

# **CRONICA JURIPRUDENCIAL**

# ESPAÑA

**Fernando Américo**  
(IUCRR-UCM)

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN

#### ***Sentencia 130/2014, de 21 de julio de 2014<sup>1</sup>***

Recurso de amparo 6051-2012. Promovido por Radio Castellón, S.A., en relación con las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Castellón, desestimatorias de su demanda de protección de derechos fundamentales frente a la asignación de publicidad institucional por el Ayuntamiento de Castellón de La Plana.

En igual sentido que esta Sentencia, véase: la *Sentencia 160/2014, de 6 de octubre de 2014<sup>2</sup>*.

En ambas Sentencias, se reitera la doctrina establecida en sentencias anteriores como la STC 104/2014, FJ 9<sup>3</sup>.

#### ***Sentencia 18/2015, de 16 de febrero de 2015<sup>4</sup>***

Recurso de amparo 3571-2012. Promovido por don Gonzalo Werther Miró Romero respecto de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que desestimó su demanda sobre protección del derecho a la intimidad y a la propia imagen.

Se reitera la conocida doctrina jurisprudencial en esta materia.

---

<sup>1</sup> BOE núm. 199 de 16 de agosto de 2014.

<sup>2</sup> BOE núm. 262 de 29 de octubre de 2014.

<sup>3</sup> Cfr. *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos. Nº 14*, Vol. II, pp. 389 y ss.

<sup>4</sup> BOE núm. 64 de 16 de marzo de 2015.

### ***Sentencia 65/2015 de 13 de abril***

Recursos de amparo 1485-2013 y 1486-2013 (acumulados). Promovidos por don Ivo Aragón Iñigo Fernández y don Sergio Benítez Moriana en relación con las Sentencias de la Audiencia Provincial de Teruel y de un Juzgado de lo Penal que les condenaron por un delito de injurias graves con publicidad.

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1 (...)

2. Aducen los recurrentes, vale reiterar, que las Sentencias que impugnan violaron sus libertades tanto de expresión como de información. Lo primero que hemos de determinar, por tanto, es si fueron efectivamente ambos derechos fundamentales los que vinieron a ejercerse —ya se dirá si con exceso o no— mediante la carta pública a resultas de la cual fueron acusados y condenados, o si sólo fue puesto en práctica, o lo fue de modo preponderante, uno de tales derechos fundamentales. La Constitución, y nuestra jurisprudencia con ella (por todas STC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 4), distinguen, como es bien conocido, entre el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, de una parte, y el que tiene por objeto, de otra, la libre comunicación de información veraz por cualquier medio de difusión [apartados a) y d), respectivamente, del art. 20.1 CE]. Por más que, como no hemos dejado de observar en ocasiones anteriores, una libertad y otra pueden llegar a entrecruzarse en los supuestos reales que la vida ofrece (STC 41/2011, FJ 2, y resoluciones allí citadas), este distingo entre derechos es de capital importancia, pues mientras el segundo de los citados se orienta, sobre todo, a la transmisión o comunicación de lo que se tienen por hechos —susceptibles, entonces, de contraste, prueba o mentís—, la libertad de expresión tiene su campo de proyección más propio en la manifestación de valoraciones o juicios que, es evidente, quedan al margen de toda confirmación o desmentido fácticos. Se trata de una diferencia relevante, como es obvio, para identificar el ámbito y los límites propios de cada una de estas libertades.

Aunque la carta pública que los demandantes suscribieron no deja de mostrar un cierto carácter informativo —dar noticia del dictado de una

---

<sup>5</sup> BOE núm. 122 de 22 de mayo de 2015.

sentencia de posible interés para los lectores del “Diario de Teruel”—, es indudable que ese alcance es en ella del todo marginal, pues la carta, sencillamente, no describe el pleito; ni tan siquiera lo resume. Su componente primordial fue, más bien, el de fijar la posición y valoración sobre tal resolución judicial de la asociación por la que, en calidad de portavoces, suscribieron dicha carta los actores, manifestaciones de opinión y juicios de valor, muy patentes y reiterados en aquel texto, que fueron además —en parte, al menos— los que se tuvieron en cuenta a la hora de dictar la condena penal aquí recurrida. Siendo esto así, como sin duda es, no hay sino que coincidir, en cuanto a este extremo, con lo alegado por el Ministerio Fiscal en orden a que la libertad *ex art. 20 CE* cuyo ejercicio, legítimo o no, está aquí en juego es la garantizada en el apartado 1 a) de dicho precepto, esto es, la libertad de expresión.

3. Como cualquier otro derecho fundamental de libertad, el enunciado en el art. 20.1 a) CE hace posible y garantiza la autodeterminación del individuo y, a su través, de los grupos sociales en los que por libre decisión pueda integrarse. Tiene también este derecho, y con reiteración lo hemos dicho, una dimensión trascendente u objetiva (por todas, SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2; y 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 5), pues mediante su ejercicio —sin más restricciones que las que puedan fundamentarse en la preservación de otros derechos o bienes constitucionales— se construye un espacio de libre comunicación social, de continuo abierto, y se propicia con ello la formación tanto de opinión pública como de una ciudadanía activa, sin cuya vitalidad crítica no son posibles, o no lo son en plenitud, ni la democracia ni el pluralismo políticos (art. 1.1 CE). Esta libertad de expresión, ya queda dicho, no está exenta, como cualquiera otra, de límites fijados o fundamentados en la Constitución y con ellos ha de ser consecuente su ejercicio, pues si bien el Ordenamiento no ha de cohibir sin razón suficiente la más amplia manifestación y difusión de ideas y opiniones, su expresión conlleva siempre, como todo ejercicio de libertad civil, deberes y responsabilidades y así lo viene recordando, justamente para este preciso ámbito, el Tribunal de Estrasburgo (por todas, Sentencia de 24 de febrero de 2015, caso *Haldimann y otros c. Suiza*, párrafo 46). Figura entre estos límites, por lo que ahora hace al caso, el que viene dado por el necesario respeto al honor ajeno (art. 20.4 CE), bien constitucional éste que tiene, además, la condición de derecho fundamental en sí mismo (art. 18.1 CE y STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4), siendo procedente recordar ahora que los derechos de este carácter no

consienten abstractas ordenaciones de valor entre unos y otros (en este sentido, STC 11/2000, de 17 de enero, FJ 7), aunque sí sea preciso, llegado el caso, la determinación jurisdiccional concreta de cuál sea la situación jurídica de derecho fundamental que, en colisión con otra de la misma condición, deba prevalecer al cabo. Como concepto constitucional, el de honor ha sido también objeto, según se sabe, de identificación por una jurisprudencia constitucional ya muy arraigada y a la que aquí procede remitirse, no sin recordar que, en general, este derecho fundamental proscribiera el “ser escarnecido o humillado ante sí mismo o ante los demás” (STC 127/2004, de 19 de julio, FJ 5) y garantiza, ya en términos positivos, “la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes” que la hagan “desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas” (STC 216/2013, FJ 5). Es preciso también puntualizar, porque así lo requiere el correcto encuadramiento constitucional del actual caso, que el honor que la Constitución protege es también el que se expone y acredita en la vida profesional del sujeto, vertiente ésta de la actividad individual que no podrá ser, sin daño para el derecho fundamental, menospreciada sin razón legítima, con temeridad o por capricho [respecto al “prestigio profesional” a estos efectos, STC 223/1992, de 14 de diciembre, FJ 3; en términos no diferentes, SSTC 9/2007, de 15 de enero, FJ 3; 41/2011, FJ 5 c); y 216/2013, FJ 5]. La simple crítica a la pericia profesional en el desempeño de una actividad no debe confundirse, sin más, con un atentado al honor, cierto es, pero la protección del art. 18.1 CE sí defiende de “aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido” (STC 9/2007, FJ 3 y jurisprudencia allí citada).

El juez que conozca de pretensiones enfrentadas y basadas, respectivamente, en la defensa del honor y en la afirmación, frente a ella, de la propia y legítima libertad de expresión debe, como ha quedado dicho, sopesar una y otra situación jurídica en atención a las circunstancias del caso; al contenido y contexto de las manifestaciones proferidas o puestas por escrito; a su intensidad aflictiva, mayor o menor, sobre el honor aje-

no; al posible interés público del objeto sobre el que se hicieron aquellas manifestaciones; a la condición pública (como personaje de notoriedad social o como autoridad pública) o privada de quien haya visto afectado su derecho *ex art. 18.1 CE*; al carácter genérico o, por el contrario, individualizado de las referencias que, en uso de la libertad *ex art. 20.1 a)*, puedan causar daño en el bien tutelado por aquel derecho; a la distinción, capital, entre criticar un acto o comportamiento, en sí mismo, o hacerlo sólo a resultas de la censura *ad personam* de quien lo llevó a cabo y, en fin, a cualesquiera otros elementos significativos que permitan la mejor identificación y reconocimiento del respectivo valor que tuvieron, en el caso, los derechos así en liza. De todo ello hay referencias en nuestra jurisprudencia, a la que aquí, de nuevo, procede remitirse (por todas, SSTC 46/1998, de 2 de marzo, FFJJ 2 a 5; 174/2006, de 5 de junio, FJ 4, y 9/2007, FJ 4). Importa también ahora, con todo, recordar expresamente dos de los criterios o pautas que al respecto figuran de modo constante, desde el principio, en nuestra doctrina. De una parte, que las expresiones que puedan inicialmente afectar al honor ajeno, por afrentosas o ultrajantes, sólo podrían decirse legítimas, en su caso, si fueron, atendido el contexto, necesarias o pertinentes para el discurso en que se integraron, pues es patente que si esas expresiones acaso afectantes al honor se realizan al margen de dicha relación con el discurso en que se inscriben o, en tal caso, sin una mínima base fáctica que les dé soporte bastante estaremos ante el nudo vituperio, que nuestra Constitución —casi huelga decirlo— no ampara en modo alguno. Al menos desde la antes citada STC 85/1992, FJ 4, venimos señalando que la norma fundamental, en efecto, no reconoce ni admite un supuesto “derecho al insulto”, que sería inconciliable, de modo radical, con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). No pueden, en definitiva, buscar amparo en el derecho *ex art. 20.1 a) CE* “las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad, sean ofensivas o ultrajantes y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate” (STC 216/2013, FJ 5, y jurisprudencia allí citada). Es preciso también reiterar, de otro lado, que siendo muy cierto, también conforme a jurisprudencia constante, que, tratándose de asuntos públicos, las personas con esa misma condición quedan expuestas a inquisiciones y críticas especialmente intensas e incisivas y superiores, en todo caso, a las que suelen resultar tolerables entre los ciudadanos del común —críticas que, en principio, debieran soportar esas personas involucradas en

la vida pública—, no lo es menos que incluso los personajes y los servidores públicos no pierden en modo alguno, por serlo, su derecho al honor (STC 148/2001, de 27 de junio, FJ 6), so pena de admitir—lo que en modo alguno puede hacerse— que quien actúe en el escenario público quede a merced, sin límite, de cualesquiera invectivas o ultrajes que menoscaben su reputación o su buen nombre. Es de relieve advertir, en relación con esto, y ya por lo que importa al presente caso, que los titulares de órganos judiciales se encuentran, por lo que se refiere al ejercicio de su función, en una “singular posición” (STC 46/1998, FFJJ 3 y 5) respecto de otras autoridades públicas y, desde luego, de los actores políticos, entre otras razones porque el posible descrédito sin fundamento que pudieran llegar a sufrir dañaría, eventualmente, no sólo su honor personal, sino también, de modo inseparable, la confianza de todos en la justicia, que es condición basilar del Estado de Derecho (art. 1.1 CE). Esta última consideración, sobre la que de inmediato volveremos, es también una constante en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 24 de septiembre de 2013, caso *Belpietro c. Italia*, párrafo 48, por todas).

Es ya posible, a partir de lo anterior, entrar en el examen de la concreta queja constitucional promovida por los recurrentes y considerar, por tanto, si las manifestaciones por las que sufrieron condena penal estaban sin embargo amparadas por el legítimo ejercicio de su derecho de libertad de expresión o, por el contrario, resultaron lesivas, como apreciaron los juzgadores *a quo*, para el honor de la magistrada a la que dirigieron su carta pública. El enjuiciamiento a la luz de nuestra doctrina de las resoluciones judiciales impugnadas y, junto a ello, la consideración en su conjunto del texto de aquella carta y, dentro de ella, de determinadas expresiones vertidas entonces por los demandantes es, de la mano de criterios como los expuestos, el objeto exclusivo de nuestro juicio. No resultan relevantes a estos efectos, por tanto, las consideraciones expuestas por el Ministerio Fiscal en sus alegaciones a propósito de la no expresa motivación por los juzgadores penales—en su criterio— de la “gravedad” de las injurias aquí castigadas penalmente o, en relación con esta observación, respecto del carácter extremo que tiene el proceso penal por delito respecto de otras posibles vías (juicio por faltas o juicio civil) a las que cabe también acudir en defensa del honor. Con independencia de que las Sentencias aquí impugnadas se extendieron sobre la intensidad del daño al honor del que juzgaban (el “peor oprobio que se puede predicar de quien está ejercien-

do funciones judiciales”, por ejemplo, en palabras de la Sentencia dictada en apelación), lo determinante es que si este Tribunal llegara a apreciar aquí una infracción del art. 20.1 a) CE ello no sería por la conculcación de lo dispuesto en los preceptos penales aplicados a los recurrentes —lo que, en hipótesis, sólo resultaría relevante, en su caso, a los efectos del art. 25.1 CE, no invocado en estos recursos—, sino por la aplicación de tales tipos penales en contra del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión (por todas las resoluciones en este sentido, STC 174/2006, FJ 2). Sólo, en definitiva, si esta libertad se ejerció sin exceso (sin daño —en lo que ahora importa— del honor ajeno) sería la misma reconocible y procedería, también sólo entonces, la estimación de estos recursos de amparo.

4. No cabe, desde luego, censurar las Sentencias aquí impugnadas por haberse omitido en ellas toda consideración de la libertad de expresión de los entonces acusados por injurias. (...) No basta, sin embargo, con constatar que dicha ponderación se realizó para dar por cumplido, sólo con ello, el deber que, en supuestos como el presente, impone la Constitución a los órganos judiciales. La concreta acomodación entre derechos así llevada a cabo ha de ser además, como antes recordamos, conforme al ámbito respectivo, atendidas las circunstancias del caso, de unos derechos y otros. Si lo fue o no es lo que aquí hemos de resolver.

Para fundamentar debidamente nuestro juicio se ha de partir, sobre lo ya dicho, de las siguientes consideraciones:

- a) La carta en la que se contuvieron las expresiones valoradas como injuriosas por los juzgadores *a quo* pretendió hacer pública la posición crítica de la asociación de la que los actores fueron portavoces sobre una determinada sentencia judicial que, por su posible alcance medioambiental, afectaba, cierto es, al propio fin estatutario de dicha asociación, así como a un ámbito territorial en el que la asociación Plataforma Aguilar Natural desenvuelve su actividad. La hipotética incidencia sobre el medio ambiente de una determinada actividad empresarial es, sin duda, cosa de interés general y de interés también, cualificadamente, para una asociación ecologista. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha dejado de destacar la importante posición, pareja a la de la prensa escrita, que cabe reconocer, a estos efectos, a las asociaciones ciudadanas



(por todas, Sentencia de 17 de febrero de 2015, caso *Guseva c. Bulgaria*, párrafo 38, y jurisprudencia allí citada).

- b) Las actuaciones y resoluciones judiciales pueden ser objeto de pública crítica por los ciudadanos y la libertad para hacerlo tiene, sin duda alguna, la firme garantía de lo dispuesto en el art. 20.1 a) CE. Así hemos tenido ya ocasión de declararlo (STC 46/1998, FFJJ 3 y siguientes) y así lo ha señalado también, con reiteración, el Tribunal de Estrasburgo (por todas, Sentencias de 18 de septiembre de 2012, caso *Falter Zeitschriften GmbH c. Austria*, párrafo 38). Esta crítica no dejará, en general, de ser legítima por su eventual aspereza de tono o de lenguaje, pues la Constitución ampara como libertad de expresión, en según qué circunstancias, también las manifestaciones desabridas o que puedan molestar, herir, inquietar o disgustar [por todas, STC 41/2011, FJ 5 d)]. No es obviamente la complacencia ajena lo perseguido aquí como valioso por la norma fundamental, sino la afirmación individual y de los grupos, junto a la formación de una opinión pública libre y celosa en la defensa de los derechos e intereses de todos.
- c) La libertad de palabra para la crítica y, en su caso, censura públicas de las resoluciones judiciales no es, desde luego, irrestricta, sujeta como está a los límites y condiciones que, con carácter general, hemos recordado en el fundamento jurídico que antecede. Para juzgar de su ejercicio legítimo se ha de tener presente, además, la singular posición del Poder Judicial en el Estado constitucional, posición que —todavía sin descender al caso actual— puede llevar a reprobar *ex Constitutione* manifestaciones y expresiones que resultarían acaso tolerables si hubieran sido dirigidas a los titulares de otros cargos públicos. A diferencia, en primer lugar, de otras autoridades y, desde luego, de los actores políticos en general, el Juez —que como tal se expresa sólo a través de sus resoluciones— carece, por obvias razones de reserva, prudencia y contención, de la misma capacidad de réplica personal con la que aquéllos cuentan para salir al paso de censuras al ejercicio de su función que estime injustas, falsas o atentatorias a su honor profesional [SSTC 46/1998, FJ 5; y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 9; sobre la obligación, en general, de discreción judicial en relación con la imagen de imparcialidad, STC 69/2001, de 17 de marzo, FJ 14 b); asimismo, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

de 26 de abril de 1995, caso *Prager y Oberschlick c. Austria*, párrafo 34 y, entre otras, la ya citada en el caso *Falter Zeitschriften GmbH*, párrafo 39]. De otro lado, las censuras a un determinado juez cuya actuación se califique de parcial o de deliberadamente injusta son percibidas por la ciudadanía —como evidencia la experiencia común— con un alcance e intensidad reprobatorios muy superiores al que deparan las diatribas o invectivas que, a veces al límite mismo del exceso, pueden llegar a desatarse o intercambiarse al socaire de lo que en alguna ocasión hemos descrito como un “vivo y ardiente debate político” (STC 148/2001, de 27 de junio, FJ 7), pues “el modo normal en que tales polémicas discurren” (STC 39/2005, de 28 de febrero, FJ 5) puede relativizar, en cierta medida, la carga peyorativa de eventuales dicerios que recobrarían, sin embargo, toda su gravedad semántica si tuvieran como destinatarios a los titulares del Poder Judicial. No cabe desconocer en fin, y en relación con lo dicho, que las críticas desmedidas y carentes de todo fundamento al Juez en ejercicio de sus funciones pueden llegar a afectar no ya sólo a su honorabilidad profesional —como se planteó en el proceso *a quo*—, sino también, según quedó ya antes apuntado, a la confianza misma en la justicia (por todas, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 11 de julio de 2013, caso *Morice c. Francia*, párrafo 107), que es uno de los pilares existenciales del Estado de Derecho. Todo ello no desdice, desde luego, de lo antes afirmado en orden a la plena exposición a la crítica pública de las resoluciones judiciales, pero sí debe ser tenido en cuenta para no trasladar sin matices a casos como el actual, por las razones dichas, nuestra doctrina general [expuesta, por ejemplo, en la STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8 c)] sobre los límites más amplios o menos taxativos —pero existentes, con todo— de la libertad de expresión cuando se emplea no con el resultado de hacer cuestión del honor de ciudadanos comunes, sino con el de poner en entredicho, al calor del debate cívico y político y con su dialéctica propia, la plena honorabilidad o probidad de personajes públicos o de titulares de cargos públicos que también lo son.

5. Sobre la base de cuanto antecede y a la vista de las circunstancias del caso no cabe, en modo alguno, apreciar que las Sentencias impugnadas ante nosotros violaran el derecho fundamental de los demandantes a expresarse en libertad [art. 20.1 a) CE].

No estamos, en efecto, ante una crítica genérica, por acre que hubiera sido, al funcionamiento del Poder Judicial (STC 107/1988, FJ 3), sino ante una carta pública en la que se reprueba, a una magistrada individualizada en la cabecera del texto. Tampoco ante comentarios o valoraciones sobre la orientación o tendencias de juicio, en general, de un miembro de aquel Poder, ni —ya por lo que hace al actual caso— ante la sola discrepancia, por enfática que su expresión fuera, con la actuación del juzgador, discrepancia que puede llegar a poner en duda o a negar incluso, como aquí en parte se hizo, su competencia profesional. Todo ello queda, en general y de principio, amparado por la libertad de expresión. No habilita este derecho fundamental, sin embargo, para formular, sin pertinencia argumental ni fundamento bastante, las inequívocas acusaciones de parcialidad o falta de probidad que aquí se dirigieron también al juzgador en un determinado proceso. (...) Los recurrentes, esto es lo determinante para nuestro enjuiciamiento suscribieron *coram populo* un escrito en el que, si bien dijeron acatar la Sentencia dictada, tildaron inmediatamente, de modo expreso, apodíctico y reiterado, de parcial el proceder de la Magistrada mediante expresiones tales como “ha demostrado parcialidad”, “acepta por incuestionables los argumentos de un testigo... que para más escarnio mintió en la vista oral, de lo cual tiene usted pruebas documentales”, “se ha lavado escandalosamente las manos porque ha tenido en su poder pruebas de contradicción documental en su peritaje, y no ha hecho nada” o “da la impresión de haber sentenciado primero y construido la argumentación después”. Censura ésta de parcialidad que, a no dudarlo, constituye siempre una de las más graves que pueden dirigirse a quien ejerce jurisdicción y que se formuló entonces, esto es lo que ahora importa, con plena impertinencia respecto del debate, sin duda legítimo, sobre la corrección técnica de un determinado peritaje y sin la más mínima base fáctica en la que pudieran haberse apoyado, siquiera de modo precario o indiciario, afirmaciones tan denigratorias (sobre la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en punto a la “suficiente base fáctica” de determinados juicios de valor, Sentencia, entre otras, de 13 de enero de 2015, en el caso *Lozowska c. Polonia*, párrafo 83; asimismo, STC 79/2014, FJ 5). La imparcialidad judicial es soporte estructural del proceso —sin ella, hemos dicho, no lo hay en verdad (SSTC 11/2000, FJ 4; y 178/2014, de 3 de noviembre, FJ 2)— y se integra, por tanto, en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE; entre otras muchas, STC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 3). Negarla abiertamente en público,

al margen de los cauces procesales, respecto de un concreto juzgador y un determinado proceso y hacerlo sin aportar razón pertinente alguna, sino aventurando simples presunciones, entraña un grave menosprecio del honor profesional de quien sufra tal afrenta, a quien el Ordenamiento ampara, como aquí ocurrió, para defender su probidad. En modo alguno queda empañada la apreciación que ahora hacemos —coincidente en este extremo con la de los juzgadores *a quo*— por la circunstancia, que los demandantes hacen valer en sus recursos, de que el dictamen del perito judicial del que disienten, y al que se refirieron también en su carta abierta, fuera, una vez dictada ya la Sentencia contenciosa, y a denuncia de la asociación Plataforma Aguilar Natural, sometido a investigación por la Fiscalía y objeto de un informe crítico en esas mismas diligencias, pues es evidente que el debate técnico, o incluso jurídico, sobre la regularidad de la pericia que se valoró en el proceso no autoriza, sin más, a negar la imparcialidad del juez que basó su decisión en tal prueba. Las manifestaciones que aquí consideramos se habrían de seguir viendo como un uso desviado de la libertad de expresión, en lo que encierran de denigración gratuita, incluso en la hipótesis, por tanto, de que aquellas diligencias de investigación de la Fiscalía no se hubieran finalmente archivado (como se desprende de las actuaciones que lo fueron), pues, insistimos, la discusión en torno a la corrección técnica de una prueba de este género no es, en lo absoluto, razón bastante para afirmar, como se hizo, la parcialidad del juzgador que la tomó en su día en cuenta.

Impertinente como fue a efectos de discutir la repetida pericia y carente como estuvo de una mínima y coherente base fáctica, la repetida, contundente y pública denostación de la Magistrada como parcial no constituyó, en el caso, legítimo ejercicio de la libertad de expresión para la que hoy se busca amparo. Las resoluciones judiciales son, reiteramos, plenamente susceptibles de crítica por la ciudadanía, pues en nuestra democracia pluralista la jurisdicción se ejerce no sólo en el seno del debate procesal, sino también, dictada la resolución que proceda, ante el foro de la opinión pública libre. Pero lo que la Constitución no protege es la censura a esas resoluciones o a sus autores que parta exclusivamente, como aquí fue el caso, ya de la reprobación *ad personam*, sin razón atendible, de quienes las dictaron, ya de premisas argumentales (la aducida incorrección de la pericia, sobre todo) que no consienten, en manera alguna, concluir en reproche tan severo como el de parcialidad. Son dicerios, no criterios, los que así se difunden entonces, con daño tanto para el honor

profesional del juez al que se dirigen como para la confianza en la justicia, esto es, en una imparcialidad judicial que se presume siempre y que no puede ponerse en público entredicho sin datos o argumentos aptos para justificar acusaciones tan graves, cuya entidad, obvio es, no viene a menos por la circunstancia de que censuras infundadas de tal alcance no sean, como es de lamentar, enteramente insólitas, pues la mayor o menor frecuencia con que se llegue a abusar de determinado derecho no legitima la conducta de quien incurra en ese ejercicio excesivo de la libertad constitucional. No habiendo ejercido de este modo responsable su libertad de expresión, los demandantes —frente a lo que observa el Ministerio Fiscal— no contribuyeron mediante la carta abierta de la que aquí se trata a formar opinión pública, pues para ser ésta, como es, un valor constitucional y de cultura digno de protección debe basarse en casos como el presente, y por intensa que sea la crítica en la que se concluya, en un principio de argumentación que estuvo ausente, sin embargo, en la tacha de parcialidad que los demandantes dirigieron en público a la juzgadora.

#### VOTOS PARTICULARES

Voto particular que formula el Magistrado don Andrés Ollero Tassara, en relación con la Sentencia dictada en los recursos de amparo acumulados núm. 1485-2013 y 1486-2013

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria en la Sala, y en ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, formulo Voto particular respecto de la Sentencia citada en el encabezamiento.

Mi discrepancia afecta tanto al fallo como a la fundamentación en que se apoya. Esta habría de abordar la posible inexistencia de ilícito penal si una conducta ha sido realizada en ejercicio de un derecho fundamental. Para constatarlo, habría que tener en cuenta los cánones de constitucionalidad consolidados en la doctrina del Tribunal. Considero que no se deslindan adecuadamente los elementos del primer problema, ni se respetan los cánones establecidos.

La libertad de expresión reconocida en el art. 20 CE es un derecho fundamental que goza de especial protección por este Tribunal, al servir de fundamento al pluralismo político generador de una opinión pública libre (por todas, SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3, y 50/2010, de 4 de octubre, FJ 5). No se trata, sin embargo, de un derecho ilimitado; en su obliga-

da ponderación con el derecho al honor del aludido ha de considerarse como extralimitación ajena al derecho fundamental el recurso a “vejeciones innecesarias” o “expresiones insultantes” (entre otras muchas, SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 10; 40/1992, de 30 de marzo, FJ 3, y 56/2008, de 14 de abril, FJ 7). Como consecuencia, para constatar si la carta publicada criticando a una Magistrada ha respetado tal límite, en cuyo caso quedaría excluida la entrada en juego de todo enjuiciamiento penal, hemos de proyectar sobre la conducta de sus autores los cánones de constitucionalidad consolidados en la doctrina del Tribunal.

Además del ya señalado, es preciso tener en cuenta otro canon de constitucionalidad establecido, de acuerdo con el cual el honor de los aludidos a los que quepa considerar como “personajes públicos” (SSTC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 2 y 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3, por todas) goza de menor protección, al estar sometidos a crítica más intensa en el control al que ha de someterlos la pública opinión en una sociedad democrática; habría pues que determinar si ha de considerarse a la Magistrada criticada como uno de tales personajes. Por idéntica razón, las circunstancias en que la crítica se realice pueden generar, por el contrario, una protección reforzada. No será idéntica la que merezca lo expresado por un ciudadano oralmente que la reflejada en hojas volanderas (STC 165/1987, de 27 de octubre, FJ 10) o incluso la plasmada en medios de comunicación (SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 8, y 197/2006, de 3 de julio, FJ 4); como tampoco merece idéntica protección la opinión expresada individualmente a título personal que las realizadas en representación de un colectivo afectado por los hechos sometidos a crítica (así, SSTC 90/1999, de 26 de mayo, FJ 4, y 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 7).

La Sentencia de la que discrepo parece insinuar la existencia de un novedoso canon de constitucionalidad adicional, que convertiría a los jueces y magistrados en peculiares ciudadanos que, lejos de gozar de menor protección (como miembros de un poder público), contarían con un amparo más exhaustivo. Esta postura contradice frontalmente la doctrina fijada por el Tribunal sobre la legitimidad de la crítica a las resoluciones judiciales, “que no difiere sustancialmente, en cuanto tal, de la que pueda dirigirse a los actos propios de otros profesionales, incluso los constituidos en autoridad, siempre que por su contexto, expresión y finalidad merezca aquella calificación, puesto que, aun reconociendo la posición de algún modo singular de los titulares de los órganos jurisdiccionales, sus actuaciones, en cuanto personas públicas, no pueden permanecer

inmunes al ejercicio del derecho a la crítica que ampara la libertad de expresión” (STC 46/1998, de 2 de marzo, FJ 3). Coherente con este planteamiento ha sido el legislador, al eliminar la figura penal del desacato.

En cualquier caso, para ser coherente con la fundamentación de su fallo, el enjuiciamiento del que discrepo debería haber llevado, si acaso, al Tribunal a cuestionar el tenor del Código penal por apreciar una inconstitucionalidad por omisión, antes que a dar por bueno que quepa amparar en grado tal a los miembros del Poder Judicial. Al argumento esbozado de que estos no están en condiciones de defenderse (como ocurre a no pocos personajes públicos) no faltaría quien contrapusiera, sin incurrir en teórico desacato, que la entrada en juego del Ministerio Fiscal, en una circunscripción no muy amplia, planteando ante otro órgano nada alejado la posible injuria contenida en la crítica formulada, no constituiría precisamente un homenaje a la exigible imparcialidad objetiva, que excluye toda apariencia de corporativismo.

Es preciso pues determinar, ante todo, si en la carta publicada cabe detectar “vejaciones innecesarias”. Ciertamente, en su primer párrafo, se afirma que la Magistrada “ha demostrado parcialidad y falta de competencia”. Indudablemente no cabe exigir, a quien critica una resolución judicial que le afecta negativamente, grandes loas a la competencia de la autora. Por otra parte, todos los pormenores que a continuación se critican en la carta, encajarían sin esfuerzo en el presunto déficit de competencia atribuible a la Magistrada. La alusión, sin duda más grave, a su presunta parcialidad queda así aislada; aunque la situación no es equiparable al cuestionamiento de la imparcialidad del juzgador presente en buena parte de las recusaciones legalmente reguladas (STC 178/2014, de 3 de noviembre FJ 2, entre otras), difícilmente podría por sí sola servir de fundamento para considerarla como extralimitación vejatoria, salvo que a los jueces y magistrados se concediera esa peculiar protección ya descartada. Consideramos pues que los recurrentes críticos con la Magistrada, que no dudan en la línea anterior en expresar que acatan la Sentencia “emitida por su Juzgado”, lo que no deja de despersonalizar relativamente su crítica, no han incurrido en su carta en “vejaciones innecesarias” ni han empleado tampoco “expresiones insultantes”.

No habiendo incurrido los recurrentes en una rechazable extralimitación, gozan de la especial protección que el art. 20 CE confiere a quienes ejercen la libertad de expresión, sin que los jueces y magistrados gocen

de una privilegiada protección como miembros del Poder Judicial, sino más bien de la más liviana atribuida a los personajes públicos. Por todo ello, el legítimo ejercicio de su libertad de expresión descarta la posible aplicación de tipos penales referidos a comportamientos ilícitos.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1485-2013

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Sala en la que se sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y con el fallo. Considero que hubiera debido estimarse el recurso de amparo por vulneración del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE].

La reacción penal frente a la libertad de expresión.

Ante todo, creo oportuno subrayar una cuestión que estimo capital.

La opinión mayoritaria en que se sustenta la Sentencia considera que el presente recurso de amparo plantea únicamente una controversia entre el derecho fundamental al honor y el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, cuando la vía judicial previa trae causa del ejercicio de una acción penal por injurias u otros delitos cometidos con ocasión de actos que pueden resultar amparados en la libertad de expresión, el análisis constitucional no puede limitarse a la ponderación entre los derechos subjetivos en conflicto, pues entran en juego los presupuestos para el ejercicio del ius puniendi del Estado, los cuales determinan que no siempre la protección del derecho al honor puede ser articulada mediante una sanción penal.

Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la naturaleza y la gravedad de las penas infligidas son elementos que deben tomarse en consideración cuando se trata de valorar la proporcionalidad de la injerencia en la libertad de expresión, especialmente si se trata de una sanción penal (entre otras, STEDH de 22 de enero de 2015, caso Pinto Pinheiro Marques c. Portugal, § 46).

En supuestos como el presente, pues, no basta ponderar los derechos al honor y a la libertad de expresión de la víctima y el condenado, respectivamente, sino que también debe escrutarse la legitimidad constitucional de la reacción penal del Estado para la protección del derecho al honor.



La opinión mayoritaria en que se sustenta la Sentencia admite que el derecho a la libertad de expresión es algo más que un derecho fundamental subjetivo, pues tiene una dimensión objetiva vinculada al hecho de que hace posible la formación de la opinión pública libre. Así, el derecho a la libertad de expresión es consustancial con la democracia, hasta el punto de que una democracia no sería reconocida como tal en una situación de ausencia o quiebras graves en la protección de ese derecho.

Pero la opinión de la que discrepo no repara suficientemente, a mi juicio, en las consecuencias que este principio impone sobre el hecho de que lo enjuiciado en este caso es una condena penal. Según la jurisprudencia constitucional “la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico, impone a los órganos judiciales al aplicar una norma penal la obligación de tener presente el contenido constitucional de los derechos fundamentales, impidiendo reacciones punitivas que supongan un sacrificio innecesario o desproporcionado de los mismos o tengan un efecto disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales” (STC 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3, y, entre otras, STEDH de 29 de mayo de 2012, caso Tanasoica c. Rumania, §56).

La idea de una restricción de la intervención penal en el contexto del ejercicio de derechos fundamentales se ha reflejado de manera profusa en la jurisprudencia constitucional. Así, este tribunal ha declarado que “los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales” y que “los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito” (STC 108/2008, FJ 3).

“También se ha cuestionado la aplicación de los tipos penales en aquellos supuestos en los que, pese a que puedan apreciarse excesos en el ejercicio del derecho fundamental, éstos no alcanzan a desnaturalizarlo o desfigurarlos. Con ello no nos referimos, como es obvio, a los supuestos en los que la invocación del derecho fundamental se convierte en un mero pretexto o subterfugio para, a su pretendido amparo, cometer actos antijurídicos, sino a aquellos casos en los que, a pesar de que el comportamiento no resulte plena y escrupulosamente ajustado a las condiciones y límites del derecho fundamental, se aprecie inequívocamente que el acto se encuadra en su contenido y finalidad y, por tanto, en la razón de ser de

su consagración constitucional. En este último escenario, sin perjuicio de otras consecuencias que el exceso en que se incurrió pudiera eventualmente comportar, la gravedad que representa la sanción penal supondría una vulneración del derecho, al implicar un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio" (STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 6).

En suma, la respuesta penal en el ámbito del ejercicio de la libertad de expresión comporta un juicio constitucional de necesidad y de proporcionalidad. Debe ponderarse no solo si resulta prevalente el derecho al honor frente a la libertad de expresión; sino también si un eventual exceso o abuso en su ejercicio es de tal magnitud y la lesión correlativa del derecho al honor de tal importancia que resulta justificada una respuesta penal.

#### *Valoración del caso enjuiciado*

Este juicio de necesidad y de proporcionalidad, a mi parecer, ha sido omitido en la formación de la opinión mayoritaria. Pero no es esto solo; creo, en conjunto, que el contexto y el contenido de la carta que motivó la condena ponen de manifiesto (i) que la conducta enjuiciada estaba dentro del ámbito objetivo de protección del derecho a la libertad de expresión, por lo que resultaba prevalente sobre el derecho al honor; y (ii) que, en cualquier caso, al encuadrarse esa conducta en el contenido y finalidad del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, la apreciación de un eventual exceso en su ejercicio, puesto en relación con la incidencia en el derecho al honor, no hacía necesaria ni justificaba una respuesta penal, pues las circunstancias del caso hacen que una condena de esta naturaleza resulte disuasoria para el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión.

#### *Prevalencia de la libertad de expresión*

La opinión mayoritaria concluye que el contenido de la carta que dio lugar a la condena no es una manifestación genuina del derecho a la libertad de expresión y resulta prevalente el derecho al honor. Se funda en dos argumentos: (i) que la crítica se dirige a un miembro del poder judicial; y (ii) que las expresiones proferidas carecen de una base fáctica que las justifiquen.

Discrepo de la comprensión realizada por la opinión de la mayoría en ambos aspectos.

La opinión mayoritaria, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sostiene que los jueces requieren una superior protección a la de otros cargos públicos frente al ejercicio del derecho a la libertad de expresión de la ciudadanía por carecer de capacidad de réplica (STEDH de 24 de febrero de 1997, caso *De Haes y Gijssels c. Bélgica*). Esta opinión, a mi juicio, prescinde de las matizaciones que acompañan a esa doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal, por una parte, en la Sentencia citada restringe la protección de que deben ser objeto los tribunales a los ataques destructivos carentes de cualquier base fáctica. Por otra parte, en definitiva, admite que la operación de ponderación que debe hacerse respecto del honor de los jueces es idéntica a la de los demás cargos públicos, cosa que conduce a estimar lesionado el derecho a la libertad de expresión en el caso que examina, por versar sobre un asunto de interés público, cual es la imparcialidad y competencia de los tribunales (véase Monica Macover, *Freedom of expression, Human rights handbooks*, No. 2, Consejo de Europa, pp. 57 a 59). Considero, pues, que la labor de administrar la justicia desarrollada por jueces y magistrados, en tanto que integrantes del poder judicial (art. 117.1 CE), es una manifestación más del ejercicio de un poder del Estado y, como tal, está sometida a crítica y escrutinio por parte de la ciudadanía. La tolerancia a la crítica de la actuación de jueces y magistrados en el desempeño de su función pública, habida cuenta del carácter no electivo y, por tanto, no sometido a ningún otro tipo de control por parte de la ciudadanía, no puede restringirse en relación con la crítica que cabe desarrollar respecto de otro tipo de servidores públicos. Cualquier poder del Estado, también el poder judicial, en tanto que emanado de la soberanía popular (art. 1.2 CE), debe soportar la crítica con un idéntico nivel de tolerancia incluyendo las críticas ofensivas, lacerantes o perturbadoras (entre otras, STEDH de 21 de octubre de 2014, caso *Murat Mural c. Turquía*, § 61), las cuales pueden incluir una determinada dosis de exageración o incluso de provocación (entre otras, SSTEDH de 1 de junio de 2010, caso *Gutiérrez Suárez c. España*, § 61, y de 15 de marzo de 2011, caso *Otegi Mondragon c. España*, § 54).

En este caso, por lo demás, resulta evidente el interés público de la cuestión, relacionada con la protección del medio ambiente (entre otras, STEDH de 29 de mayo de 2012, caso *Tanasoica c. Rumania*, § 48); la dedicación de la asociación a la que pertenecen los recurrentes a promoverla; y el interés público que reviste la imparcialidad y competencia de los

tribunales (STEDH de 24 de febrero de 1997 citada, caso *De Haes y Gijssels c. Bélgica*).

La eventual dificultad de réplica que institucionalmente tienen los integrantes del poder judicial debe, ciertamente, ser tenida en consideración al valorar las circunstancias del caso; pero no puede erigirse como valladar general a toda crítica, incluso cuando sea acerba. En nuestro sistema la facultad de defensa o réplica está garantizada mediante la facultad reconocida a los jueces por el art. 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de instar el amparo del Consejo General del Poder Judicial cuando se sientan inquietados o perturbados en su independencia por declaraciones o manifestaciones hechas en público y recogidas en medios de comunicación que objetivamente supongan un ataque a la independencia judicial y sean susceptibles de influir en la libre capacidad de resolución del juez o magistrado.

En la carta publicada por los recurrentes se imputa falta de parcialidad y de competencia al titular del órgano judicial. Pero esta crítica no se formula con carácter general como una imputación contra la personalidad o actividad del juez en conjunto, sino (citando elementos fácticos extraídos del desarrollo de un procedimiento judicial) en relación estrecha y pormenorizada con un determinado acto de valoración de la prueba pericial. Este acto se estima desacertado por unos motivos que se exponen con detalle, consistentes, en la opinión de los autores de la carta, en el error cometido, a la vista de datos que se suponen a disposición del juez, sobre el distinto peso y crédito que debía reconocerse a uno y otro dictamen pericial. Junto a la crítica a este acto judicial, existe una crítica, de tono aparentemente más duro, contra la actitud de uno de los peritos. Esto es, la crítica de parcialidad, por mucho que pueda resultar peyorativa para un juez, no se hace descontextualizada ni desvinculada de unos concretos datos objetivos. Al contrario, estos se exponen en la carta publicada y, por tanto, en el marco de la formación de una opinión pública libre permiten e invitan al lector a extraer sus propias conclusiones. La carta no contiene en absoluto descalificaciones groseras y gratuitas respecto de las que la opinión pública no pueda tomar una posición informada.

Es, por lo demás, evidente que no puede formularse una crítica a una decisión judicial sin presuponer de un modo u otro que su autor ha incurrido en falta de parcialidad o de competencia. De esto se sigue que entender que la imputación de falta de parcialidad o de competencia a un

juez justifica por sí sola una condena penal hace imposible, en la práctica, la crítica libre de las decisiones judiciales, tanto en sede doctrinal como en otros foros de formación de la opinión pública, como son los medios de comunicación. En suma, se produce un efecto disuasorio incompatible con el ejercicio de la libertad de expresión en este ámbito.

#### *Desproporción de la condena penal*

En cualquier caso, incluso aceptando a efectos dialécticos la conclusión sustentada por la posición de la mayoría de que hubo un ejercicio abusivo de la libertad de expresión y que prevalecía el derecho al honor, me resisto a pensar que este es un supuesto en que resulte justificado y proporcionado acudir al derecho penal para reprimir esta conducta. De imponerse visiones como las que sustenta la posición de la mayoría es más que probable que el efecto disuasorio que se vaya generando respecto de la posibilidad de crítica a las resoluciones judiciales convierta las decisiones de jueces y magistrados en un objeto excluido del debate público. Ni que decir tiene que este no es el panorama más deseable para el mercado de las ideas ni para la democracia misma, ni tampoco para los miembros del poder judicial, que deben ver en la crítica un medio de acentuar su imparcialidad y competencia y en la tolerancia para con ella una cualidad inherente a la importancia constitucional de su función.

### ***Sentencia 177/2015, de 22 de julio de 2015***

Recurso de amparo 956-2009. Promovido por don Jaume Roura Capellera y don Enric Stern Taulats respecto de las Sentencias de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y el Juzgado Central Penal que les condenaron por un delito de injurias a la Corona.

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. (...)

2. Como ha quedado expuesto con más detalle en los antecedentes, los recurrentes denuncian formalmente y por separado la vulneración de sus libertades ideológica (art. 16.1 CE) y de expresión [art. 20.1 a) CE]. Por razones metodológicas se estima conveniente abordar en primer lugar la denuncia atinente a la lesión del segundo de los derechos enunciados. Sobre el contenido de la libertad de expresión y sus límites existe una

consolidada doctrina constitucional que puede resumirse del siguiente modo:

- a) Conforme a una jurisprudencia unánime que arranca de las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo, y recuerdan, entre otras, las más recientes SSTC 41/2001, de 11 de abril, FJ 4, y 50/2010, de 4 de octubre, se ha subrayado repetidamente la “peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión”, en cuanto que garantía para “la formación y existencia de una opinión pública libre”, que la convierte “en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática”. De modo congruente, hemos insistido también en la necesidad de que dicha libertad “goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones”, que ha de ser “lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor” (SSTC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4, y 50/2010, FJ 7).
- b) También hemos sostenido que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica “aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática” (SSTC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4, y 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4). De modo que, como subraya la STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4, la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones “acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población” (STEDH caso *De Haes y Gijssels c. Bélgica*, de 24 de febrero de 1997, § 49). En fin, en esta última Sentencia hemos recordado también que en nuestro sistema “no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución... El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas”.

En ese contexto, tanto este Tribunal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han insistido en el significado central del discurso político desde el ámbito de protección de los arts. 20 CE y 10 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), particularmente amparable cuando se ejerce por un representante político. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que la libertad de expresión adquiere unos márgenes especialmente valiosos cuando se ejerce por una persona elegida por el pueblo (STEDH de 15 de marzo de 2011, caso *Otegi c. España*, §50), que representa a sus electores, señala sus preocupaciones y defiende sus intereses, estándole “permitido recurrir a una cierta dosis de exageración, o incluso de provocación, es decir, de ser un tanto inmoderado en sus observaciones” (caso *Otegi c. España*, § 54), por lo que en ese contexto el control debe ser más estricto (STEDH de 23 de abril de 1992, caso *Castells c. España*, § 42). Sin perjuicio de lo cual, el sujeto interviniente en el debate público de interés general debe tener en consideración ciertos límites y, singularmente, respetar la dignidad, la reputación y los derechos de terceros.

- c) La libertad de expresión no es, en suma, un derecho fundamental absoluto e ilimitado, sino que tiene lógicamente, como todos los demás, sus límites, de manera que cualquier expresión no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, toda vez que el art. 20.1 a) CE “no reconoce un pretendido derecho al insulto” (SSTC 29/2009, de 26 de enero; 77/2009, de 23 de marzo, y 50/2010, de 4 de octubre). En consecuencia, este Tribunal ha declarado repetidamente que quedan fuera de la protección constitucional del art. 20.1 a) CE “las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas”. Es decir, las que, “en las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas”.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que “[l]a tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expre-

sión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia” (STEDH de 16 de julio de 2009, caso *Féret c. Bélgica*, § 64), del mismo modo que la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios.

- d) Estos límites deben ser, no obstante, ponderados siempre con exquisito rigor. Esta regla, que es de obligada atención con carácter general, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, lo es todavía más cuando dicha libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales, en particular el derecho al honor (art. 18 CE), y señaladamente con otros intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. Cuando esto último sucede, como es el presente caso, esas limitaciones siempre han de ser “interpretadas de tal modo que el derecho fundamental [del art. 20.1 a) CE] no resulte desnaturalizado” (STC 20/1990, de 15 de febrero; FJ 4). Lo que, obliga entre otras consecuencias, “a modificar profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión”, pues su posición preferente impone “la necesidad de dej[ar] un amplio espacio al disfrute de [dicha] libertad (SSTC 39/2005, de 28 de febrero, FJ 4, y 278/2005, de 7 de noviembre; FJ 4), y “convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi*”, tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos (SSTC 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3, y 29/2009, de 26 de enero, FJ 3). En definitiva, el Juez penal ha de tener siempre presente su contenido constitucional para “no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático” (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8; 287/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 127/2004, de 19 de julio, FJ 4, y 253/2007, de 7 de noviembre, FJ 6, y STEDH, caso *Castells*, 23 de abril de 1992, § 46).
- e) Así las cosas, el órgano judicial debe valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión. Pues “es obvio que los hechos



probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito" (por todas, últimamente, STC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3). Por ese motivo, como también hemos repetido en múltiples ocasiones, "la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible" (STC 29/2009, de 26 enero, FJ 3), y, por lo mismo, "constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración" (SSTC 299/2006, de 23 de octubre, FJ 3, y 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3). En suma, en casos como el presente, "no estamos en el ámbito de los límites al ejercicio del derecho, sino en el previo de la delimitación de su contenido" (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2, y 127/2004, de 19 de julio).

- f) Por lo demás, en supuestos como el actual la tarea que corresponde a este Tribunal no se "circunscribe a examinar la razonabilidad de la motivación de la resolución judicial, ya que no se trata aquí de comprobar si dicha resolución ha infringido o no el art. 24.1 CE, sino de resolver un eventual conflicto entre los derechos afectados, determinando si, efectivamente, aquéllos se han vulnerado atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales" (por todas, STC 158/2009, de 25 de junio).

3. Con arreglo a estos presupuestos nos corresponde dilucidar si, como defienden los demandantes de amparo, el hecho de quemar, en las circunstancias descritas, una fotografía de SS.MM. los Reyes es una conducta penalmente no reprochable por constituir un legítimo ejercicio de la libertad de expresión que garantiza la Constitución [art. 20.1 a) CE] o si, por el contrario, como declararon las Sentencias judiciales ahora recurridas y, a su vez, ha opinado también en el presente proceso constitucional el Ministerio Fiscal, dicha conducta tiene un contenido intrínsecamente injurioso y vejatorio que desborda los límites constitucionales de la libertad de expresión. Para ello será preciso analizar la concreta acción eje-

cutada por los recurrentes, atendiendo particularmente a los siguientes criterios:

- a) En primer lugar, conviene subrayar la singular y reforzada protección jurídica que el legislador penal otorga a la Corona, al igual que hace con otras altas Instituciones del Estado, para defender el propio Estado Constitucional, pues así lo corrobora el hecho de que el delito de injurias a la Corona no figure en el título XI del Código Penal, relativo a los delitos contra el honor, sino en el título XXI, dedicado precisamente a los delitos contra la Constitución. Por consiguiente, en lo que ahora exclusivamente nos importa, el art. 490.3 del Código Penal (CP) tipifica un delito de naturaleza pública, a cuyo través se protege el mantenimiento del propio orden político que sanciona la Constitución, en atención a lo que la figura del Rey representa. No obstante, el honor y la dignidad del monarca también forman parte del bien jurídico protegido por el precepto, siempre que la ofensa tenga que ver con el ejercicio de sus funciones o se produzca con ocasión de dicho ejercicio. Ahora bien, la protección penal que ofrece el art. 490.3 CP no implica que el Rey, como máximo representante del Estado y símbolo de su unidad, quede excluido de la crítica especialmente por parte de aquéllos que rechazan legítimamente las estructuras constitucionales del Estado, incluido el régimen monárquico. (...)
- b) En segundo lugar, debe destacarse que la destrucción de un retrato oficial posee un innegable y señalado componente simbólico. Aunque las más genuinas formas de expresión consisten en manifestaciones orales o escritas, las personas pueden igualmente comunicar o expresar sus ideas y opiniones mediante conductas, hechos o comportamientos no verbales que, en tal consideración, son también manifestaciones de la libertad de expresión. (...)  
Por ello, las personas también pueden manifestar sus ideas y opiniones mediante un lenguaje simbólico (*symbolic speech*), o bien mediante otras conductas expresivas (*expressive conduct*). El componente significativo o expresivamente inocuo de determinados símbolos, actitudes o conductas dependerá, pues, del contexto que integre las circunstancias del caso.
- c) Por último interesa remarcar que, desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, la formulación de críticas hacia los

representantes de una institución o titulares de un cargo público, por desabridas, acres o inquietantes que puedan resultar no son más que reflejo de la participación política de los ciudadanos y son inmunes a restricciones por parte del poder público. Sin embargo, esa inmunidad no resulta predicable cuando lo expresado, aun de forma simbólica, solamente trasluce ultraje o vejación. (...)

4. Teniendo en cuenta estos criterios y la doctrina constitucional que hemos expuesto más arriba debemos enjuiciar la constitucionalidad de la condena penal de los demandantes de amparo por un delito de injurias a la Corona del art. 490.3 CP, a la luz de los hechos declarados probados en la vía judicial. Tal y como hemos recordado en los antecedentes de esta resolución, las Sentencias recurridas declaran probado que los recurrentes irrumpieron con el rostro tapado —uno encapuchado y otro embozado— en la concentración que siguió a la manifestación precedente celebrada en protesta de la visita real y, previa deliberada colocación boca abajo de una fotografía de gran tamaño de los Reyes, procedieron a quemarla mientras eran jaleados por varios de los concentrados para, seguidamente, retirarse e intentar confundirse con el resto de los asistentes. De las circunstancias relatadas, los órganos judiciales coligieron el carácter delictivo de los hechos, dada la expresión simbólica de desprecio y destrucción que en el contexto en que se produjo comportó el uso del fuego, amén de la colocación del retrato de los Reyes en posición claudicante (boca abajo). Dichos órganos también escindieron nítidamente la transcendencia jurídica de la precedente manifestación antimonárquica, que consideraron amparada por el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión, del subsiguiente episodio sometido a enjuiciamiento, el cual, además de ser considerado formalmente injurioso, se reputó innecesario para exteriorizar una posición crítica hacia la Monarquía. (...)

Desde la perspectiva que nos corresponde debemos dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia.

Cuando una idea u opinión se manifiesta, como en el caso enjuiciado, mediante la destrucción de elementos con un valor simbólico, la conducta ha de ser examinada con arreglo a un canon de enjuiciamiento par-

ticularmente atento a las concretas circunstancias del caso. Un acto de destrucción puede sugerir una acción violenta y, en consecuencia, ser susceptible de albergar mensajes que no merecen protección constitucional. Pues, como es obvio, no es jurídicamente indiferente manifestar la protesta o el sentimiento crítico utilizando medios o instrumentos inocuos para la seguridad y dignidad de las personas, que hacerlo incitando a la violencia o al menosprecio de las personas que integran la institución simbolizada o sirviéndose del lenguaje del odio.

En la STC 136/1999, de 20 de julio, afirmamos que “no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre” (FJ 15). Del mismo modo, la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre.

Es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado “discurso del odio” son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes.

(...)

La escenificación de este acto simbólico traslada a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados, sin que deba dejar de advertirse además que el lóbrego acto provoca un mayor impacto en una sociedad democrática, como la española, que de forma expresa excluye en su Constitución la pena de muerte (art. 15 CE).

Quemar en público, en las circunstancias descritas, la fotografía o la imagen de una persona comporta una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agre-

sividad contra la misma y expresa una amenaza. En definitiva, quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio.

(...) La ausencia de espontaneidad en el comportamiento de los demandantes es patente, puesto que la quema de la fotografía no surge de forma instantánea en el contexto de la manifestación y al hilo de la crítica sobre el modelo constitucional de Estado o como expresión de la ideología antimonárquica e independentista de los recurrentes. Dicho acto fue, por el contrario, fruto de una actividad diseñada de antemano y orientada a mostrar el mayor grado de hostilidad frente a la institución de la Corona.

Los hechos así expuestos avalan categóricamente el significado netamente incitador al odio, pues en el relato histórico de la Sentencia recaída en la instancia, expresamente aceptado por el Tribunal de apelación, no figura dato alguno que sustente la tesis que los demandantes esgrimen en pro del legítimo ejercicio del derecho de crítica hacia la institución monárquica. (...)

Importa subrayar estas circunstancias porque las mismas cualifican el presente asunto, alejándolo significativamente del supuesto recientemente resuelto por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 15 de marzo de 2011 (caso *Otegui c. España*), en el que el referido Tribunal consideró que la conducta del recurrente estaba amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH). Los ahora recurrentes no eran representantes electos, ni formaban parte de ningún grupo parlamentario. Tampoco concurren, en el presente caso, las singulares circunstancias especialmente valoradas en la Sentencia citada, acerca del contexto en que se produjeron las declaraciones del entonces demandante (sospecha de torturas con motivo del cierre del diario "Egunkaria"). Pero —y esto es lo más importante— en aquel supuesto el recurrente expresó su opinión sobre un asunto sujeto al debate político, y sus manifestaciones, en palabras del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, venían referidas a una cuestión de interés público en el País Vasco aunque fueran expuestas de manera provocativa y exagerada. Sin embargo, en el presente caso no concurre ninguna de las circunstancias indicadas, ni nin-

guna otra de similar naturaleza que permita reconducir la quema de los retratos al contexto de crítica política que los demandantes invocan. (...)

5. A continuación, pasamos a dar respuesta a la primera de las lesiones denunciadas en la demanda que, en síntesis, se funda en el siguiente alegato: la condena impuesta por los órganos judiciales constituye un castigo por la expresión pública de unas convicciones antimonárquicas, lo que vulnera el derecho a la libertad ideológica de los demandantes (arts. 16.1 CE). Este Tribunal ha tenido ocasión de destacar la importancia del derecho consagrado en el art. 16.1 CE. Como afirmamos en la STC 20/1990, de 20 de febrero, FJ 3: "hay que tener presente que sin la libertad ideológica consagrada en el art. 16.1 CE, no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el art. 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de derecho que en dicho precepto se instaura. Para que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político sean una realidad efectiva y no la enunciación teórica de unos principios ideales, es preciso que a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlas, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se puede desarrollar el régimen democrático que nos hemos dado en la Constitución de 1978. Interpretar las leyes según la Constitución conforme dispone el art. 5.1 LOPJ, exige el máximo respeto a los valores superiores que en ella se proclaman".

Asimismo, en la STC 120/1992, de 27 de junio, FJ 8, enmarcamos el alcance y contenido de la faceta externa de ese derecho en los siguientes términos: "[c]iertamente, la libertad ideológica, como así viene a latir en el planteamiento de los recurrentes, no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos. El art. 16.1 CE garantiza la libertad ideológica sin más limitaciones en sus manifestaciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley (STC 20/1990, fundamento jurídico 3). En este sentido no hay inconveniente en reconocer, para dar respuesta a la cita que en la demanda se hace de la libertad de expresión —ausente, sin embargo, de la relación de violaciones constitucionales que se pretende declare este Tribunal—, que entre tales manifestaciones, y muy principalmente, figura la de expresar libremente lo que se piense. A la

libertad ideológica que consagra el art. 16.1 CE le corresponde “el correlativo derecho a expresarla que garantiza el art. 20.1 a)” (STC 20/1990, fundamento jurídico 5), aun cuando ello no signifique que toda expresión de ideología quede desvinculada del ámbito de protección del art. 16.1, pues el derecho que éste reconoce no puede entenderse ‘simplemente absorbido’ por las libertades del art. 20 (STC 20/1990, fundamento jurídico 3), o que toda expresión libremente emitida al amparo del art. 20 sea manifestación de la libertad ideológica del art. 16.1”.

Por último, este Tribunal ha tenido ocasión de delimitar bajo qué premisas la actuación de los poderes públicos atenta contra dicho derecho: “[a]hora bien, para que los actos de los poderes públicos puedan ser anulados por violaciones de la libertad ideológica es cuando menos preciso, de una parte, que aquéllos perturben o impidan de algún modo la adopción o el mantenimiento en libertad de una determinada ideología o pensamiento, y no simplemente que se incida en la expresión de determinados criterios. De otra, se exige que entre el contenido y sostenimiento de éstos y lo dispuesto en los actos que se combatan quepa apreciar una relación de causalidad” (STC 137/1990, de 19 de julio, FJ 8; y ATC 19/1992, de 27 de enero, FJ 2).

Una vez sintetizada nuestra doctrina, hemos de afirmar que las penas impuestas a los demandantes no vulneran el derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), pues sin perjuicio del trasfondo anti-monárquico de su comportamiento, de todo punto evidente, el reproche penal que realizan las Sentencias impugnadas no se fundamenta en el posicionamiento ideológico de los recurrentes, sino en el contenido de un acto episódico de naturaleza simbólica. En el ordenamiento español no existe ninguna prohibición o limitación para constituir partidos políticos que acojan idearios de naturaleza republicana o separatista, ni para su expresión pública, como evidencia la celebración de la manifestación que tuvo lugar inmediatamente antes de la comisión de los hechos sancionados. (...)

Por último, resulta oportuno abordar otros dos aspectos cuya importancia no es baladí. En primer lugar debe advertirse sobre el riesgo evidente de que el público presente percibiera la conducta de los recurrentes como una incitación a la violencia y el odio hacia la Monarquía y hacia quienes la representan. Aunque no consta que se produjeran incidentes de orden público, la connotación destructiva que comporta la

quema de la fotografía de los Reyes es innegable y, por ello, tal acción pudo suscitar entre los presentes reacciones violentas e “incompatibles con un clima social sereno y minar la confianza en las instituciones democráticas” (STEDH de 16 de julio de 2009, caso *Feret c. Bélgica* § 77), o, en fin, avivar el sentimiento de desprecio o incluso de odio hacia los Reyes y la institución que representan, exponiendo a SS.MM. “a un posible riesgo de violencia” (STEDH de 8 de julio de 1999, caso *Sürek c. Turquía* § 62), pues, como ha advertido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo” (STEDH de 16 de julio de 2009, caso *Feret c. Bélgica* § 73).

Por otra parte, según doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la imposición de penas de prisión por infracciones cometidas en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el art. 10 del Convenio en circunstancias excepcionales, especialmente cuando se han lesionado gravemente otros derechos fundamentales, como en el supuesto de que se difunda un discurso de odio o de incitación a la violencia, como es el caso (STEDH de 15 de marzo de 2011, caso *Otegi c. España*, §§ 58 a 60, por remisión a los casos *Bingöl c. Turquía*, núm. 36141/2004, ap. 41, de 22 de junio de 2010, y, *mutatis mutandis*, *Cumpănă y Mazăre Rumanía* [GS], núm. 33348/1996, ap. 115, TEDH 2004-XI). En cualquier caso, en el presente supuesto la inicial pena de prisión fijada en aplicación de lo previsto en el art. 490.3 CP ha sido sustituida por multa de treinta meses a razón de una cuota diaria de 3 euros, por lo que la cuantía final sería de 2.700 euros. Esta modalidad de sanción se estima proporcionada a la entidad del hecho y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos no la ha considerado contraria al Convenio (STEDH en el caso *Otegi c. España*, §§ 58 a 60), pues aunque la multa no elimina la inscripción de la condena penal en el Registro de antecedentes penales (*mutatis mutandis*, SSTEDH de 26 de junio de 2007, caso *Artun y Guvener c. Turquía*, § 33, y de 19 de febrero de 2009, caso *Martchenko c. Ucrania*, § 52), sí mitiga notablemente sus efectos. Al margen de tal dato, no puede olvidarse que la cuantía de la pena resultante no deriva exclusivamente de la subsunción en el tipo penal de los hechos, sino también a la apreciación de la circunstancia agravante de ejecutar el hecho mediante disfraz (art. 22.2 CP), que obliga a imponer una pena superior por razones diversas a la calificación de la quema de la fotografía de los Reyes como un delito de injurias, en concreto, en tanto



es una circunstancia que favorece la ejecución del delito y la impunidad de sus autores.

En conclusión, por las razones ya expuestas debemos proclamar que la conducta que determinó la condena de los demandantes no está amparada constitucionalmente por los derechos invocados en la demanda a la libertad de expresión o de creencias, por lo que no merece la protección dimanante de los arts. 16.1 y 20.1 a) CE.

### VOTOS PARTICULARES

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado núm. 956-2009

Con respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros del Tribunal en la que se sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y con el fallo. Considero que hubiera debido ser estimatoria por vulneración del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE].

1. Los derechos a la libertad de expresión e información están íntimamente ligados a la democracia. La sensibilidad y la forma con que los poderes de un Estado abordan y tratan estos derechos son un indicador de la calidad de su democracia; por eso me alarma la tendencia restrictiva de estos derechos en la más reciente jurisprudencia constitucional. Es una deriva de la que no se libran ni las empresas de telecomunicaciones (STC 73/2014, de 4 de junio), ni los profesionales de la información (SSTC 176/2013, de 21 de octubre, 19/2014, de 10 de febrero, o 18/2015, de 16 de febrero), ni los miembros de organizaciones sociales (STC 65/2015, de 13 de abril). Por ese motivo, he hecho pública mi discrepancia con diversas resoluciones de este Tribunal en esa materia (así, SSTC 73/2014 y 65/2015). De nuevo, me veo en la obligación de acudir a la posibilidad legal que me brinda el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) para mostrar mi disidencia con otro ejemplo de esa tendencia. En esta ocasión los afectados son dos ciudadanos condenados penalmente por la utilización de una forma de expresión —la destrucción o quema de fotos de representantes políticos o de símbolos políticos— que es ampliamente aceptada en los estándares internacionales de derechos humanos como una inocua manifestación del derecho a la libertad de expresión.

2. La opinión mayoritaria en que se sustenta la Sentencia considera que la sanción penal impuesta a los recurrentes —privativa de libertad

y sustituida por una sanción económica— por la comisión de un delito de injurias al Rey y a sus familiares (art. 490.3 del Código Penal: CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 10/1995), con motivo de haber quemado la foto institucional del Jefe del Estado y su consorte tras una manifestación antimonárquica e independentista en Cataluña, no vulnera sus derechos a la libertad ideológica (art. 16 CE) y de expresión [art. 20.1 a) CE]. El argumento para sustentar esta afirmación, separándose por completo de cuál fue la línea de razonamiento en la vía judicial para fundamentar la condena de los recurrentes, es que esa conducta simbólica no supone el “legítimo” ejercicio de esos derechos, al ser una manifestación del denominado “discurso del odio”, que es uno de los límites intrínsecos a ese ejercicio.

No me voy a extender en este Voto particular sobre dos aspectos que comparto con la opinión mayoritaria, como son (i) que el lenguaje simbólico, incluyendo la destrucción mediante el fuego de fotos y otros emblemas, es un acto comunicativo que implica el ejercicio del derecho a la libertad de expresión; y (ii) que el discurso del odio, en cualquiera de sus manifestaciones, incluyendo su expresión a través del lenguaje simbólico, supone una legítima restricción del derecho a la libertad de expresión. Mi discrepancia radica en que, a mi juicio, (i) la concreta conducta de destrucción mediante el fuego de una foto institucional del Jefe del Estado y su consorte como la realizada por los recurrentes y en el contexto en que fue desarrollada no es una manifestación del “discurso del odio” que suponga un ejercicio incurso en extralimitación o abusivo y, por tanto, “ilegítimo” del derecho a la libertad de expresión; (ii) que esa concreta extralimitación y por esa causa, hipotéticamente, no justifica la respuesta penal por aplicación del delito de injurias al Rey y a sus familiares que fue establecida en la vía judicial previa; y (iii) que esa concreta respuesta penal, además, no resulta necesaria y proporcionada ponderando los derechos, valores e intereses constitucionales en conflicto.

## I. LA BANALIZACIÓN DEL DISCURSO DEL ODIO

3. La opinión de la mayoría, al argumentar que la conducta de los recurrentes supuso un ejercicio de la libertad de expresión incurso en extralimitación por incitar al odio contra el Jefe del Estado, banaliza el discurso del odio y su significación como restricción legítima de la libertad de expresión.

La jurisprudencia constitucional y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) han establecido dos notas distintivas para poder calificar un acto comunicativo como “discurso del odio”: (i) que suponga una incitación directa a la violencia y (ii) que se dirija contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas, creencias o actitudes vitales en particular. Así, en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, se afirmó, “que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado “discurso del odio”, esto es, a aquel desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. En este punto, sirve de referencia interpretativa del Convenio la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia (SSTEDH caso *Gündüz c. Turquía*, de 4 de diciembre de 2003, § 41; caso *Erbakan c. Turquía*, de 6 de julio de 2006)” (FJ 5).

En coherencia con ello, el análisis que ha proyectado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el discurso del odio, sea tomando como enfoque el abuso del derecho del art. 17 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) —por ser una manifestación “tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el convenio”— o las propias limitaciones que a la libertad de expresión se establecen en el art. 10.2 CEDH, aparece siempre referido a supuestos de actos comunicativos que pudieran ser interpretados como de incitación a la violencia contra grupos y colectivos basados en consideraciones étnicas, religiosas, nacionales, raciales, de orientación sexual, etc., o justificativos de tratamientos discriminatorios y limitativos del disfrute de los derechos humanos por parte de estos grupos y los individuos que los integran. En ese contexto, cuando se ha pretendido aplicar la doctrina del discurso del odio a supuestos de una eventual incitación u hostilidad contra personas singulares no integradas en grupos vulnerables se ha negado que se trate de manifestaciones del discurso del odio (STEDH caso *Otegi Mondragón c. España*, de 15 de marzo de 2011, § 54); o se ha contrapuesto, precisamente, a otras restricciones legítimas de la libertad de expresión para la protección de intereses individuales, como son la difamación o la incitación a ejercer violencia

contra personas individuales y determinadas (STEDH caso *Delfi As c. Estonia*, de 16 de junio de 2015).

Por otra parte, en lo que se refiere a que el acto suponga por sí mismo una incitación directa al ejercicio de la violencia como resultado del discurso del odio —solo por citar supuestos de actos simbólicos que pueden servir de parámetro de enjuiciamiento en este caso— la STEDH caso *Fáber c. Hungría*, de 24 de julio de 2012, estimó que no podía ser calificado como una manifestación del discurso del odio el hecho de mostrar una bandera de polémicas connotaciones al paso de una manifestación antirracista. E, igualmente, la STEDH caso *Murat Vural c Turquía*, de 21 de octubre de 2014, tampoco consideró que fuera un ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión la conducta de cubrir de pintura efigies o estatuas de personajes representativos del Estado. Esa misma conclusión ha sido defendida por la STEDH caso *Christian Democratic People's Party c Moldavia* (núm. 2), de 2 de febrero de 2010, § 27, en relación con la destrucción mediante el fuego de retratos de representantes políticos institucionales y banderas. Esta jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no hace sino entroncar con la visión más extendida de que este tipo de actos comunicativos son comportamientos socialmente conocidos que han sido considerados como manifestación de la libertad de expresión por otros Tribunales Constitucionales, señaladamente el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América [Sentencias dictadas en el caso *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968), en relación con cartilla militar; en el caso *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), y en el caso *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990), en relación con la bandera nacional].

Por tanto, no puedo compartir que la conducta que dio lugar a la condena penal de los recurrentes pueda ser considerada ni calificada como una genuina manifestación del discurso del odio. No reúne las notas esenciales de que (i) estuviera dirigida contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas, creencias o actitudes vitales en particular; ni de que, como se argumentará más extensamente a continuación, (ii) supusiera una incitación directa a la violencia.

4. La argumentación de la opinión mayoritaria en la que se sustenta la Sentencia, acerca de que la conducta de los recurrentes suponía una incitación a la violencia y expresaba una amenaza a las personas de los Reyes no resulta aceptable, ya que (i) se basa en una reconstrucción de

los hechos declarados probados en la vía judicial previa, vedada por el art. 44.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), mediante la cual se pretende, recurriendo a la escenificación y al lenguaje emotivo, dotar al acto enjuiciado de una significación que está muy alejada de una comprensión normal de este tipo de conductas; y (ii) utiliza argumentos justificativos totalmente descontextualizados y desconectados de una normal interpretación del acto desarrollado por los recurrentes, pues se basa en exacerbar determinados elementos de carácter meramente simbólico.

La exacta descripción del relato de hechos probados ha sido reproducida en el antecedente 2 b). Los elementos fácticos que fueron considerados relevantes por el órgano judicial —el cual, con la intermediación constitucionalmente exigible, tenía la competencia de enjuiciamiento— son: (i) desde el punto de vista del contexto, que la conducta de los recurrentes se produjo —entrecomillo palabras del propio relato de hechos probados de la sentencia de instancia— “con motivo de la visita institucional de S.M. el Rey a la ciudad de Gerona” y “en el curso de una concentración en la Plaza de Vino de esa capital. A dicha concentración le había precedido una manifestación encabezada por una pancarta que decía ‘300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española’”; (ii) desde el punto de vista de la apariencia de los recurrentes, que “iban con el rostro tapado para no ser identificados”; (iii) desde el punto de vista de la dinámica del acto, que “quemaron previa colocación boca abajo... una fotografía de SS.MM. los Reyes de España” y que “tras colocar la citada fotografía de gran tamaño de SS.MM. los Reyes en la forma expuesta, en el centro de la plaza se procedió por Enric Stern a rociarla con un líquido inflamable y por Jaume Roura a prenderle fuego con una antorcha procediendo a su quema”; y (iv) desde el punto de vista de las consecuencias, que dicha conducta se desarrolló “mientras eran jaleados con diferentes gritos por las varias decenas de personas que se habían reunido en la citada plaza”.

Frente a estos elementos del relato de hechos probados —a los que, insisto, por mandato del art. 44.1 b) LOTIC está sujeto este Tribunal— la opinión de la mayoría opone que dos recurrentes desarrollaron esa conducta —vuelvo a citas entrecomilladas de la sentencia que se funda en dicha opinión— “tras haber situado en la plaza mayor de la ciudad de Gerona una estructura metálica en la que se sujeta una fotografía de las efigies de tamaño real de los Monarcas, puesta «boca abajo»” (FJ 4, párrafo

sexto). A partir de ello se hace también referencia a que “la escenificación de este acto simbólico traslada a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados” (FJ 4, párrafo séptimo).

Desde luego, ni la referencia a un supuesto traslado por los recurrentes de esa estructura metálica aparece en las resoluciones impugnadas ni, en lo que a mí se me alcanza, ha sido objeto de visionado por este Tribunal ningún tipo de grabación videográfica de los hechos ni ningún otro medio de prueba a partir del cual se puedan extraer consecuencias constitucionales de tal relevancia como son las relativas a la existencia de una incitación directa a la violencia, que, hay que recordarlo e insistir en ello, no fue apreciada ni mencionada en la vía judicial previa.

5. Esta reconstrucción de los hechos probados es la que sirve a la opinión de la mayoría para concluir la existencia de una incitación directa a la violencia contra el Rey, expresiva de una amenaza, tomando como fundamento los siguientes argumentos: (i) la escenificación del acto simbólico de la quema boca debajo de la fotografía; (ii) la premeditación y falta de espontaneidad de la conducta que se desarrolló con una preparación previa y con la cara oculta; y (iii) la inexistencia de ningún tipo de declaración o manifestación verbal posterior de la que se pudiese inferir que se trataba de una mera oposición política a la monarquía.

Con este razonamiento, la opinión mayoritaria exagera determinados elementos simbólicos, muy repetidos en este tipo de manifestaciones de protesta, hasta elevarlos a la categoría de incitación personal al odio y calificarlos como expresión de una amenaza. Así, el hecho de que los recurrentes colocaran la fotografía boca abajo, una posición que la sentencia de apelación califica expresamente de “claudicante”, y por tanto, aun sin decirlo expresamente, ofensiva o denigrante, no resulta concluyente. Esta circunstancia aparece directamente conectada con una expresión de la reivindicación política de los recurrentes en favor del derrumbamiento o de la caída del sistema monárquico vigente en España y, en consecuencia, es una manifestación de su opinión hostil a la institución monárquica que simboliza la fotografía de sus majestades los Reyes y está en la línea del activismo político que anima toda la conducta de los recurrentes, según afirma la sentencia de primera instancia, confirmada en apelación. Teniendo en cuenta esta opinión u opción ideológica de los recurrentes, abiertamente contraria a la Corona —opinión legítima en el

marco que garantiza la Constitución— no aparece circunstancia alguna en las Sentencias recurridas que permita apreciar que la colocación de la fotografía en posición invertida busque otra cosa que manifestar una posición de rechazo de la institución como órgano constitucional. Invertir una fotografía, como una bandera, es una reiterada forma de manifestar el disgusto que acompaña estos actos reivindicativos, ajeno a la pretensión de que en conexión con ello se desarrollen actos de violencia personal.

El hecho de que los demandantes de amparo actuaran encapuchados es, en el criterio de la opinión mayoritaria, otro elemento relevante que prueba, se dice, hasta qué punto los propios recurrentes eran conscientes del carácter ilícito de su acción y premeditaron su conducta. Esta conclusión carece, sin embargo, de significación concluyente. La aplicación de los tipos penales, con carácter general, no depende de la percepción subjetiva que tengan los protagonistas sobre el grado de ilicitud de su conducta. Por otra parte, como testimonian las resoluciones judiciales que cita la Sentencia de primera instancia, existen en la jurisprudencia ordinaria casos de condena penal por hechos similares que podían explicar la percepción de quienes así actuaban, por lo que atribuir valor decisivo a aquella circunstancia equivaldría a dar valor concluyente a esos precedentes judiciales, claudicando del enjuiciamiento constitucional que nos corresponde.

Del mismo modo, tampoco resulta definitivo el argumento de que junto con la quema de la foto no se pronunciara ninguna expresión o mensaje del que cupiera inferir la oposición política a la institución monárquica por parte de los recurrentes. No creo que sea necesario insistir en el activismo político de estos ni en que el acto se realizó —como se infiere de la Sentencia de primera instancia y admite expresamente la Sentencia de apelación— sin solución de continuidad con una manifestación antimonárquica e independentista, en que se identificaba a la dinastía borbónica con la ocupación española del territorio catalán, ni en la suficiencia comunicativa, al margen de cualquier tipo de expresión verbal, de este tipo de actos simbólicos.

Por último, no me parece adecuado ni suficientemente ponderado en el contexto de la proliferación internacional de actos muy semejantes al protagonizado por los recurrentes —y que son ampliamente difundidos por los medios de comunicación hasta hacer de ellos una imagen coti-

diana— que la opinión de la mayoría sustente que este acto simbólico traslada “la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados” y que ello “provoca un mayor impacto en una sociedad democrática, como la española, que de forma expresa excluye en su Constitución la pena de muerte (art. 15 CE)” (fundamento jurídico 4, párrafo séptimo, de la Sentencia). Me resulta penoso que a la banalización del odio se le una ahora una banalización de la pena de muerte. Ninguna de ellas es necesaria ni contribuye a justificar una desestimación de este recurso de amparo. Extraer del hecho de la quema de unas fotografías la conclusión de que los recurrentes estaban pretendiendo la muerte de los Reyes es un paralelismo que desborda más allá de lo imaginable la comprensión que un espectador neutral puede formarse en el ámbito del discurso racional.

6. Frente a esta forma extrema de razonamiento, considero, de manera más ponderada, que, ciertamente, un acto de destrucción puede sugerir una acción violenta y, en consecuencia, susceptible en hipótesis de albergar mensajes que no merecen protección constitucional. Pero, como es obvio, no es jurídicamente indiferente manifestar la protesta o el sentimiento crítico utilizando medios o instrumentos inocuos para la seguridad y dignidad de las personas o hacerlo incitando a la violencia o atentando contra la dignidad de las personas que integran la institución simbolizada. No cabe controvertir que el tipo de conductas como las desarrolladas por los recurrentes tiene una carga negativa evidente; pero en el caso concreto no fue acompañada de una invitación a la violencia ni suscitó reacciones de esta naturaleza ni desembocó en perturbaciones del orden público, pues ninguna consecuencia de ese tipo fue reflejada o valorada por los órganos judiciales para justificar su condena, sino solo la existencia de manifestaciones ruidosas de adhesión por parte de personas concurrentes. La Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional recurrida refiere que los dos demandantes de amparo, después de quemar la fotografía, “seguidamente [se] retiran e intenta[n] confundirse con el resto de los asistentes”.

Es relevante también que la acción de los recurrentes se desarrolló en el marco y con ocasión de una concentración ciudadana convocada en protesta por la visita de los Reyes a la ciudad de Girona encabezada por una pancarta con el lema “300 años de Borbones, 300 años de ocupación española” y, por tanto, en un contexto de activismo político. En ese marco, el derecho a la libertad de expresión alcanza una mayor amplitud y resulta especialmente resistente a las restricciones que en otras circuns-



tancias habrían de operar. El contexto de actuación de los recurrentes se relaciona, además, con cuestiones de relevancia general sobre la forma política del Estado y la vigencia de los órganos constitucionales como elementos definidores de nuestro sistema constitucional. Esta circunstancia también debe ser objeto de consideración al ponderar los intereses en juego, al igual que el hecho de que no aparece que la conducta enjuiciada implicase una crítica directa sobre aspectos personales o íntimos de los Reyes, sino que todos los datos recogidos en las sentencias de primera instancia y de apelación ponen de manifiesto que se trataba de una manifestación de hostilidad al órgano constitucional que encarnan. Estos elementos atestiguan y acentúan el carácter de crítica institucional y política de la conducta de los recurrentes ajena al núcleo de la dignidad de las personas y desde luego a su integridad física o seguridad personal. En este marco resultan ampliados los límites de la crítica constitucionalmente protegida, pues no es la misma la posición constitucional que ocupa el honor de las personas que la que ocupa la dignidad o el prestigio de las instituciones. Así, como se afirma en la STEDH caso *Morice c. Francia*, de 23 de abril de 2015, “en términos generales, si bien es legítimo que las instituciones del Estado, como garantes del orden público institucional, sean protegidas por las autoridades competentes, la posición dominante ocupada por esas instituciones requiere que las autoridades muestren una moderación en recurrir a procesos penales (véase SSTEDH caso *Castells v. España*, 23 de abril de 1992, § 46, serie A no. 236; caso *InCal v. Turkey* [GC], 9 de junio de 1998, § 54, informes 1998-IV; caso *Lehideux e Isorni c. Francia*, 23 de septiembre de 1998, § 57, informes 1998-VII; caso *Öztürk v. Turquía* [GC], 28 de septiembre de 1999, § 66, ECHR 1999-VI; y caso *Otegi Mondragón c. España*, Nº 2034/07, § 58, TEDH 2011)” (§ 127).

A esos efectos, tampoco cabe olvidar, como es reiterado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no puede establecerse una protección privilegiada de los jefes de Estado frente al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información (así, SSTEDH caso *Colombani c. Francia*, de 25 de junio de 2002; caso *Artun y Güvener c. Turquía*, de 26 de junio de 2007; caso *Gutiérrez Suárez c. España*, de 1 de junio de 2010; caso *Eon c. Francia*, de 14 de marzo de 2013; caso *Couderc Et Hachette Filipacchi Associés c. Francia*, de 12 de junio de 2014). Creo que, en este sentido, es paradigmática la siguiente cita de la STEDH caso *Couderc Et Hachette Filipacchi Associés c. Francia*, de 12 de junio de 2014: “El Tribunal concluye igualmente que el interés de un Estado por

proteger la reputación de su propio Jefe de Estado o del de un Estado extranjero no puede justificar conferir a este último un privilegio o una protección especiales frente al derecho a informar y a expresar opiniones sobre ellos. Pensar otra cosa no se conciliaría con la práctica y la concepción política actual" (§ 58).

(...)

En conclusión, una valoración intelectual de los hechos declarados probados en la vía judicial previa solo permite concluir que la finalidad predominantemente política del mensaje que se lanzaba con la conducta desarrollada por los recurrentes no comportó, a pesar de su hostilidad a la institución monárquica, la difusión de un discurso de incitación a la violencia contra la Corona o sus titulares ni expresó amenaza alguna contra ellos. Y, en esa medida, al tratarse de un mero acto de rechazo hacia la institución monárquica, constitucionalmente protegido, no puede legitimar por sí solo ninguna restricción del ejercicio de la libertad de expresión mediante la imposición de una sanción penal.

## II. UNA CONDENA FRENTE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN INCOHERENTE CON EL INTERÉS PROTEGIDO POR EL TIPO PENAL

7. El discurso del odio, en los términos expuestos y ya criticados, ha sido el argumento utilizado por la opinión mayoritaria para justificar que la conducta de los recurrentes supuso un ejercicio del derecho a la libertad de expresión incurso en extralimitación y, por tanto, que resultaba legítima la restricción de este derecho.

Pues bien, al margen de mi discrepancia ampliamente desarrollada respecto de esa conclusión, todavía debo incidir en una segunda cuestión sobre la que disiento de la opinión mayoritaria. Estimo que en esta posición no se ha ponderado adecuadamente que lo enjuiciado en este proceso constitucional no era la conducta de los recurrentes, sino la reacción estatal frente a ella, lo que ha desfigurado, hasta hacerlo irreconocible, el juicio de constitucionalidad que hubiera sido preciso realizar. Por tanto, debo detenerme en unas breves reflexiones sobre lo que supone la reacción penal frente al ejercicio del derecho a la libertad de expresión y el alcance revisor de un tribunal de garantías ante este tipo de supuestos y las disfunciones que genera la resolución de este Tribunal.

8. La opinión mayoritaria, siguiendo una doctrina jurisprudencial que comparto plenamente, acepta que el análisis de constitucionalidad que

debe realizar este Tribunal bajo la invocación de derecho a la libertad de expresión no se circunscribe a examinar la razonabilidad de la motivación de la resolución judicial. Debe resolver, con plena autonomía, el eventual conflicto entre los derechos e intereses constitucionales afectados atendiendo al contenido que corresponde a cada uno de ellos, aunque para este propósito sea preciso utilizar criterios distintos a los aplicados por los órganos judiciales.

Esta autonomía —respetando los hechos declarados probados, tal como exige el art. 44.1 b) LOTC— está, sin embargo, limitada también por la propia naturaleza de la resolución judicial que da lugar al recurso de amparo. A esos efectos, no puede obviarse que el objeto de impugnación en este recurso es una condena penal por injurias al Rey y a sus familiares. En el Voto particular que formulé a la STC 65/2015, de 13 de abril, expuse con amplitud que en los supuestos en que el Estado reacciona recurriendo al derecho penal frente a conductas que considera un ejercicio de la libertad de expresión abusivo o incurso en extralimitación, el análisis constitucional no puede limitarse a una mera ponderación del eventual conflicto entre el contenido de este derecho fundamental y el de los valores o intereses constitucionales que legitiman su restricción. En tales casos, es necesario que se escrute la legitimidad constitucional de la reacción penal del Estado para la protección de esos valores o intereses que se pretenden salvaguardar con la restricción de la libertad de expresión.

En aquel supuesto, puse en relación la legitimidad constitucional de la reacción penal con la exigencia de efectuar un juicio de necesidad y de proporcionalidad en que se ponderara si el eventual exceso o abuso en el ejercicio de la libertad de expresión era de tal magnitud —y la lesión correlativa que generaba en ese otro valor o interés constitucional era de tal importancia— que resultaba justificado acudir a la imposición de penas privativas de libertad o multas penales. Ahora debo añadir que, dentro de esa labor de escrutinio de la legitimidad constitucional de la respuesta penal que compete a este Tribunal, debe incluirse también la exigencia de que exista una línea de coherencia entre el concreto límite que este Tribunal considera que justifica la restricción de la libertad de expresión y el precepto penal por el que se ha sido condenado. Considero que esta elemental exigencia no ha sido respetada en este caso.

Me explico. El art. 20.4 CE establece diversos límites constitucionales a los derechos a la libertad de expresión y de información. Unos tienen

que ver con intereses o derechos subjetivos —derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen— y otros con intereses colectivos —la protección a la juventud y a la infancia—. Cabe también fundamentar una legítima restricción del derecho a la libertad de expresión en otros intereses constitucionales, incluyendo el previsto en el art. 16.1 CE para la libertad ideológica —el mantenimiento del orden público protegido por la ley— y el que se aprecia en la opinión mayoritaria referido al “discurso del odio”. La eventual lesión de esos derechos subjetivos o intereses constitucionales legitimadores de la restricción del derecho a la libertad de expresión puede dar lugar a una reacción punitiva con los límites y en la medida en que esté previsto en la legislación sancionadora de referencia. Ahora bien, por tratarse de una respuesta punitiva, no resulta indiferente cuál sea el concreto límite que se afirma que ha traspasado la conducta enjuiciada. Es evidente que no es lo mismo entender justificada una restricción de la libertad de expresión mediante la reacción penal por lesionarse un derecho de la personalidad de una concreta persona que por resultar vulnerado un interés colectivo. Tampoco lo es cuando esa lesión se refiere al derecho al honor o la dignidad personal o cuando se refiere a su seguridad personal. En cada uno de esos supuestos los tipos sancionadores son, lógicamente, diferentes y es obligado que exista una correspondencia o conexión de coherencia entre el interés constitucional cuya protección justifica la restricción de la libertad de expresión y el que está protegido en el concreto tipo penal en que se fundamenta la reacción punitiva del Estado. A cualquiera se le alcanza que este Tribunal no puede considerar constitucionalmente aceptable una condena penal basada en que se ha lesionado el honor de un sujeto o la dignidad de una institución, cuando viene a concluir que no es el honor de ese sujeto o la dignidad de esa institución el interés constitucional que legitima la injerencia en la libertad de expresión del sujeto activo, sino su integridad física por haber sido sujeto pasivo de una incitación a que se ejerzan actos violentos contra él.

9. Este principio de coherencia no ha sido respetado por la opinión mayoritaria y la consecuencia, a todas luces anómica y disfuncional, ha sido que se ha acabado justificando constitucionalmente una sanción penal basada en el art. 490.3 CP —por haberse lesionado un interés institucional como es el prestigio de la institución monárquica—, cuando, por el contrario, el fundamento que dicha opinión defiende como legitimador de la injerencia en el ámbito de la libertad de expresión es la incitación directa a la violencia y la expresión de una amenaza contra el Rey, lo que,

en su caso, tiene su ámbito específico de protección penal en el art. 490.2 CP que regula las amenazas contra el Rey y sus familiares.

Insisto en ello: como el objeto directo de nuestro enjuiciamiento criminal no era la conducta de los recurrentes, sino la reacción penal consistente en su condena por un delito de injurias del art. 490.3 CP, incluso aceptando que esa conducta fuera una manifestación del discurso del odio, solo se podría estar de acuerdo con la premisa de que el acto de los recurrentes supuso un ejercicio de la libertad de expresión incurso en

extralimitación, pero no con la conclusión de que está justificada la concreta reacción penal que era el objeto de nuestro análisis de constitucionalidad.

Por tanto, una posición como la defendida por la opinión mayoritaria y reflejada en la sentencia, que alteraba de manera sustancial el razonamiento en virtud del cual se justificaba la restricción de la libertad de expresión y la condena en vía judicial, hubiera debido llevar, en su caso, a la anulación de las resoluciones judiciales impugnadas.

### III. UNA RESPUESTA SANCIONADORA DESPROPORCIONADA EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

10. El último de los aspectos respecto de los que discrepo de la posición de la mayoría consiste en que mantengo que, en el caso en que estuviera justificada una restricción de la libertad de expresión frente a este tipo de conducta, la respuesta estatal consistente en una reacción punitiva con una pena privativa de libertad (quince meses de prisión) sustituida por una sanción pecuniaria de 2.700 euros, no resulta proporcionada. En efecto, este Tribunal ha establecido una serie de reglas que deben ser tomadas en consideración por los órganos judiciales penales a la hora de enjuiciar este tipo de conductas para efectuar el adecuado juicio de ponderación. Entre ellas cabe destacar que:

- (I) El eventual conflicto entre las libertades reconocidas en el art. 20 CE, de expresión e información, y otros derechos y bienes jurídicamente protegidos, no puede resolverse mediante la consideración de que sean absolutos los derechos y libertades contenidos en la Constitución, pero tampoco puede atribuirse ese carácter absoluto a las limitaciones a que han de someterse esos derechos y libertades. De ese modo, en la aplicación de los tipos penales que suponen un límite al ejercicio de las libertades de expresión

e información, no cabe estimar preponderante en todo caso uno de los derechos en cuestión, protegiendo siempre la buena fama afectada, o el derecho a informar o a expresarse libremente, sino que, tomando en consideración todas las circunstancias, deberá ponderarse si la conducta enjuiciada se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente o, por el contrario, si se ha transgredido ese ámbito, pero valorando que mientras la conducta se atenga a los fines y objetivos constitucionalmente previstos no podrá considerarse que ha afectado ilegítimamente la buena fama o el honor de una persona, o el prestigio de una institución, de modo que quepa una sanción penal al respecto (STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 3).

- (II) La determinación de que una conducta se ha desarrollado dentro del ámbito protegido constitucionalmente por la libertad de expresión ha de realizarse teniendo presente el haz de garantías y posibilidades de actuación o resistencia que otorga, de modo tal que no puede incluirse entre los supuestos sancionables aquellos que son un legítimo ejercicio de la libertad de expresión, ya que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito (STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 3).
- (III) Incluso en el caso en que se concluyera que la conducta no constituye el legítimo ejercicio del derecho fundamental y aun cuando esté prevista legítimamente como delito en un precepto penal, no puede reaccionarse sancionando penalmente esa conducta sin realizar un previo juicio de proporcionalidad (STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5). El enjuiciamiento que debe desarrollar el juzgador penal en relación con este tipo de delitos debe tener también muy presente el criterio de la proporcionalidad, que tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan estas de normas o de resoluciones singulares. Conforme a este principio, debe negarse legitimidad constitucional a las limitaciones o sanciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de forma poco comprensible de acuerdo con una ponderación razonada y proporcionada de los mismos y exigir que toda acción penalmente deslegitimadora del ejercicio de un

derecho fundamental, adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él, sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos (STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4). La dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico permiten afirmar que no basta con la constatación de que la conducta enjuiciada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir por su severidad un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada (SSTC 2/2001, de 15 de enero, FJ 3; o 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3). En última instancia, atendiendo al carácter especialmente aflictivo de una sanción penal, tampoco cabe concebir un sistema en que solo conviva el terreno de lo constitucionalmente protegido y el de lo punible penalmente (STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 6).

- (IV) El instrumento penal solo será constitucionalmente lícito cuando, tras realizar de una manera adecuada los juicios de ponderación y proporcionalidad anteriormente señalados, pueda concluirse que la conducta enjuiciada se desarrolló bajo la sola apariencia del ejercicio de un derecho fundamental, habida cuenta de que, por su contenido, por la finalidad a la que se orienta o por los medios empleados, suponía desnaturalizar el ejercicio del derecho y se situaba, objetivamente, al margen del contenido propio del mismo (STC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5).

El hecho de que la sanción privativa de libertad fuera sustituida por una multa penal de 2.700 euros no resulta significativo a los efectos del necesario juicio de necesidad y proporcionalidad, ya que, como ha reiterado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo relevante es que la utilización y el recurso a la máxima expresión del poder punitivo del Estado determina un efecto disuasorio en el ejercicio de estos derechos fundamentales (así, STEDH caso *Morice c Francia*, de 23 de abril de 2015, § 127).

11. No voy a volver a insistir en que la conducta de los demandantes se desarrolló en el contexto de las libertades ideológicas y de expresión y

en que con ella no se incidió de manera directa en ningún derecho constitucional subjetivo del titular de la jefatura del Estado o en el prestigio de la institución. En ese sentido, recurrir al derecho penal para sancionar el contenido comunicativo del acto simbólico desarrollado es una medida innecesaria y desproporcionada en una sociedad democrática. Entre las posibles limitaciones constitucionales que pueden imponerse al ejercicio de unos derechos tan vinculados al sistema democrático como son las libertades ideológica y de expresión no cabe colocar la mera y simple defensa de las instituciones, aunque sean básicas en la actual concepción constitucional del Estado, frente a las más aceradas críticas, máxime tomando en consideración, como ya se ha afirmado, que nuestra Constitución no se configura como una democracia militante (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4).

De ese modo, la única y eventual limitación oponible al ejercicio de estos derechos por parte de los recurrentes no podría venir derivada del hecho de la idea u opinión que se manifestaba, sino solo de la forma en que se hizo. A ese respecto, como ya se ha expuesto, una de las limitaciones constitucionales a cualquier manifestación de las libertades ideológica y de expresión es la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Desde esa perspectiva, el relato de hechos probados recogido en las resoluciones impugnadas recoge determinados elementos que, con independencia del inocuo contenido del mensaje que se pretendía transmitir por los demandantes con su conducta, hipotéticamente podrían haber sido valorados como susceptibles de poner en riesgo la seguridad de bienes ajenos y personas, como son las circunstancia de que se portara líquido inflamable y una antorcha encendida y que se prendiera fuego en el marco de una alta concentración de personas a una foto que se dice de grandes dimensiones. Todas estas circunstancias sobre el modo en que se desarrolló el acto comunicativo hubieran quizá servido, hablando en términos hipotéticos, para su eventual subsunción en algún tipo sancionador penal o administrativo de gravedad y naturaleza muy distinta.

Ahora bien, como ya se ha expuesto, la función que debe desarrollar un tribunal de garantías constitucionales en este tipo de supuestos de reacción penal ante el ejercicio supuestamente incurrido en extralimitación del derecho a la libertad de expresión no puede ser la búsqueda imaginativa de cualquier límite hipotéticamente concurrente que no haya sido el que concretamente justificaba la reacción penal y fue objeto



de contradicción en el proceso de instancia. Por tanto, al igual que antes ha sucedido con el discurso del odio, no merece la pena insistir en una opción o posibilidad ajena al proceso penal seguido, a los principios de contradicción y defensa a los que este está sujeto, y, por lo tanto, a nuestro enjuiciamiento.

12. En conclusión, al no constar la demostración de la concurrencia de circunstancias aptas para probar el exceso en la conducta expresiva de los recurrentes ni desde la perspectiva del honor o prestigio de la Corona o su titular —como ha sido sostenido en vía judicial— ni desde la perspectiva del “discurso del odio” —como sostiene la posición de la mayoría en que se funda la Sentencia— debe concluirse que la condena penal de los recurrentes por la conducta enjuiciada supuso una decisión judicial ilegítimamente restrictiva del ejercicio de las libertades ideológica y de expresión, por innecesaria y desproporcionada. Y, por tanto, lo procedente hubiera sido otorgar el amparo solicitado y la anulación de las resoluciones judiciales recurridas.

## OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

### *Sentencia 151/2014, de 25 de septiembre de 2014*<sup>6</sup>

Recurso de inconstitucionalidad 825-2011. Interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados en relación con la Ley Foral de Navarra 16/2010, de 8 de noviembre, por la que se crea el registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

#### 1. (...)

Los Diputados recurrentes argumentan que la inconstitucionalidad de la Ley Foral impugnada se fundamenta en dos motivos. El primero se refiere a la falta de competencia de la Comunidad Foral de Navarra para regular por medio de una ley el procedimiento de declaración de objeción de conciencia de los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo, así como para crear un registro

---

<sup>6</sup> BOE núm. 261 de 28 de octubre de 2014.

de profesionales sanitarios objetores de conciencia a dicha práctica. En segundo término, los recurrentes aducen que los preceptos anteriormente citados limitan de forma desproporcionada el ejercicio de la libertad ideológica y de la intimidad, al exigir, a quienes deciden ejercer el derecho a la objeción de conciencia, el cumplimiento de unas obligaciones que, a su juicio, exceden los términos de la normativa estatal.

Por su parte, el Letrado del Parlamento de Navarra, en la representación que legalmente ostenta y con los argumentos que han quedado expuestos con detalle en los antecedentes, solicita la desestimación del recurso, al entender que no concurre ninguna de las tachas de inconstitucionalidad alegadas.

2. (...)

3. (...)

4. (...)

5. Sentado cuanto antecede, estamos en condiciones de analizar el contenido de la Ley Foral 16/2010 para determinar si ha invadido el ámbito competencial reservado a la ley estatal, como aducen los recurrentes, o si, como indica la exposición de motivos de la Ley impugnada y argumenta el Letrado del Parlamento de Navarra, se limita a regular aspectos organizativos y procedimentales en el marco de las competencias autonómicas en materia de sanidad.

Asimismo examinaremos, en los casos en que proceda, el segundo de los motivos de inconstitucionalidad alegado por los recurrentes, quienes consideran que los requisitos exigidos por la Ley Foral para el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, recogidos en los arts. 1, 3, 4, 5 y 6 son contrarios al principio de proporcionalidad y al principio de favor libertatis, en relación con los derechos a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE), al entender que suponen un sacrificio excesivo e innecesario en el ejercicio del mismo. En todo caso, hemos de recordar que, si bien este Tribunal ha afirmado en múltiples ocasiones que el principio de proporcionalidad constituye un canon de constitucionalidad que tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan estas de normas o de resoluciones singulares, el principio de favor libertatis opera no tanto como canon de constitucionalidad de la norma, sino como criterio hermenéutico a tener en cuenta en su aplicación.

Pues bien, la Ley Foral, recurrida en su totalidad, consta de seis artículos que vamos a agrupar según el orden lógico que impone su enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional, sin atenernos a una correlación puramente numérica.

Así, los recurrentes impugnan los arts. 1 b) y 4 de la Ley 16/2010 en los que se fija, entre otros extremos, que la Ley tiene por objeto “crear y regular el Registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo en el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea” [art. 1 b)], concretando que en dicho registro se inscribirán “las declaraciones de objeción de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo, así como las revocaciones de las mismas” [art. 4.3 a)], y que tiene como fin “facilitar la necesaria información a la Administración Sanitaria de Navarra para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de dicha prestación sanitaria” [art. 3.3 b)].

Para los Diputados recurrentes la Comunidad Foral carece de competencia para crear dicho registro, argumentando que nada al respecto establece la legislación básica del Estado, y añadiendo que su creación afecta al contenido esencial de un derecho fundamental y ha de regularse mediante ley orgánica. Asimismo, desde un punto de vista sustantivo, aducen que para gestionar adecuadamente la prestación relativa a la interrupción voluntaria del embarazo no resulta necesario saber el nombre de los médicos y sanitarios objetores, y que la existencia de un registro puede convertirse en un elemento de coacción que puede llegar a impedir, por el temor a represalias o discriminaciones, el libre ejercicio del derecho a la libertad ideológica y religiosa que reconoce el art. 16.1 CE. Para dar respuesta a estas alegaciones debemos comenzar recordando que no resulta inconstitucional que una ley autonómica disponga la creación de un registro, incluso aunque vinculara al ejercicio de un derecho fundamental, siempre y cuando las disposiciones dirigidas al establecimiento y regulación del mismo no sobrepasen las competencias autonómicas y no afecten al contenido esencial del derecho en cuestión. Por otro lado, si bien es cierto, como indican los demandantes, que el art. 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010 no dispone expresamente la creación de registros de profesionales sanitarios objetores de conciencia a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, sí exige que la declaración del objetor se haga por antelación y por escrito. El cumplimiento de dichos requisitos ha de quedar acreditado, como es lógico, en algún tipo de documento que debido a los datos de carácter personal que contiene,

constituye per se un fichero a los efectos previstos en el art. 3 b) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), toda vez que se trata de un conjunto organizado de datos de carácter personal susceptibles de tratamiento.

Partiendo de lo expuesto, que dicho fichero adopte la forma y la naturaleza de un registro es una opción legislativa derivada de la obligación de que la declaración de objeción de conciencia se realice con antelación y por escrito, todo ello en el marco del art. 53 LORAFNA, que otorga a la Comunidad Foral de Navarra, en materia de sanidad, el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, así como la competencia para organizar y administrar todos los servicios sanitarios en su territorio, por lo que no puede afirmarse que la Ley Foral contradiga o vaya más allá de lo permitido por el art. 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010 por la creación de un registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo que, lejos de constituir un límite al ejercicio del derecho, como aducen los recurrentes, establece, por un lado, una prueba de que el objetor ha realizado la declaración cumpliendo los requisitos legalmente previstos y, por otro, ayuda a garantizar, como se verá más adelante, la seguridad y confidencialidad de unos datos a los que necesariamente deben tener acceso los responsables pertinentes del servicio público de salud, a fin de que tengan conocimiento de las disponibilidad del personal sanitario y puedan organizar en la debida forma la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo con medios propios, si ello es posible, o mediante contratación de personal externo o concierto con entidades privadas, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 2/2010.

Por otro lado, la creación de un registro no se contradice con la doctrina constitucional dictada hasta la fecha en materia de objeción de conciencia, concretamente en relación con el derecho a la objeción de conciencia como exención al servicio militar obligatorio, según la cual el ejercicio de este derecho no puede, por definición, permanecer en la esfera íntima del sujeto, pues trae causa en la exención del cumplimiento de un deber y, en consecuencia, el objetor "ha de prestar la necesaria colaboración si quiere que su derecho sea efectivo para facilitar la tarea de los poderes públicos en ese sentido (art. 9.2 CE), colaboración que ya comienza, en principio, por la renuncia del titular del derecho a mantenerlo —frente a la coacción externa— en la intimidad personal, en cuan-

do nadie está obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias (art. 16.2 CE)” (STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 4).

La creación de un registro autonómico de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo con la finalidad de que la Administración autonómica conozca, a efectos organizativos y para una adecuada gestión de dicha prestación sanitaria, quienes en ejercicio de su derecho a la objeción de conciencia rechazan realizar tal práctica, no está sometida a reserva de ley orgánica, no invade las bases estatales en materia de sanidad, no afecta a las condiciones básicas que han de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos, y su existencia no implica, per se, un límite al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia recogido en el art. 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010, ni un sacrificio desproporcionado e injustificado de los derechos a la libertad ideológica e intimidad, sin que pueda afirmarse, como hacen los Diputados recurrentes, que con el mismo se persigue disponer de una lista de objetores con la finalidad de discriminarlos y represaliarlos, pues esta es una afirmación sin base jurídica alguna y en la que no se puede fundar una queja de inconstitucionalidad, por lo que debemos declarar que los arts. 1 y 4 de la Ley Foral 16/2010, no incurrir en ningún vicio de inconstitucionalidad.

6. (...)

7. En relación con el art. 5 de la Ley Foral, los Diputados recurrentes alegan que prevé una legitimación muy amplia para acceder a la información contenida en el registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo, pues dicho precepto dispone que “podrán acceder al Registro, en el ámbito de sus competencias, las personas titulares de la Dirección del Centro, de las direcciones médicas y de las direcciones de enfermería de los hospitales del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. Asimismo, podrán acceder aquellas personas que autorice expresamente la persona titular de la Gerencia del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, en ejercicio legítimo de sus funciones y, por otra parte, el propio interesado o su representante en lo que se refiere en este caso, a sus propios datos”.

Para los recurrentes el citado art. 5 autoriza el acceso al registro a personas inconcretas con el único requisito de que así lo “autorice expresamente la persona titular de la Gerencia del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea”, lo que implica, a su juicio, una indeterminación que lleva-

ría aparejada la vulneración del art. 18.1 CE. Por su parte, el Letrado del Parlamento de Navarra en su escrito de alegaciones defiende la constitucionalidad del precepto aduciendo que los recurrentes presumen la existencia de autorizaciones de acceso no justificadas por razones organizativas, lo que no deja de ser una mera hipótesis de futuro que no sirve para fundamentar jurídicamente una vulneración de los derechos invocados, teniendo en cuenta que el uso indebido de tal facultad acarrearía la correspondiente responsabilidad administrativa.

Entrando en el examen de la queja formulada, debemos recordar que el Tribunal Constitucional ha perfilado las singularidades del derecho a la protección de datos indicando expresamente que “su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad” (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6; y 96/2012, de 7 de mayo, FJ 6), puesto que “el derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar o cualquier otro bien constitucionalmente amparado” (SSTC 292/2000, FJ 6; y 96/2012, FJ 6). Por tanto, si bien es cierto que el derecho a la objeción de conciencia no se ejerce en el estricto ámbito de la esfera íntima del sujeto pues implica la exención de un deber jurídico y, como ya hemos indicado, no es un derecho que se satisfaga con el mero dato de conciencia, no lo es menos que los datos recogidos en el registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo que crea la Ley Foral 16/2010 están protegidos por el art. 18.4 CE que “consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona” (SSTC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5, y 96/2012, FJ 6), y que otorga a su titular, entre otras facultades, “la de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo” (STC 292/2000, FJ 7, y 96/2012, FJ 7).

De acuerdo con lo expuesto, resulta razonable que la Ley Foral prevea que pueden acceder al registro las personas titulares de la dirección del centro, de las direcciones médicas y de las direcciones de enfermería de los hospitales del Servicio Navarro de Salud, pues es a ellas a quienes corresponde velar por la debida organización y gestión de la prestación sanitaria que debe resultar garantizada y que da sentido al registro, quedando dicho acceso perfectamente especificado y acotado en el art. 5 de la Ley impugnada. Sin embargo, no podemos afirmar lo mismo respecto

de la previsión según la cual también pueden acceder a los datos del registro aquellas personas "que autorice expresamente la persona titular de la Gerencia del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, en ejercicio legítimo de sus funciones", pues tal previsión faculta un nuevo acceso, posesión y uso de los datos personales que contiene el registro en unos términos tan abiertos e indeterminados que supone un límite injustificado en el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE) de acuerdo con la doctrina anteriormente expuesta, y ello, con independencia de que las personas que accedan a los datos recogidos en el registro estén obligadas al secreto profesional previsto en el art. 10 LOPD, y de que el uso indebido de la facultad de acceso pueda acarrear la correspondiente responsabilidad administrativa, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal, razones que nos llevan a declarar la inconstitucionalidad del inciso del art. 5 de la Ley Foral de Navarra 16/2010 en el que se prevé que pueden acceder a los datos del registro aquellas personas "que autorice expresamente la persona titular de la Gerencia del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, en ejercicio legítimo de sus funciones".

Y ello, porque el derecho a la protección de los datos de carácter personal, que se deriva del art. 18.4 CE, garantiza a los individuos un poder de disposición sobre sus datos personales "que impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información" (STC 292/2000, FJ 6), siendo elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos, "y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios (STC 292/2000, FJ 6).

Así, la inconstitucionalidad del párrafo señalado trae causa en que el interesado debe ser informado, tanto de la posibilidad de cesión de sus datos personales, como del concreto destino de estos, “pues solo así será eficaz su derecho a consentir, en cuanto facultad esencial de su derecho a controlar y disponer de sus datos personales. Para lo que no basta que conozca que tal cesión es posible según la disposición que ha creado o modificado el fichero, sino también las circunstancias de cada cesión concreta. Pues en otro caso sería fácil al responsable del fichero soslayar el consentimiento del interesado mediante la genérica información de que sus datos pueden ser cedidos” (STC 292/2000, FJ 13), quedando así frustrado el derecho del interesado a controlar y disponer de sus datos personales que deriva del art. 18.4 CE y que concreta el art. 11.1 LOPD cuando prevé que los datos de carácter personal objeto del tratamiento “sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”, consentimiento que no será preciso cuando la cesión esté autorizada por una ley [art. 11.2 a) LOPD].

8. (...)

9. Los razonamientos expuestos conducen a la estimación parcial del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los Diputados recurrentes y, en consecuencia, a declarar inconstitucional y nulo, por las razones vertidas en el fundamento jurídico séptimo, el inciso del art. 5 de la Ley Foral de Navarra 16/2010 que señala que podrán acceder al registro “aquellas personas que autorice expresamente la persona titular de la Gerencia del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, en ejercicio legítimo de sus funciones”, y a declarar que el resto de la Ley Foral de Navarra 16/2010 no es inconstitucional, toda vez que su contenido se ajusta al marco de las competencias asumidas por la Comunidad Foral de Navarra en materia de sanidad, respeta las bases establecidas en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva de la interrupción voluntaria del embarazo, y sus exigencias no limitan desproporcionadamente el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, sino que son acordes con la conciliación que debe concurrir entre el ejercicio de este derecho y la obligación de la Administración pública autonómica de garantizar la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos legalmente previstos.



## VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Magistrado don Andrés Ollero Tassara, respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 25 de septiembre de 2014 dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 825-2011

En ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría del Pleno, dejo constancia de mi opinión discrepante, puesta ya de manifiesto durante su deliberación, de la Sentencia que ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley Foral de Navarra 16/2010, de 8 de noviembre, por la que se crea el registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo.

1. Estando de acuerdo con la inconstitucionalidad del inciso del art. 5 de la citada Ley que la Sentencia dictamina, por dar vía libre a un extralimitado acceso a los datos recogidos en el previsto registro, me veo obligado a discrepar de la desestimación relativa a la inconstitucionalidad suscitada por la existencia del mismo registro.

2. La objeción de conciencia ha sido repetidamente reconocida como derecho constitucional en la doctrina de este Tribunal.

Ya en la Sentencia 15/1982, de 23 de abril, FJ 6, se afirmó que “puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el art. 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia [sin mayores restricciones a su alcance] es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español, sin que contra la argumentación expuesta tenga valor alguno el hecho de que el art. 30.2 emplee la expresión ‘la Ley regulará’, la cual no significa otra cosa que la necesidad de la interpositio legislatoris no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para ‘regular’ el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia”. En el fundamento jurídico 8 se añade que de ello “no se deriva, sin embargo, que el derecho del objetor esté por entero subordinado a la actuación del legislador. El que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la interpositio legislatoris no significa que sea exigible tan solo cuando el legislador lo haya desarrollado, de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales. Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales

y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; el hecho mismo de que nuestra norma fundamental en su art. 53.2 prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, que se extiende a la objeción de conciencia, no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata". Reafirma que este "principio general no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable, supuestos que no se dan en el derecho a la objeción de conciencia". Aun sin regulación legal el derecho conserva un "mínimo contenido", que "ha de ser protegido, ya que de otro modo el amparo previsto en el art. 53.2 de la Constitución carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella".

En lo que respecta a la formulada en relación al aborto, no expresamente contemplada en el art. 30 CE, la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, FJ 14, reiteró que el "derecho a la objeción de conciencia" citado "existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales".

La Sentencia 160/1987, de 27 de octubre, FJ 3, reitera lo ya expuesto por la citada 15/1982, en la que "se dice que la objeción de conciencia, dada la interpretación conjunta de los arts. 30.2 y 53.2, es un derecho constitucionalmente reconocido, al que el segundo de los artículos citados otorga la protección del recurso de amparo, lo que le equipara, a los solos efectos de dicho recurso en su tratamiento jurídico constitucional, con ese núcleo especialmente protegido que son los derechos fundamentales y libertades públicas, y es la Constitución, pues, la que reconoce el derecho de manera implícita y explícita, no significando otra cosa la expresión 'la Ley regulará' del art. 30.2 que la necesidad de la 'interpositio legislatoris', no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para 'regular' el derecho en términos que permitan su plena aplicabili-

dad y eficacia". El Fundamento siguiente, relativo a los ya reconocidos como objetores que se niegan a cumplir la "prestación social sustitutoria" exigida por la ponderación realizada por el propio texto constitucional (incurriendo así en realidad en desobediencia civil, más allá de toda objeción) rechaza tal actitud (aunque sin distinguir entre objeción, como derecho no ilimitado y necesitado de ponderación, y desobediencia civil al resultado de la ponderación ya realizada) argumentando que no cabe "liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o 'subconstitucionales' por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos. Es justamente su naturaleza excepcional —derecho a una exención de norma general, a un deber constitucional, como es de la defensa de España—, lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, y lo que legitima al legislador para regularlo por Ley ordinaria 'con las debidas garantías', que, si por un lado son debidas al objetor, vienen asimismo determinadas por las exigencias defensivas de la Comunidad como bien constitucional".

3. Es doctrina de este Tribunal que los derechos constitucionales, entre los que —como queda dicho— se incluye la objeción de conciencia, no pueden ser objeto de otros límites que los estrictamente necesarios para la garantía de otras legítimas exigencias; así, entre otras, las Sentencias 159/1986, de 16 de diciembre, 20/1990, de 15 de febrero, 81/1998, de 2 de abril, y 141/2000, de 29 de mayo. A su vez, con cita de otras anteriores, la Sentencia 141/2000, de 29 de mayo, FJ 3, afirma que "como ya ha dicho este Tribunal, los límites a la libertad de creencias están sometidos a una interpretación estricta y restricta". Esto puede explicar que el propio Parlamento de Navarra planteara al Consejo de Navarra "si la exigencia a los profesionales sanitarios de la formulación anticipada de su actitud personal a que se refiere el dictamen de 25 de mayo de 2010 del Consejo de Navarra debe efectuarse mediante la fórmula del registro público". En su dictamen 54/2010, de 18 de octubre, el Consejo respondió que "resulta obvio que la falta de un registro público no impide el ejercicio del derecho, razón por la cual, la formulación anticipada de la objeción de conciencia no ha de efectuarse, necesariamente, mediante la fórmula del registro"; así lo reitera en la conclusión con que cierra su dictamen: "La formulación de la objeción de conciencia no ha de efectuarse, necesariamente, mediante la fórmula del registro". Igualmente el Colegio Oficial de Médicos de Navarra se opuso a su creación, por entender que bastaría con que en cada centro sanitario se contara con fichero que recogiera, en

los términos legalmente previstos, la posible condición de objetor de los profesionales vinculados al correspondiente servicio.

Aun en el caso de que ello estimara necesario, entraría en juego el principio de proporcionalidad, como señala la Ley Orgánica 15/1999, que establece que únicamente deben ser objeto de tratamiento los datos necesarios para poner de manifiesto la condición de objetor del profesional, sin que puedan ser tratados datos que aparezcan vinculados a la motivación religiosa o de otra índole que fundase su decisión. De ahí deriva que la Agencia de Protección de Datos, en su informe 0272/2010 en respuesta a la consulta que le fue planteada con ocasión de esta Ley, recordara que “el tratamiento debería limitarse a los datos identificativos del profesional, tales como su nombre, apellidos y número de colegiado, en su caso, así como el mero hecho de su condición de objetor” (todo ello suficientemente realizable con la existencia de ficheros en los centros sanitarios en cumplimiento de lo exigido por la Ley).

4. Es obligado pues dilucidar si la existencia de un innecesario registro general para toda una Comunidad constituye un límite para el ejercicio del derecho constitucional a la objeción de conciencia. Debemos para ello recordar la doctrina de este Tribunal, que considera inconstitucional cualquier medida que genere un “efecto desalentador” o “disuasorio” del ejercicio de derechos constitucionales. Así lo ha afirmado en relación al ejercicio de la libertad de expresión; entre otras, en las Sentencias 110/2000, de 5 de mayo, 2/2001, de 15 de enero, y 174/2006, de 5 de junio. Igualmente en lo relativo al derecho de reunión —en las Sentencias 196/2002, de 28 de octubre, y 110/2006, de 3 de abril—; a la libertad sindical —en las Sentencias 70/200, de 13 de marzo, 265/2000, de 13 de noviembre, 88/2003, de 19 de mayo, 185/2003, de 27 de octubre, 241/2005, de 10 de octubre, 151/2006, de 22 de mayo, o 108/2008, de 22 de septiembre—; al derecho a la huelga —en la Sentencia 104/2011, de 20 de junio—; o a la intimidad personal —en la Sentencia 196/2006, de 3 de julio—. Son al respecto igualmente abundantes los fallos del Tribunal Europeo de Derecho Humanos; entre ellos el de 29 de febrero de 2000 en el caso Fuentes Bobo contra España.

Es obvio que la existencia de un registro de este innecesario alcance, no imprescindible para garantizar las prestaciones legalmente previstas, genera en los profesionales objetores un fundado temor a que de ello derive un riesgo de discriminación que afecte a su carrera profesional.

La figura del registro va habitualmente vinculada a la publicidad de los datos. Pese a la confidencialidad en este caso prevista, puede valer como anécdota que un medio de comunicación haya alabado la existencia del registro por entender que la objeción es una “opción que no debería escudarse en el anonimato”. No se trataría pues tanto de garantizar una prestación sino de conocer quién objeta y por qué.

No cabe olvidar que este Tribunal no tiene como tarea asumir funciones preventivas; pero no es menos cierto que tampoco puede ignorar la realidad social, como se exige a la jurisdicción ordinaria; so pena de incurrir en posturas que han sido objeto de mayoritaria y fundada crítica, como las que ha merecido la difícilmente superable Sentencia 108/1986, de 29 de julio.

Por si fuera poco, respalda dichos temores la orden foral 116/2011, de 3 de octubre, por la que el Gobierno de la Comunidad —que ejerció la iniciativa legislativa— realiza en la práctica una interpretación auténtica al desarrollar la Ley. Mientras que el formulario previsto exigía a los objetores rellenarlo aportando sus datos personales, su función y los aspectos de la legislación respecto a los que objeta, la orden foral, al indicar los aspectos que incluirá el registro, añade a ellos un significativo apartado bajo la rúbrica “creencias”. Es obvio que el objetor no las expresó en el aludido formulario, por lo que no cabe derivar existencia de consentimiento; será por otras vías no consentidas como lleguen al registro esas informaciones notoriamente inconstitucionales en este contexto, que generarían fácilmente el trato discriminatorio expresamente vedado por el art. 14 CE e implícito en el 16.2 CE.

Se vulnera así el art. 7.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, que establece que “sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias”. Igualmente el artículo 12.3 del reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que dispone que “corresponderá al responsable del tratamiento la prueba de la existencia del consentimiento del afectado”.

Se ignora a la vez el artículo 8 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a su libre circulación que dispone como principio general que “los

Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de datos relativos a la salud o a la sexualidad”.

5. (...)

6. En resumen, considero que la creación del registro de profesionales sanitarios en relación con la interrupción voluntaria del embarazo en Navarra no supera el juicio de proporcionalidad constitucionalmente exigible sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. En efecto, la creación de un registro no es necesaria para garantizar a las usuarias del Sistema Navarro de Salud la prestación sanitaria de interrupción del embarazo, que parece ser la finalidad pretendida por el legislador navarro, según se infiere de la exposición de motivos de la Ley Foral. Ese objetivo puede ser cumplido con igual eficacia sin necesidad de crear un registro; así lo prueba el hecho mismo de que no haya sido creado en otras Comunidades Autónomas con un sistema sanitario más complejo, o la propia inoperancia del registro navarro. El resultado producido por una medida tal, pese a su temporal fracaso en Navarra, denuncia que implica un sacrificio injustificado del derecho fundamental a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios del sistema público de salud navarro, dado el efecto desalentador del ejercicio del derecho, ante el explicable temor de los profesionales a sufrir represalias y perjuicios en sus legítimas expectativas profesionales.

Insistir, a la vista de todo ello, en que el registro es tan necesario como para limitar un derecho constitucional me parece sin sentido.

### ***Sentencia 145/2015, de 25 de junio de 2015<sup>7</sup>***

Recurso de amparo 412-2012. Promovido por don Joaquín Herrera Dávila en relación con las sanciones impuestas a la oficina de farmacia que regenta, por la Junta de Andalucía y confirmadas por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla. Vulneración del derecho a la objeción de conciencia, vinculado al derecho a la libertad ideológica.

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

---

<sup>7</sup> BOE núm. 182 de 31 de julio de 2015.

1. El demandante de amparo considera que la sanción pecuniaria que le fue impuesta por la Administración sanitaria de la Junta de Andalucía, confirmada por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Sevilla de 2 de noviembre de 2011, por no disponer del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg (coloquialmente conocido como "píldora del día después") en la oficina de farmacia de la que es titular, ha vulnerado su derecho a la objeción de conciencia, que forma parte del contenido del derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE). Además, el demandante imputa a la Sentencia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por incurrir en incongruencia omisiva y motivación arbitraria e irrazonable.

Tanto el Letrado de la Junta de Andalucía como el Ministerio Fiscal se han opuesto al otorgamiento del amparo, interesando su inadmisión, o subsidiariamente su desestimación, por las razones que han quedado reflejadas en el relato de antecedentes.

Antes de entrar en el examen de las vulneraciones de derechos fundamentales aducidas por el demandante es preciso dilucidar algunas cuestiones previas, suscitadas por el Letrado de la Junta de Andalucía y por el Ministerio Fiscal, que afectan al carácter del presente recurso de amparo y a la eventual concurrencia de diversas causas de inadmisión del mismo.

2. (...)

3. (...)

4. Una vez descartados los óbices procesales aducidos, procede abordar el motivo principal de fondo. El demandante sostiene, invocando en apoyo de su planteamiento la doctrina estatuida en la STC 53/1985, de 11 abril, que las resoluciones impugnadas han vulnerado su derecho a la objeción de conciencia, como manifestación de la libertad ideológica reconocida en el art. 16.1 CE, al haber sido sancionado por actuar en el ejercicio de su profesión de farmacéutico siguiendo sus convicciones éticas sobre el derecho a la vida. Tales convicciones, afirma, son contrarias a la dispensación del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg, debido a sus posibles efectos abortivos si se administra a una mujer embarazada. El planteamiento del demandante, sintetizado en los términos expuestos, permite colegir que la exención del deber, que para sí reclama, de disponer y expedir el referido medicamento se anuda al efecto que atribuye al indicado principio activo, lo que colisiona frontalmente con sus convicciones sobre la protección del derecho a la vida.

Hasta el momento presente, este Tribunal no había tenido ocasión de resolver sobre la problemática constitucional que suscita el demandante; esto es, el juicio de ponderación entre el invocado derecho a la objeción de conciencia, como manifestación del derecho fundamental a la libertad ideológica reconocida en el art. 16.1 CE, y la obligación de disponer del mínimo de existencias del citado medicamento que le impone la normativa sectorial, para así poderlo dispensar a quienes lo soliciten. Desde ese prisma abordaremos la resolución del presente recurso.

Ciertamente, en el fundamento jurídico 14 de la Sentencia objeto de cita rechazamos que cupiera considerar inconstitucional una regulación del aborto que no incluyera de modo expreso la del derecho a la objeción de conciencia, pues a ese respecto afirmamos que tal 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. 16.1 CE y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”. En relación con la doctrina expuesta debe destacarse la singularidad del pronunciamiento traído a colación, en tanto que el reconocimiento de la objeción de conciencia trascendió del ámbito que es consustancial al art. 30.2 CE (el servicio militar obligatorio), dadas las particulares circunstancias del supuesto analizado por este Tribunal; por un lado, la significativa intervención de los médicos en los casos de interrupción voluntaria del embarazo y, por otro, la relevancia constitucional que reconocimos a la protección del nasciturus.

Sentadas las anteriores consideraciones, cumple afirmar que para la resolución del presente recurso resulta prioritario dilucidar si la doctrina enunciada en el fundamento jurídico 14 de la STC 53/1985 es también aplicable al caso que nos ocupa. Para despejar esa cuestión es preciso esclarecer, previamente, si los motivos invocados para no disponer de la “píldora del día después” guardan el suficiente paralelismo con los que justificaron el reconocimiento de la objeción de conciencia en el supuesto analizado por la Sentencia citada, al objeto de precisar si la admisión de dicha objeción, entendida como derivación del derecho fundamental consagrado en el art. 16.1 CE, resulta también extensible a un supuesto como el actual, en el que el demandante opone, frente a la obligación legal de dispensar el principio activo levonorgestrel 0,750 mg, sus convicciones sobre el derecho a la vida.



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

5. Ahora bien, las conclusiones alcanzadas no nos dispensan de ponderar la incidencia del derecho invocado por el demandante en la legítima protección de otros derechos, bienes jurídicos o intereses dignos de tutela. Hemos de partir de la concreta intervención que el sistema público sanitario impone al profesional que ejerce su actividad en una oficina de farmacia, a saber la disposición para su ulterior dispensación a los consumidores de aquellas especialidades farmacéuticas que la Administración haya incluido dentro de una relación obligatoria. Al profesional farmacéutico le incumbe, pues, el deber normativo de facilitar la prestación de dicho servicio y, como señalan el Ministerio Fiscal y el Letrado de la Junta de Andalucía, en el presente caso dicho deber garantiza el derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva, del que dimana el derecho a las prestaciones sanitarias y farmacéuticas establecidas por el ordenamiento jurídico vigente, que incluye el acceso a la prestación sanitaria

de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos legalmente previstos, así como a los medicamentos anticonceptivos autorizados en España.

Pues bien, sobre ese particular cumple decir que la imposición de la sanción a que fue acreedor el demandante no derivó de su negativa a dispensar el medicamento a un tercero que se lo hubiera solicitado, sino del incumplimiento del deber de contar con el mínimo de existencias establecido normativamente. En segundo término, hemos de añadir que en las actuaciones no figura dato alguno a través del cual se infiera el riesgo de que la dispensación “de la píldora del día después” se viera obstaculizada, pues amén de que la farmacia regentada por el demandante se ubica en el centro urbano de la ciudad de Sevilla, dato este del que se deduce la disponibilidad de otras oficinas de farmacia relativamente cercanas, ninguna otra circunstancia permite colegir que el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos autorizados por el ordenamiento jurídico vigente fuera puesto en peligro.

Por último, no resulta ocioso recordar que el demandante estaba inscrito como objetor de conciencia, como así lo refleja certificación expedida por el secretario del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla. Respecto del ámbito farmacéutico, hemos de señalar que la Comunidad Autónoma de Andalucía carece de una regulación específica de rango legal sobre el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales farmacéuticos, a diferencia de otras Comunidades Autónomas que sí reconocen en su legislación sobre ordenación farmacéutica el derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos. Ahora bien, esa ausencia de reconocimiento legal no se extiende a la totalidad de las normas que disciplinan el ejercicio de la profesión farmacéutica en el ámbito territorial en el que ejerce su profesión el demandante. El derecho a la objeción de conciencia está expresamente reconocido como “derecho básico de los farmacéuticos colegiados en el ejercicio de su actividad profesional” en el art. 8.5 de los estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla (corporación profesional a la que pertenece el recurrente), aprobados definitivamente por Orden de 30 de diciembre de 2005, de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, a cuyo tenor “el colegiado al que se impidiese o perturbase el ejercicio de este derecho conforme a los postulados de la ética y deontología profesionales se le amparará por el Colegio ante las instancias correspondientes”; asimismo se reconoce en los arts. 28 y 33 del Código de ética farmacéutica y deon-

tología de la profesión farmacéutica, invocados también por el recurrente, que “la responsabilidad y libertad personal del farmacéutico le faculta para ejercer su derecho a la objeción de conciencia respetando la libertad y el derecho a la vida y a la salud del paciente” (art. 28) y que “el farmacéutico podrá comunicar al Colegio de Farmacéuticos su condición de objetor de conciencia a los efectos que considere procedentes. El Colegio le prestará el asesoramiento y la ayuda necesaria” (art. 33).

Este reconocimiento por los estatutos colegiales del derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos no carece de relevancia pues, según reza el apartado 1 del art. 22 de la Ley andaluza 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los colegios profesionales de Andalucía “aprobados los estatutos por el colegio profesional y previo informe del consejo andaluz de colegios de la profesión respectiva, si estuviere creado, se remitirán a la Consejería con competencia en materia de régimen jurídico de colegios profesionales, para su aprobación definitiva mediante orden de su titular, previa calificación de su legalidad”; y el apartado 2 del mismo art. 22 establece que “Si los estatutos no se ajustaran a la legalidad vigente, o presentaran defectos formales, se ordenará su devolución a la corporación profesional para la correspondiente subsanación, de acuerdo con el procedimiento que se establezca reglamentariamente”. A la vista de lo expuesto, hemos de afirmar que el demandante actuó bajo la legítima confianza de ejercitar un derecho, cuyo reconocimiento estatutario no fue objetado por la Administración.

En suma, a la vista de la ponderación efectuada sobre los derechos e intereses en conflicto y de las restantes consideraciones expuestas, hemos de proclamar que la sanción impuesta por carecer de las existencias mínimas de la conocida como “píldora del día después” vulnera el derecho demandante a la libertad ideológica garantizado por el art. 16.1 CE, en atención la concurrencia de especiales circunstancias reflejadas en el fundamento jurídico 4 de esta resolución.

6. El demandante también fue sancionado por no disponer (y, en consecuencia, no dispensar) de preservativos en la oficina de farmacia que regenta. Vistas las razones que nos han conducido a considerar que la falta de existencias, en el establecimiento citado, del principio activo levonorgestrel 0,750 mg queda amparada por el art. 16.1 CE, es patente que el incumplimiento de la obligación relativa a las existencias de preservativos queda extramuros de la protección que brinda el precepto constitucional

indicado. La renuencia del demandante a disponer de profilácticos en su oficina de farmacia no queda amparada por la dimensión constitucional de la objeción de conciencia que dimana de la libertad de creencias reconocida en el art. 16.1 CE. Ningún conflicto de conciencia con relevancia constitucional puede darse en este supuesto.

En consecuencia, el otorgamiento del amparo al demandante por vulneración de su derecho a la objeción de conciencia, vinculado al derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), debe comportar (art. 55.1 LOTC) el reconocimiento del derecho fundamental vulnerado, exclusivamente en lo que concierne a la falta de existencias mínimas del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg. Asimismo, procede declarar la nulidad de las resoluciones (administrativas y judicial) impugnadas, con retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse la resolución por la Junta de Andalucía en el expediente sancionador incoado al demandante; ello a efectos de que la Junta resuelva, conforme a lo previsto en la legislación de farmacia que resulte aplicable, sobre la concreta sanción que corresponda imponer al demandante en lo que se refiere a la infracción grave que se le imputa por negarse a disponer de (y por ello a dispensar) preservativos en la oficina de farmacia de la que es cotitular.

### VOTOS PARTICULARES

Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado por el Pleno núm. 412-2012

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Pleno, expreso mi discrepancia con la fundamentación jurídica de la Sentencia y, en consecuencia, con el fallo.

Debo manifestar, como expresé en el debate en el Pleno, mi preocupación y consternación por la aprobación de esta Sentencia cuya factura técnica se separa de la exigencia de motivación congruente conforme a las reglas básicas del método jurídico-constitucional. En lugar de afrontar la problemática a examen desde la perspectiva estrictamente jurídica propia de la jurisdicción constitucional, parece responder a un posicionamiento previo que no logra ocultar la sombra ideológica que le guía.

A continuación expongo las razones de mi profunda discrepancia.

1. La Sentencia parte de una discutible premisa: que la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica del art. 16.1 CE, con un alcance tal que puede conducir a relativizar muy diversos mandatos constitucionales y deberes legales que garantizan el ejercicio de derechos fundamentales de otras personas. La premisa es, a mi juicio, errónea porque se sustenta como único argumento en la afirmación contenida en un obiter dictum de la STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 14, referida a la constitucionalidad de la Ley que introdujo el sistema de plazos en la despenalización parcial en la interrupción del embarazo, en el que se afirmaba escuetamente que “[l]a objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”. Tal pronunciamiento se vierte tras señalar expresamente que la cuestión de la objeción de conciencia, al igual que otras cuestiones, era ajena al objeto de enjuiciamiento. Por ello, resulta poco consistente extraer de tal escueta y retórica referencia la conclusión de que el derecho a la objeción de conciencia forme parte del contenido del derecho fundamental reseñado, pues, como se desprende de Sentencias posteriores a las que me referiré más adelante, para ello es preciso un reconocimiento a nivel constitucional —como es el caso del art. 30.2 CE— o, en su caso, un reconocimiento legal que lo conecte a un derecho fundamental, lo que no ha tenido lugar. En efecto, la STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 3 (que en la Sentencia se ignora, al igual que cualesquiera otras que puedan contradecir la postura que defiende), señaló que la objeción de conciencia es “un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su art. 30.2, protegido, sí, por el recurso de amparo (art. 53.2), pero cuya relación con el art. 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental. A ello obsta la consideración de que su núcleo o contenido esencial —aquí su finalidad concreta— consiste en constituir un derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar (no simplemente a no prestarlo), sustituyéndolo, en su caso, por una prestación social sustitutoria. Constituye, en ese sentido, una excepción al cumplimiento de un deber general, solamente permitida por el art. 30.2, en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia (art. 16 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. Es justamente su naturaleza excepcional... lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, y lo que legitima al legislador para regularlo por Ley ordinaria “con las debidas garantías”, que, si por un lado son debidas al objetor, vienen asimismo determinadas por las exigencias defensivas de la Comunidad como bien constitucional”. En suma, nuestra doctrina constitucional desmiente la premisa de la que parte la Sentencia, pues el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar es un derecho autónomo no fundamental y de naturaleza excepcional, reconocido en el art. 30.2 CE y no en el art. 16 CE. Mientras que el derecho a la libertad ideológica o de conciencia (art. 16 CE) no es por sí “suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o ‘subconstitucionales’ por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos”.

2. Por otra parte, al final del fundamento jurídico 4 la Sentencia desliza sibilamente una comparación entre el supuesto objeto del presente recurso de amparo y el abordado por la STC 53/1985, al anudar al conflicto que late en ambos casos la “misma finalidad”, de manera que concurrirían —siempre a su juicio— los aspectos determinantes del pretendido reconocimiento de la objeción de conciencia fijados en la STC 53/1985. Ciertamente la Sentencia se cuida mucho de atribuir abiertamente efectos abortivos a la “píldora del día después”, pero pretende equiparar ambas situaciones amparándose en el subterfugio de la “falta de unanimidad científica” y de la “duda razonable”. Así, afirma que “este Tribunal no desconoce la falta de unanimidad científica respecto a los posibles efectos abortivos” y que “la presencia en ese debate de posiciones científicas que avalan tal planteamiento nos lleva a partir en nuestro enjuiciamiento de la existencia de una duda razonable sobre la producción de dichos efectos, presupuesto este que, a su vez, dota al conflicto de conciencia alegado por el recurrente de suficiente consistencia y relevancia constitucional”.

Esa pretendida “falta de unanimidad” constituye una apreciación científica enteramente libre y subjetiva de la Sentencia, no basada en prueba pericial alguna, y que resulta desmentida por la consideración de “medicamento anticonceptivo de emergencia” que la Agencia Española del Medicamento le ha asignado. La “píldora del día después” tiene la finalidad de evitar un posible embarazo mediante su administración in-

mediata tras la práctica de relaciones sexuales, pero no terminar con un embarazo ya comenzado. Y, una vez más, la Sentencia de la que discrepo ni siquiera tiene en cuenta a este respecto nuestra STC 116/1999, de 17 de junio, en cuyo fundamento jurídico 9 se trata la cuestión relativa a los preembriones no viables (que no pueden siquiera ser considerados nascituri), como sería el caso, en la hipótesis más generosa, después de la administración de la “píldora del día después”.

Más tarde, en el fundamento jurídico 6, la Sentencia dará, sorprendentemente, un giro de ciento ochenta grados y señalará, sin que se explicite el porqué de tal brusco cambio de criterio, que “es patente que el incumplimiento de la obligación relativa a las existencias de preservativos queda extramuros de la protección que brinda el precepto constitucional indicado”, ya que no queda amparada por la dimensión constitucional de la objeción de conciencia que dimana de la libertad de creencia reconocida en el art. 16.1 CE, para concluir que “[n]ingún conflicto de relevancia constitucional puede darse en este supuesto”. Siendo igualmente métodos anticonceptivos, no se entiende por qué la negativa a dispensar la píldora entra en “colisión con la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida” y no, en cambio, la negativa a dispensar preservativos.

3. Debe subrayarse que la objeción de conciencia tampoco ha sido reconocida, con el alcance que pretende la Sentencia, en el ámbito internacional. De nuevo es significativa la absoluta ausencia, en la Sentencia de la que discrepo, de referencias al nivel de protección que en esta materia pudiera provenir del Derecho internacional de los derechos humanos y, en su caso, del Derecho de la Unión Europea (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6), toda vez que el art. 10.2 CE nos obliga a acudir a tales auxilios interpretativos.

Así, el art. 10.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce el derecho a la objeción de conciencia, añade, sin embargo, una muy significativa precisión, pues ese derecho se reconoce “de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. Si se examinan las explicaciones elaboradas para guiar la interpretación de la Carta y que resultan hermenéuticamente relevantes de acuerdo con el art. 52.7 de la Carta, se comprueba que el de objeción de conciencia es el único derecho de la Carta respecto al cual las explicaciones no aluden a una fuente adicional de reconocimiento, como, por ejemplo, el Conve-

nio Europeo (a continuación aludiré a las razones de fondo de ese significativo silencio). Lo que evidencia el reenvío a “las leyes nacionales” que contiene el art. 10.2 de la Carta es, en primer lugar, la inexistencia de una “tradicción constitucional común” a la que las instituciones de la Unión pudieran acudir sin más y, en segundo lugar, la necesidad de que haya un reconocimiento del correspondiente legislador nacional acerca de la posibilidad de objetar por razones de conciencia en los distintos ámbitos de la actividad que afecten a los derechos de los ciudadanos. En otras palabras, fuera de la Constitución y de la Ley, ningún ciudadano puede elevar su conciencia a norma suprema y objetar cuándo y cómo le dé la gana.

Por lo que se refiere al sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, resulta llamativo —de nuevo— que la Sentencia omita la consideración de la muy relevante decisión de 2 de octubre de 2001 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Pichon y Sajous c. Francia*, que inadmite a trámite el recurso interpuesto sobre la base del art. 9 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, por dos farmacéuticos franceses sancionados por negarse a dispensar en sus oficinas de farmacia píldoras anticonceptivas, y eso que la mencionada decisión había sido invocada tanto por el Ministerio Fiscal como por el Letrado de la Junta de Andalucía. En dicha decisión, el Tribunal Europeo recuerda que el art. 9 CEDH no garantiza en todo caso el derecho a comportarse en el ámbito público de la manera que dicten las convicciones personales, y con relación al caso concreto estima que, en cuanto que la venta de las píldoras anticonceptivas es legal y se realiza única y obligatoriamente en las oficinas de farmacia, los recurrentes no pueden hacer prevalecer e imponer a un tercero sus convicciones religiosas para justificar la denegación de la venta de este producto: en consecuencia, concluyó que la sanción de los recurrentes por negarse a su venta no interfirió en el ejercicio de los derechos garantizados por el art. 9 del Convenio.

Ciertamente, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales es un instrumento vivo y debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales. Así, el Tribunal Europeo, en formación de Gran Sala, revisando la doctrina previa de los órganos de supervisión del Convenio, ha incluido recientemente la objeción de conciencia al servicio militar en el ámbito del derecho contemplado por el art. 9 CEDH, al considerar que la oposición al servicio militar moti-



vada por un serio e insuperable conflicto entre la obligación de servir en el ejército y la conciencia de una persona o sus convicciones profundas y genuinas religiosas o de otro tipo, constituye una convicción o una creencia de suficiente solidez, seriedad e importancia como para atraer las garantías del art. 9 CEDH (STEDH de 7 de julio de 2011, Bayatyan c. Armenia, § 110). Ese ámbito de protección se aloja en nuestra Constitución, según quedó dicho, en el art. 30.2 y no el art. 16. Del citado pronunciamiento del Tribunal Europeo, por tanto, no puede deducirse que, fuera del supuesto específico del servicio militar, el art. 9 CEDH garantice un pretendido derecho de objeción de conciencia de contenidos difusos y de ejercicio incondicionado frente a cualesquiera deberes legales. En definitiva, no hay necesidad alguna de modificar nuestra interpretación del ámbito de protección contemplado por el art. 16 CE.

4. La Sentencia asume una segunda premisa que, a mi juicio, resulta también errónea: que la libertad consagrada en el art. 16.1 CE permite objetar por motivos de conciencia sin necesidad de una previa regulación por parte del legislador del ejercicio de ese pretendido derecho a la objeción de conciencia. Tal entendimiento conduciría directamente a santificar cualquier tipo de objeción de conciencia, como si la conciencia de cada uno pudiera imperar legítimamente frente a la colectividad y frente al Estado Constitucional de Derecho, del que la Ley es precisamente su expresión más acendrada. La referida construcción prescinde totalmente de cualquier referencia a las consideraciones de la doctrina de este Tribunal de las últimas décadas, doctrina que ha negado de manera expresa la posibilidad de oponer libremente la objeción de conciencia en diversos pronunciamientos y ha sujetado su reconocimiento a la interpositio legislatoris.

Así, en cuanto al primer aspecto, en la STC 321/1994, de 28 de noviembre, FJ 4, se dijo que “el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16 CE no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos, con el riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales”, y que no se puede justificar la negativa al cumplimiento de alguno de esos mandatos (en aquel caso se trataba de la prestación social sustitutoria) “ni apelando a la libertad ideológica, ni mediante el ejercicio de la objeción de conciencia, derecho que la Constitución refiere única y exclusivamente al servicio militar”. En esta misma línea, la STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 5, señaló, en cuanto a los objetores de conciencia al servicio militar, que

tienen reconocido el derecho a que se les exima del deber de prestar ese servicio, pero precisó que “la Constitución no les reconoce ningún derecho a negarse a realizar la prestación social sustitutoria como medio para imponer sus particulares opciones políticas acerca de la organización de las Fuerzas Armadas o de su radical supresión”, para concluir que “salvo que se pretenda diluir la eficacia de las normas y menoscabar el orden jurídico y social que conforman legítimamente, no puede negarse la punibilidad de un comportamiento por el mero hecho de su coherencia con las convicciones de su autor”.

Más rotunda aún es la STC 161/1987, de 27 de octubre, al afirmar en su fundamento jurídico 3 que, a pesar de la relación de la objeción de conciencia con la libertad ideológica reconocida en el art. 16 CE, “de ello no puede deducirse que nos encontremos ante una pura y simple aplicación de dicha libertad. 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”.

Y en cuanto al otro aspecto, esto es, la necesidad de reconocimiento y regulación del derecho por la Ley, la STC 15/1982, de 23 de abril, FJ 7, ya precisó en su día que “el criterio de la conformidad a los dictados de la conciencia es extremadamente genérico y no sirve para delimitar de modo satisfactorio el contenido del derecho en cuestión y resolver los potenciales conflictos originados por la existencia de otros bienes igualmente constitucionales. Por todo ello, la objeción de conciencia exige para su realización la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador... “con las debidas garantías”, ya que sólo si existe tal regulación puede producirse la declaración en la que el derecho a la objeción de conciencia encuentra su plenitud”. Y es que la comunidad no puede quedar satisfecha con la simple alegación de una convicción personal, que, por excepcional, ha de ser contrastada para la satisfacción del interés común (STC 160/1987, FJ 4).

5. Tampoco resulta admisible el banal ejercicio de ponderación de los intereses en presencia que dice realizar la Sentencia.

La Sentencia señala correctamente en su fundamento jurídico 5 que la sanción administrativa no se impuso a un farmacéutico determinado

por su negativa a dispensar el medicamento a un tercero, sino a los dos cotitulares de la oficina de farmacia por el incumplimiento del deber de contar con el mínimo de existencias establecido normativamente. Pero no extrae la consecuencia obligada: la ausencia de la pretendida “base conflictual” entre la obligación legal de disponer las existencias mínimas de medicamentos, por un lado, y el derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico que ha recurrido en amparo, por otro lado. En efecto, no se concibe —y no explica la Sentencia— cómo la obligación de la oficina de farmacia de disponer existencias mínimas de un medicamento puede entrar en “colisión con la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida”. Ello debía haber conducido inmediatamente a la desestimación del recurso de amparo.

Sin embargo, la Sentencia de la que discrepo analiza el conflicto desde la hipótesis de un eventual acceso a la dispensación (supuesto que no se ha planteado en ningún momento en el caso concreto) y, desde esa perspectiva, reduce todo su ejercicio de ponderación a señalar que “en las actuaciones no figura dato alguno a través del cual se infiera el riesgo de que la dispensación “de la píldora del día después” se viera obstaculizada, pues amén de que la farmacia regentada por el demandante se ubica en el centro urbano de la ciudad de Sevilla, dato 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 y contraceptivos autorizados por el ordenamiento jurídico vigente fuera puesto en peligro”.

Argumentos que resultan irrelevantes para lograr que prevalezca el pretendido derecho a la objeción de conciencia del recurrente sobre el deber legal del profesional farmacéutico de disponer las existencias mínimas de medicamentos establecidas por las Administraciones competentes. En primer lugar, el hecho de no contar con existencias del medicamento por razones de conciencia supone ya en sí mismo una negativa incondicional y absoluta a dispensarlo a cualquier persona que pudiera solicitarlo, en cualquier circunstancia; además, supone la creación de un impedimento para que el otro cotitular de la oficina de farmacia y sus empleados puedan dispensar tales medicamentos. Con tal actitud se impide de raíz cualquier forma de conciliación con los intereses constitucionalmente protegidos de terceros. Y, en segundo lugar, el argumento de la pretendida disponibilidad de otras farmacias en la misma zona no puede suspender la vigencia territorial de los derechos fundamentales a la vida,

a la integridad física y psíquica y a la salud de la mujer que solicite el medicamento (arts. 15 y 43 CE). La Sentencia realiza tales afirmaciones sin ofrecer dato objetivo alguno acerca de cuáles y cuántas farmacias se encuentran en la proximidad del establecimiento del actor, y a qué distancia, conformándose con la presunción de que, al encontrarse la farmacia en pleno centro urbano de Sevilla, es lógico que existan muchas otras en las proximidades.

Al realizar la ponderación, la Sentencia de la que disiento minimiza la debida consideración acerca de los derechos a la vida y a la integridad física y moral y a la salud de las personas que puedan requerir la utilización del medicamento en cuestión, acerca de la naturaleza jurídica de las oficinas de farmacia en nuestro ordenamiento y acerca de la regulación legal sobre la dispensación de medicamentos establecida como exigencia para la debida atención a las necesidades de la comunidad; cuestiones todas ellas que han sido profusamente glosadas y analizadas por este Tribunal. De esta forma se ignoran los intereses generales y privados afectados por la negativa a disponer del medicamento.

Este Tribunal ha recordado recientemente que “la oficina de farmacia es un agente imprescindible en la realización de la asistencia farmacéutica que sirve a la garantía de la protección de la salud pública (arts. 43.2 y 51.1, ambos de la Constitución), considerándose como un establecimiento sanitario privado de interés público que participa de la planificación sanitaria (arts. 103.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, y 84.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios)” (STC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3). Todo ello implica, como se detalla en la misma Sentencia y fundamento jurídico, un amplísimo abanico de obligaciones y limitaciones de las oficinas de farmacia y de sus titulares en el ejercicio de su actividad. Así pues, no podemos 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 establezca los derechos y deberes de todos al respecto.

En el ámbito de la prestación farmacéutica, la mencionada previsión constitucional se ha plasmado, entre otras normas, en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y produc-

tos sanitarios, que regula, entre otros aspectos, la actuación de las personas físicas o jurídicas en cuanto intervienen en la circulación industrial o comercial y en la prescripción o dispensación de los medicamentos y productos sanitarios (art. 1.2). Dicha Ley establece expresamente la obligación de los farmacéuticos, entre otros profesionales, de dispensar los medicamentos y productos sanitarios que se les soliciten en las condiciones legal y reglamentariamente establecidas, con respeto del principio de continuidad en la prestación del servicio a la comunidad (art. 2.1 y 2). Más específicamente, el art. 84 prevé que las Administraciones sanitarias realizarán la ordenación de las oficinas de farmacia, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, las exigencias mínimas materiales, técnicas y de medios que establezca el Gobierno con carácter básico para asegurar la prestación de una correcta asistencia sanitaria, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en la materia [apartado 2 c)], mientras que su apartado 3 establece terminantemente que “[l]as 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 reglamentarias establecidas”, sin contemplar excepciones a estas obligaciones por objeción de conciencia.

En cuanto a este deber básico, anteriormente establecido en idénticos términos en el art. 88.1 d) de la Ley 25/1990, afirmó este Tribunal en la STC 137/2013, de 6 de junio, FJ 5, que la normativa de desarrollo del mismo “deviene así imprescindible para colmar la garantía de la asistencia farmacéutica que deriva del derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional y, en última instancia, del derecho a la protección de la salud que, como principio rector, reconoce el art. 43.1 CE, que obliga a los poderes públicos ‘no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional, sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales’ (STC 113/1989, de 22 de junio, FJ 3). En este sentido, es necesario resaltar que el art. 43.2 CE llama a los poderes públicos a organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, debiendo ser la ley la que establezca los derechos y deberes de todos al respecto. Incumbe por tanto a los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptar las medidas necesarias para que no se produzca un déficit normativo que deje reducido el deber de dispensación del art. 88.1 d) de la Ley 25/1990 a una proclamación legal

vacía de contenido efectivo". Por esta razón, en dicha Sentencia se declaró inconstitucional la previsión de una norma foral que dejaba el deber legal de dispensación al arbitrio de la libre y voluntaria decisión de los propietarios-titulares de las oficinas de farmacia, en abierta contradicción con lo previsto en el citado art. 88.1 d) de la Ley 25/1990.

En suma, la conclusión que se puede alcanzar es que el legislador, a la luz de las exigencias del art. 43.2 CE, no ha previsto que la obligación de dispensar medicamentos que recae sobre los titulares de las oficinas de farmacia pueda verse exceptuada en ningún supuesto, ni siquiera por cuestiones ideológicas, en la medida en que ello supondría una quiebra en la continuidad del servicio que afecta negativamente al conjunto de la comunidad, con independencia de la situación y del número de farmacias que haya en la localidad de que se trate. De manera que una oposición a las exigencias de la Ley, aunque sea por motivos ideológicos, que lleve a incumplir la obligación de dispensación, no es admisible y merece ser sancionada, como de hecho lo fue en el caso del que trae causa el presente recurso de amparo.

6. El argumento de mayor intensidad que la Sentencia aduce para justificar la objeción de conciencia del actor reside en su inscripción como objetor de conciencia en su colegio profesional y en las previsiones que al respecto se contienen en los estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla y en el código de ética farmacéutica y deontología de la profesión farmacéutica, que se elevan poco menos que al rango de normas constitucionales, pues se afirma que el dato de la inscripción como objetor "no resulta ocioso" y el reconocimiento por los estatutos colegiales del derecho a la objeción de conciencia "no carece de relevancia", habida cuenta de su posterior aprobación por la Administración. Todo lo cual es utilizado por la Sentencia para extraer inmediatamente la conclusión, en una especie de salto acrobático carente de toda lógica argumentativa, de que la sanción impuesta vulnera el derecho del demandante a la libertad ideológica garantizado por el art. 16.1 CE.

Resulta penoso, por elemental, tener que recordar que unos estatutos colegiales no pueden crear ex novo derechos fundamentales ni regular su ejercicio al margen de la Ley. Las previsiones de los estatutos colegiales se deben desarrollar en los términos que establezcan la Constitución, las leyes que se dicten en la materia y el resto del ordenamiento jurídico, y lo cierto es que ni la Constitución reconoce ese derecho —como ya se ha

dejado razonado— ni existe Ley estatal o Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía que reconozca el pretendido derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos o que regule de algún modo su ejercicio ante la colisión con el cumplimiento de deberes jurídicamente exigibles. El Decreto andaluz 104/2001, de 30 de abril, es la única normativa a la que podemos acudir en tanto que regula la obligación de las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia y almacenes farmacéuticos de distribución en Andalucía, existencias entre las que se encuentra la “píldora del día después”. Decreto que no contempla excepción alguna por razones de conciencia a la referida obligación.

El hecho mismo de que la Sentencia tenga que apoyarse especialmente en las mencionadas previsiones de los Estatutos colegiales, a las que otorga “especial relevancia”, o que aluda a que el demandante actuó “bajo la legítima confianza de ejercitar un derecho, cuyo reconocimiento estatutario no fue objetado por la Administración”, evidencia la carencia de fundamento constitucional de la argumentación que desarrolla. Pone de relieve, en suma, que no existe un asidero válido e inequívoco en el art. 16.1 CE o en Ley alguna aplicable en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía que permita justificar la conducta del actor y descalificar la sanción administrativa que le fue impuesta como consecuencia de la misma.

7. En efecto, no está de más recordar que la norma cuyo incumplimiento se achaca al actor se aprueba en el ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma y de acuerdo con las previsiones de la legislación básica estatal. En efecto, el art. 55.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía le otorga a esa Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de ordenación farmacéutica, en el marco del art. 149.1.16 CE. En ejercicio de esa competencia se dictó la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía, dentro de cuya regulación destaca, en primer lugar, el art. 14.5, que reitera la norma básica estatal, en el sentido de que “las oficinas de farmacia están obligadas a la dispensación de los medicamentos siempre que les sean solicitados en las condiciones legales y reglamentariamente establecidas”. Y en cuanto a los derechos y deberes de los farmacéuticos, dispone la Ley que sólo pueden 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)], mientras que tienen la obli-

gación de “[t]ener los medicamentos y productos sanitarios de existencia mínima obligatoria, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente” [art. 22.2 d)]. La precisión de este último aspecto se encuentra, como ya se dijo, en el Decreto 104/2001, de 30 de abril, por el que se regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia y almacenes farmacéuticos de distribución. Pues bien, el actor incumplió por su propia y exclusiva voluntad esa prescripción de existencias mínimas. En lugar de optar unilateralmente por la desobediencia a una norma que está adoptada por la Administración competente de conformidad con la legislación básica estatal, el demandante debió haber manifestado su discrepancia por la vía legal correspondiente, que no era otra que la impugnación de aquella disposición ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

8. Una vez expuestas las anteriores razones, se entenderá el estupor que me causa la limitada argumentación de la Sentencia de la mayoría, construida sobre apriorismos, sonoros silencios y omisiones, junto con sorprendentes saltos de la lógica argumentativa. Difícilmente puede asumirse la omisión de referencias a numerosos y muy relevantes pronunciamientos de nuestra doctrina constitucional así como de resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no solo fueron alegados por quienes han comparecido en este proceso constitucional sino que también fueron utilizados en las deliberaciones previas a la aprobación de esta resolución, por varios componentes del Pleno entre los que me incluyo. Omisión, por lo tanto, consciente para los Magistrados de la mayoría que han dado su apoyo a esta Sentencia. En ella se lleva a cabo, de forma encubierta, un drástico overruling de la doctrina constitucional pergeñada durante décadas en plena sintonía con los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Este drástico cambio doctrinal puede tener consecuencias aciagas para nuestro Estado Constitucional de Derecho y, en definitiva, para el equilibrio de nuestra convivencia. Hoy es la dispensación de la píldora anticonceptiva, mañana podrán ser la vacunación obligatoria, o la obligación tributaria, o un largo etcétera, los supuestos afectados por la negativa a cumplir el correspondiente deber jurídico apelando al derecho a la objeción de conciencia, conformado a voluntad de quien esgrime la objeción, sin necesidad de una previsión legal al respecto.



Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Andrés Ollero Tassara en relación con la Sentencia del Pleno de 25 de junio de 2015 dictada en el recurso de amparo avocado núm. 412-2012

Ha sido para mí un honor expresar, como Ponente, el parecer del Tribunal. No obstante, con el máximo respeto a la posición de los restantes Magistrados, y en ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, formulo Voto concurrente respecto de la Sentencia citada en el encabezamiento. Suscribiendo el amparo otorgado, no comparto —como expresaré a continuación— ni la totalidad del fallo ni buena parte de su fundamentación.

1. Nos encontramos ante un recurso de amparo que, tras someterse —como es habitual— al parecer de una Sala, fue luego avocado al Pleno. Sin duda ha influido en ello el reconocimiento de la conveniencia de “perfilar y aclarar algunos aspectos de la doctrina constitucional en relación con la naturaleza del derecho a la objeción de conciencia” (FJ 3 in fine). Desgraciadamente tal intención se ha visto, a mi modo de ver, frustrada. El tratamiento del derecho a la objeción de conciencia surge tempranamente en las resoluciones del Tribunal. Ya la STC 15/1982, de 23 de abril, estableció en su FJ 6 que “la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el art. 16”, por lo que “puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español, sin que contra la argumentación expuesta tenga valor alguno el hecho de que el art. 30.2 emplee la expresión ‘la Ley regulará’, la cual no significa otra cosa que la necesidad de la interpositio legislatoris no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para ‘regular’ el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia”.

En esa misma línea precisó, en el fundamento jurídico 8, que de ello “no se deriva, sin embargo, que el derecho del objetor esté por entero subordinado a la actuación del legislador. El que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la interpositio legislatoris no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado, de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales. Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a to-

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

“Este principio general” —se añadía— “no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable; supuestos que no se dan en el derecho a la objeción de conciencia”.

“Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido... pero ese mínimo contenido ha de ser protegido, ya que de otro modo el amparo previsto en el art. 53.2 de la Constitución carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella”.

Cinco años después, sin embargo, la STC 160/1987, de 27 de octubre, generará una notable confusión; no porque se aparte de las anteriores, sino por ser en sí misma contradictoria. En efecto, en su fundamento jurídico 3 reitera, con cita expresa, lo establecido por la STC 15/1982, aun considerando —con matices no irrelevantes— que la objeción de conciencia “es un derecho constitucionalmente reconocido”, al que se “otorga la protección del recurso de amparo, lo que le equipara, a los solos efectos de dicho recurso en su tratamiento jurídico constitucional, con ese núcleo especialmente protegido que son los derechos fundamentales y libertades públicas, y es la Constitución, pues, la que reconoce el derecho de manera implícita y explícita, no significando otra cosa la expresión ‘la Ley regulará’ del art. 30.2 que la necesidad de la interpositio legislatoris, no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para “regular” el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia”. Plantea pues la curiosa figura de un derecho “constitucional” que solo tendría de “fundamental” su protección por recurso de amparo...

Eso no es nada, si se tiene en cuenta que —sin salir del fundamento jurídico 3— pasamos a encontrarnos ante “un derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar”. Se trataría pues de una excepción al cumplimiento de un deber “solamente permitida por el art. 30.2, en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia (art. 16 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. Es justamente su naturaleza excepcional—derecho a una exención de norma general, a un deber constitucional, como es de la defensa de España—, lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental”.

El problema se complica cuando la STC 321/1994, de 28 de noviembre, en su fundamento jurídico 4, al pretender enlazar con las anteriores —incluyendo a la STC 15/1982 que, como hemos visto, dice todo lo contrario— afirma que “el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16 CE no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos, con el riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales”. La realidad es que solo cuando existen deberes legales puede entrar en juego el derecho a la objeción, que de lo contrario carecería de objeto.

Añadirá que “el derecho a ser declarado exento del servicio militar no deviene directamente del ejercicio de la libertad ideológica, por más que se encuentre conectado con el mismo, sino tan sólo de que la Constitución en su art. 30.2 expresamente ha reconocido el derecho a la objeción de conciencia, referido únicamente al servicio militar y cuyo ejercicio supone el nacimiento del deber de cumplir la prestación social sustitutoria, sistema que permite al objetor cumplir los objetivos de la norma de servir a la comunidad salvaguardando sus íntimas convicciones (STC 160/1987). No puede, por lo tanto, el recurrente justificar su negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutoria ni apelando a la libertad ideológica, ni mediante el ejercicio de la objeción de conciencia, derecho que la Constitución refiere única y exclusivamente al servicio militar”.

Ciertamente, aun siendo la objeción de conciencia un derecho fundamental, no lo es con un alcance ilimitado. Es preciso ponderarlo con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos. Será el legislador en

principio el encargado de hacerlo, sin perjuicio de que tal labor la lleve en caso contrario a cabo el órgano judicial competente. Lo que se sale de lo ordinario es que —como ocurre en el citado art. 30 CE— sea la propia Constitución la que asuma esa tarea, estableciendo como resultado la aceptación de la objeción al servicio militar, pero contrapesada con el cumplimiento de una prestación social sustitutoria. El contexto peculiar del trabajo constituyente, con unas fuerzas armadas muy sensibilizadas ante el creciente número de objetores, explica esa anomalía; al igual que las vicisitudes del pacto en la ponencia constitucional llevaron a ignorar enmiendas relativas a los derechos fundamentales en la segunda lectura, encomendada al Senado. Esto explica que no prosperaran enmiendas que proponían añadir al art. 16 CE un epígrafe 4 destinado a la objeción de conciencia. La posterior supresión del servicio militar obligatorio acabó convirtiendo en fantasmal su única presencia explícita en el art. 30 CE.

Es lógico pues que, ante situación tan contradictoria, se avocara al Pleno el recurso de amparo. Ello brindaba la oportunidad de aclarar la confusión entre objeción de conciencia y desobediencia civil que latía en las SSTC 160/1987 y 321/1994. El objetor de conciencia no pretende cuestionar la norma sino que plantea una excepción (que confirma la regla), al entrar en conflicto la conducta impuesta por ella con sus convicciones personales. Surge, sin embargo, una figura bien distinta: el insumiso, al que ya se había satisfecho su derecho a la objeción, pero optaba por una inconstitucional desobediencia civil negándose a cumplir la prestación sustitutoria. Como consecuencia, pronunciamientos de este Tribunal referidos a esta nueva situación han llegado a malinterpretarse, como si afectarían al derecho constitucional a la objeción de conciencia. Los insumisos, recurrentes en estas dos últimas sentencias, ya habían visto satisfecha su condición de objetores al servicio militar. Pasan sin embargo a ejercer una actitud de desobediencia civil, impensable como derecho, porque no pretendían una mera excepción. Cuestionaban la norma con carácter general y aspiraban a que la sanción por su conducta (y su impacto mediático) removieran la conciencia social socavando la legitimidad del precepto. Al ignorarse en las citadas sentencias esta distinción entre objeción y desobediencia civil, el propio Tribunal se creía así obligado a trasladar a la objeción el reproche que la desobediencia civil merece. Distinguiendo adecuadamente entre objeción de conciencia y la desobediencia civil que la insumisión implica, desaparece por el contrario todo indicio de incoherencia en las sentencias citadas.

Todo ello ha quedado pues sin aclarar. Al afirmarse, como hemos visto, en la STC 160/1987, que el derecho a la “libertad ideológica reconocido en el art. 16 CE no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos”, la objeción pasa de ser un curioso derecho constitucional no fundamental a verse reducida a la mínima expresión: se la conceptúa más bien como eventual objeto de una benévola tolerancia, ajena a imperativos de justicia. La significativa alusión al “riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales” parece traslucir otra de las confusiones que dificultan un normal reconocimiento del derecho a objetar. Deriva de la tendencia a identificar conciencia con moral, con lo que la objeción expresaría un conflicto entre moral y derecho que se pretendería fallar en beneficio de la primera. En realidad el conflicto se da entre la delimitación legal del mínimo ético característico del derecho, fruto de un respaldo mayoritario, y la discrepante concepción de ese mínimo ético jurídico suscrita por un ciudadano en minoría. No nos encontramos pues ante un conflicto entre el mínimo ético que da sentido a lo jurídico y maximalismos morales que puedan repercutir sobre la conciencia individual. Pretender que la obediencia al derecho pueda depender del código moral de cada cual es una torpe caricatura del derecho a la objeción de conciencia. Este refleja en realidad un conflicto jurídico y no el imaginado entre derecho y moral. Se trata del derecho de la minoría a poder acogerse excepcionalmente a su visión del mínimo ético que el derecho ha de avalar, en relación al impuesto mayoritariamente por cauces democráticos. Todo un síntoma elocuente del respeto del Estado a los derechos de los ciudadanos; de modo especial a su libertad ideológica, no ajena en ocasiones a referencias religiosas.

Una democracia avanzada aspira a evitar dictaduras mayoritarias, dando espacio —siempre que resulte viable— a excepciones que salvaguarden convicciones jurídicas discrepantes. Cuando se olvida que el ciudadano tiene conciencia jurídica, sin perjuicio de tenerla también moral ni de las previsibles conexiones entre ambas, el falso panorama de una subordinación de la obediencia a la norma a los postulados morales de cada cual genera un explicable vértigo.

2. Se ha optado en la Sentencia, sin embargo, por declinar la posibilidad (por no decir deber) de resolver esta confusa situación. Dado que el recurrente centra su argumentación en los eventuales efectos abortivos de la conocida como píldora del día después, se ha preferido abordar el

problema como una mera continuación de la STC 53/1985, de 11 de abril, relativa al recurso previo sobre la entonces recién aprobada primera despenalización del aborto en determinados supuestos. En su fundamento jurídico 14, se descarta que el legislador haya vulnerado la Constitución al no regular la objeción de conciencia del personal sanitario. Recordó el Tribunal al respecto que el derecho a la objeción de conciencia "existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales". Con esa remisión se actualiza ahora la doctrina, a veces ignorada, que descarta que la objeción de conciencia precise de una específica interpositio legislatoris para ser ejercida. Se actualiza igualmente la consideración de la objeción de conciencia como derecho fundamental, reforzada por lo demás por su explícita inclusión en la posterior Carta Europea de Derechos Fundamentales. Se mantiene, sin embargo, abierta la confusión generada por la STC 160/1987; perdura como posible fundamento alternativo tanto para quienes afirman como para los que niegan el derecho a la objeción, al ofrecerle dos párrafos consecutivos del mismo fundamento que afirman una cosa y su contraria. Queda pues como aspecto positivo la actualización del alcance limitado de la interpositio legislatoris, vinculado a la eficacia del derecho y no a su fundamento, así como al carácter de derecho fundamental de la objeción.

3. La distinción, en el fundamento jurídico 5, entre la conducta sancionada por la Administración (no disponer de determinados medicamentos o productos sanitarios en la oficina de farmacia) y la negativa del farmacéutico a dispensarlos, puede llevar a debates bizantinos, si no se profundiza en el sentido de la norma. La presencia de determinados productos en la trastienda de las oficinas de farmacia no contribuye a mejora alguna de la salud. Si la Junta de Andalucía ha preferido tipificar como sancionable su no disposición en vez de su no dispensación es, obviamente, para evitar que el farmacéutico desatienda la solicitud del ciudadano argumentando que ha agotado las existencias de determinados productos; tendrá pues que disponer siempre de ellos, aunque ningún ciudadano se los reclame.

4. La sanción impuesta al farmacéutico es consecuencia de una conducta tipificada: no disponer de los medicamentos y productos incluidos en la relación legalmente establecida; sin perjuicio de que se trate de uno solo o de varios. Aun tratándose en este caso de dos (píldora del día después y preservativos) han generado solo una sanción, inescindible, sobre la que recaería el dictamen de nulidad incluido en el fallo. Sorprendentemente, sin embargo, se ha optado en el fallo por hacer compatible la anulación de la sanción, en lo relativo a la píldora, con una retroacción tras casi siete años para que la Administración vuelva a dictaminar las consecuencias de la no disposición de preservativos. Al margen de los problemas de prescripción que ello pueda suscitar, resulta problemático que la Administración llegue a cumplir los imperativos de proporcionalidad propios de una medida sancionadora. Respecto a la píldora se señala (en el FJ 5) que la acumulación de oficinas de farmacia en pleno centro urbano de una ciudad lleva a descartar una eventual imposibilidad de acceso a los medicamentos por el ciudadano. En el caso de los preservativos habría que añadir que, al no tratarse de un medicamento sino de un producto higiénico, suele hallarse disponible en máquinas tragaperras instaladas en lugares públicos, sin obligada intervención de farmacéutico alguno. Sugerir que ello pueda dar paso a una sanción grave al mismo farmacéutico cuyo derecho a la objeción se ha visto reconocido por el Tribunal cobra visos de argumento ad absurdum.

En todo caso, lo que dista de resultar irrelevante es la presunta fundamentación (FJ 6) de este llamativo dictamen. En modo alguno puedo compartir la afirmación de que “es patente que el incumplimiento de la obligación relativa a las existencias de preservativos queda extramuros de la protección que brinda el precepto constitucional indicado. La renuencia del demandante a disponer de profilácticos en su oficina de farmacia no queda amparada por la dimensión constitucional de la objeción de conciencia que dimana de la libertad de creencias reconocida en el art. 16.1 CE”. Todo parece indicar que se está incurriendo en la ya criticada identificación de conciencia con moralidad, o incluso con “creencias”. Dejando aparte la dimensión de “laicidad positiva” que aquí no entra en juego, las exigencias del artículo 16 CE giran en torno a la neutralidad de los poderes públicos y su no injerencia en la conciencia —jurídica o moral— del ciudadano. No parece compatible con ello que los Magistrados del Tribunal puedan considerarse llamados a erigirse en directores espirituales de los ciudadanos, aleccionándolos sobre qué exigencias de su

conciencia gozan de la protección de un derecho fundamental y cuáles han de verse descartadas por tratarse de retorcidos escrúpulos. No se me ocurre ningún argumento, ni la Sentencia los ofrece, para poder afirmar sobre la disposición de preservativos que ningún “conflicto de conciencia con relevancia constitucional puede darse en este supuesto”. Tampoco los ofrece el recurrente, que solo alude a los preservativos para hacer notar que el incidente de nulidad de actuaciones que suscita no era improcedente, al no coincidir con el contenido de la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Pichon y Sajous.

No es inusual que cuando se suscitan problemas de objeción de conciencia el que ha de juzgarlo tienda a ponerse en el lugar del objetor para dictaminar si merece o no protección. Es obvio que, de tratarse de instancias públicas, la neutralidad y no injerencia solo permite calibrar la “seriedad” de la actitud del objetor (avalada en este caso por el fundamento jurídico 5, sin distinción alguna entre los productos afectados por ella), su coherencia de conducta y la inexistencia de circunstancias que pudieran llevar a detectar intención alguna de obtener algún beneficio personal más propio de la picaresca. De lo contrario, surgiría el riesgo adicional de que la tolerancia sustituya a la justicia. Así, cuando trata de exigencias vinculadas a doctrinas minoritarias (rechazo de transfusiones de sangre, negativa a incinerar cadáveres...) se tendería tolerantemente a conceder la excepción; cuando se trata, por el contrario, de planteamientos doctrinales más extendidos cualquiera podría considerarse llamado a distinguir entre libertad de espíritu y exceso fundamentalista. Me temo que así ha ocurrido en la Sentencia. El problema es que la conciencia relevante a la hora de reconocer el derecho a la objeción es la del objetor; no la de quien emite el veredicto. Su contrapeso en la ponderación no ha de ser nunca la conciencia de éste sino la repercusión sobre derechos de terceros.

Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Del-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avogado 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 o'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 fueron 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 consti-

tucional 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 disenso 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.

## DERECHO MATRIMONIAL

### *Sentencia 194/2014, de 1 de diciembre de 2014*<sup>8</sup>

Recurso de amparo 6654-2012. Promovido por don Bassirou Sene Sene en relación con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y las resoluciones administrativas que desestimaron su petición de pensión de viudedad de clases pasivas. Supuesta vulneración del derecho a la igualdad: matrimonio contraído por el rito islámico carente de validez y eficacia para el ordenamiento jurídico español.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

#### 1. (...)

La queja del demandante de amparo se ciñe a la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) por parte de la Administración, que le denegó la pensión de viudedad, y por el órgano judicial, que no corrigió la desigualdad sufrida, todo ello como consecuencia de las resoluciones administrativas que exigieron la inscripción del matrimonio en el registro civil para tener derecho a obtener una pensión de viudedad. La desigualdad resultaría injustificada porque se equipara la situación de un

---

<sup>8</sup> BOE núm. 11 de 13 de enero de 2015.

matrimonio islámico no inscrito, cuya existencia ha sido reconocida por la Administración, con una pareja de hecho y no con el resto de los matrimonios, tanto inscritos como no inscritos. En apoyo de su pretensión cita, por un lado, la STC 199/2004, de 15 de noviembre, en la que el Tribunal Constitucional concluyó que existía vulneración del derecho a la igualdad por haberse denegado una pensión al viudo de un matrimonio canónico no registrado; y, por otro, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH), de 8 de diciembre de 2009, en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que se había vulnerado el derecho a la igualdad de la señora Muñoz Díaz, casada por el rito gitano, y a la que también le fue denegada una pensión de viudedad.

Esta opinión no es compartida por Abogado del Estado ni por el Ministerio Fiscal, que proponen la desestimación del recurso por inexistencia de la vulneración del derecho invocado.

2. Con carácter general es necesario recordar que “el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por tanto, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una fundamentación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, ‘que las consecuencias jurídicas que deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos’ (STC 176/1993, fundamento jurídico 2)” (STC 90/1995, de 9 de junio, FJ 4). Y “solo ante iguales supuestos de hecho actúa la prohibición de utilizar ‘elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable’ (STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4), razón por la cual toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en ‘una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos’ (ATC 209/1985, de 20 de marzo, FJ 2)” (STC 156/2014, de 25 de septiembre, FJ 4). Resultará necesario, por ello, examinar si los supuestos de hecho aportados por el recurrente como término de comparación guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere.

3. Entrando ya en el análisis sobre el fondo del único motivo de impugnación aducido en la demanda, es decir, la vulneración del derecho a la igualdad del art. 14 CE, con carácter previo hemos de hacer una precisión referida a un dato relevante en este asunto y en el que no concuerda lo expresado en la demanda de amparo con la documentación obrante en las actuaciones. En concreto, afirma el recurrente, en varias ocasiones, que la administración reconoció la existencia de su matrimonio islámico y que no se cuestiona la existencia o validez del vínculo, de modo que el único motivo por el que le fue denegada la pensión de viudedad fue la falta de inscripción de su matrimonio legítimo en el registro civil. Precisamente por esta circunstancia compara su matrimonio islámico no inscrito con la situación analizada en el recurso de amparo resuelto por en la STC 199/2004, de 15 de noviembre.

Procede pues examinar si nos encontramos ante dos supuestos idénticos como paso previo para poder confirmar la lesión del derecho fundamental invocado por el recurrente. Dijimos en el fundamento jurídico 5 de la STC 199/2004, de 15 de noviembre que el problema novedoso en el caso allí enjuiciado era el diferente trato otorgado al recurrente como consecuencia de no haber inscrito su matrimonio canónico en el registro civil, y para su resolución partimos de dos realidades fácticas:

“La primera de ellas es que el art. 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado, dispone de forma textual que ‘tendrán derecho a la pensión de viudedad quienes sean o hayan sido cónyuges legítimos del causante de los derechos pasivos’. Como se comprueba, en puridad, la norma aplicada no contiene de modo expreso el requisito de la inscripción registral y aunque diferencia entre situaciones matrimoniales y convivencia de hecho, no lo hace de modo expreso entre matrimonios registrados y no registrados. La desigualdad que se denuncia en la demanda de amparo es por ello exclusiva consecuencia de una determinada interpretación de la Ley por parte de la Administración, que se considera razonable en vía judicial al dar por bueno el resultado que se tacha de discriminatorio o contrario al art. 14 CE.

La segunda es que tanto en las resoluciones administrativas como en la Sentencia impugnada se deja expresa y palmaria constancia de la existencia de un matrimonio celebrado válidamente, pero se afirma que



para ostentar la condición de 'cónyuge legítimo' es precisa la inscripción registral".

Pues bien, en contra de lo que afirma la demanda de amparo, en el caso examinado ni la Administración, ni las resoluciones judiciales admitieron en ningún momento la legitimidad del matrimonio celebrado por el rito islámico entre el recurrente y la causante de la prestación, de modo que la cuestión que ahora se suscita, a diferencia de la enjuiciada en la citada STC 199/2004, de 15 de noviembre, no se refiere a si un matrimonio válidamente celebrado pero no inscrito es equiparable a una pareja de hecho o si por el contrario lo es al matrimonio inscrito, ello a los exclusivos efectos de la aplicación del art. 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, sino que se trata de resolver si un matrimonio celebrado por el rito islámico, sin cumplir los requisitos exigidos por el legislador para otorgarle validez, debe equipararse a matrimonio legítimo, que es lo que propugna el actor.

De nuevo volvemos a recordar que, si bien el art. 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de clases pasivas del Estado, en la redacción aplicable en el proceso *a quo*, no contenía de modo expreso el requisito de la inscripción registral y, por tanto, no diferenciaba entre matrimonios registrados y no registrados, sí exige para el otorgamiento de la pensión tener la condición de cónyuge legítimo. Así expresamente dispone que "tendrán derecho a la pensión de viudedad quienes sean o hayan sido cónyuges legítimos del causante de los derechos pasivos".

Tampoco resulta ocioso añadir que en aquélla ocasión explicamos que "la norma que ha sido ahora objeto de interpretación judicial al vincular la prestación a la condición de 'cónyuge legítimo' contempla, en efecto, dos situaciones diferentes —personas con vínculo matrimonial frente a las situaciones de convivencia extramatrimonial— a las que vincula dos efectos jurídicos diferentes: el otorgamiento o no de la pensión, sobre la base de que, además, se cumpla el resto de condicionantes legales. Diferenciación que también aquí resulta ajustada a las exigencias constitucionales al ser trasladable sin dificultad la doctrina contenida en la STC 184/1990, de 15 de noviembre, según la cual 'no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 CE, ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras unidades convivenciales, ni aque-

llas otras medidas que favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*' (FJ 2). Y ello porque 'siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento' (FJ 3)" (STC 199/2004, de 15 de noviembre, FJ 4).

4. Ciertamente, el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). El vínculo matrimonial genera *ope legis* en los cónyuges una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre la pareja que mantiene una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3).

"En consecuencia, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento. Además de las arriba señaladas, que por sí solas justifican tal diferencia de tratamiento normativo, razones de certidumbre y seguridad jurídica, y la propia coherencia con la decisión libremente adoptada en la unión de hecho de excluir la relación matrimonial y los deberes y derechos que de la misma dimanen, abundan en la consideración de que no pueda entenderse caprichoso o irrazonable que el legislador no incluya a los unidos por vía de hecho de una pensión como la de viudedad que ha sido prevista en función de la existencia de un vínculo matrimonial entre causante y beneficiario. Y por lo mismo no cabe reprochar como arbitraria ni discriminatoria la exigencia de que el núcleo de convivencia institucionalizada entre hombre y mujer como casados le conste formalmente al Estado para que este conceda la pensión de viudedad" (STC 184/1990,

de 15 de noviembre, FJ 3). Causalmente enlazado con esta consideración de respeto al ejercicio del art. 32 CE, hemos de afirmar que no cabe imputar arbitrariedad o discriminación a la exigencia establecida por el legislador de que el vínculo matrimonial, cualquiera que sea el rito por el que se haya contraído, conste formalmente y garantice la concurrencia de los requisitos formales y materiales para contraerlo.

En este sentido no es impertinente subrayar que el art. 32 CE reconoce el derecho a contraer matrimonio, y de su dicción literal “se deduce que ambos cónyuges se encuentran en régimen de plena igualdad jurídica en el seno de la institución jurídica del matrimonio, ‘regla que supone una manifestación específica del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (art. 14 CE)’ (SSTC 159/1989, de 6 de octubre, FJ 5; 39/2002, de 14 de febrero, FJ 5; y 51/2011, de 14 de abril, FJ 8). Junto a lo anterior, la jurisprudencia constitucional también ha precisado que el derecho al matrimonio, aunque es un derecho de titularidad individual, no lo es de ejercicio individual, pues, tal y como dispone el art. 45 CC, no hay matrimonio sin consentimiento mutuo (SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 5; 47/1993, de 8 de febrero, FJ 4; 51/2011, de 14 de abril, FJ 9), y que el vínculo matrimonial ‘genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes’ (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3)” (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 10). Ahora bien, establecido lo anterior, hemos de recordar que esta interpretación del contenido esencial del art. 32 CE “deja un amplio margen al legislador para configurar las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos — configuración de la que se ha ocupado el legislador estatal en virtud de la competencia exclusiva que le confiere el art. 149.1.8 CE para regular las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio—” (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 10).

Por tanto, son las normas estatales las que regulan los requisitos y la forma de los matrimonios válidos, de modo que solo los celebrados con respecto a las mismas tendrán plena eficacia para el ordenamiento jurídico español.

5. Es casi ocioso recordar que es el Código civil la Ley que desarrolla el mandato del art. 32 CE y que lo hace permitiendo, entre otras cosas, contraer matrimonio en forma civil o en la forma religiosa legalmente prevista (art. 49), lo que nos remite necesariamente a las leyes que aprobaron

los acuerdos con las distintas confesiones religiosas, y, en concreto, a la Ley 26/1992, de 10 de diciembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Comunidad islámica de España.

Respecto del supuesto contemplado en este procedimiento constitucional, hay que dejar sentado, desde ahora, que no todo matrimonio contraído bajo el rito islámico, es decir, cumpliendo los requisitos de la ley Islámica, tiene validez en España, sino solo aquéllos que cumplan las exigencias que fueron acordadas por el Estado español y la Comunidad islámica, reguladas en la citada Ley 26/1992, de 10 de diciembre.

De la lectura de tales normas se desprende que establecen dos vías para el reconocimiento del matrimonio celebrado bajo del rito islámico.

En primer lugar la regla general es que la celebración del matrimonio requiere, con carácter previo, la instrucción de un expediente, para que el instructor del mismo se cerciore de que ambos solicitantes pueden contraerlo, y expida así el certificado de capacidad matrimonial cuando reúnan los requisitos señalados en el Código civil. La capacidad para contraer matrimonio tiene una importancia y complejidad añadidas cuando uno de los contrayentes es extranjero y la instrucción de este expediente previo garantiza en la generalidad de los casos que solo contraerán matrimonio, ya sea de forma civil o religiosa, aquéllos que cumplan los requisitos legales.

En segundo término se establece una regla especial en el caso del matrimonio celebrado por el rito islámico, a diferencia de lo que sucede con otro tipo de matrimonios, consistente en que se permite excepcionalmente a los contrayentes celebrar la ceremonia religiosa sin la previa instrucción del expediente y, por tanto, sin que se haya comprobado la concurrencia de los requisitos civiles, aunque puedan cumplirse los establecidos por la ley islámica, pues no olvidemos que las normas civiles y religiosas difieren en lo que a la capacidad para contraer matrimonio se refiere, y, desde luego, lo es en esta forma de matrimonio islámico. En este caso excepcional en que se contrae matrimonio islámico sin previa instrucción de expediente, la inscripción registral adquiere una especial importancia dado que la misma trasciende de la mera formalidad registral, al encomendar al Juez encargado del Registro Civil la función de comprobar que los contrayentes de un matrimonio islámico ya celebrado reunían los requisitos de capacidad y validez exigidos por el Código civil, así como por las normas de derecho internacional privado cuando los contrayentes

sean extranjeros. Y a estos efectos el art. 7.3 de la Ley 26/1992 establece que “[u]na vez celebrado el matrimonio, el representante de la Comunidad Islámica en que se hubiera contraído aquél enviará al Registro Civil, para su inscripción, certificación acreditativa de la celebración del matrimonio, en la que deberán expresarse las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil” y esta certificación diligenciada permite la inscripción del matrimonio celebrado conforme al rito islámico, una vez realizada la obligada comprobación por el encargado del registro civil.

La Ley 26/1992, de 10 de noviembre, atribuye efectos civiles al matrimonio islámico solo cuando este se celebre en una comunidad islámica perteneciente a la Comisión Islámica de España, que esté inscrita en el registro de entidades religiosas, ante un dirigente religioso islámico o imán y al menos dos testigos (art. 7.1). Otorga además una especial importancia a la constatación de la concurrencia de los requisitos de capacidad y, por ello, señala el art. 7.1 que “[s]e atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil” y, como claramente razona la exposición de motivos de la instrucción de febrero de 1993, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, sobre la inscripción en el Registro de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa, “habrá de extremarse el celo para asegurarse de la inexistencia de impedimento de ligamen”.

En aplicación de los razonamientos anteriores hemos de concluir que en el caso examinado en el proceso *a quo* los contrayentes en ningún momento han cumplido los mencionados requisitos de capacidad, ni con carácter previo, ni con posterioridad a la celebración de su matrimonio, motivo por el cual no puede, de conformidad con la ley española, ser considerado válido y en consecuencia producir efectos jurídicos.

El matrimonio del recurrente se celebró mediante el rito islámico sin la previa instrucción del expediente matrimonial, y aunque pudo haberse inscrito con posterioridad, acogiéndose para ello a la regla excepcional que hemos descrito con anterioridad, lo cierto es que el representante de la Comunidad Islámica que acreditó su celebración, sin embargo, no hizo constar expresamente las circunstancias exigidas por la legislación del registro civil. Conviene recordar que el demandante de amparo intentó sin éxito la inscripción de su matrimonio así como la rectificación del

estado civil en el acta de defunción, siéndole denegada por los Autos de 26 de marzo de 2009 y 13 de mayo de 2009 a cuyo contenido se refieren los antecedentes, debido a que no se cumplieron los requisitos legales de capacidad para realizar la inscripción del matrimonio. Todo ello conduce a afirmar que el matrimonio por el rito islámico contraído por el recurrente carece de validez y eficacia para el ordenamiento jurídico español.

La conclusión a la que ha de llegarse a los efectos de dar respuesta a la lesión del principio de igualdad del art. 14 CE, en los términos aducidos en la demanda de amparo, es que no resulta posible comparar la situación del recurrente ni con los matrimonios inscritos ni tampoco con los matrimonios no inscritos válidamente contraídos, por una razón clara, que no se cumple la exigencia de aportar un *tertium comparationis* válido. Su matrimonio no fue un matrimonio legítimo en los términos empleados por el art. 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

(...)

## TRIBUNAL SUPREMO

### FESTIVIDADES RELIGIOSAS

#### ***STS de 6 de julio de 2015. Roj: STS 3533/2015***

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación nº 1851/2014, interpuesto por doña Ramona, representada por la procuradora doña María José Rodríguez Teijeiro, contra la sentencia nº 183, dictada el 19 de marzo de 2014 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, y recaída en el recurso nº 369/2012, sobre resolución de 15 de junio de 2011 de la Dirección General de Centros y Recursos Humanos de la Consejería de Educación y Ordenación Universitaria de la Junta de Galicia por la que se desestimó la petición formulada por la recurrente para que se modificase el día de celebración de la prueba de acreditación de conocimiento de gallego en el proceso selectivo de ingreso en el Cuerpo de Maestros, convocado por Orden de 8 de abril de 2011.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— (...)

Las bases de la convocatoria exigían que los participantes acreditaran el conocimiento de la lengua gallega [2.1 g)]. (...)

Por resolución de 30 de mayo de 2011 de la Dirección General de Centros y Recursos Humanos se convocó la prueba de conocimiento del gallego para el sábado 18 de junio de 2011 a las 10:00 horas en el Instituto de Enseñanza Secundaria As Fontiñas.

La Sra. Ramona que, al presentar su solicitud para participar en el proceso selectivo hizo constar su condición de miembro comulgante de la Iglesia Cristiana Adventista del Séptimo Día y que el sábado era día de precepto religioso para ella, solicitó el 13 de junio de 2011 que se le realizara en otra fecha la prueba de conocimiento de la lengua gallega. Entonces recordó su anterior escrito e invocó el artículo 12.3 de la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España. La Dirección General de Centros y Recursos Humanos desestimó, en resolución de 15 de junio de 2011, la petición de la Sra. Ramona argumentando que, conforme a las bases, se trataba de una prueba de llamamiento único a realizar en unidad de acto. En este sentido, se debe tener presente que fueron llamadas otras cuarenta y ocho personas a la misma.

La Sra. Ramona no concurrió a la realización de esta prueba y, en consecuencia, fue excluida del proceso selectivo. Por eso, interpuso el recurso contencioso-administrativo desestimado por la sentencia objeto de este recurso de casación.

Su demanda sostenía que la resolución recurrida restringió injustificadamente su derecho a la libertad religiosa. Además de invocar los artículos 16.1, 9.2 y 53.1 de la Constitución, alegó también el artículo 2. apartado b) de la Ley Orgánica 7/1980 de Libertad Religiosa y el citado artículo 12.2 3 de la Ley 24/1992 y reprochó a la Administración haberse limitado a responder negativamente a su petición sin ofrecerle alternativas ni buscar compatibilizar todos los intereses en conflicto, por ejemplo ofreciéndole realizar la misma prueba que el resto de los participantes a partir de la puesta del sol el mismo sábado, aislándola hasta ese momento. Asimismo, recordó, apoyándose en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de octubre de 1976, que había advertido de su condición con suficiente antelación para que la Administración adoptase las oportunas medidas para que pudiera realizar el ejercicio de forma compatible con sus convicciones religiosas.

SEGUNDO.— La sentencia ahora recurrida rechazó que, como sostenía la Junta de Galicia, la pretensión de la Sra. Ramona no afectara al derecho fundamental a la libertad religiosa por fundarse, no en la Ley 7/1980, de Libertad Religiosa, sino en el artículo 12 de la Ley 24/1992, y porque había una causa que impedía examinarla de gallego en otro momento: la unidad del acto y el llamamiento único, a su vez medios para asegurar el principio de igualdad en el acceso a la función pública. (...)

Despejado este extremo, la sentencia identifica el núcleo del pleito: determinar si al negar la Administración a la recurrente la posibilidad de realizar la prueba de conocimiento del gallego un día distinto del sábado vulneró su derecho a conducirse externamente con arreglo a su convicción religiosa o si, por el contrario, resulta correcta por resultar fundada razonablemente. A tal efecto, transcribe el artículo 12 de la Ley 24/1992. También deja constancia de que en la fase de prueba la Sra. Ramona acreditó que la Universidad de Educación a Distancia (UNED) permite realizar los exámenes en una fecha distinta a la prevista con carácter general y que, pese a que esa posibilidad está prevista para los supuestos en que coincida la de dos asignaturas, pueden acogerse a ella quienes profesan alguna confesión religiosa que les impida su realización en los días marcados. Asimismo, tuvo por probado que el Ministerio de Sanidad, en unas pruebas selectivas de formación sanitaria especializada, admitió que los interesados se examinaran fuera del horario religioso del sábado y les exigió para ello que acudieran a la hora de la convocatoria general —15,30 del sábado— a la sede del Ministerio, donde permanecieron incomunicados hasta la puesta del sol, momento en que se les hizo el mismo examen que ya habían realizado los demás aspirantes.

No obstante, la Sala de La Coruña falla en contra de las pretensiones de la recurrente por las siguientes razones: (i) el derecho de libertad religiosa (...) “no puede alcanzar la obligación de que la Administración, en un Estado laico y aconfesional, se abstenga de realizar la convocatoria en esos días porque, como señala el TC no incluye el que el Estado venga obligado a otorgar prestaciones facilitadoras del cumplimiento de los preceptos de una confesión religiosa”; (ii) el artículo 12.3 de la Ley 24/1992 condiciona el señalamiento de una fecha alternativa a que no concurra causa que lo impida y la Administración señaló que la convocatoria y realización del ejercicio en unidad de acto, así como la garantía de transparencia del proceso, impedían acceder a la petición, decisión ésta motivada y conforme a las bases; (iii) el derecho a la libertad religiosa no



sólo está limitado por razones de orden público sino también por el debido respeto a derechos de terceros y también por otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente (STC 154/2002) y en este caso, a la prueba de acreditación de conocimiento del idioma estaban convocados, al menos, otros 48 participantes, de manera que si se les realizaran exámenes separados y/o distintos se vería afectado el derecho a la igualdad en la realización de la prueba y en el acceso a los cargos públicos garantizado en el artículo 23 de la Constitución y podría empañar la transparencia del proceso e incrementar el riesgo de filtraciones; (iv) ni el ejemplo de la UNED ni el del Ministerio de Sanidad llevan a una conclusión diferente porque, al margen de que proceden de Administraciones públicas diferentes, resulta que:

*"a) por lo que hace a la UNED los estudiantes se acogen a una previsión de la propia normativa de realización de los ejercicios presenciales, cual es el turno de exámenes de reserva, aunque están previstos para otro supuesto, con lo cual no existe excepcionalidad alguna, porque los alumnos pueden acogerse a ellos al margen de sus confesiones; b) por lo que hace al criterio del Ministerio de Sanidad resulta, por una parte, que el mismo fue adoptado con ocasión de unas pruebas de acceso a una especialidad y, por otra, que los solicitantes interesaron la realización de la prueba el mismo día aunque después de la puesta del sol, accediendo a ser aislados desde la hora de la convocatoria hasta su terminación. En tanto que en el presente caso la solicitud de la recurrente era que el ejercicio se realizara en distinto día y, a diferencia de las pruebas del Ministerio de Sanidad, la prueba no estaba prevista para las 15,30 horas de un sábado sino para las 10:00 por lo que el período de voluntario aislamiento resultaría considerablemente más largo".*

TERCERO.— El escrito de interposición contiene un único motivo de casación contra esta sentencia en el que, conforme al apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, le reprocha la infracción de los artículos 9.2 y 16.1 de la Constitución, así como de la legislación que los desarrolla y, en particular, del artículo 12.3 de la Ley 24/1992, al que, dice, vacía de contenido.

En su desarrollo la Sra. Ramona repasa la doctrina del Tribunal Constitucional a propósito de cada una de las razones esgrimidas por la sentencia para desestimar el recurso contencioso-administrativo.

Así, al argumento de esta última de que no corresponde a un Estado laico y aconfesional otorgar prestaciones facilitadoras del cumplimiento

de los preceptos religiosos, reprocha que la STC 166/1996, que lo acoge, se estaba refiriendo a prestaciones médicas en un contexto absolutamente distinto a éste y que ella no solicitó ninguna prestación específica mientras que la Administración sí debe facilitar la práctica efectiva de las creencias religiosas (STC 207/2013) y la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de octubre de 1976 (asunto 130/75), de la que nada dice la Sala de La Coruña, llama a evitar que se realicen exámenes en días de fiesta religiosa.

Además, subraya, la Administración conocía con más de dos meses de antelación el posible conflicto ético o moral que podía producirse y no siguió el camino que le marca el artículo 9.2 de la Constitución al que apuntan las STC 207/2013 y 154/2002. A este respecto, sostiene que en la ponderación de los derechos en conflicto no puede prevalecer “la comodidad de la Administración (...) que n(o) se (ha) molestado en buscar (...) la fórmula para compatibilizar el respeto y ejercicio de todos los derechos y bienes jurídicos en conflicto”. (...)

CUARTO.— La Junta de Galicia se ha opuesto a este recurso de casación y nos pide que lo inadmitamos o, subsidiariamente, lo desestime-mos.

Su inadmisibilidad la afirma porque considera que la recurrente ha desviado el debate original ya que sus peticiones anteriores a la convocatoria de la prueba de gallego no pueden ser objeto de examen ahora ya que no fueron impugnadas. (...)

QUINTO.— Debemos entrar en el examen del motivo y de la oposición que se le ha hecho porque no concurre la causa de inadmisibilidad alegada por la Administración gallega. (...)

SEXTO.— La Sala de La Coruña explica bien la relación que existe entre la pretensión de no realizar la prueba de conocimiento de la lengua gallega y el derecho fundamental a la libertad religiosa. Desde este punto de vista, puede decirse que ya no hay controversia pues la Junta de Galicia no ha vuelto sobre la posición negativa que mantuvo en la instancia sobre esa cuestión. En consecuencia, no es necesario que insistamos al respecto, pues se ha de dar por establecida esa conexión.

El problema afrontado y resuelto en los términos conocidos por la sentencia impugnada es si esa particular manifestación del derecho fundamental a la libertad religiosa debe ceder o no ante las causas hechas valer por la Junta de Galicia: el llamamiento único, la unidad de acto y

la garantía del principio de igualdad. Se trata de una cuestión que no se plantea en abstracto sino en el concreto marco jurídico establecido.

Tenemos, por tanto, un derecho fundamental, el reconocido por el artículo 16.1 de la Constitución, que ha sido objeto de la atención del legislador, tanto para desarrollarlo —Ley Orgánica 7/1980— cuanto para regular su ejercicio (artículo 53.1 de la Constitución) respecto de los miembros de determinadas confesiones en virtud de acuerdos con ellas recogidos legalmente. Exactamente lo que ha sucedido con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España y con la Ley 24/1992 que, conforme a lo previsto en el artículo 7 de la Ley Orgánica 7/1980, ha aprobado el acuerdo alcanzado con ella.

El artículo 12 de esa Ley 24/1992 dice:

*"Artículo 12.*

*El descanso laboral semanal, para los fieles de la Unión de Iglesias Adventistas del Séptimo Día y de otras Iglesias evangélicas, pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, cuyo día de precepto sea el sábado, podrá comprender, siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores como regla general.*

*Los alumnos de las Iglesias mencionadas en el número 1 de este artículo, que cursen estudios en centros de enseñanza públicos y privados concertados, estarán dispensados de la asistencia a clase y de la celebración de exámenes desde la puesta del sol del viernes hasta la puesta del sol del sábado, a petición propia o de quienes ejerzan la patria potestad o tutela.*

*Los exámenes, oposiciones o pruebas selectivas convocadas para el ingreso en las Administraciones Públicas, que hayan de celebrarse dentro del período de tiempo expresado en el número anterior, serán señalados en una fecha alternativa para los fieles de las Iglesias a que se refiere el número 1 de este artículo, cuando no haya causa motivada que lo impida".*

Por tanto, tenemos que, siendo la Sra Ramona miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, puede acogerse a lo previsto en este precepto. También observamos que su apartado 3 contempla exactamente el supuesto que se ha dado: la convocatoria para la celebración de una prueba, parte de un proceso selectivo para el ingreso en las Administraciones Públicas, en un período comprendido entre la puesta de sol del viernes y la puesta del sol del sábado. Y, además, resulta que la Ley, para ese caso

ordena —“serán señalados”, dice— que esos exámenes o pruebas selectivas se hagan para los fieles de las iglesias concernidas en una fecha alternativa “cuando no haya causa motivada que lo impida”.

Los criterios de interpretación admitidos en Derecho nos ayudan a concluir que la regla en estos casos debe ser el uso de una fecha alternativa y la excepción la negativa a ello y que, como todas las reglas excepcionales, ha de ser objeto de un entendimiento restrictivo. Asimismo, sabiendo que la doctrina del Tribunal Constitucional ha reiteradamente afirmado el mayor valor de los derechos fundamentales y llamado a interpretar el ordenamiento jurídico de la manera más favorable a su efectividad, postulados estos tan consolidados que excusan de la cita de sentencias que los proclamen, esa anterior conclusión se ve reforzada y converge con las razones anteriores hacia la ulterior afirmación de que la causa que impida celebrar en fecha alternativa la prueba o examen ha de tener entidad suficiente y que la Administración la ha de poner de relieve con precisión.

Llegados a este punto, no cabe sino decir que, en este singular caso, la Junta de Galicia no ha identificado una causa que posea la entidad necesaria para imponer la solución que el legislador ha considerado como excepción. No lo ha hecho porque, tal como resulta de los elementos presentes en el proceso, es evidente que existen soluciones alternativas que permiten conciliar los derechos en conflicto: la práctica seguida por la UNED de ofrecer la posibilidad de examinarse en fechas distintas y con exámenes diferentes, muestra que pueden evaluarse los conocimientos aun con pruebas distintas del mismo nivel de exigencia, práctica que es técnicamente viable y una realidad admitida legalmente y utilizada en todos aquellos procesos selectivos en los que, por ejemplo, se prevén pruebas orales consistentes en la respuesta a temas elegidos. O la observada por el Ministerio de Sanidad.

(...)

Por tanto, el motivo de casación debe prosperar porque la sentencia de instancia debió discurrir en el sentido que acabamos de indicar en vez de limitarse a aceptar la justificación dada por la Junta de Galicia, en realidad meramente formal y, ciertamente, como dice la recurrente, tendente en la práctica a dejar sin contenido el artículo 12.3 de la Ley 24/1992.

SÉPTIMO.— La estimación del motivo comporta la anulación de la sentencia recurrida y, conforme al artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdic-

ción, nos obliga a resolver la controversia en los términos en que apareciera planteado el debate.

Pues bien, las consideraciones precedentes imponen la estimación del recurso contencioso-administrativo, la anulación de la resolución de 15 de junio de 2011 por ser contraria al artículo 12.3 de la Ley 24/1992 y al derecho fundamental a la libertad religiosa. Y, asimismo, implica reconocer a la Sra. Ramona el derecho a que se siga respecto de ella el proceso selectivo y a que, de superarlo, se proceda a su nombramiento con efectos desde que se produjeron para los demás aspirantes nombrados en su momento.

OCTAVO.– (...)

### FALLAMOS

(1º) Que ha lugar al recurso de casación nº 1851/2014, interpuesto por doña Ramona contra la sentencia nº 183, dictada el 19 de marzo de 2014, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que anulamos.

(2º) Que estimamos en el recurso contencioso-administrativo nº 369/2012 y anulamos la resolución de la Dirección General de Centros y Recursos Humanos de la Consejería de Educación y Ordenación Universitaria de la Junta de Galicia de 15 de junio de 2011 desestimatoria de la petición de la recurrente de realizar la prueba de acreditación del conocimiento de lengua gallega en horario distinto al sábado religioso por ser contraria al artículo 12.3 de la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, e infringir el derecho fundamental de la recurrente a la libertad religiosa.

(3º) Que reconocemos a la recurrente el derecho a proseguir el proceso selectivo y a que de superarlo con una puntuación igual o superior a la del último de los aspirantes que lograron plaza, a que se le nombre funcionaria del Cuerpo de Maestros en la especialidad de Educación Infantil con efectos desde que se produjeron para los demás nombrados.

(...)

## SÍMBOLOS RELIGIOSOS

### ***STS de 2 de diciembre de 2014. Roj: STS 5166/2014***

(...)

Se dirige contra la sentencia dictada el 6 de septiembre de 2011 por la Sección Quinta de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana; recayó dicha sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 550/2010 interpuesto, por la vía especial de protección antes citada, contra la desestimación presunta de su solicitud formulada el 22 de febrero de 2010, acerca de la retirada de la "Cruz de la Muela" del Monte de La Muela, en el término municipal de Orihuela (Alicante).

Se mantiene la línea jurisprudencial establecida en la STS de 4 de marzo de 2013<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr. Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos. Nº 13, Vol. II, pp. 444 y ss.