

**¿DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA
DEL FARMACÉUTICO? A PROPÓSITO
DE LA DECISIÓN SOBRE ADMISIBILIDAD
DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS
HUMANOS, AS. PICHON Y SAJOURS
C. FRANCIA, DE 2 DE OCTUBRE DE 2001**

Pablo GONZÁLEZ SAQUERO

Departamento de Derecho Administrativo
de la Facultad de Derecho-UCM
pablo.g.saq@gmail.com

*Para Elisa Montoya Gómez,
farmacéutica*

RESUMEN

Este artículo analiza una Decisión del TEDH que rechaza considerar como parte de la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 de la Convención), el derecho del farmacéutico a incumplir, por motivos religiosos, el deber legal de dispensar medicamentos anticonceptivos prescritos legalmente, criterio que coincide con el seguido por el Tribunal Constitucional español en casos similares. La objeción de conciencia está necesitada de reconociendo legal expreso para su efectividad, algo que no ocurre en el Derecho español respecto del deber de dispensación de anticonceptivos. Además, desde una perspectiva jurídica, la dispensación de medicamentos anticonceptivos en farmacias no es comparable con una práctica abortiva.

Palabras clave: libertad ideológica y religiosa, objeción de conciencia, farmacéutico, deber legal de dispensar medicamentos prescritos, productos anticonceptivos, prácticas abortivas.

ABSTRACT

This paper analyzes a Decision of the ECHR that refuses to consider as a part of freedom of thought, conscience and religion (article 9 of the Convention), a hypothetical pharmacist's right to fail to fulfil, on religion grounds, the legal obligation to dispense lawfully prescribed contraceptive products, criterium which is exactly the same as the followed by the Spanish Constitutional Court in similar cases. The conscientious objection is needed of legal recognition to be effective, which doesn't exist in the Spanish Law concerning the obligation of dispensing contraceptives. Moreover, from a legal perspective, the birth control methods' dispensation in pharmacies can't be compared to an abortion procedure.

Keywords: Freedom of ideology and religion, conscientious objection, pharmacist, contraceptives products, legal obligation to dispense prescription medications, abortion procedures.

ZUSAMMENFASSUNG

In diesem Artikel wird eine Entscheidung des EGMR analysiert, die es zurückweist, das Recht der Pharmazeuten, die Verabreichung gesetzlich verordneter Verhütungsmittel aus religiösen Gründen zu verweigern, als Bestandteil der Gedanken- Gewissens- und Religionsfreiheit (Artikel 9 der Konvention) zu betrachten. Dieser Beschluss stimmt mit Urteilen des spanischen Verfassungsgerichts in ähnlichen Fällen überein. Die Verweigerung aus Gewissensgründen bedarf, um wirksam zu sein, einer ausdrücklichen legalen Anerkennung, was im spanischen Recht bezüglich der Pflicht, schwangerschaftsverhütende Mittel auszugeben, nicht der Fall ist. Außerdem kann diese Verabreichung aus einer rein juristischen Perspektive nicht mit der Ausübung einer Abtreibung verglichen werden.

Schlüsselwörter: Gedanken- Gewissens- und Religionsfreiheit. Verweigerung aus Gewissensgründen. Pharmazeut. Gesetzliche Pflicht der Ausgabe verordneter Medikamente. Schwangerschaftsverhütende Mittel. Schwangerschaftsabbruchspraxis.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA.—2.1. La evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional español y el criterio del TEDH.—2.2. La doctrina de los tribunales ordinarios españoles sobre el derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico.—3. EL DEBER DE DISPENSACIÓN DEL FARMACÉUTICO Y EL DERECHO A OBJETAR SU CUMPLIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.—3.1. El alcance del deber legal de dispensar medicamentos anticonceptivos prescritos.—3.2. La ausencia de un reconocimiento legal del derecho del farmacéutico a objetar, por motivos de conciencia, la dispensación de medicamentos.—3.2.1. La objeción de conciencia como «causa de justificación» de un comportamiento antijurídico.—3.2.2. El deber de dispensación y su posible colisión con otros deberes profesionales.—3.2.3. El reconocimiento normativo expreso del derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico.—4. RELEVANCIA OBJETIVA DE LOS MOTIVOS DE CONCIENCIA DEL FARMACÉUTICO.—4.1. El médico objetor a la intervención en prácticas abortivas y la cuestionable analogía del farmacéutico obligado a dispensar medicamentos anticonceptivos.—4.2. El concepto legal del «aborto» y los límites temporales de la protección jurídica de la vida en formación.—4.3. El pretendido carácter abortivo de los anticonceptivos sujetos al deber de dispensación.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Observamos en los últimos años un intenso activismo doctrinal en favor del derecho a objetar, por motivos de conciencia, el cumplimiento de los mandatos jurídicos que la ley impone a la generalidad de los ciudadanos, o a un particular número de los mismos. Verdadero fervor de los estudiosos del tema, al que, sin embargo, no ha acompañado una jurisprudencia cautelosa, no exenta, sin embargo, de contradicciones, y un legislador

medroso, consciente, por otra parte, de las gravísimas consecuencias que el ejercicio de un derecho como el referido tiene para el Estado y su ordenamiento jurídico, y aun para la convivencia social misma.

Si la atención de la doctrina recayó en las décadas de 1980 y 1990 sobre la problemática que suscitaba el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar que consagra nuestra CE en el art. 30.2 y su desarrollo legislativo por la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, primero, y por la Ley 22/1998, de 6 de julio, después, el interés desapareció cuando, como consecuencia del proceso de profesionalización de las fuerzas armadas, y haciendo uso de la autorización prevista en la Ley 17/1999, de 18 de mayo, quedaron suspendidos los deberes de cumplimiento del servicio militar y de la prestación social sustitutoria, en virtud, respectivamente, de los RRDD 247/2001, de 9 de marzo, y 342/2001, de 4 de abril.

En la última década, el esfuerzo de los autores se ha centrado, por una parte, en excitar la actividad de los órganos judiciales en favor del reconocimiento del derecho a ejercer la objeción de conciencia, más allá de la excepcional previsión constitucional concerniente al deber de defender militarmente la nación, en relación con los más variados deberes legales (de cumplir el servicio social sustitutorio, de actuar como presidente o vocal de mesas electorales, de participar en juicios por jurados, de cumplir el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos —objeción de conciencia fiscal—, de intervenir en interrupciones voluntarias del embarazo como profesionales sanitarios, y aun de cumplir los deberes inherentes a la función pública desempeñada —por ejemplo, en el caso de los jueces, a autorizar matrimonios entre personas del mismo sexo—, y un largo etcétera, llamado a ampliarse en el futuro); y, por otra, en el plano dogmático, en defender la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia, en cuanto tenido por derecho fundamental.

En estas páginas nos vamos a ocupar de una de las manifestaciones del pretendido derecho a la objeción de conciencia, el que se defiende sea reconocido al farmacéutico con objeto de ser eximido del deber que la ley le impone de dispensar determinados medicamentos (particularmente, los contraceptivos), cumplidas las condiciones previstas para ello¹.

¹ Debe tenerse en cuenta que del examen propuesto se excluye tanto al farmacéutico que trabaja en la producción del medicamento como al que presta sus servicios por cuenta ajena en una oficina de farmacia cuyo titular no pretende objetar, pues ambos supuestos se insertan en la problemática inherente al cumplimiento del contrato de trabajo, cuyas especificidades requerirían un tratamiento independiente por los especialistas en la materia. En consecuencia, sólo nos referimos al farmacéutico titular de la oficina de farmacia y

El estudio de la cuestión lo abordamos a partir de una Decisión del TEDH, adoptada el 2 de octubre de 2001² que, a pesar de su lejanía en el tiempo, no ha tenido, creemos, una adecuada atención de la doctrina.

En la citada Decisión, el Tribunal hubo de resolver sobre la admisibilidad de la demanda presentada por dos ciudadanos franceses, Bruno Pichon y Marie-Line Sajous. Siendo ambos farmacéuticos, se habían negado a dispensar los medicamentos contraceptivos, prescritos legalmente por facultativo, que les fueron solicitados por tres mujeres en el mismo día (9 de junio de 1995). Denunciados ante el *Tribunal de police* de Burdeos, fueron encontrados culpables (en Sentencia de 16 de noviembre de 1995) por negarse a vender a los consumidores productos contraceptivos que son objeto de prescripciones médicas, hechos previstos y sancionados en la legislación interna (Decreto 68-1309, de 29 de diciembre de 1986, y Código de Consumo), y condenados a pagar 5.000 francos de multa y 1.000 francos en concepto de daños y perjuicios a las tres personas demandantes, considerando el órgano jurisdiccional que los principios éticos y religiosos no pueden constituir una razón válida para negarse a vender un producto anticonceptivo. Recurrida la sanción por los condenados, la *Cour d'appel* de Burdeos confirmará la sentencia del tribunal de instancia (resolución de 14 de enero de 1997). Por último, ante la *Cour de cassation*, invocaron aquellos el art. 9 del CEDH que, según razonaron, garantiza su libertad para manifestar su religión, que implica para un farmacéutico el derecho a no contar en el establecimiento con productos contraceptivos, cuyo consumo constituye una ofensa a sus convicciones religiosas. La *Cour de cassation* desestimó el recurso (4 de diciembre de 1998), con el argumento, ya ofrecido por la *Cour d'appel*, de que las convicciones personales no pueden constituir, para los farmacéuticos a los que está reservada la venta de medicamentos, un motivo legítimo para denegar a un consumidor la venta de un producto.

El TEDH inadmitirá el recurso interpuesto, que pretendía fuera reconocida la violación, por las jurisdicciones internas, del derecho a la libertad de religión, que recoge el art. 9 del CEDH, alegando que la negativa a ven-

al que, sin serlo, trabaja por cuenta ajena en oficina cuyo titular pretende ejercer la objeción, trabajador, por ello, cuyo servicio estaría vinculado al desarrollo de los valores ideológicos defendidos por la empresa, que deberá necesariamente compartir (véase A. MONTROYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 28.ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 311 y 312), aunque tampoco estudiaremos las específicas cuestiones que plantea la inserción laboral en estas «empresas de tendencia».

² Utilizamos la versión original en francés, que puede consultarse en <http://www.echr.coe.int/echr>.

der contraceptivos es una manifestación de tal libertad. Los argumentos del tribunal son obligadamente concisos, pero no por ello menos expresivos de una clara concepción sobre la relevancia de las creencias personales para la exoneración del cumplimiento de deberes jurídicos.

La metodología seguida atiende al sucesivo examen de las razones dadas por el TEDH, que serán analizadas desde la perspectiva de la legislación y jurisprudencia españolas, y que son las siguientes:

a) Que en el art. 9 del CEDH no encuentra cabida la posibilidad de oponer motivos de conciencia al cumplimiento de los mandatos jurídicos, lo que se aviene perfectamente con la interpretación del TC con relación al art. 16 de la CE.

b) Que el legislador nacional francés no contempla expresamente los motivos de conciencia como justificación del incumplimiento del deber de dispensación, por lo que no pueden alegarse. Ello nos conducirá al examen de la legislación española en la materia, con objeto de indagar si en ella se reconoce, implícita o explícitamente, la posibilidad de objetar por motivos de conciencia al deber de dispensación que se impone al farmacéutico.

c) Finalmente, que la dispensación de medicamentos contraceptivos es legal y su venta no es asimilable a la de productos abortivos (prohibida, en términos generales, en las oficinas de farmacia por el Código de Salud Pública francés); de nuevo nos referiremos a la cuestión en el derecho patrio, y examinaremos críticamente las razones ofrecidas para asimilar los métodos contraceptivos a las prácticas abortivas.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

2.1. La evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional español y el criterio del TEDH

1. En primer lugar, hemos de abordar una cuestión capital que va a orientar y dirigir todo el resto de la exposición. Hemos de resolver si el derecho a la objeción de conciencia es o no un derecho fundamental, a la vista de la jurisprudencia del TC. El tema, es necesario advertirlo ya, no está exento de polémica, pues el criterio del Alto Tribunal ha sido cambiante y, en ocasiones, confuso. No obstante, se pueden identificar tres etapas en la evolución de la jurisprudencia del TC:

a) La primera etapa vendrá claramente condicionada por la situación transitoria que hubo de mediar entre el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia a prestar el servicio militar, que efectúa la CE en el art. 30.2 («la ley fijará las obligaciones militares de los españoles y *regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia*, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria»), y la regulación del mismo por el legislador ordinario, con la aprobación de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria (acompañada de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, que reguló el régimen de recursos y el sancionador penal).

La STC 15/1982, de 23 de abril, será la primera resolución adoptada por el TC concerniente a esta materia. Se trata de una Sentencia que resuelve el recurso de amparo interpuesto contra la decisión adoptada por la Administración militar, denegando el aplazamiento de incorporación a filas solicitado, pese a la invocación del derecho a la objeción (por motivos personales y éticos), que reconoce el art. 30.2 de la CE, por cuanto la legislación entonces vigente (Decreto 3011/1976, de 23 de diciembre) únicamente reconocía el derecho a la objeción por motivos religiosos. El TC se encuentra constreñido, así, por una realidad legislativa sumamente imperfecta: de una parte, una normativa predemocrática difícilmente conciliable con el texto de la CE en lo concerniente a la objeción, por su rango infralegal, por su menguada operatividad y por no estar exenta por completo de la dureza con que se había contemplado el tratamiento penal de la negativa a cumplir la obligación de prestar el servicio militar (aun cuando ya se había eliminado el sistema de condenas en cadena); de otra, un legislador silente que había retrasado el cumplimiento del mandato contenido en el citado art. 30.2, de establecer la regulación del derecho. Esta situación, creemos, va a condicionar enormemente al Tribunal, cuyo empeño esencial va a ser, de una parte, asegurar la inmediata efectividad del derecho, sin necesidad de esperar a la intermediación del legislador y, de otra, dotar de un contenido mínimo al mismo hasta que la regulación se produzca (que será la suspensión provisional de la incorporación a filas).

Así, tras recordar, primero, que la ley no es instrumento del nacimiento del derecho previsto en el art. 30.2, o de su reconocimiento, sino *sólo de su regulación* en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia; segundo, que la CE reconoce en los arts. 9.1 y 53.1 que los principios constitucionales y los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I (por tanto, también la objeción de conciencia del art. 30.2), vincu-

lan a todos los poderes públicos y son *origen inmediato de derechos y obligaciones* y, por último, que la incorporación del derecho a la objeción de conciencia al especial sistema de *tutela del recurso de amparo* (ex. art. 53.2) no es sino confirmación de su aplicabilidad inmediata, llegará a una afirmación que trató de dar un paso decisivo adicional, al tender un puente eficaz para que la objeción de conciencia entrara en lo sustantivo de la Sección 1.ª, Capítulo II, Título I, de la CE (en lo procesal ya lo estaba al quedar cubierto, acabamos de decir, por la garantía del recurso de amparo, ex. art. 53.2)³; y así, tras argumentar que «tanto la doctrina como el derecho comparado afirman la *conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia*» y que, especialmente para aquella, «la objeción de conciencia constituye una *especificación de la libertad de conciencia*» que «*supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma*», concluirá:

«puesto que *la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16*, puede afirmarse que la objeción de conciencia *es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española*» (FJ 6.º).

Esta afirmación aparece, con el transcurrir de los años, como sumamente inconveniente y perturbadora, además de innecesaria. Lo primero, por cuanto que ha inducido a error, pese a su posterior corrección, tanto a la jurisprudencia ordinaria (de ello son muestra las resoluciones que citamos más adelante en relación con la objeción de conciencia del farmacéutico), como a la doctrina científica (aunque creemos que en verdad ésta en muchos casos simplemente ha cerrado los ojos, consciente plenamente de que se trata de una doctrina jurisprudencial claramente corregida). Innecesaria, pues no precisaba el TC vincular el derecho a la objeción de conciencia del art. 30.2 de la CE al derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa del art. 16.1, para garantizar su eficacia inmediata, ni siquiera como argumento *a fortiori*, pues aquella se deduce sin esfuerzo del tenor literal del art. 53.1.

En línea de principio con esta doctrina, pueden citarse las SSTC 23/1982, de 13 de mayo; 25/1982, de 19 de mayo (que, si bien no van a pronunciarse sobre el fondo del asunto, permiten la solución apor-

³ L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «El derecho a la objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 64, 1984, pp. 3-35, esp. p. 19.

tada por la Sentencia inicial), y 35/1985, de 7 de marzo (que se pronuncia en sentido análogo a la 15/1982).

Consecuencia de la descrita postura jurisprudencial fue el *obiter dictum* que incluyó la STC 53/1985, de 16 de abril⁴, reconociendo, si bien «muy tangencialmente», como el propio TC ha dicho con posterioridad (ATC 135/2000, de 8 de junio, *vid. infra*), el derecho de los facultativos a objetar, por motivos de conciencia, su participación en la práctica médica del aborto. Así, si bien dirá el TC que la regulación de la objeción de conciencia, pese a que puede revestir singular interés, «es una cuestión ajena al enjuiciamiento de la constitucionalidad del proyecto», va a señalar que el derecho

«existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16 de la Constitución, y como ha señalado el Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales» (FJ 14).

De esta forma, aquel inocente y bienintencionado pronunciamiento que contenía la Sentencia 15/1982 se ha transformado en el reconocimiento de un derecho general a la objeción de conciencia, ejercitable sin límite alguno.

b) Ya aprobada por el legislador ordinario la regulación de la objeción de conciencia al servicio militar, a partir de 1984, podemos considerar iniciada una segunda etapa en la que el TC va a tratar de salvar la doctrina establecida en la Sentencia 15/1982, pero restringiendo y distorsionando su sentido, al tiempo que ignora por completo la Sentencia 53/1985⁵.

De esta forma, en Sentencias 160/1987 y 161/1987, de 27 de octubre (dictadas en recurso y cuestiones de inconstitucionalidad, acumuladas, sobre la legislación de 1984), afirmará: primero, explícitamente, que el derecho a la objeción de conciencia no es un derecho fundamental:

«se trata... de un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su art. 30.2, protegido, sí, por el recurso de amparo (art. 53.2),

⁴ Sentencia que resuelve el recurso previo de inconstitucionalidad interpuesto contra el proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis CP, sobre despenalización del delito de aborto en determinados supuestos.

⁵ Así, A. RUIZ MIGUEL, «La objeción de conciencia a deberes cívicos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, núm. 47, pp. 101-123, esp. pp. 109-112.

pero cuya relación con el art. 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental»,

segundo, que, en verdad, y aunque insista en su *relación* con el derecho del art. 16, no es ya, ni mucho menos, *concreción* de la libertad religiosa, por lo que de no estar reconocida constitucionalmente la excepción al cumplimiento de un deber general, como el de prestar el servicio militar,

«no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia (art. 16 CE) 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».

y tercero, que, precisamente su naturaleza excepcional, derecho a una exención de norma general, lo caracteriza como un «derecho constitucional *autónomo*».

La confusión la introduce la Sentencia 161/1987, cuando va a intentar la imposible tarea de conciliar que el derecho a la objeción de conciencia sea, con cita de la Sentencia 15/1982, *concreción* de la libertad ideológica y religiosa del art. 16 de la CE (hasta en tres ocasiones lo dirá: FFJJ 2.º y 3.º), y, al mismo tiempo, un derecho *no fundamental* (pues de aquella circunstancia «no puede deducirse que nos encontremos ante una *pura y simple aplicación de dicha libertad*»), y *autónomo*, esto es, de carácter excepcional; excepcionalidad que justificará con toda contundencia:

«la *objeción de conciencia con carácter general*, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues *significaría la negación misma de la idea del Estado*».

La evolución posterior ha despojado este criterio jurisprudencial de los elementos que inducían a confusión, y ha confirmado, creemos que con toda rotundidad, la revisión que la Sentencia 160/1987 hace de la doctrina anterior del Tribunal. De la consolidación de esta jurisprudencia son prueba las Sentencias 321/1994, de 28 de noviembre (FJ 4.º), y 55/1996, de 28 de marzo (FJ 5.º), y los Autos (de inadmisión en cuestiones de inconstitucionalidad) 214/1996, de 18 de julio, y 319/1996, de 29 de octubre.

c) Sobre la base de esta nueva doctrina, el TC va a edificar las consecuencias procesales que cabría esperar: garantizada legalmente la plenitud del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, negada la existencia de un derecho a la objeción de conciencia fuera del ámbito reconocido en el art. 30.2, dejan de tener interés constitucional las demandas de amparo relativas a la violación de pretendidos derechos a objetar el cumplimiento de deberes legales, silente la ley al respecto y al margen del supuesto previsto en la CE y regulado legalmente.

Así se va a afirmar, primero, en el Auto 71/1993, de 1 de marzo —RTC 1993/71—, por el que se declara la inadmisión del recurso de amparo, en que se pretendía el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia fiscal (y, en consecuencia, la deducción de la parte proporcional correspondiente a los gastos de armamento previsto en los PGE), y se invocaba la vulneración de los arts. 16.1 y 30.2 de la CE. El TC, tras reiterar la doctrina sentada en la STC 169/1987, va a efectuar un pronunciamiento capital, precisamente en aplicación de la misma:

«la objeción de conciencia, en cuanto *derecho constituido por una excepción a un concreto deber constitucional* (el del art. 30 CE, de prestar el servicio militar, sustituyéndolo, en su caso, por una prestación social sustitutoria), *no puede ser extendida subjetivamente, por razón de las propias creencias, más allá del ámbito objetivo del deber general que la Constitución establece*. Por lo que no cabe invocar la objeción de conciencia como excepción al deber general previsto en el art. 31 CE, por *carecer tal pretensión de fundamento constitucional y no estar, además, prevista en el ordenamiento tributario*».

Por otra parte, en cuanto a la alegada vulneración del derecho a la libertad ideológica, va a afirmar, también en coherencia con la ya entonces pacífica doctrina del TC, que

«*no cabe ampararse en la libertad ideológica del art. 16 CE para pretender de este Tribunal, con base en este derecho, ni que se reconozca una excepción, al cumplimiento del deber general de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos* (art. 31.1 CE), ni la adopción de formas alternativas de este deber... [que] entrañarían el riesgo de una relativización de los mandatos jurídicos».

En conclusión, ante la invocada vulneración del art. 30.2, se concluye que el derecho en él reconocido se limita a amparar, exclusivamente,

la objeción de conciencia a prestar el servicio militar, y ante la pretendida violación del art. 16.1, que no puede comprenderse en la libertad ideológica o religiosa derecho alguno a objetar el cumplimiento de deberes constitucionales o legales; y todo ello, por supuesto, ante la ausencia de un reconocimiento legal del derecho a la objeción de conciencia.

En segundo lugar, cabe traer aquí el Auto 270/1999, de 16 de noviembre —RTC 1999/270—, por el que nuevamente se inadmite el recurso de amparo interpuesto, otra vez con invocación de los arts. 16.1 y 30.2 de la CE, pero esta vez contra una sentencia confirmatoria de la sanción penal impuesta por la comisión de un delito contra el deber de la prestación social sustitutoria. Se limitará a reiterar, en lo que aquí nos interesa, el ya entonces absolutamente dominante criterio del TC: que «el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16.1 de la CE no resulta por sí sólo suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes constitucionales o legalmente establecidos», en este caso, del deber de cumplir, bajo sanción penal, la prestación social sustitutoria, una vez eximido del deber de cumplir el servicio militar obligatorio en el ejercicio legítimo del derecho, éste sí constitucionalmente reconocido y legalmente regulado, a la objeción de conciencia del art. 30.2 de la CE.

Por último, el Auto 135/2000, de 8 de junio —RJ 2000/135—, inadmite, una vez más, el recurso de amparo interpuesto por una funcionaria perteneciente al cuerpo de ATS de instituciones penitenciarias, sancionada como consecuencia de haber desobedecido la orden de su superior, consistente en administrar metadona a los reclusos, en sustitución de las drogas de las que eran dependientes. Alegada, una vez más, la vulneración del derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 de la CE) y del derecho a la objeción de conciencia (art. 30.2 de la CE), por considerar que la actuación ordenada era contraria a sus convicciones, el TC, tras afirmar, con cita de toda la jurisprudencia precedente, que «la principal de las vulneraciones de derechos fundamentales (la de la libertad ideológica) *carece de contenido constitucional*, toda vez que *el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16 de la CE no resulta por sí solo suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos*», añade que la recurrente «estaba obligada a cumplir lo mandado, máxime cuando *la Constitución (o la legislación) no ha reconocido un derecho genérico a la objeción de conciencia aplicable a los deberes, constitucionales y legales —excepto el art. 30.2 de la CE— que se imponen a los ciudadanos en general*».

2. El criterio del TC que hemos examinado en último lugar, y que corrige definitivamente su postura inicial, se complace plenamente con la doctrina sentada por el TEDH, que en reiterada jurisprudencia ha establecido que «el Convenio y sus Protocolos no garantizan ningún derecho a la objeción de conciencia y que el art. 9 del Convenio, cuya previsión garantiza a todos el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, no otorga a los objetores de conciencia el derecho de ser eximidos del servicio militar o del servicio civil sustitutorio» (Decisión de 22 de mayo de 1995, asunto *Heudens c. Bélgica*; también, por ejemplo, Decisión de 6 de diciembre de 1991, asunto *Autio c. Finlandia*, y *Julin c. Finlandia*; Decisión de 30 de noviembre de 1994, asunto *Peters c. Países Bajos*).

Esta misma concepción restrictiva del art. 9 se observa en la Decisión de la que trae causa este trabajo, la dictada en el asunto *Pichon y Sajous c. Francia*, en la que se va a decir que «el art. 9 protege, ante todo, el ámbito de las convicciones personales y de las creencias religiosas, es decir, lo que se llama a veces el fuero interno. Además protege los actos íntimamente ligados a estos comportamientos, como los actos de culto o devoción, que son aspectos de la práctica de una religión o de una convicción bajo una forma generalmente reconocida», enumerando el propio art. 9 «diversas formas que pueden tomar la manifestación de una religión o de una convicción, a saber: el culto la enseñanza, las prácticas y el cumplimiento de los ritos» pero, concluye categóricamente:

«para proteger este ámbito personal, el art. 9 de la Convención no garantiza siempre el derecho a comportarse en el ámbito público de una manera dictada por esta convicción»⁶.

2.2. La doctrina de los tribunales ordinarios españoles sobre el derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico

Ante la que creemos es ya pacífica jurisprudencia del TC, acompañada de una doctrina constante del Tribunal de Estrasburgo, lo cierto es que no deja de sorprender y preocupar que los tribunales ordinarios españo-

⁶ En el mismo sentido, y con cita de esta Decisión, la de 26 de octubre de 2004, asunto *Silva Monteiro Martins Ribeiro c. Portugal*, en que se alega, por una mujer condenada penalmente por la práctica ilegal de interrupciones voluntarias del embarazo, que tal condena atenta contra su libertad de conciencia de mujer que cree que las mujeres deben ser beneficiarias de los servicios de interrupción del embarazo.

les, incluso el TS, en el caso que nos ocupa en estas páginas, muestren una desinhibición absoluta, desconociendo el carácter vinculante, para todos ellos, de la jurisprudencia constitucional (*ex. art. 5 de la LOPJ*). El TSJ de Andalucía ha tenido oportunidad de referirse a la objeción de conciencia del farmacéutico en dos ocasiones (Sentencias 628/2002, de 30 de julio, y 1/2007, de 8 de enero), por una con que ha contado el TS (Sentencia de 23 de abril de 2005 —RJ 2005/6382—), precisamente al conocer del recurso de casación interpuesto contra la más temprana de aquellas. En los dos casos resueltos por el Tribunal de instancia, se trataba de la impugnación directa de la Orden de la Consejería de Sanidad de la CA andaluza por la que se incluían determinados anticonceptivos (progestágenos y preservativos), entre las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios con que deben contar las farmacias, lo que se consideraba atentatorio al derecho fundamental a la vida y, en lo que ahora nos interesa, a la libertad religiosa e ideológica, considerándose parte de su contenido esencial el derecho a la objeción de conciencia.

Pues bien, el TSJ de Andalucía, en la Sentencia de 8 de enero de 2007, tras afirmar que la objeción de conciencia comporta una excepción personal derivada de un juicio ético o moral, que «no legitima para la impugnación de una norma de carácter general, ya que el objetor de conciencia, no puede hacer prevalecer o imponer a otros sus condiciones religiosas o morales, para justificar la nulidad de una norma general», lo que le lleva a la desestimación del recurso, va a declarar que, en cambio, el derecho a la objeción de conciencia,

«que forma parte del contenido del Derecho Fundamental a la libertad ideológica y religiosa, reconocido en el art. 16.1 de la Constitución, entendiéndose la objeción de conciencia, como la negativa de un individuo a cumplir lo mandado por una concreta norma del ordenamiento jurídico, por entender que su cumplimiento es incompatible con el respeto debido a un determinado valor moral percibido por la propia conciencia, podría considerarse como un modo de excepción, oponible por el individuo a someterse por cuestiones éticas a una conducta que, en principio, le es jurídicamente exigible» (FJ 5.º).

La STS de 23 de abril de 2005, que deja inprejugado el recurso, como la sentencia de instancia (STSJ de Andalucía 628/2002, de 30 de julio de 2002), por falta de legitimación en el actor, de nuevo en un *obiter dictum* inopinado y extemporáneo, va a afirmar que

«en el caso de la objeción de conciencia, su contenido constitucional forma parte de la libertad ideológica reconocida en el art. 16.1 de la CE (STC núm. 53/85), en estrecha relación con la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la CE) y el derecho a la integridad física y moral (art. 15 de la CE)» (FJ 5.º).

Estos pronunciamientos han sido aplaudidos de forma entusiasta por alguna doctrina⁷, que ha visto en ellos una nueva batalla ganada en favor del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia. Sin embargo, deben ponderarse en sus justos términos, al margen del juicio crítico que nos merecen, pues no dejan de ser pronunciamientos incidentales que en nada conciernen al fondo del asunto, y que para nada, pues, han sido relevantes para formar la *ratio decidendi* del juzgador: en la primera de las sentencias del TSJ de Andalucía porque se inadmitió el recurso por falta de legitimación activa (ausencia de legitimación posteriormente confirmada en casación por el TS); en la segunda, porque se desestimó en cuanto al fondo. De otra parte, no podemos dejar de destacar el efecto perturbador que estos *obiter dicta* producen, y de los que, creemos, debiera prescindirse en los pronunciamientos judiciales en favor de una mayor claridad y coherencia de los mismos.

3. EL DEBER DE DISPENSACIÓN DEL FARMACÉUTICO Y EL DERECHO A OBJETAR SU CUMPLIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Hemos negado categóricamente que la objeción de conciencia pueda ser considerada como un derecho fundamental, incorporable, como concreción de la libertad ideológica y religiosa (*ex. art. 16.1*), al catálogo de la Sección 1.ª, Capítulo II, Título I, de la CE, y aun también que pueda ser reputado como un derecho constitucional, en la terminología propia de los derechos reconocidos en el Capítulo II de nuestra CE, excepción

⁷ Así, por ejemplo, A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «La objeción de conciencia del farmacéutico en la jurisprudencia y su regulación legal en España», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 15, 2007, p. 13, que afirma que con la STS de 23 de abril de 2005 «se confirma el traslado del legítimo ejercicio de la objeción de conciencia que la sentencia del TC 53/1985 ya había garantizado al personal sanitario en caso de aborto». M. L. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, «La objeción de conciencia farmacéutica y la Sentencia del Tribunal de Justicia de Andalucía de 8 de enero de 2007», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 16, 2008, p. 8.

hecha, por voluntad del constituyente, del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar que consagra el art. 30.2. La objeción de conciencia alude, pura y simplemente, a una suerte de justificación, indiferente para el Derecho, del incumplimiento de deberes legales (y aun de rango constitucional), que en todo caso el Estado no puede abstenerse de sancionar, imponiendo coactivamente, llegado el caso, el cumplimiento de la norma violada.

Distinto será el supuesto, sin embargo, cuando sea la propia norma la que relativice la obligatoriedad del cumplimiento del deber que impone, permitiendo la exención del mismo, por motivos de conciencia en su caso. Ahora bien, ello plantea no pocos interrogantes que tratamos de afrontar ahora procurando en primer término responder a la siguiente cuestión: ¿reconoce nuestro ordenamiento jurídico, explícita o implícitamente, la posibilidad de que el farmacéutico sea eximido del cumplimiento del deber de dispensación por motivos de conciencia precisamente?

3.1. El alcance del deber legal de dispensar medicamentos anticonceptivos prescritos

La difusión de doctrinas o prácticas anticoncepcionistas ha sido objeto de sanción penal en nuestro país hasta época reciente lo que, en el momento de su incorporación a la legislación criminal, con la Ley de 24 de enero de 1941, «para la protección de la natalidad contra el aborto y la propaganda anticonceptiva», no era, sin embargo, una excepción entre los países de nuestro entorno cultural⁸. Incorporada y ampliada aquella Ley, aunque moderada en la penalidad prevista, en el CP, texto refundido de 1944, en redacción que permanecerá invariable hasta 1978, castigaba su art. 416 a los que «con relación a medicamentos, sustancias, objetos, instrumentos, aparatos, medios o procedimientos *capaces... de evitar la procreación*», los indicaren, traficaren con ellos, los divulgaran, o los hicieren objeto de cualquier género de propaganda (nótese que no se castigaba su utilización). La Ley 45/1978, de 7 de octubre, derogó la previsión contenida en el art. 416, que incluía a los medios capaces de evitar la procreación, y despenalizó las conductas relativas a la propaganda anticonceptiva, la divulgación, exposición pública y ofrecimiento en venta de medios destinados a evitar la pro-

⁸ Así lo pone de manifiesto E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal conforme al Código Penal. Texto Refundido de 1944. Parte especial*, Barcelona, Bosch, 1951, p. 490, nota 69.

creación (abrogando los núms. 4.º y 5.º del mismo precepto). Por mandato y en desarrollo de la citada Ley, se dictó el RD 3033/1978, de 15 de diciembre, cuyo objeto era regular el despacho de anticonceptivos, para garantizar el control sanitario sobre los mismos, sometiéndolos, en lo que aquí interesa, a la exigencia de receta médica.

En el derecho vigente, siendo ya perfectamente lícita la dispensación de anticonceptivos en oficinas de farmacia, la regulación contenida en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de Medicamentos y Productos Sanitarios (que deroga la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento) distingue, en el art. 19.1, entre medicamentos sujetos a prescripción médica y medicamentos no sujetos (es decir, medicamentos para cuya dispensación se exige receta médica u orden hospitalaria de dispensación y medicamentos para los que no se exigen tales documentos), siendo sancionado como falta grave el acto de «dispensar medicamentos o productos sanitarios sin receta, cuando ésta resulte obligada» [art. 101.2.b).16.ª, en relación con el art. 77.2]. Pues bien, de acuerdo con la Orden de 7 de noviembre 1985, por la que se determinan los medicamentos de utilización en medicina humana que han de dispensarse con o sin receta, la exigencia de receta médica alcanza a la práctica totalidad de los anticonceptivos⁹ que se dispensan en farmacias (y desde luego, así ocurre con los contraceptivos poscoitales, respecto de los que se ha planteado la objeción de conciencia).

La Ley 29/2006 (y también la legislación autonómica)¹⁰, como hacía su predecesora, impone con toda claridad al farmacéutico el deber de dispensación: de modo genérico, en el art. 2, cuando declara, en su apartado 1.º, que «los laboratorios farmacéuticos, almacenes mayoristas, importadores, *oficinas de farmacia*, servicios de farmacia de hospitales, centros

⁹ Únicamente los denominados en la citada Orden «anticonceptivos locales» (Anexo 2, categoría GØ2B) quedan dispensados de la exigencia de receta. Sin embargo, se trata de medios contraceptivos, consistentes en detergentes espermecidas, de escasa utilización y eficacia, que han quedado en su mayor parte obsoletos o que se utilizan sólo en combinación con otros. Véase el árbol de indicaciones del *Vademecum farmacéutico internacional*. Respecto de los contraceptivos de barrera, véase nota 11.

¹⁰ Si cabe con mayor claridad, algunas normas autonómicas, dentro del catálogo de obligaciones impuestas expresamente al farmacéutico, contemplan el deber de «suministrar o dispensar los medicamentos y productos sanitarios que se les requieran en las condiciones legal y reglamentariamente establecidas» (art. 5.2 de la Ley Ast. 1/2007, de 16 de marzo; en términos casi iguales, el art. 11.2 de la Ley Nav. 12/2000, de 16 de noviembre), o declaran que «los farmacéuticos están obligados a efectuar la dispensación siempre que se cumplan los requisitos legalmente exigible para la misma» (art. 5.3 de la Ley Rio. 8/1998, de 16 de junio).

de salud y demás estructuras de atención a la salud *están obligados a suministrar o a dispensar los medicamentos y productos sanitarios que se les soliciten en las condiciones legal y reglamentariamente establecidas*», así como en el apartado 2.º, que «*los responsables de la producción, distribución, venta y dispensación de medicamentos y productos sanitarios deberán respetar el principio de continuidad en la prestación del servicio a la comunidad*»; ya en el art. 84.3, específicamente en relación con las oficinas de farmacia, al imponer que «*las oficinas de farmacia vienen obligadas a dispensar los medicamentos que se les demanden tanto por los particulares como por el Sistema Nacional de Salud en las condiciones reglamentariamente establecidas*», y, finalmente en el art. 86.1, al regular la facultad de sustitución del medicamento prescrito por el facultativo, cuando lacónicamente afirma que «*el farmacéutico dispensará el medicamento prescrito por el médico*». Ello sólo puede ser interpretado en el sentido de que, cumplida por el paciente la exigencia de receta médica, y comprobada por el farmacéutico la regularidad de la misma, tiene éste el deber inexcusable de dispensar el medicamento solicitado. Sobre ello no hay duda alguna, y así lo corrobora el art. 101.2, letra *b*), de la Ley 29/2006, que castiga, como infracción grave, en el núm. 15, *la negativa «a dispensar medicamentos o productos sanitarios» sin causa justificada*», y en el núm. 26, «*cualquier acto u omisión encaminado a coartar la libertad del usuario en la elección de la oficina de farmacia*» (dos conductas en las que podría incluirse la negativa a la dis-

¹¹ La referencia que este precepto hace a los productos sanitarios merece un breve comentario, pues supone un cambio no despreciable respecto de la redacción de la misma infracción en la Ley 25/1990, que sancionaba «*la negativa a dispensar medicamentos sin causa justificada*» y que, por tanto, no incluía los productos sanitarios. El RD 414/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios, incluye entre éstos los que tienen por finalidad «*la regulación de la concepción*» (art. 3), en referencia a los denominados contraceptivos de barrera, que, por tanto, no tienen la condición de medicamentos y su venta no se realiza exclusivamente en farmacias, sino en establecimientos para los que no se exigen, en general, especiales características, pudiendo incluso efectuarse la venta a través de máquinas expendedoras (art. 8), ni se requiere, por supuesto, receta médica para su dispensación (aunque el art. 89.6 de la Ley 29/2006 incluye la previsión de que puedan ser incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud y dispensados a través de receta oficial, siguiéndose, en tal caso, los criterios indicados para los medicamentos). Por tanto, en principio, la dispensación de estos productos sanitarios en farmacias no es obligatoria, pero pudiera darse el caso de que se solicitaran presentando una receta médica, o que la propia Administración imponga obligaciones adicionales al respecto (por ejemplo, contar con existencias mínimas de los mismos), en atención al interés de la salud pública, habida cuenta de que pueden ser un medio eficaz para evitar el contagio de determinadas enfermedades, debiendo entonces garantizarse al ciudadano su accesibilidad, llegado el caso mediante el ejercicio de la potestad sancionadora que es hoy ya posible habida cuenta de la redacción dada al art. 101.

pensación, dando lugar a un concurso de normas que debería resolverse en favor de la primera de las citadas, en aplicación del principio de especialidad: arg. art. 8.1.^a del CP). Asimismo, dentro de las especiales caute- las que prevé la legislación (en este caso de las Comunidades Autónomas) para garantizar la efectiva prestación de servicios de urgencia (en los que deben participar con carácter obligatorio, según los turnos establecidos legalmente, las oficinas de farmacia)¹², se contempla la obligatoriedad de la dispensación de medicamentos (y otros productos) que requieran receta médica durante tales servicios¹³.

Debemos añadir aún que el farmacéutico no sólo no puede negarse a la dispensación de un anticonceptivo, si cumplidas las condiciones legal y reglamentariamente establecidas, sino que queda prohibida toda actitud obstruccionista de aquél. Es decir, si solicitado un medicamento para cuya dispensación se exija receta médica, no se dispusiera del mismo (o del número de unidades solicitadas) en la oficina de farmacia, es deber de su titular o bien ofrecer al usuario la sustitución del medicamento solicita- do por otro, si concurrieran las condiciones legalmente establecidas para ello (*vid.* art. 86 de la Ley 29/2006), o bien solicitar del almacén mayorista o laboratorio el suministro necesario para atender la demanda; de lo con- trario, estaría incurriendo en la misma conducta de negativa a la dispen- sación (así lo ha exigido la inspección farmacéutica y lo ha corroborado la jurisprudencia contencioso-administrativa: *vid.*, por ejemplo, SSTSJ de Valencia de 29 de enero de 2003 —JUR 2004/17554—, 7 de junio de 2003 —JUR 2004/23832—, 21 de mayo de 2004 —JUR 2004/23545— y 11 de marzo de 2003 —JUR 2004/17794—, y STSJ de Extremadura de 30 de septiembre de 2003 —JUR 2004/56079—). No olvidemos que el art. 101.2,

¹² Así, en la legislación sobre ordenación farmacéutica aprobada en Castilla y León (art. 5.1 de la Orden de 2 de marzo de 1998), Aragón (art. 52.2 del Decreto 38/2001, de 13 de febrero), Cantabria (art. 51.2 de la Ley 4/2005, de 13 de julio), Cataluña (art. 3.3 del Decreto 321/1996, de 1 de octubre), La Rioja (art. 5 del Decreto 14/1997, de 7 de marzo), Islas Baleares (art. 8.1 del Decreto 92/2000, de 23 de junio), Castilla-La Mancha (art. 4.4 del Decreto 227/2004, de 22 de junio), Madrid (art. 6.1 del Decreto 259/2001, de 15 de noviem- bre), Región de Murcia (art. 17.2 del Decreto 44/1998, de 16 de julio) y Navarra (art. 8.1 del Decreto 129/2003, de 26 de mayo).

¹³ Así se prevé en la legislación de Asturias (art. 7.5 del Decreto 60/1997, de 4 de sep- tiembre), Valencia (art. 32 de la Ley 6/1998, de 22 de junio), Canarias (art. 58 del Decre- to 258/1997, de 16 de octubre), Castilla-La Mancha (art. 4.9 del Decreto 227/2004, de 22 de junio), Cantabria (art. 11.6 del Decreto de 24 de febrero de 1998), Cataluña (art. 3.6 del Decreto 321/1996, de 1 de octubre), Islas Baleares (art. 5.2 del Decreto 92/2000, de 23 de junio), Extremadura (art. 5.6 del Decreto 293/2007, de 31 de agosto) y País Vasco (art. 1.3 del Decreto 188/1997, de 29 de julio).

letra c), núm. 12, de la Ley. 29/2006, castiga como infracción muy grave el incumplimiento por las oficinas de farmacia de su obligación de «disponer de existencias de medicamentos adecuadas para la normal prestación de sus actividades y servicios», sin perjuicio de que pueda imponerse por la Administración el deber de contar en la oficina de farmacia con existencias mínimas de determinados medicamentos (Orden Ministerial de 5 de mayo de 1965, sobre existencias mínimas en farmacias y almacenes farmacéuticos, y, por ejemplo, Decreto del País Vasco 270/2004, de 28 de diciembre; Decreto de Andalucía 104/2001, de 30 de abril, y art. 75.1.d) de la Ley de Andalucía 22/2007, de 18 de diciembre).

Todo ello es perfectamente conveniente a un sistema sanitario, como el vigente en España, y en el que se integran las oficinas de farmacia (STS de 28 de noviembre de 1995 —RJ 1995/8749—), en el que las funciones de custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano se atribuye, *en exclusiva* (además de a los servicios de farmacia de los hospitales, centros de salud o estructuras de atención primaria) a las oficinas de farmacia abiertas al público (art. 2.6 de la Ley 29/2006, en relación con el art. 103 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, las cuales «tienen la consideración de establecimientos sanitarios privados de interés público» (art. 84.6 de la Ley 29/2006), lo que exige que la regulación sobre la expedición de especialidades con fines terapéuticos deba forzosamente contemplarse «desde las exigencias que comporta su naturaleza de servicio público» (STS de 21 de febrero de 1986 —1986/1619—). Es una normativa que pretende garantizar la accesibilidad al medicamento y la efectividad de los derechos que a los usuarios reconoce la normativa estatal y autonómica, a la asistencia farmacéutica continuada, a obtener los medicamentos y productos sanitarios necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, y a la libre elección de oficina de farmacia¹⁴.

¹⁴ Véase art. 4 de la Ley Ara. 4/1999, de 25 de abril; art. 3 de la Ley Cant. 7/2001, de 19 de diciembre; art. 16 de la Ley C-LM 5/2005, de 27 de junio; art. 10 de la Ley CyL 13/2001, de 20 de diciembre; art. 5 de la Ley Gal. 5/1999, de 21 de mayo; art. 7 de la Ley Cana. 4/2005, de 13 de julio; art. 5 bis de la Ley Rio. 8/1998, de 16 de junio; art. 7.1 de la Ley Ext. 6/2006, de 9 de noviembre; art. 10 de la Ley Nav. 12/2000, de 16 de noviembre, que reconoce el derecho «a recibir una atención farmacéutica en condiciones de igualdad y de acceso próximo y eficaz»; art. 5 de la Ley PV 11/1994, de 17 de junio, y arts. 5 y 21.1.a) y b) de la Ley And. 22/2007, de 18 de diciembre.

3.2. La ausencia de un reconocimiento legal del derecho del farmacéutico a objetar, por motivos de conciencia, la dispensación de medicamentos

La doctrina que ha defendido la existencia de un derecho fundamental a la objeción de conciencia ha tratado de encontrar, en el complejo legislativo descrito, argumentos en favor del reconocimiento implícito o explícito de aquel derecho. Sorprende, en este sentido, que, siendo tan evidente para aquellas opiniones la naturaleza «fundamental» del pretendido derecho que examinamos, lo que, como sabemos, conllevaría su inmediata invocabilidad, sin necesidad de intermediación legal y la reserva de Ley Orgánica para su regulación, se indague en normas legales y aun infralegales (que carecen de rango normativo para desarrollar el contenido de los derechos fundamentales, como es sabido), así como en las normas deontológicas que conciernen a la profesión farmacéutica, para tratar de hallar un reconocimiento normativo del derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico.

3.2.1. *La objeción de conciencia como «causa de justificación» de un comportamiento antijurídico*

Se ha dicho, en primer término, que el propio art. 101.2, letra *b*), 15.^a, de la Ley 29/2006, cuando sanciona la negativa a dispensar medicamentos u otros productos sanitarios, lo hace excluyendo la concurrencia de una «causa justificada», y que precisamente tal condición posee el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia¹⁵. No cabe, entendemos, tal interpretación¹⁶.

Nuestro ordenamiento jurídico sancionador carece de una regulación general de las causas de justificación, cuya concurrencia excluye la sanción y la misma antijuridicidad de la conducta, y a ellas alude sin duda el

¹⁵ Así, A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «La objeción...», *op. cit.*, p. 8, y «Las objeciones de conciencia de los profesionales de la salud», en *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 283-324, esp. pp. 309 y 310.

¹⁶ También, en este mismo sentido, P. VILLAREAL SUÁREZ DE CEPEDA, «La objeción de conciencia del farmacéutico en relación con los métodos anticonceptivos y el aborto», *Derecho y Opinión*, núm. 1, 1993, pp. 123-136, esp. pp. 129 y 130; M. ALENDA SALINAS, «La píldora del día después: su conflictividad jurídica como manifestación de la objeción de conciencia farmacéutica», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 16, 2008, p. 21.

precepto citado. Ello no obstante, el TC ha reconocido en diversas ocasiones que el ejercicio de un derecho (fundamental, en todos los casos) puede constituir una causa de justificación de una acción antijurídica y constitutiva de una infracción administrativa (por ejemplo, SSTC 42/2000, 204/2000 y 65/2004)¹⁷. De esta forma, si se reconociera explícitamente el derecho a la objeción de conciencia, con rango constitucional o legal (en norma habilitada para ello), podría plantearse la posibilidad de interpretar que la expresión «sin causa justificada» comprende la causa de justificación consistente en el ejercicio de un derecho. Pero tal cosa, como veremos, no ha ocurrido aún.

La causa justificada a que se refiere el precepto debe ser interpretada conjuntamente con el art. 2 de la misma norma, que impone, como sabemos, la obligada dispensación de los medicamentos «en las condiciones legal y reglamentariamente establecidas» que, en el caso de los medicamentos sujetos a prescripción médica, se refieren a la regularidad de la receta médica; cuando falten aquellas condiciones, la negativa a dispensar está plenamente justificada; es más, tal negativa constituye un deber del farmacéutico, según dispone el art. 12.1 del RD 1910/1984, de 26 de septiembre, de receta médica: «los farmacéuticos no dispensarán ningún medicamento ni producto sanitario cuando surjan dudas racionales sobre la validez de la receta presentada, salvo que se pueda comprobar que corresponde a una prescripción legítima» (igualmente, por ejemplo: arts. 5.2 de la Ley de Asturias 1/2007, de 16 de marzo; 4.2 de la Ley de Valencia 6/1998, de 22 de junio; 5.4 de la Ley de La Rioja 8/1998, de 16 de junio, y 11 de la Ley de Navarra 12/2000, de 16 de noviembre; especialmente significativos, arts. 21.2, 22.1 y 22.2 de la Ley de Andalucía 22/2007, de 18 de diciembre)¹⁸.

Ello no quiere decir que se niegue eficacia eximente a otras causas, y en particular la concurrencia de *fuera mayor*, por deficiencia o imposibilidad del servicio de distribución de medicamentos que los almacenes mayoristas o laboratorios están obligados a prestar para la garantía de la accesibilidad y disponibilidad de los medicamentos (*vid.* art. 68 de la Ley 29/2006),

¹⁷ Citadas por A. NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4.ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, pp. 364-366.

¹⁸ La reciente Ley And. 22/2007, de 18 de diciembre, además de contemplar una previsión similar a la del Decreto estatal sobre receta médica [art. 22.2.e)], impone como deber de la ciudadanía [*sic*] el de «cumplir las condiciones de dispensación exigidas en cada caso» [art. 21.2.b)], y como correlativo derecho del farmacéutico, «negarse a dispensar medicamentos cuando no sean solicitados de acuerdo con las normas vigentes o *cuando sea evidente una finalidad extraterapéutica de los mismos*» [art. 22.1.b)].

y a los que corresponderá soportar las consecuencias sancionadoras que procedan (*vid.* art. 101.2, letra c), 12.^a, ya citado, y aplicable a los almacenes de distribución).

El TEDH, en el asunto *Pichon y Sajous c. Francia*, al interpretar la prescripción contenida en el art. L 122-1 del Código de Consumo francés, según el cual «está prohibido denegar a un consumidor la venta de un producto o la prestación de un servicio, *salvo motivo legítimo...*», y habiendo sido el criterio del tribunal nacional francés el de que «las negativas de venta... les ha sido opuesta en nombre de *convicciones religiosas que, por lo demás, no pueden de ninguna manera analizarse como un motivo legítimo* en el sentido del art. L 122-1 del Código de Consumo», va a manifestar que «los demandantes no podrán hacer prevalecer e imponer a otros sus convicciones religiosas para *justificar* la negativa a vender el producto, pudiendo la manifestación de dichas convicciones ejercerse de múltiples maneras fuera de la esfera profesional». La interpretación que proponemos aquí se complace, pues, con la efectuada por el TEDH en el asunto que motiva este trabajo.

3.2.2. *El deber de dispensación y su posible colisión con otros deberes profesionales*

En segundo término, se ha invocado la existencia de otros deberes profesionales deontológicos, que entrarían en colisión con los deberes legales que hemos descrito. Es decir, ya no se recurre al ejercicio del pretendido derecho a la objeción de conciencia, sino a la primacía que el cumplimiento de otros deberes que se imponen al farmacéutico tiene frente a la obligación de dispensación.

Se afirma así, insistiéndose en la eficacia jurídica vinculante de las normas deontológicas, la posibilidad de que el profesional farmacéutico se encuentre en una situación de conflicto «entre los principios éticos que gobiernan la *lex artis*, y un mandato imperativo expresado en una norma jurídica cuyo incumplimiento será castigado con la sanción correspondiente», predicándose la primacía de aquéllos sobre ésta, pues, se dice, «la expedición de anticonceptivos o píldoras destinadas a finalizar con la vida del engendrado aún no nacido» constituiría «una práctica que no respeta la vida y dignidad humana y, por tanto, bastaría con la negativa del farmacéutico a la expedición de esos productos como consecuencia no sólo de una convicción personal de conciencia —si se tiene

esa convicción—, *sino como manifestación del respeto a la vida y a la propia profesión*»¹⁹.

La cuestión remite, más que a un problema de objeción de conciencia, a uno, propiamente, de objeción profesional ante la imposición obligatoria por el legislador de deberes profesionales contrarios a la propia naturaleza de la profesión²⁰. Lo que ocurre es que la pretendida contradicción entre la protección del derecho a la vida y a la salud de las personas, que se impone a los profesionales sanitarios y entre ellos, por supuesto, a los farmacéuticos, y la imposición del deber legal de dispensación con relación a determinados medicamentos, pura y simplemente no existe, y ello desde una doble perspectiva: la que concierne al carácter atentatorio a la vida y la salud de los medicamentos cuya dispensación se pretende objetar, que es analizada más adelante; y la que se refiere al ámbito de la competencia del farmacéutico, cuando se trata de la dispensación previa prescripción médica. En relación con esta segunda cuestión, señala la Exposición de Motivos de la Ley 29/2006 (p. VIII) que «la receta médica se configura como una auténtica garantía de servicio profesional para el paciente, por lo que el farmacéutico dispensará con receta aquellos medicamentos que la requieran y no podrá prescribir por sí mismo un medicamento que precise de receta médica, pero sí *colaborar en el seguimiento farmacoterapéutico de los tratamientos prescritos, a través de los procedimientos de la atención farmacéutica*»; a esta colaboración, pues, limita su intervención el farmacéutico, a la que debe unirse el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes reciban los medicamentos y productos sanitarios «en forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según los requerimientos individuales, durante el periodo de tiempo adecuado, con la información para su correcto uso y al menor costo posible» (art. 16 de la Ley 16/2003, de 18 de mayo, de cohesión y calidad del sistema nacional de salud)²¹. En

¹⁹ A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «Las objeciones...», *op. cit.*, pp. 290, 291, 300 y 301.

²⁰ Así, J. A. SOUTO PAZ, «Libertad de conciencia y bioderecho», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, 2000, pp. 405-436, esp. pp. 431 y 432, quien se refiere a la imposición de deberes profesionales al personal sanitario en los casos del aborto no terapéutico, de la eutanasia activa o de la ejecución de una pena de muerte mediante la aplicación de una inyección letal (esto es, ejemplos bien alejados del que nos ocupa).

²¹ La Ley And. 22/2007, de 18 de diciembre, completa la normativa estatal con una previsión relevante en cuanto a los límites de la actuación profesional del farmacéutico obligado a la dispensación, en relación con la prescripción del médico, en el caso de que «existieran dudas sobre la prescripción, por errores, adecuación a las condiciones de la persona enferma, medicación concomitante u otras circunstancias»; entonces, el farmacéutico no puede sino «subsana la deficiencia detectada, incluso, llegado el caso, contactando, si es posible, con el profesional que haya realizado la prescripción» (art. 14.12).

consecuencia, al profesional farmacéutico le corresponden, sí, importantes cometidos en el momento de la administración del medicamento al paciente, pero en el ejercicio de su profesión, y con relación a la dispensación de fármacos anticonceptivos, no entra dentro de su esfera de deberes jurídicos realizar una estimación *autónoma* de la potencialidad lesiva para la vida o la salud del medicamento prescrito por el médico, a quien ha correspondido tal cometido con anterioridad.

3.2.3. *El reconocimiento normativo expreso del derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico*

Por último, debemos examinar el reconocimiento expreso del derecho a la objeción de conciencia que han efectuado normas de diversa naturaleza²², debiendo comenzar por las previsiones contenidas en algunas normas autonómicas.

1. En efecto, algunas Comunidades Autónomas han reconocido expresamente el derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico (así, en Cantabria —art. 3.2 de la Ley 7/2001, de 19 de diciembre—, en La Rioja —art. 5.10 de la Ley 8/1998, de 16 de junio—, en Galicia —art. 6 de la Ley 5/1999, de 21 de mayo—, y Castilla-La Mancha —art. 17 de la

²² Además de las normas de Derecho interno, que examinamos en el texto principal y que conciernen específicamente a la profesión farmacéutica, no podemos dejar de citar una reciente norma que recoge expresamente y de modo general el derecho a la objeción de conciencia: es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, un texto normativo que, según el art. 6 TUE (versión consolidada tras el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007), posee «el mismo valor que los Tratados» (aunque excluido del texto de éstos), y en cuyo art. 10.2 se reconoce «el derecho a la objeción de conciencia *de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio*», en correspondencia (como afirmó el *Praesidium* de la Convención, órgano *ad hoc* encargado de la elaboración de la Carta) con las tradiciones constitucionales nacionales y la evolución de las legislaciones nacionales en esta materia (véase R. ALONSO GARCÍA y D. SARMIENTO, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 2006, pp. 21-24 —sobre la elaboración de la Carta— y 133-138 —sobre el art. 10—). Remisión, por tanto, y exigencia de reconocimiento formal y expreso del Derecho por las leyes de cada Estado miembro, que según ha señalado la doctrina (J. A. SOUTO PAZ, «La libertad de pensamiento, de conciencia y religión», en *Comentarios a la Constitución Europea*, Valencia, vol. 2, 2 vols., Tirant lo Blanch, 2004, pp. 335-358, esp. pp. 354 y 356), «no aporta ninguna novedad al ordenamiento jurídico europeo, más allá de su enunciado meramente terminológico», y que es plenamente coherente con la doctrina del TC que hemos expuesto más arriba, pues «el precepto reconoce el derecho de objeción de conciencia, pero no le otorga ni naturaleza de derecho fundamental ni, tampoco, le da alcance de derecho general. Se limita a remitirse a su regulación en las legislaciones nacionales».

Ley 5/2005, de 27 de junio—). En nuestra opinión, incurrirían en claro vicio de inconstitucionalidad, por vulnerar el reparto constitucional de competencias, si se interpretan en el sentido de exonerar al farmacéutico del deber de dispensación o de integrar una causa de justificación que excluya la responsabilidad resultante de la comisión de la infracción prevista en el art. 101.1.b).15.^a de la Ley 29/2006, de 26 de julio. En efecto, la legislación estatal en la materia, contenida en la ya tantas veces citada Ley 29/2006, se adopta, en lo que aquí nos interesa, en virtud de un doble título competencial contenido en el núm. 16.º del art. 149.1 de la CE que atribuye al Estado, de una parte, la competencia *exclusiva* para aprobar la legislación sobre productos farmacéuticos y, de otra, competencia para formular las *bases* en materia de sanidad (*vid.* disposición final primera, 1 y 2, de la Ley 29/2006)²³. Sin adentrarnos ahora en dilucidar si las normas relativas a la obligación de dispensación pertenecen a uno u otro ámbito material, o incluso a ambos²⁴, la incidencia que la regulación de la objeción de conciencia por la Comunidad Autónoma tiene en el régimen sancionador del incumplimiento de las normas sustantivas de competencia estatal es suficiente para reputarlas viciadas de inconstitucionalidad.

a) Una primera opción consiste en que se trate de una competencia normativa estatal que comprenda *toda* la legislación y no sólo la básica, esto es, que comporte la facultad para legislar sobre la integridad de la materia, acompañando a la titularidad de la competencia sobre la materia sustantiva (productos farmacéuticos), la potestad para *adoptar normas administrativas sancionadoras* (previstas en el Título VIII de la Ley), correspondiendo sólo, en consecuencia, a las Comunidades Autónomas, las funciones de

²³ En el mismo sentido, los Estatutos de Autonomía reconocen, de una parte, la competencia de la Comunidad para el desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado en materia de ordenación de establecimientos farmacéuticos (art. 10.15.^a EAPV; art. 162.2 EACat.; art. 28.8.^a EAGal.; art. 55.1 EAAAnd.; art. 11.4 EAAst.; art. 25.4 EACant.; art. 9.12 EARio.; art. 11.1 EAMur.; art. 49.19.^a EAVal.; art. 71.56.^a EAAra.; art. 32.4 EAC-LM; art. 30.31 EACana; art. 58.1.g) EANav.; art. 8.11 EAExt.; art. 30.49 EABal.; art. 27.12 EAMad.; art. 34.8.^a EACyL), y de otra, una función solamente ejecutiva de la legislación del Estado en materia de productos farmacéuticos (art. 18.3 EAPV; art. 162.5 EACat.; art. 33.2 EAGal.; art. 55.3 EAAAnd.; art. 12.8 EAAst.; art. 26.8 EACant.; art. 11.12 EARio.; art. 12.7 EAMur.; art. 54.3 EAVal.; art. 77.7.^a EAAra.; art. 33.8 EAC-LM; art. 33.7 EACana.; art. 58.1.g) EANav.; art. 9.9 EAExt.; art. 32.8 EABal.; art. 28.1.10.^a EAMad.; art. 36.7 EACyL).

²⁴ Nótese que el apartado 1.º de la disposición final primera considera que, entre otras normas, «tienen la condición de legislación sobre productos farmacéuticos» las del título I, donde se incardina el art. 2, antes transcrito; en tanto que, según el apartado 2.º, el art. 84 tiene la condición de normativa básica, al amparo del art. 149.1.16.^a

ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos²⁵, traducidas, en el caso que estudiamos, en el *ejercicio de la potestad sancionadora* (que se atribuye a las Comunidades Autónomas que ostenten también la competencia de inspección, *ex. art. 102.4 de la Ley 29/2006*)²⁶.

En este caso, la Comunidad Autónoma no es titular de potestad legislativa alguna para incidir en la regulación tipificadora de infracciones y sanciones adoptada por el Estado, y por ello es evidente que carece de competencia normativa para reconocer el derecho a la objeción de conciencia, debiendo limitarse a la ejecución de las leyes del Estado (en este caso consistente en la imposición de la sanción prevista por el Estado para la infracción por él tipificada, de la obligación por él también impuesta en el ejercicio de una competencia exclusiva), debiendo actuar, en el proceso de ejecución de las leyes, con sometimiento pleno a la Ley estatal de cuya ejecución se trata, como ha señalado la más autorizada doctrina²⁷.

b) Si de competencias concurrentes se tratara, en que el Estado formula la legislación básica, correspondiendo a las Comunidades Autónomas la potestad normativa de desarrollo, no podrán éstas tampoco prever la posibilidad de oponer la objeción de conciencia al cumplimiento de un deber impuesto, y cuya infracción es sancionada por la ley «básica» del Estado.

Ello es así, pues en la actualidad la postura del TC es unívoca y tajante en el sentido de que «la protección concedida por la ley estatal puede ser ampliada y mejorada por la ley autonómica» (STC 196/1996), «pudiendo establecer o modular tipos y sanciones en el marco de las normas o principios básicos del Estado... siempre que sean compatibles, no contradigan, reduzcan o cercenen dicha normativa básica» (STC 37/2002), pero «lo que resulta constitucionalmente improcedente es que resulte

²⁵ Véanse, a este respecto, los distintos Reales Decretos sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de ejecución de la legislación sobre productos farmacéuticos a las Comunidades Autónomas: a Aragón (Decreto 612/1999, de 16 de abril), a Asturias (Decreto 2082/1999, de 30 de diciembre), a Castilla y León (Decreto 1755/1998, de 31 de julio), a Cataluña (Decreto 1047/1997, de 27 de junio), a Navarra (Decreto 1318/1997, de 1 de agosto), a Valencia (Decreto 851/1999, de 21 de mayo), a Extremadura (Decreto 430/2003, de 11 de abril), a Galicia (Decreto 1379/1997, de 29 de agosto), a Baleares (Decreto 1004/1999, de 11 de junio), a Canarias (Decreto 2468/1996, de 2 de diciembre), a La Rioja (Decreto 1845/2000, de 10 de diciembre), a Murcia (Decreto 510/2001, de 11 de mayo), a Extremadura (Decreto 430/2003, de 11 de abril) y a Cantabria (Decreto 1419/2006, de 1 de diciembre).

²⁶ Téngase en cuenta que los Decretos de transferencia, citados en la nota anterior, atribuyen a las Comunidades Autónomas funciones de inspección en materia de productos farmacéuticos.

²⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 13.ª ed., Madrid, Civitas, 2006, pp. 315-317.

restringida o disminuida» (STC 196/1996), de manera que los tipos estatales suponen un mínimo que luego no puede ser alterado a la baja por el legislador de desarrollo, pero sí al alta, de tal manera que resulta lícita la imposición de sanciones de mayor dureza y gravedad que las estatales, como garantía de un plus de protección²⁸. El reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia supone claramente una relativización de los tipos sancionadores establecidos por el Estado, pues su virtual eficacia es precisamente exonerar del cumplimiento de deberes legales y, en último término, constituir una justificación excluyente de la imposición de la correspondiente sanción, que únicamente podría contemplar quien establece la conducta sancionada.

Hechas estas observaciones, debemos destacar la pésima técnica legislativa que ha empleado el legislador autonómico a la hora de reconocer el derecho a la objeción de conciencia del profesional farmacéutico. En primer término, en cuanto a los límites que a su ejercicio se imponen, resultan en la mayor parte de los casos insuficientes, exigiendo simplemente que el ejercicio de la objeción *no limite o condicione el derecho a la salud de los ciudadanos* (así el art. 6 de la Ley de Galicia 5/1999, de 21 de mayo; y, en iguales términos, art. 17 de la Ley de Castilla-La Mancha 5/2005, 27 de junio) o incluso sólo que *no se ponga en peligro la salud del paciente o usuario* (art. 5.10 de la Ley de La Rioja 8/1998, de 16 de junio). La Ley de Cantabria 7/2001, de 19 de diciembre, art. 3.2, con mayor corrección, impone como exigencia del ejercicio del derecho que «no limite o condicione los derechos de los ciudadanos recogidos en el apartado anterior» (en que se recogen, entre otros, el derecho a la asistencia continuada, a la libre elección de oficina de farmacia, a la adquisición de medicamentos necesarios, etc.). En segundo lugar, la intervención administrativa que en los citados preceptos se contempla es también a todas luces insuficiente, por cuanto se ha de limitar a adoptar las medidas «necesarias» (art. 17 de la Ley de Castilla-La Mancha 5/2005, 27 de junio) u «oportunas» (art. 3.2 de la Ley de Cantabria 7/2001, de 19 de diciembre) o «excepcionales» (art. 6 de la Ley de Galicia 5/1999, de 21 de mayo), para que la salud o derechos del usuario no se vean condicionados o limitados. Para nada se prevé, pues, la exigencia de una mínima formalización del ejercicio del derecho.

Debería el objeto, en todo caso, someterse a un procedimiento formal, pues el derecho a la objeción de conciencia no puede satisfacerse con

²⁸ Sobre todo ello y la jurisprudencia citada, en A. NIETO GARCÍA, *Derecho...*, op. cit., pp. 114 y 115.

la mera existencia del dato de conciencia, ni basta con que aquel manifieste o exprese su condición de tal, pues «el fuero de la conciencia ha de conciliarse con el fuero social o colectivo» (STC 160/1987), debiendo ser en todo caso contrastada la consistencia de las convicciones esgrimidas, que han de alcanzar un determinado nivel de fuerza, seriedad, coherencia e importancia²⁹. De otra parte, el objetor, para la reconocibilidad de su derecho, ha de prestar la necesaria colaboración y facilitar la tarea de los poderes públicos, comenzando por la renuncia a mantener sus propias creencias en el ámbito secreto de su conciencia, bien entendido que, sin esa voluntad del objetor dirigida a extraer consecuencias jurídicas de su objeción, nadie podría entrar en su intimidad ni obligarle a declarar sobre su ideología, religión o creencias, pues lo prohíbe el art. 16.2 de la CE (STC 160/1987).

2. Problemática diferente plantean las previsiones observadas en las normas deontológicas relativas a la profesión farmacéutica.

El «Código de ética farmacéutica y deontología de la profesión farmacéutica», aprobado en el año 2000 (14 de diciembre) por la Asamblea de Colegios Farmacéuticos, reconoce en sus arts. 23, 28 y 33 el derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico³⁰, y lo mismo ha hecho algún Colegio territorial, como el de Madrid, que en Asamblea general de 30 de marzo de 2004 aprueba un Código Deontológico en el que se reconoce igual derecho. La pregunta que inmediatamente surge es ¿pueden las normas deontológicas reconocer, con eficacia jurídica, el derecho a la objeción de conciencia? Pese a la opinión de algún autor³¹, creemos que la respuesta debe ser rotundamente negativa.

Es sabido que a los Colegios Profesionales se atribuye potestad reglamentaria, y que ésta se extiende a regular las actividades profesionales de los colegiados y la disciplina del ejercicio profesional, con necesaria sujeción a las leyes reguladoras de la profesión (cuya aprobación corresponde al Estado), así como los aspectos deontológico y disciplinario con tipificación de las faltas y sanciones [arts. 1, 3 y 5.i) de la LCP]. Ahora bien, como ha señalado la doctrina, la función de ordenar la actividad profesional de los colegiados queda constreñida «al desarrollo de los precep-

²⁹ Véase, en este sentido, la STEDH, asunto *Campbell y Cosans c. UK*, de 25 de febrero 1982, y L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos (un estudio de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008, pp. 108, 109 y 117.

³⁰ A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «La objeción ...», *op. cit.*, pp. 4 y 5.

³¹ *Ibid.*, pp. 4 y 5.

tos legales sobre la materia, cubriendo las lagunas —si las hubiera— y a la mera regulación de cuestiones particulares de carácter técnico profesional que afecten al ejercicio profesional»³², quedando, por lo tanto, «excluidos los reglamentos independientes y la regulación de materias o supuestos no atribuidos a la esfera normativa de los Colegios Profesionales»³³.

Es claro, por tanto, que una norma colegial (estatutaria o deontológica), no puede en modo alguno violentar la Ley, y lo hace sin duda cuando, por intermedio del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia, habilita a tener por dispositiva una prescripción legal imperativa, que para nada ha previsto (ella misma o norma habilitada para ello), elementos flexibilizadores de su cumplimiento. Tampoco puede una norma colegial (de naturaleza reglamentaria, como sabemos, vinculada a la Ley y a ella sometida) contemplar el derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico, pues con ello invade el ámbito de una materia, la tipificación de infracciones y sanciones en el ámbito de los «productos farmacéuticos» o de la «salud pública», reservada, ya lo hemos visto, a la Ley exclusivamente estatal, o al conjunto normativo formado por las normas básicas del Estado y las normas de desarrollo autonómicas (con las limitaciones vistas para estas últimas).

Por todo lo dicho, consideramos absolutamente inoportuna la cita de los preceptos del Código de Ética Farmacéutica arriba mencionados, que efectúa la STSJ de Andalucía 1/2007, de 8 de enero (FJ 5.º), en apoyo del reconocimiento incidental que efectúa del derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico, contrario, como también hemos señalado, a la jurisprudencia del TC o, por lo menos, ignorante de su evolución³⁴.

³² J. M. SÁNCHEZ SANDINOS, *Los colegios profesionales en el ordenamiento constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 270.

³³ J. GÁLVEZ MONTES, *La organización de las profesiones tituladas*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2002, pp. 250 y 251.

³⁴ Más criticable aún es tal mención cuando, como destaca el profesor ALENDA SALINAS («La píldora ...», *op. cit.*, p. 19), el Código «no tiene fuerza legal en tanto no se incorpore a Estatutos colegiales o reciba el correspondiente refrendo legislativo» (recordemos que, conforme al art. 6 de la Ley de Colegios Profesionales de 1974, los estatutos deben ser sometidos a la aprobación del Gobierno, a través del Ministerio competente), lo que no se había producido en la fecha de la sentencia, ni aún hoy, que sepamos.

4. RELEVANCIA OBJETIVA DE LOS MOTIVOS DE CONCIENCIA DEL FARMACÉUTICO

4.1. El médico objetor a la intervención en prácticas abortivas y la cuestionable analogía con el farmacéutico obligado a dispensar medicamentos anticonceptivos

Nos corresponde ahora abordar un argumento que se aporta por las opiniones doctrinales favorables a la objeción de conciencia del farmacéutico; es el que asimila la posición en que se encuentra el farmacéutico al que se solicita la dispensación de determinados anticonceptivos, que por tales opiniones son tenidos por abortivos, a la del personal sanitario que tiene que participar en la interrupción voluntaria del embarazo³⁵; analogía que, por tanto, pretende incorporar al farmacéutico al ámbito de eficacia de la STC 53/1985, de 16 de abril³⁶, cuyo (débil e incidental) reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia del médico ha causado, como hemos visto, tanta confusión³⁷.

La cuestión planteada podría parecer superflua ante la clara negativa, de la que partimos, a considerar la objeción de conciencia como un dere-

³⁵ Se consideran abortivos fundamentalmente los contraceptivos postcoitales, y particularmente los progestágenos —principio activo: levonorgestrel 0,750 mg— (conocido como «píldora del día después»).

³⁶ Debe notarse, no obstante, que ya los votos particulares que se formularon a dicha sentencia por los magistrados Ángel Latorre y Manuel Díez de Velasco entendieron que la titularidad del derecho a la objeción de conciencia debía limitarse al médico y demás personal sanitario al que se pretenda imponer «que actúe *de una manera directa* en la realización del aborto».

³⁷ Así, por ejemplo, M. L. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, «La objeción...», *op. cit.*, pp. 8 y 10; A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «La objeción...», *op. cit.*, p. 13, que incluso llega a afirmar que «podría trasladarse por analogía a cualquier otra situación del ámbito sanitario», y también, del mismo autor, «Las objeciones...», *op. cit.* S. SIEIRA MUCIENTES, «La objeción de conciencia sanitaria», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 89, 2006, pp. 43-98, señala que «lo que se predica de la objeción al aborto puede extenderse a otras modalidades de objeción sanitaria que impliquen la destrucción de embriones, sin dificultad alguna, por poseer el mismo objeto: así ocurrirá con la *contracepción postcoital*, la reproducción asistida, la investigación destructiva de embriones, la clonación terapéutica (y por supuesto, la reproductiva si es que llegase a legalizarse) o la selección preconcepcional del sexo» (p. 51); también, del mismo autor, *La objeción de conciencia sanitaria*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 219-224. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «Las objeciones de conciencia de los católicos», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9, 2005, p. 20, afirma que «sin duda la argumentación del Tribunal Constitucional a propósito del aborto es válida para las objeciones de conciencia en general, y en particular para las objeciones bioéticas».

cho fundamental (o, en sentido estricto, siquiera como un derecho constitucional, salvo el expresamente reconocido a la objeción de conciencia al servicio militar en el art. 30.2 de la CE). Negada la existencia de tal derecho, constituye una obligación del farmacéutico la dispensación de los medicamentos y productos sanitarios en las condiciones legal y reglamentariamente establecidas (*ex. art. 2.1 de la Ley 29/2006*), obligación cuyo incumplimiento no puede ampararse en la objeción de conciencia; luego, esta aparente claridad nada parece aconsejar el tránsito por el espinoso problema de dilucidar la naturaleza «abortiva» o «anticonceptiva» de determinados medicamentos que, a fin de cuentas, remite a un interrogante que no ha tenido, ni, aventuramos, tendrá solución definitiva nunca, cual es el concerniente al momento en que comienza la vida humana y en que, por tanto, debe ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, creemos que se maneja una terminología no exenta de relevancia jurídica, y aun de una gran relevancia, cuando se emplea el término «abortivo», pues no puede obviarse que la protección penal del *nasciturus* se articula precisamente en torno al tipo de injusto del aborto, sancionado en el Título II del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 26 de noviembre, del Código Penal. ¿Se quiere afirmar entonces que la dispensación de determinados anticonceptivos no sólo debe considerarse un deber legal objetable por motivos de conciencia, sino que debiera reputarse un ilícito que debiera ser objeto de represión penal? ¿Es por ello inconstitucional —por violación del art. 15 de la CE— la Ley que obliga al farmacéutico la dispensación de tales medicamentos, o —por el mismo motivo—, la norma que impone unas existencias mínimas de los mismos en la oficina de farmacia y aun la que considera lícitas tales sustancias? ¿Se quiere así afirmar que el farmacéutico que dispensa determinados anticonceptivos es partícipe en la conducta sancionada como delito de aborto en los arts. 144 a 146 del CP —particularmente, el aborto producido por la propia mujer, que es la que injeriría los abortivos, fuera de los casos permitidos por la ley—, y que tal conducta únicamente estaría exenta de pena si fuera susceptible de encajar en alguna de las tres indicaciones del art. 417. bis del CP de 1973? Subyace en todo ello una gran confusión entre convicciones religiosas y filosóficas, conceptos médicos³⁸ y convenciones jurídicas que han tenido acogida expresa en el Derecho positivo y en pro-

³⁸ Recuerda Rodríguez Devesa que si bien «médicamente se entiende por aborto toda expulsión del feto, sea natural o provocada, dentro de los seis primeros meses siguientes a la concepción», «el concepto médico no es utilizable a los efectos penales» (J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal. Parte especial*, 6.ª ed., 1975, p. 77).

nunciamentos jurisprudenciales de tribunales patrios e internacionales. Permítasenos mostrarlo.

4.2. El concepto legal de «aborto» y los límites temporales de la protección jurídica de la vida en formación

El criterio de la Ley de 24 de enero de 1941, rubricada, como sabemos, «para la protección de la natalidad, contra el aborto y la propaganda anti-concepcionista», que reputaba aborto «no sólo la expulsión prematura y voluntariamente provocada del producto de la concepción, sino también la destrucción en el vientre de la madre», fue juzgado de un rigorismo excesivo, pues suponía prever como forma consumativa y perfecta de aborto el aniquilamiento o expulsión, producidas desde el momento mismo de la fecundación, de la simple «mola» que sin duda puede considerarse «producto de la concepción», confundiendo así la defensa de la vida con la defensa de la vida humana. La definición no pasó al CP de 1944, que, por más que incorporara en lo sustantivo su articulado, moderó el régimen de penas que prevenía la Ley, ni a los posteriores textos de 1963 y 1973³⁹.

La atención al proceso gradual de la gestación en orden a determinar la progresiva implicación de la protección jurídica (fundamentalmente penal, pero también civil y administrativa) del «nasciturus», ha conducido a una solución más plausible. Si ya el canonismo medieval, con fundamento expreso en la patrística, partía de la distinción entre un «corpus maturum» y un «corpus in maturum»⁴⁰, distinción que incluso completaba con una precisión apriorística de tiempo (cuarenta días para los varones, y ochenta para las hembras), la STC 53/1985, ya citada, afirmará que «la vida humana es *un devenir, un proceso que comienza con la gestación*, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es *un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somáti-*

³⁹ Aunque la jurisprudencia hubo de mantener el rigor que imponía la definición del aborto contenida en la referida Ley de 1941, recordándola expresamente: así, por ejemplo, SSTS de 21 de abril de 1951, 23 de junio de 1952, 18 de diciembre de 1952, 16 de junio de 1962, 11 de marzo de 1974, etc., y aun en fecha muy reciente —incluso posterior a la STC 53/1985—, la Sentencia de 6 de diciembre de 1985.

⁴⁰ Véase sobre ello, con cita de pasajes de la *Summa Theologica*, el interesantísimo artículo de U. Eco, «Sobre el alma de los embriones», en *A paso de cangrejo*, Barcelona, Debolsillo [sic], 2007, pp. 289-292, también publicado anteriormente, en una versión casi igual, en el diario *El Mundo* de 25 de marzo de 2005.

ca y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital» (FJ 5.º). Hecha esta afirmación, queda por resolver el interrogante más importante: ¿en qué momento de ese «proceso», de ese «curso» o «continuo», adquiere la vida en formación relevancia jurídica? y ¿cuál es la naturaleza de esa relevancia? Ambas preguntas obtienen hoy respuesta en nuestro Derecho.

1. Comenzando por la segunda de las cuestiones planteadas, ha afirmado el TC que si bien no puede fundamentarse que, conforme al art. 15 de la CE («*todos* tienen derecho a la vida...»), «*al nasciturus* le corresponda también la titularidad del derecho a la vida» (STC 53/1985, FJ 7.º), del que sólo son titulares los nacidos (STC 212/1996, de 19 de diciembre⁴¹, FJ 3.º), «debemos afirmar —continúa la Sentencia 53/1985— que la vida del *nasciturus* (...) es un *bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de Nuestra Norma fundamental*» (en idéntico sentido, STC 116/1999, de 17 de junio⁴², FFJJ 4.º y 5.º), cuya protección implica, con carácter general, para el Estado la doble obligación de «abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación», y de «establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales» (Sentencias 53/1985, FJ 7.º; 212/1996, FJ 3.º, y 116/1999, FJ 5.º), aunque, como ha añadido la Sentencia 53/1987, «ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto, pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones» (FJ 7.º), particularmente para garantizar un justo equilibrio entre los intereses de la madre y la necesidad de asegurar la protección de la vida expectante.

En el mismo sentido, el TEDH, en la Resolución de la Comisión de 13 de mayo de 1980, asunto *X c. Reino Unido*, va a considerar que el niño por nacer no es una «persona» a la vista del uso generalmente atribuido a este término y del contexto en el que se emplea en el art. 2 del Convenio («el derecho de toda *persona* a la vida está protegido por la ley») (*vid.* también Resolución *H. c. Noruega*, de 19 de mayo de 1992, y *Boso c. Italia*, de 5

⁴¹ Sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

⁴² La Sentencia resuelve (algo más de ¡diez años! después de su interposición) el recurso promovido contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

de septiembre de 2002); igualmente, en la Sentencia de 8 de julio de 2004, asunto *Vo c. Francia*, tras afirmar que «el punto de partida del derecho a la vida entra dentro del margen de apreciación de los Estados», puesto que «no existe ningún consenso europeo sobre la definición científica y jurídica de los inicios de la vida» (§ 82), señalará que «todo lo más que se puede encontrar como denominador común a los Estados es la pertenencia [del *nasciturus*] a la especie humana», por lo que son «la potencialidad de este ser y su capacidad para convertirse en una persona..., las que deben ser protegidas en nombre de la dignidad humana sin por ello hacer de él una “persona” que tendría un “derecho a la vida” en el sentido del art. 2» (§ 84). Más específicamente, pese a la actitud huidiza que la Comisión había mostrado en otros casos a pronunciarse sobre si los derechos humanos son totalmente predicables del embrión humano desde el momento de la concepción⁴³, ha señalado con toda claridad en Sentencia de la Gran Sala de 10 de abril 2007, asunto *Evans c. RU*, que el Tribunal «considera que *los embriones creados por el demandante y “J”* [se trata de embriones creados *in vitro*], *no son titulares del derecho a la vida en el sentido del art. 2*», por lo que la destrucción de los mismos no constituye una violación de tal precepto.

2. Puesto que el art. 15 de la CE (al igual que el art. 2 del CEDH) no hace referencia a los límites temporales del derecho a la vida, ha sido cuestión controvertida la de determinar el momento en que nace ese bien jurídico constitucionalmente protegido, y con él las obligaciones para el Estado que hemos reseñado, particularmente la relativa a garantizar la defensa de la vida, específicamente mediante el recurso al Derecho penal y el castigo del delito de aborto. El criterio ofrecido por la doctrina (penalista), la jurisprudencia y el propio derecho positivo es coincidente. Debemos detenernos en ello.

Si otrora se agotaron «en pro y en contra todos los argumentos divinos y humanos» sobre la licitud o ilicitud del aborto, hasta el punto de que «del teatro llegó a hacerse cátedra y, lo que es peor, en ocasiones de la cátedra teatro, complicándose demasiado a menudo el tema científico con sectarismos políticos que lo enconaran hasta el paroxismo»⁴⁴, hoy en día la controversia ha sido en gran medida pacificada por la práctica unanimitad que la dogmática penal ha mostrado al afrontar el problema de delimitar el bien jurídico protegido por el delito de aborto, con el objeto de, por

⁴³ Véase I. LASAGABASTER HERRARTE *et al.*, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentarios sistemático*, Madrid, Civitas, 2004, p. 42.

⁴⁴ A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1966, p. 753.

una parte, determinar el momento en el que cesa la protección de la vida humana dependiente y comienza la tutela penal de la vida humana independiente (mediante el castigo de los delitos del homicidio y del asesinato); y, de otra, deslindar las conductas típicas constitutivas del delito de aborto, de las conductas atípicas, exentas de sanción penal, en cuanto carentes de objeto material. Es esta segunda problemática la que nos interesa.

La doctrina absolutamente mayoritaria⁴⁵ se inclina por admitir el comienzo de la vida humana, en términos estrictamente jurídicos, en el momento de la anidación o de la implantación del óvulo fecundado en el útero materno, momento posterior y diferenciado de la fecundación (esto es, de la unión del óvulo con el gameto masculino), produciéndose catorce días después de ésta, y que es el determinante del comienzo de la gestación y de la individualidad de la nueva vida.

De esta forma, pues, del derecho fundamental a la vida se deduce una distinta valoración para la vida humana en formación y la vida de la persona; aquélla no es titular del derecho fundamental definido en el art. 15 de la CE, pues éste proclama el derecho a la vida en relación con las personas (*vid.* STC 53/1985, FFJJ 5.º y 7.º, y así, expresamente, el art. 2 del CEDH), condición que jurídicamente sólo se alcanza con el nacimiento, pero la vida en formación es un bien jurídico constitucionalmente protegido, cuya tutela comienza con la *gestación* (STC 53/1985, FJ 5.º), un proceso en cuyo devenir, la vida embriológica o fetal presenta diferencias cuantitativas en la valoración y protección jurídicas: «vale más cuanto más se aproxima al momento del nacimiento»⁴⁶, y que no comienza

⁴⁵ Así, por ejemplo, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, 16.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 87; L. ARROYO ZAPATERO, I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*, *Comentarios al Código Penal*, 1.ª ed., Madrid, Iustel, 2007, p. 366; J. CÓRDOBA RODA, M. GARCÍA ARÁN *et al.*, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, vol. I, 2 vols., Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 67 y 68; J. L. Díez RIPOLLÉS, L. GRACIA MARTÍN *et al.*, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 292; G. QUINTERO OLIVARES, F. MORALES PRATS *et al.*, *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, 6.ª ed., Madrid, Aranzadi, 2007, pp. 91-95.

En contra de esta opinión dominante, considerando la existencia del delito de aborto desde el momento mismo de la fecundación, con reminiscencias claras de la Ley de 24 de enero de 1941, hablando en ocasiones todavía del «producto de la concepción»: M. BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, vol. I, Madrid, CERA, 2003, p. 113; M. COBO DEL ROSAL, C. CARMONA SALGADO *et al.*, *Manual de Derecho Penal (Parte especial)*, vol. I, 2 vols., Madrid, Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1992-1993, p. 116; L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Derecho Penal. Parte especial*, I, Madrid, Servicio de Publicaciones de la UCM, 1996, p. 70.

⁴⁶ T. S. VIVES ANTÓN *et al.*, *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, 2 vols., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 768 y 769.

sino cuando el óvulo fecundado ha anidado definitivamente en el útero materno, razón por la cual son penalmente irrelevantes los comportamientos anteriores a la anidación. Por tanto, la tutela penal de los tipos de aborto sólo abarcan al embrión⁴⁷ y al feto⁴⁸, pero no al «preembrión» o «embrión preimplantatorio»⁴⁹ (conceptos ajenos al derecho que éste asume de otros ámbitos científicos, *vid.* Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, y aún antes en la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, que aquélla deroga), lo que no significa que estos últimos no deban ser objeto de tutela jurídica, que se traduce, de una parte, en las cautelas que previene la legislación sobre reproducción asistida, al regular las técnicas propias de ésta y, sobre todo, el destino de los preembriones obtenidos por fecundación «*in vitro*» y no implantados (*vid.* Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida); y de otra, en la represión penal de conductas constitutivas de manipulaciones abusivas sobre los preembriones, atentatorias a bienes jurídicos protegidos, como el genotipo, el derecho a la individualidad o a la identidad genética, etc. (arts. 159 a 162 del CP de 1995, bajo la rúbrica «Delitos relativos a la manipulación genética»). Por todo ello, ni existe, desde luego, un derecho fundamental a la vida del óvulo fecundado, ni antes de su anidación estable es posible su configuración como bien jurídico constitucional, ni, por supuesto y con toda evidencia, pueden los simples gametos humanos (ovocitos y espermatozoides) en sí mismos considerados, sin que haya habido lugar todavía a la fecundación, ser acreedores de tal condición (argumento STC 116/1999, FJ 7.º).

⁴⁷ La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, define en su art. 3, letra l), al «embrión» como la fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los cincuenta y seis días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener.

⁴⁸ Definido el «feto» en la Ley 14/2007 [art. 3, letra n)] como embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde los cincuenta y siete días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener, hasta el momento del parto.

⁴⁹ Nuevamente la Ley 14/2007 [art. 3, letra s)] ofrece un concepto de «preembrión»: es el embrión constituido *in vitro* formado por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta catorce días más tarde.

4.3. El pretendido carácter abortivo de los anticonceptivos sujetos al deber de dispensación

De todo lo expuesto resultan importantes consecuencias para el tema que nos concierne, pues a la vista de lo dicho, ninguno de los medicamentos o productos sanitarios que el farmacéutico dispensa tiene propiamente carácter abortivo. Son, en sentido amplio, medios para impedir la concepción y el comienzo de la gestación, que producen, en ocasiones, una destrucción o expulsión del llamado embrión preimplantatorio —aquel que todavía no ha anidado— que está jurídicamente permitida. La Administración sanitaria ha sido cautelosa a este respecto, y el fármaco que más dudas podría hacer surgir sobre su carácter propiamente abortivo, la píldora Myfegine, que contiene RU-486, que puede ser aplicada después de la implantación del embrión, hasta el día cuarenta y nueve de la menorrea gestacional, ha sido clasificado entre los medicamentos de «uso hospitalario»⁵⁰, sometidos, por tanto, a la exigencia de orden hospitalaria de dispensación, en la que se hace constar aquella prescripción (*ex. art. 77 de la Ley 29/2006, de 26 de julio*). De otra parte, debe tenerse en cuenta que la práctica totalidad de los anticoncepcionales cuya dispensación debida ha sido objetada por motivos de conciencia está sometida, como sabemos, a la exigencia de previa prescripción y receta médica.

En consecuencia, la objeción de conciencia a la dispensación de medicamentos anticonceptivos, y aun la impugnación de disposiciones generales relativa a determinadas exigencias impuestas a los titulares de oficinas de farmacia en relación con los mismos, fundamentada en el carácter abortivo de aquéllos, cuya dispensación pudiera suponer la participación en un acto atentatorio al bien jurídico constitucionalmente protegido de la vida en formación, e invocada como manifestación parificable a la objeción que por motivos de conciencia puede oponer el médico a tomar parte en intervenciones de interrupción voluntaria del embarazo, carece absolutamente de todo fundamento en el Derecho positivo⁵¹.

⁵⁰ Así llamados en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (art. 22), y hoy denominados «medicamentos de dispensación, bajo prescripción médica restringida, de utilización reservada a determinados medios especializados» [art. 19.3, letra c), de la Ley 29/2006, de 26 de julio], entre los cuales el RD 618/2007, de 11 de mayo, incluye los medicamentos que «estén indicados para tratamientos que sólo puedan seguirse en medio hospitalario» (art. 2.1).

⁵¹ De esta forma, podría incluso llegar a afirmarse que la dispensación de medicamentos anticonceptivos tiene un carácter neutral, y que, por tanto, no tiene implicaciones de con-

(Desde luego, debe advertirse de inmediato que ello no excluye la posibilidad de que el farmacéutico responda penalmente, como partícipe en un delito de aborto, cuando dispense, sin concurrir las condiciones legal y reglamentariamente establecidas, sustancias que puedan ser utilizadas para tal fin —por ejemplo, el principio activo «misoprostol», un protector gástrico, tiene un efecto abortivo—, fuera de los casos permitidos y sin las garantías establecidas por la Ley —art. 417.bis del CP de 1973—).

Que los anticonceptivos dispensados en farmacias no tienen carácter abortivo es algo que la jurisprudencia ha venido a corroborar. Así, en STSJ de Andalucía 628/2002, de 30 de julio, más arriba citada, en un asunto en que se invoca, como fundamental, el derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico, el recurrente, «partiendo de la equiparación entre concepción y fecundación (como unión de espermatozoide y óvulo), y de la equiparación entre óvulo fecundado y embrión humano», calificaba «los «progestágenos» [en el caso, la «píldora del día después»] de inhibidores de la fecundación, y si ésta se ha producido, producen el efecto de impedir al óvulo fecundado que anide o se implante en la pared uterina», justificando, con ello «la vulneración del derecho a la vida del art. 15 CE», a lo que la Sala va a contestar que la violación invocada es una «cuestión que en el fondo exigiría *deslindar los conceptos de métodos abortivos y anticonceptivos*, destacando que la Agencia Española del Medicamento lo considera un anticonceptivo de emergencia, en fundamento a lo ya delimitado en igual sentido por la Organización Mundial de la Salud y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 2 de octubre de 2001; y además *exigiría contrastar todos los intereses en juego, como lo son también el de la vida y la integridad corporal de la mujer*, en relación con los objetivos perseguidos por la normativa impugnada que la propia Exposición de Motivos refiere: *evitar el contagio de enfermedades y los embarazos no deseados*».

Sin desarrollar el argumento, pues no se invoca la violación del art. 2 del CEDH, el TEDH, en el asunto *Pichon y Sajous c. Francia*, manifiesta que «dado que *la venta de este producto [el anticonceptivo] es legal, se produce por prescripción médica única y obligatoriamente en las farmacias, los*

ciencia, en relación al derecho a la vida. Sin embargo, no es neutral en cuanto a determinadas concepciones sobre la sexualidad humana, pues creemos que, a fin de cuentas, en verdad no se trata sólo de objetar por motivos de conciencia a métodos que se estiman atentatorios contra la vida, sino a medios reguladores de la concepción que no tienen carácter natural y que atentan contra «un deber moral que impide al hombre intervenir en el normal desarrollo de la relación sexual» (así lo apunta P. VILLARREAL, «La objeción...», *op. cit.*, p. 125).

demandantes no podrían hacer prevalecer e imponer a otros sus convicciones religiosas para justificar la negativa a vender este producto». Pero si bien es cierto que ante el TEDH, los demandantes no invocan el derecho a la vida, la apreciación del tribunal francés, ante la afirmación de aquéllos de que «la negativa de venta que les era reprochada estaba justificada por un motivo legítimo que se sustentaba en el hecho de que ninguna disposición legal obligaba a los farmacéuticos a expedir productos anticonceptivos o abortivos» (con alegación del art. L645 del Código de la Salud Pública, que se refiere a «remedios y sustancias, sondas intrauterinas y otros objetos análogos, susceptibles de provocar o favorecer el aborto»), va a ser clara: «el art. 645 que invocan los demandantes no concierne en ningún caso a los medicamentos contraceptivos sino que se aplica únicamente a los productos abortivos», y los productos que los recurrentes habían rechazado vender eran medicamentos contraceptivos «que *no podrían ser asimilados a productos abortivos*».

Con equiparable laconismo al empleado por el TEDH, la STSJ de Andalucía 1/2007, de 8 de enero, ante la alegación de la violación del derecho a la vida protegido por el art. 15 de la CE, va a señalar, refiriéndose a los anticonceptivos poscoitales, que se trata de «una sustancia reconocida como *medicinal*» y «por tanto no se puede cuestionar la naturaleza de la *sustancia médica admitida como tal*, e incluida como sustancia médica en la normativa general del Estado».

5. CONCLUSIONES

Para concluir, formularemos unas, no por breves, menos necesarias conclusiones, que no pretenden ser sino una síntesis de cuanto se ha tratado de exponer a lo largo del texto:

a) El derecho a la objeción de conciencia no es un derecho fundamental. No forma parte del catálogo de la Sección 1.^a, Capítulo II, Título I, de la CE, ni implícitamente puede ser considerado como una concreción de la libertad ideológica y religiosa que consagra el art. 16.1. La Constitución sólo contempla, en el art. 30.2, Sección 2.^a, del mismo Capítulo y Título, entre los derechos de los ciudadanos, el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar. Ni más, ni menos. Tampoco forma parte de la libertad de creencias del art. 9 del CEDH, y así lo ha dicho el TEDH en el asunto *Pichon y Sajous c. Francia*, entre otros.

b) Ante la clara evolución de la doctrina del TC que hemos expuesto, creemos criticables determinadas resoluciones de los tribunales ordinarios que han continuado afirmando, aun en tiempos bien recientes y con relación a un supuesto derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico, que tal derecho es un derecho fundamental, concreción de la libertad ideológica y religiosa del art. 16.

c) El derecho a la objeción de conciencia no es, por tanto, según la doctrina que creemos correcta, un derecho que pueda invocarse ante los tribunales y que sea inmediatamente ejercitable, pues sin un reconocimiento y regulación legal expreso es, sencillamente, un derecho inexistente.

d) En el concreto ámbito del ejercicio de la profesión farmacéutica, el reconocimiento legal, implícito o explícito, no se ha producido (al menos en normas constitucionalmente habilitadas para ello), y no podrá ampararse el incumplimiento de los mandatos legales en el ejercicio de la objeción de conciencia. En el mismo sentido y en relación con una regulación semejante a la española, se ha pronunciado el TEDH, en el asunto *Pichon y Sajous c. Francia*.

e) El reconocimiento por la Ley del derecho a la objeción de conciencia en cualquier ámbito requerirá de la necesaria formalización de su ejercicio. No es deseable, pues, una simple proclamación del derecho que no vaya acompañado de una clara delimitación de su puesta en práctica, y de la regulación de un procedimiento adecuado para la comprobación de la seriedad de las creencias que motivan la objeción, así como para la adopción de las medidas pertinentes en orden a garantizar los intereses de terceros que pudieran verse afectados.

f) En el concreto ámbito de la pretendida objeción de conciencia del farmacéutico a la dispensación de medicamentos anticoncepcionales, creemos haber aportado argumentos decisivos para negar la afectación al derecho a la vida de terceros (específicamente a la vida en formación como bien jurídico constitucionalmente protegido) de este deber, y así lo ha afirmado también el TEDH, en el asunto *Pichon y Sajous c. Francia*.