

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado núm. 412-2012, y al que se adhiere el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos

1. Como tuve oportunidad de manifestar a lo largo de las deliberaciones del presente proceso constitucional, disiento de la decisión mayoritariamente adoptada por el Pleno de este Tribunal. Antes de enunciar mi acusado e intenso disentimiento ante el presente pronunciamiento, quiero empezar por manifestar mi respeto a la decisión de la mayoría, alcanzada tras largas sesiones de debate en el plenario. Podré así, desde esa convicción y afirmación institucional, sin ofender su legitimidad y sin abandonar la cortesía, subrayar mi inquietud al asistir a un pronunciamiento de tendencia ideológica marcada, pero que termina banalizando la solución del conflicto que sustancia; en otras palabras, mi preocupación ante un buen ejemplo de cómo una decisión de este Tribunal no habría de razonar y de lo que no debería nunca erigirse en jurisprudencia constitucional. Tengo para mí que con resoluciones como la presente nuestro modelo de tutela mediante la vía del amparo se enfrenta a una regresión creciente y manifiesta, poniendo entre paréntesis el equilibrio necesario que sustenta la respetada reputación institucional de este órgano constitucional.

Por las razones que de inmediato se expondrán, entiendo que el fallo debió de desestimar la pretensión de amparo por no existir conflicto constitucional alguno que pueda vincular el derecho fundamental invocado con la sanción impuesta al recurrente. Y es que la Sentencia de la que me aparto, en lugar de afrontar el asunto desde la aplicación de las premisas invariables y constantes de nuestra doctrina constitucional sobre el objeto posible de un recurso de amparo, ha optado de manera bien poco razonable por elevar a categoría constitucional una posición ideológica de acusada tendencia, prescindiendo de elaborar un discurso dotado del obligado fundamento de constitucionalidad. Lamentablemente, esta Sentencia es eso; poco más que eso. La debilidad de sus argumentos, como muestra la exánime ponderación que efectúa, llamará la atención y activará las alarmas de los estudiosos de una doctrina, como la construida por este Tribunal en materia de derechos fundamentales, que goza de un tan reconocido como merecido prestigio.

2. Una más exacta comprensión de las razones de mi abierta discrepancia con la sentencia de la mayoría hace aconsejable comenzar por resumir los hechos que concurren en el presente proceso constitucional.

El demandante de amparo, cotitular de una oficina de farmacia en la ciudad de Sevilla, fue sancionado con multa de 3.300 euros como consecuencia de que el establecimiento *carecía de existencias* de preservativos y del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0'750 mg (coloquialmente conocido como “píldora del día después”). Tales datos resultan del acta levantada por la Inspección Provincial de Servicios Sanitarios de la Junta de Andalucía a raíz de la denuncia presentada por el ciudadano que pretendió adquirir, sin éxito, un paquete de preservativos. Esta denuncia, por tanto y se trata de un hecho relevante, no tuvo origen en una previa denegación del recurrente a dispensar la píldora, sino en la negativa a la venta de preservativos en dicha farmacia. El expediente sancionador no trajo causa, ni directa ni indirecta, en una resistencia a la dispensación de la píldora reseñada; o, lo que es igual, la sanción no derivó de un rechazo a expender medicamentos de esta naturaleza, sino de la falta de disposición de las existencias de aquellos productos que la normativa aplicable exige, según acreditó la inspección derivada de la denuncia descrita. Prueba definitiva de ello radica en que fueran sancionados los dos farmacéuticos titulares de la farmacia, pese a que sólo consta que uno de ellos, el recurrente en amparo, manifestase no disponer de dichos productos y medicamentos por razones de conciencia. Tampoco consta que hayan invocado objeción de conciencia ni el cotitular de la farmacia ni alguno de sus empleados; que los había, pues uno de ellos, según deja acreditado la resolución administrativa, fue el que se relacionó con el ciudadano que pretendía adquirir preservativos y formuló la denuncia. En suma, no hubo omisión de dispensación ni sanción por una resistencia activa y singular a dispensar la “píldora del día después”. Ni tan siquiera hubo participación directa y personal del recurrente de amparo en los hechos denunciados que dieron lugar a la apertura del expediente sancionador.

En resumen, si no hubo negativa a la dispensación de la conocida como “píldora del día después”, ni sanción por esa causa, no pudo haber lugar al conflicto personal que trata de ampararse en la objeción de conciencia. Los hechos lo demuestran con toda claridad: lo reconoce la misma Sentencia en sus Antecedentes y se verifica en las actuaciones.

3. El análisis de los datos del presente recurso de amparo evidencia que el debate constitucional sobre la cuestión planteada resultaba de todo punto artificial ya que no aparecía la obligada premisa para su activación; esto es, la concurrencia de un conflicto constitucional. Pese a que, como se razonó con reiteración en los debates del Pleno, tal circunstancia inhabilitaba por completo el conocer y resolver sobre el derecho alegado como violado, el pronunciamiento mayoritario no se molesta en dedicar reflexión alguna a tan decisiva carencia.

Desde luego, la mayoría de nuestro Tribunal puede defender y plasmar las tesis constitucionales que estime pertinentes en cada pronunciamiento; pero no es dable que soslaye las reglas más canónicas y ortodoxas de la interpretación constitucional o que las aplique de manera selectiva, como en mi opinión sucede en el presente caso.

Por esa razón me veo obligado a recordar que no existe el amparo cautelar y, por consiguiente, cuando no existe lesión a derecho constitucional alguno, no hay posibilidad de su reparación. En relación con tan elemental pero crucial tema radica mi preocupación mayor: en que se da de lado la idea que sustenta la jurisdicción de amparo. Esta, en efecto, no ha sido reconocida y regulada para reparar infracciones de preceptos sino vulneraciones de derechos, de modo que no resulta viable constitucionalmente la tutela en abstracto de supuestas lesiones no causadas, ya que en esta vía, en la del recurso de amparo, ni cabe un enjuiciamiento sobre si se acomodaría o no a un derecho fundamental un acto de un poder público que no se ha llegado a producir, ni tal proceso es un medio de depuración abstracta de disposiciones normativas. Y en el caso enjuiciado, insisto de nuevo, no hay ni norma aplicada ni acto sancionador vinculado a la objeción de conciencia que se invoca en el recurso, ya que no llegó a existir conflicto alguno en el supuesto de hecho. El conflicto que está en la base de la objeción de conciencia sólo hubiera podido materializarse en el momento de la dispensación, porque sólo poniendo en manos de un cliente ese medicamento hubiera nacido el pretendido riesgo “abortivo” que el objetor aprecia y quiere evitar. Mientras ese acto no hubiera acaecido –y no ha llegado a acaecer-, y la sanción no hubiera respondido a ello –y no ha sido de ello consecuencia-, no puede estar concernida, ni siquiera potencialmente, la objeción de conciencia, más allá de lo que quepa decir sobre ella, sus contenidos y su encuadramiento constitucional.

En este contexto, a nadie extrañará que de inmediato me formule en términos dialécticos una serie de preguntas, todas ellas dotadas del obligado anclaje constitucional, tales como dónde está el debate sobre el conflicto entre derechos, dónde la lesión causada a derechos del demandante o, en fin, cómo pueden vincularse los hechos acaecidos con la libertad ideológica (art. 16 CE) y la objeción de conciencia, nacida ésta, por enunciar la idea con el lenguaje utilizado por la Sentencia de la mayoría, de la colisión entre la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida y la duda razonable existente sobre la producción de efectos abortivos por el referido principio activo levonorgestrel 0’750 mg, como probaría la falta de unanimidad científica al respecto.

Para eludir la anterior, obligada e ineludible comprensión del recurso de amparo, no resulta en modo alguno razonable alegar que la tenencia de las existencias de medicamentos legalmente exigidas tiene una dimensión o vertiente finalista: “disposición para dispensar”. Y no cabe ese argumento, digo, entre otras variadas razones y sin entrar en los márgenes del derecho que se invoca, porque olvida que la objeción de conciencia pretendida no puede extenderse sobre el establecimiento farmacéutico, en su conjunto, como si se tratara de una unidad personal. Así lo pide la propia configuración de la libertad ideológica y de la objeción de conciencia como derechos personales e intransferibles. Y en el presente caso, vuelvo a reiterarlo, ni quedó acreditado el conflicto de conciencia, ni tampoco que, de haber existido el mismo por intervención directa y personal del recurrente en una omisión de dispensación, el cumplimiento normativo no pudiera haberse llevado a cabo por quienes nunca opusieron razones de conciencia (el cotitular de la farmacia o un empleado).

Esa circunstancia ya excluía toda dimensión constitucional del caso sometido a nuestro enjuiciamiento, por más que se haya insistido en soslayarla a fin de elevar a categoría constitucional una línea de pensamiento, con una finalidad profundamente ideológica que se revela en el *iter* argumental que desemboca en la conclusión alcanzada. Me parece manifiestamente contrario a nuestra doctrina reiterada, invariable y constante sobre el proceso constitucional de amparo, que se sienten ciertas conclusiones y se tome postura en un conflicto ideológico que no se ha producido *ad casum*.

4. El ficticio conflicto ideológico, de haber existido, hubiera requerido un debate jurídico complejo que, desde luego, no plasma el texto aprobado. No puedo dialogar en divergencia con una construcción doctrinal omitida, pero tampoco puedo dejar de aspirar a que ese debate se celebre, en su momento, bajo premisas de naturaleza rigurosamente jurídico-constitucional. A pesar de ello, y a efectos puramente dialécticos, no me resisto a dejar constancia de mi abierto disentimiento con el juicio de ponderación que realiza la presente Sentencia sobre los intereses en presencia.

La resolución mayoritaria, en efecto, señala en primer lugar que en “en las actuaciones no figura dato alguno a través del cual se infiera el riesgo de que la dispensación ‘de la píldora del día después’ se viera obstaculizada, pues amén de que la farmacia regentada por el demandante se ubica en el centro urbano de la ciudad de Sevilla, dato éste del que se deduce la disponibilidad de otras oficinas de farmacia relativamente cercanas, ninguna otra circunstancia permite colegir que el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos

autorizados por el ordenamiento jurídico vigente fuera puesto en peligro”. Al margen de que tal situación, como se ha razonado, no llegó a producirse en lo que atañe al menos al expediente sancionatorio de origen, y con independencia del efecto discriminatorio que late en el peregrinaje que se deriva de esa lógica y de la minusvaloración del derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la salud de la mujer que lleva aparejada (arts. 14, 15 y 43 CE), la Sentencia de mi divergencia ni siquiera se toma la molestia de verificar el argumento que emplea mediante el expediente de ofrecer datos objetivos sobre el particular en el que intenta sustentarse. Siguiendo su quebradiza lógica, para que el argumento pudiera poseer una mínima solvencia, tendría que haber efectuado una valoración sobre otras hipótesis – por cierto, tan carentes de verificación como la que se enuncia –, señaladamente la existencia de una cadena o suma de resistencias a la dispensación. Si se construye la constitucionalidad desde meras hipótesis, se deberían contemplar todas las posibles, incluso la negativa generalizada a la dispensación, pues de otro modo se arriesga a que el razonamiento pierda no sólo su precario soporte jurídico sino incluso otro previo de carácter fáctico.

Por otra parte, me importa también destacar que, al realizar la labor de ponderación, la Sentencia de la mayoría prescinde abiertamente de toda consideración acerca de la regulación legal sobre la dispensación de medicamentos, como exigencia para la debida atención a las necesidades de la comunidad; es éste un factor que simplemente se ignora. Pero no cabe olvidar que la obligación de dispensar medicamentos en las oficinas de farmacia responde a las previsiones del art. 43 CE, que reconoce el derecho a la protección de la salud, correspondiendo a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, siendo la ley la que establece los derechos y deberes de todos al respecto. Una previsión constitucional, la del art. 43 CE, que en no pocas ocasiones hemos vinculado al derecho fundamental consagrado en el art. 15 CE.

El argumento final de la sentencia para justificar la objeción de conciencia del actor reside en las previsiones que al respecto contienen los Estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla y el Código de Ética Farmacéutica y Deontología de la Profesión Farmacéutica, que se elevan poco menos que al rango de normas constitucionales. A pesar de ser consciente de la banalidad jurídica que enuncio de seguido, debo recordar que esos Estatutos y Códigos podrán establecer lo que las respectivas corporaciones tengan por conveniente, pero que sus previsiones se habrán de desarrollar de conformidad con lo que establezcan la Constitución, las leyes que se dicten en la materia y el resto del ordenamiento jurídico. Pero la única norma aquí invocable, digna de atención, es un decreto del gobierno de Andalucía que regula las existencias

mínimas con las que deben contar en Andalucía las oficinas de farmacia, entre las que se encuentra la “píldora del día después”, y que el actor incumplió por su propia y exclusiva voluntad.

Y en este sentido emito mi Voto Particular.

En Madrid, a veinticinco de junio de dos mil quince.