien podría ser el caso de la STC 145/2015. Nuestras propuestas generales de ponderación, en G. ESCOBAR ROCA, *La objeción...*, cit., pp. 223 y ss.

⁵³ El voto particular de Asua y algún comentario doctrinal critican que la Sentencia no analice empíricamente si había o no otras farmacias cercanas. Lo veo innecesario, por obvio, pero bien podría haberlo hecho el Tribunal, para dotar de mayor fuerza al argumento.

que buscaba? ¿alguien puede afirmar seriamente que esta falta de dispensación es una infracción constitucional? En definitiva, la ideología conservadora del miedo a la libertad frente a la ideología constitucional de la tolerancia. ¿Quién es entonces más “ideológico”?