

CONFLICTOS DE CONCIENCIA Y SERVICIOS PÚBLICOS: ALGUNOS SUPUESTOS¹

MARÍA JESÚS GUTIÉRREZ DEL MORAL
Universitat de Girona

Resumen: Los ciudadanos son titulares del derecho fundamental de libertad de pensamiento, de conciencia y por tanto tienen derecho a manifestar las propias convicciones individual o colectivamente, en público y en privado, sin más limitación que el orden público. Dichas manifestaciones pueden chocar con un deber jurídico surgiendo conflictos de conciencia. En este trabajo estudiamos algunos de dichos conflictos surgidos en el ámbito de los servicios públicos, la Sanidad Pública, la Enseñanza Pública, la Administración de Justicia y los Centros Penitenciarios.

Palabras clave: libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; conflictos de conciencia; objeción de conciencia; jurisprudencia.

Abstract: Everyone is holder of the fundamental right to freedom of thought, conscience and religion, and therefore have the right to manifest their own convictions alone or in community with others, in the public or private sphere, with no more limitation than public order. These manifestations may clash with a legal duty causing conflicts of conscience. In this work we study some of these conflicts in the areas of the public services, Public Health, Public Education, Administration of Justice and Penitentiary Centers.

Keywords: freedom of thought, conscience and religion; conflicts of conscience; conscientious objection; case law.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Conflictos de conciencia en el ámbito de la Sanidad Pública. 2.1. Objeción de conciencia al aborto. 2.2. Objeción de conciencia del pro-

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Evaluación del proceso normativo en la Unión Europea y en España ante los nuevos retos sociales del Estado de Derecho» (DER2016-76325-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y dirigido por la Dra. D. Canals Ametller.

fesional farmacéutico. 3. Conflictos de conciencia en la Educación Pública. 3.1. Conflicto entre la libertad de cátedra y la neutralidad del centro. 3.2. La objeción de conciencia a la asignatura «Educación para la ciudadanía». 3.3. Conflicto entre la libertad religiosa de la menor y la neutralidad del centro. El uso del velo islámico. 4. Conflictos de conciencia en el ámbito de la Administración de Justicia. 4.1. Objeción al matrimonio homosexual. 4.2. El uso del velo islámico en la Sala de vistas. 5. Conflictos de conciencia en el ámbito penitenciario. El uso del velo. 6. Reflexiones conclusivas.

1. INTRODUCCIÓN

La libertad religiosa o la libertad de religión es un derecho de los individuos, e incluso de los grupos, y un principio para los poderes públicos. Al adoptar este principio el Estado se sitúa en una posición separada e independiente a las diferentes confesiones religiosas y se impone la obligación de respetar plenamente el derecho de los ciudadanos a profesar y practicar sus creencias. El Estado no es sujeto de fe, no es sujeto del derecho a la libertad religiosa, y por tanto no debe hacer manifestaciones sobre la verdad o legitimidad de las creencias o convicciones religiosas, solo respetarlas y garantizar el derecho humano, sin permitir discriminación alguna. Esto supone una neutralidad estatal que nos dirige hacia un tipo de relación entre lo religioso y lo público, que en nuestro caso viene determinado además por la laicidad y la cooperación entre Estado y confesiones religiosas.

La laicidad o la aconfesionalidad estatal es el marco más adecuado para el ejercicio de los derechos de libertad religiosa y de igualdad religiosa. El Estado ha de ser neutral y mantenerse ajeno a la opción religiosa y también a la opción arreligiosa. El Estado no puede favorecer unas creencias religiosas en particular ni la opción atea, agnóstica o indiferente. El Estado es incompetente para juzgar la legitimidad o no de cualquier creencia o convicción, religiosa o no. Sin embargo, ello no impide que el hecho social religioso sea considerado un bien a proteger, pues el Estado no puede desentenderse ante el ejercicio de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, aún más, si cabe, si tenemos presente el mandato constitucional de la cooperación con las confesiones religiosas.

En definitiva, los principios de libertad religiosa, igualdad religiosa, laicidad y cooperación entre Estado y confesiones religiosas, deben ser tenidos en cuenta también en la prestación de los servicios públicos, pero lógicamente no marcarán

la actuación de los ciudadanos que reciben dicha prestación y quizás tampoco cualquier actuación del personal al servicio de la Administración Pública.

Por otra parte, todas las religiones suelen implicar el cumplimiento de unas normas de carácter social que sus fieles han de cumplir, a veces de forma imperativa. Cuando dicho cumplimiento choca con otro deber impuesto por el ordenamiento jurídico o derivado de los compromisos adquiridos por el individuo surgen conflictos de conciencia, a veces de difícil solución, que pueden suponer restricciones al derecho de libertad de religión del individuo.

El derecho de libertad religiosa y su contenido está reconocido en la Constitución y en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980, pero no existe una normativa que regule todos los posibles supuestos de ejercicio y manifestación del derecho por parte de sus titulares, lo que da lugar de forma irremediable a una problemática jurídica que en algunas ocasiones se intentará solucionar acudiendo directamente al derecho fundamental de libertad religiosa o de libertad de conciencia o a través de lo que conocemos como «supuestos de objeción de conciencia».

La libertad religiosa como derecho fundamental de la persona ampara no sólo tener o profesar unas convicciones religiosas, sino toda una serie de manifestaciones o de actuaciones individuales o colectivas, públicas o privadas, por motivos religiosos, dentro de los límites que marca el orden público protegido por la ley (artículo 16 de la Constitución). Es éste, el orden público, un concepto jurídico indeterminado, si bien, conforme al artículo 3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, sabemos que esos límites se concretan en los derechos de los demás, y en la salud pública, la seguridad pública y la moralidad pública, como elementos constitutivos de aquél. En el mismo sentido se manifiestan los diversos instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales. Recordemos, así, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966², o el artículo 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950³.

² «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás...».

³ «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por

Evidentemente los menores de edad también son titulares del derecho de libertad religiosa aunque no podrán ejercerlo en su máxima amplitud hasta tener suficiente madurez intelectual y psicológica⁴. Por tanto, el ejercicio de este derecho no está condicionado a la mayoría de edad y en algunos casos sólo se exigirá una madurez mínima. En este sentido, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996, siguiendo los dictados de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989⁵, reconoce en su artículo 6 el derecho de libertad ideológica, de conciencia y de religión⁶. Por otra parte, el artículo 2 dispone que, a la hora de aplicar esta Ley «primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir», y «las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva»⁷.

En cuanto a los posibles supuestos de objeción de conciencia, estarán directamente ligados a la libertad de conciencia, puesto que significan negarse a realizar una actividad en contra de las propias convicciones religiosas o ideológicas. Por tanto, puede interpretarse que la objeción de conciencia también es una de las formas de manifestación de dicho derecho fundamental.

Desde un punto de vista amplio la objeción de conciencia puede definirse como la negativa del individuo por motivos de conciencia a cumplir con una obligación o deber legalmente establecido y jurídicamente exigible; incluyendo

medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

⁴ MANTECÓN, J. «La libertad religiosa como derecho humano», *Tratado de Derecho Eclesiástico del Estado*, Barañáin 1994, 123.

⁵ Artículo 14: «1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades. 3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás».

⁶ «El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás. Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral».

⁷ En este mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia constitucional que insiste en que el disfrute de los derechos a la libertad de creencias y su integridad moral por parte del menor se modulará en función de su madurez (sentencia del Tribunal Constitucional 141/ 2000, de 29 de mayo, fundamento jurídico 5). Sobre este tema véase CAÑAMARES ARRIBAS, S. «Libertad religiosa del menor y simbología religiosa en la escuela», *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España*, Madrid 2009, 332-337.

toda pretensión contraria a la ley motivada por razones axiológicas, no meramente psicológicas, de contenido principalmente religioso o ideológico. Dichas pretensiones tendrán por objeto evitar la elección menos lesiva para la propia conciencia entre las alternativas legales, o bien evitar el comportamiento que supone la norma, o bien asumir la sanción prevista por el incumplimiento, incluso para lograr el cambio legislativo⁸.

Ello sin perjuicio de recordar que respecto a la noción de objeción de conciencia la doctrina destaca el carácter mutable de sus significados, el dinamismo de los fines que persigue y su sentido no unívoco. Esta incertidumbre parece deberse a la dificultad de diferenciar este concepto de otros similares, por ejemplo de la desobediencia civil⁹.

En nuestra jurisprudencia no existe una única línea interpretativa respecto a la noción y naturaleza jurídica de la objeción de conciencia. El Tribunal Constitucional en un inicio la consideró un derecho derivado del derecho fundamental reconocido en el artículo 16 de la Constitución¹⁰, si bien al poco tiempo cambió su doctrina estableciendo que no tenía carácter de derecho fundamental, sino de derecho constitucional¹¹, reconocido única y expresamente en el artículo 30.2 de la Constitución para el caso concreto de objeción al servicio militar¹². Esta interpretación no es extraña en el ámbito europeo y en la

⁸ NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Madrid 2011, 31; Id., «Planteamiento General» (Objeción de conciencia), *Base del Conocimiento Jurídico*, www.iustel.com (18/7/2017).

⁹ Ésta consiste en una resistencia, habitualmente pacífica, a las exigencias o mandatos del poder establecido, normalmente con un fundamento político que busca un cambio legislativo. La objeción de conciencia, sin embargo, consiste en el incumplimiento de un deber jurídico por motivos de conciencia individual, y no suele implicar una estrategia para conseguir un cambio político. No obstante no debe obviarse que a veces dichas posturas se aproximan sobremedida dificultando su diferenciación, por ejemplo las ligas de objetores de conciencia al servicio militar que pretenden claramente la modificación de las leyes. NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «Planteamiento General» (Objeción de conciencia), *Base del Conocimiento Jurídico*, www.iustel.com (18/7/2017). Ver también NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Conflictos entre conciencia y ley*, 29-30; NAVARRO VALLS, R. y PALOMINO, R. «Las objeciones de conciencia», *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Barañáin 1994, 1092-1093.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril: «la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica que nuestra Constitución reconoce en su artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española».

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1987, de 27 de octubre: «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 de Estado».

¹² Al respecto puede verse PÉREZ MADRID, F. «La protección jurídica de la objeción de conciencia en España. Novedades legislativas y jurisprudenciales», *Revista General de Derecho*

normativa internacional sobre derechos fundamentales, donde no existe un reconocimiento expreso del derecho a la objeción de conciencia de forma genérica. Únicamente en el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y en el artículo 4 del Convenio de Roma de 1950 existe una referencia en el sentido de que no se consideran trabajos forzados las prestaciones sustitutorias previstas en las legislaciones estatales cuando en ellas se reconoce la objeción al servicio militar. Por otra parte, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007, en su artículo 10.2, se reconoce «el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio». El artículo 10 de la Carta recoge la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de forma que podemos interpretar que la objeción de conciencia está vinculada a este derecho fundamental. Si bien, esta disposición se está interpretando por nuestra jurisprudencia en el sentido limitativo de que sólo aquellos supuestos legislados serán dignos de protección y garantía, negándole a la objeción de conciencia el carácter de derecho derivado de la libertad de conciencia. Es decir, no se le considera parte del contenido de dicho derecho fundamental, dificultando su garantía y protección. Al respecto, tal como expone la doctrina, «no sólo porque parece a todas luces irrazonable condicionar la existencia de un derecho fundamental europeo a la voluntad de cada legislador nacional, sino también por la elemental razón de que, si se hubiera querido hacer depender la tutela de la objeción de conciencia de las leyes nacionales, no tendría sentido alguno haberla incluido como derecho fundamental en la Carta –la cual, no se olvide, no es una simple expresión de buenos deseos y recomendaciones para gobiernos bienintencionados, sino un texto jurídico vinculante para los Estados miembros de la Unión Europea–»¹³.

A pesar del silencio del Convenio de Roma, debemos tener presente que la Asamblea Parlamentaria y el Comité de Ministros del Consejo de Europa han dictado diversas Resoluciones y Recomendaciones en las que han reconocido la objeción de conciencia como un derecho en diferentes ámbitos de gran tradición, como el militar y el sanitario¹⁴. Así, la Resolución de la Asamblea Par-

Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 42 (2016), 4-5.

¹³ MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «La objeción de conciencia farmacéutica en la reciente jurisprudencia constitucional española: Otra oportunidad perdida», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 39 (2015), 16-17.

¹⁴ A modo de ejemplo: Resolución de la Asamblea Parlamentaria 337 (1967) de 26 de enero; Recomendación 478 (1967), de 26 de enero; Recomendación 816 (1967) de 7 de octubre; Recomendación del Comité de Ministros R (87) 8, de 9 de abril de 1987; Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 1518 (2001) de 23 de mayo. CAÑAMARES, S. «La evolución de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de objeción de conciencia», *Revista de Derecho Público*, 46 (2014), 39-40.

lamentaria del Consejo de Europa 1928 (2013), de 24 de abril, sobre «Protección de los derechos humanos en relación con la religión y las creencias y la protección de las comunidades religiosas de la violencia», recomienda a los Estados reconocer el derecho a la objeción de conciencia respecto a cuestiones moralmente delicadas o sensibles. Y a modo de ejemplo se cita el servicio militar, la atención sanitaria y la educación, lo que no debe ser un impedimento para que se reconociera en otros ámbitos diferentes. Asimismo, recuerda los límites de dicho reconocimiento: los derechos de los demás, y la garantía de acceso a los servicios legales, que podemos considerar como elementos del orden público.

Ciertamente el orden público es el límite de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, así se establece en el artículo 16 de la Constitución, el artículo 3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa o el artículo 9 del Convenio de Roma. Si bien, tal como establece el Convenio, las limitaciones deben estar previstas por la Ley y deben constituir medidas necesarias en una sociedad democrática.

Respecto al estudio, examen y análisis de los diferentes supuestos de objeción que se pueden plantear en el ámbito de los servicios públicos, puesto que prácticamente no existe normativa, ya que nuestro ordenamiento jurídico únicamente ha legislado la objeción de conciencia al servicio militar y la objeción de conciencia al aborto, debemos acudir a la jurisprudencia. De hecho, no es habitual en nuestro entorno que los ordenamientos regulen expresamente todos los posibles casos de objeción de conciencia por lo que es obligada la intervención de los Tribunales, que deberán atender a la libertad de conciencia y sus límites, así como a la búsqueda del equilibrio entre intereses públicos enfrentados.

2. CONFLICTOS DE CONCIENCIA EN EL ÁMBITO DE LA SANIDAD PÚBLICA

En el ámbito de la Sanidad Pública podemos destacar diferentes casos conflictivos entre ley y conciencia, planteados bien por los trabajadores o bien por los pacientes. Quizás sea uno de los espacios donde podamos encontrar más variedad de supuestos de objeción de conciencia basados bien en la deontología, bien en la libertad de conciencia o la libertad religiosa. En esta ocasión me referiré a la objeción de conciencia al aborto, por estar regulada de forma expresa y a la objeción de conciencia farmacéutica por la actualidad de la jurisprudencia constitucional.

2.1 Objeción de conciencia al aborto

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo dispone que la interrupción voluntaria del embarazo se realizará en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma (artículo 19.2). Asimismo, recoge la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios directamente implicados en prácticas abortivas, artículo 19.2, como un derecho, sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabados por su ejercicio. La negativa a participar en un aborto por razones de conciencia es siempre una decisión individual del personal sanitario directamente implicado en su realización, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de este tipo. La Ley Orgánica nos remite a un desarrollo futuro de la Ley para hacer efectivo este derecho (disposición final cuarta y quinta).

El derecho a la objeción de conciencia al aborto del personal médico ya venía siendo reconocido en nuestro ordenamiento con anterioridad a esta Ley, por vía jurisprudencial, como veremos. Si bien del texto legal parece desprenderse cierta desconfianza hacia dicha objeción¹⁵.

El Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de España de 2011 también reconoce en su artículo 55: «1. El médico está al servicio de preservar la vida a él confiada, en cualquiera de sus estadios. El que una mujer decida interrumpir voluntariamente su embarazo, no exime al médico del deber de informarle sobre las prestaciones sociales a las que tendría derecho, caso de proseguir el embarazo, y sobre los riesgos somáticos y psíquicos que razonablemente se puedan derivar de su decisión. 2. El médico, que legítimamente opte por la objeción de conciencia, a la que tiene derecho, no queda eximido de informar a la mujer sobre los derechos que el Estado le otorga en esta materia ni de resolver, por sí mismo o mediante la ayuda de otro médico, los problemas médicos que el aborto o sus consecuencias pudiesen plantear. 3. El médico debe proporcionar a la mujer gestante información adecuada, fidedigna y completa sobre la evolución del embarazo y el desarrollo fetal. No es conforme a la ética médica negar, ocultar o manipular información

¹⁵ De la misma opinión, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A. «Aspectos ético-jurídicos de la regulación del aborto en España. Estudio realizado a partir de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 23 (2010), 22-23; NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Conflictos entre conciencia y ley*, 158.

para influir en la decisión de la madre sobre la continuidad de su embarazo». Por tanto, parece que el nuevo Código de ética médica excluye la objeción de conciencia a la participación indirecta en prácticas abortivas, siguiendo el planteamiento de la Ley de 2010¹⁶. No hacía esta distinción, sin embargo, el antiguo Código de 2000.

Por su parte, el Código Deontológico de la Enfermería Española, de 1989 (en vías de actualización para su adecuación al Código Ético y Deontológico de la Enfermería Europea de 2007), dispone que «la enfermera/o tiene, en el ejercicio de su profesión, el derecho a la objeción de conciencia, que deberá ser debidamente explicitado ante cada caso concreto. Los Colegios velarán para que ninguna/o enfermera/o pueda sufrir discriminación o perjuicio a causa del uso de ese derecho». No se hace distinción aquí entre intervención directa o indirecta en las prácticas abortivas.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa también ha reconocido de forma explícita, el 7 de octubre de 2010, el derecho del personal médico a la objeción de conciencia: «ninguna persona, hospital o institución será coaccionada, culpada o discriminada por negarse a realizar, autorizar, participar o asistir a la práctica de un aborto, eutanasia o cualquier acto que cause la muerte de un feto humano o un embrión por cualquier razón»¹⁷.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha tratado el tema de la objeción de conciencia al aborto sólo de forma incidental, se limita a remitirse a las legislaciones estatales. Si bien, en el caso *R. R. contra Polonia*, de 26 de mayo de 2011¹⁸, el Tribunal declaró que los Estados al organizar los servicios sanitarios han de garantizar el ejercicio efectivo de la libertad de conciencia de los profesionales sanitarios en el ejercicio de sus funciones, si bien, ello no debe impedir a los pacientes acceder a los servicios a los que tienen derecho en virtud de la legislación aplicable (§206)¹⁹.

El Tribunal Constitucional reconoce claramente este tipo de objeción como derecho fundamental en la sentencia 53/1985, de 11 de abril, dictada en recurso de inconstitucionalidad contra la primera redacción del Proyecto de Ley

¹⁶ El nuevo Código fue impugnado por el Colegio Oficial de Médicos de Toledo, pero el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia 807/2012, de 6 julio, desestimó el recurso y confirmó conforme a Derecho el artículo 55, 1 y 2 (normas impugnadas).

¹⁷ Resolución 1763 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el derecho a la objeción de conciencia en el ámbito de la sanidad, aprobada el 7 de octubre de 2010.

¹⁸ Demanda número 27617/2004.

¹⁹ Al respecto, Díez FERNÁNDEZ, J. A. «El caso Bayatyan: Punto de inflexión en la doctrina del Tribunal de Estrasburgo sobre la libertad de conciencia», *Religión y Derecho Internacional*, Logroño 2014, 369-390.

Orgánica Despenalizadora del Aborto de 30 de noviembre de 1983²⁰: «cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que 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 artículo 16.1 CE y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales» (fundamento jurídico 14)²¹.

Además, esta doctrina ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en sentencias de 16 de enero de 1998 y de 23 de enero de 1998, que señalan igualmente que la objeción de conciencia de médicos y personal sanitario es «directamente aplicable», al formar parte del contenido de la libertad ideológica y libertad religiosa reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución.

En sentencia de 20 de enero de 1987 del Tribunal Supremo es desestimado el recurso interpuesto por varias enfermeras declaradas objetoras de conciencia al aborto, invocando los artículos 14 y 16 de la Constitución. Estas trabajaban en un centro público y se negaban a intervenir en abortos legales amparándose en motivos de conciencia. El centro las forzó al traslado de planta y a un cambio de servicio. El Tribunal reconoció su derecho a la objeción de conciencia pero concluyó que «tal actitud negativa implica la imposibilidad de colaborar en tareas normales del departamento en el cual se hallaban adscritas, con perturbación previsible del servicio cuando se presentaren tales casos». Por tanto, el cambio de servicio se admite si no supone un cambio de residencia, de lugar de trabajo, de categoría profesional o de salario. En contra de este planteamiento se manifestó el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en sentencia de 18 de diciembre de 1991, que admite, en un cambio de servicio similar, discriminación por motivos de conciencia²².

El Tribunal Superior de Justicia de Baleares en sentencia de 13 de febrero de 1998 admitió, siguiendo la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, que son actos exentos para los objetores «todos los actos de

²⁰ Finalmente promulgada como Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal.

²¹ Al respecto es de interés el comentario de NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Conflictos entre conciencia y ley*, 133-136; DOMINGO GUTIÉRREZ, M. «La objeción de conciencia al aborto. Evolución jurisprudencial», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 23 (2010), 8-10; CEBRIÁ GARCÍA, M. «Objeción de conciencia del personal sanitario y reformas legislativas en España», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 27 (2011), 15-16.

²² En sentido contrario a esta sentencia la del Tribunal de Justicia de Aragón, de 23 de septiembre de 1992, CEBRIÁ GARCÍA, M. «Objeción de conciencia del personal sanitario y reformas legislativas en España», 25-26.

asistencia que contribuyen de manera positiva y eficiente a que la gestación se interrumpa sin daño para la salud de la embarazada, [...] imprescindibles para que la operación culmine» (fundamento jurídico 3). Creo evidente que se está refiriendo a actos indirectamente relacionados, pero necesarios, con la interrupción del embarazo.

En sentencia de 9 de febrero de 1998 la Audiencia Nacional también reconoce el derecho a la objeción de conciencia como un derecho de amparo constitucional, contemplado además por el Código de Ética y Deontología Médica aprobado por la Organización Médica Colegial, el cual exime no sólo de practicar materialmente abortos «sino también de cualquier actuación que sea un acto de cooperación necesario para que las interrupciones de los embarazos se lleven a cabo».

Por tanto, según esta doctrina²³ la objeción de conciencia al aborto supone no participar en prácticas abortivas ni directa ni indirectamente, aunque en este caso necesarias.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-la Mancha en auto de 29 de septiembre de 2010, dictaminó que «no es tan evidente [...] que el trámite de información que de acuerdo con el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010, constituye un presupuesto legal para la posibilidad de practicar el aborto, no sea una intervención directa en el mismo, dado el carácter de *conditio sine quanon* de dicho trámite» (fundamento jurídico 5).

No obstante, en auto de 29 de marzo de 2011, y en aplicación de la nueva Ley, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Málaga desestimó el recurso interpuesto por un médico de familia que solicitaba acogerse a la objeción de conciencia en las tareas de información y derivación de las interrupciones voluntarias del embarazo. Finalmente, en recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en sentencia de 28 de diciembre de 2011 se reconoce al médico su derecho a la objeción de conciencia.

Poco tiempo después, el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 1 de Málaga, en sentencia de 23 de febrero de 2012, reconoció la objeción de conciencia de otro médico de atención primaria para no asesorar y derivar a las mujeres al especialista. En este caso, sin embargo, en recurso de apelación, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en sentencia de 18 febrero de 2013 interpretó que «el médico, que legítimamente opte por la objeción de conciencia, a la que tiene derecho según su norma reguladora, no queda eximido de

²³ Para comentarios sobre esta jurisprudencia véase: NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Conflictos entre conciencia y ley*, 137-140; DOMINGO GUTIÉRREZ, M. «La objeción de conciencia al aborto. Evolución jurisprudencial», 12-17; CEBRIÁ GARCÍA, M. «Objeción de conciencia del personal sanitario y reformas legislativas en España», 16-26.

informar a la mujer sobre los derechos que el Estado le otorga en esta materia» (fundamento jurídico 3). Esto supone una restricción del derecho tal como se interpretaba por la doctrina jurisprudencial antes de la Ley de 2010.

Ciertamente la regulación de la objeción de conciencia contenida en el artículo 19.2 de la Ley de 2010 es breve, escasa y no se ajusta a la doctrina jurisprudencial sentada hasta la fecha de forma mayoritaria. La Ley habla de objeción sólo en los casos de personal sanitario que interviene directamente en el aborto, lo cual hace dudar sobre qué debe entenderse por esta intervención, y más si cabe teniendo presente que intervendrán personal administrativo, personal médico y personal paramédico²⁴. Esto dará lugar a situaciones como la que encontramos en los Juzgados de Málaga, y sería deseable que los jueces hicieran una interpretación amplia del derecho de objeción de conciencia siguiendo la doctrina sentada hasta la aprobación de la Ley y no restringiendo el derecho. Por otra parte, todo indica que no se reconocerá la objeción de conciencia sobrevenida pues se exige comunicarlo anticipadamente y por escrito²⁵, aunque parece que debería prevalecer el derecho a la objeción de conciencia «porque goza de una protección constitucional con especial cobertura»²⁶. No olvidemos que forma parte del contenido del derecho fundamental de libertad de conciencia el derecho a cambiar de creencias religiosas o ideológicas, por tanto, no es imposible una objeción de conciencia sobrevenida que debería ser protegida igualmente.

Dado que las competencias sanitarias corresponden a las Comunidades Autónomas, cada una de ellas tendrá que aplicar la Ley y desarrollarla para hacer posible el derecho de objeción de conciencia del personal sanitario. Hasta ahora únicamente lo han hecho Castilla-La Mancha y Navarra.

En Castilla-La Mancha se aprueba la Orden de 21 de junio de 2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se establece el procedimiento de objeción de conciencia de los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo, modificada por la Orden de 14 de octubre de 2010²⁷. La Orden de 21 de junio de 2010 fue impugnada ante el Tribunal Superior de Justicia por determinar de forma limitada el per-

²⁴ NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Conflictos entre conciencia y ley*, 141; CEBRIÁ GARCÍA, M. «Objeción de conciencia del personal sanitario y reformas legislativas en España», 19.

²⁵ De la misma opinión DOMINGO GUTIÉRREZ, M. «La objeción de conciencia al aborto. Evolución jurisprudencial», 28.

²⁶ NAVARRO VALLS, R. «La objeción de conciencia al aborto: nuevos datos», *La objeción de conciencia. Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Valencia 1993, 109. CEBRIÁ GARCÍA, M. «Objeción de conciencia del personal sanitario y reformas legislativas en España», 24.

²⁷ <http://bit.ly/2wRHoeT> (23/7/2017).

sonal que tenía derecho a la objeción de conciencia, si bien este extremo fue modificado con posterioridad por la Orden de 14 de octubre de 2010, por lo que la sentencia de 20 de febrero de 2012 no entró en el fondo del asunto. El mismo Tribunal ya había dictado un auto de 29 de septiembre de 2010, ya citado, en el que reconocía el derecho a objetar a todos los médicos de la sanidad pública, y no sólo a los especialistas, tal como había solicitado el Colegio de Médicos de Toledo. En Navarra, la Ley Foral 16/2010, de 8 de noviembre, avalada por la sentencia del Tribunal Constitucional 151/2014, de 25 de septiembre²⁸, crea el Registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo, y establece el procedimiento. En ambos casos se critica la creación de los Registros, por el conflicto que puede suponer con el derecho a la intimidad de los objetores y a pesar de los pronunciamientos judiciales²⁹. En todo caso parece evidente que es criticable que se esté condicionando el ejercicio de un derecho fundamental a la existencia de un registro de objetores, un mero procedimiento administrativo³⁰.

2.2 Objeción de conciencia del profesional farmacéutico

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de Granada, de 23 de noviembre de 2009 se analiza un caso de los conocidos como objeción de conciencia farmacéutica. Se recurre la Orden de 1 de junio de 2001 de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía por la que se actualiza el contenido del Anexo del Decreto 104/2001, de 30 de abril que reseña medicamentos de obligatoria existencia en las oficinas de farmacia, que incluye el principio activo Levonorgestrel 0,750 mg –conocido como píldora del día después– (3 envases) y preservativos (4 envases). Su incumplimiento es considerado falta

²⁸ Sentencia comentada y criticada por calificar la objeción de conciencia al aborto como la exención de un deber jurídico y no como un derecho contrariando la doctrina jurisprudencial mayoritaria; SIMON YARZA, F. «¿Exención de un deber de abortar? Sobre el registro navarro de objetores y el significado de la objeción de conciencia», *Revista Jurídica de Navarra*, 58 (2014), 159-180.

²⁹ «En ambos casos se establece que la declaración de objeción se presentará por escrito con una antelación mínima de 7 días hábiles a la fecha de intervención, utilizando el modelo que figura como anexo a ambas normas, y se deberá presentar ante el gerente del centro en el que se preste los servicios en Castilla-La Mancha, y ante el director del centro en el que se prestan los servicios en Navarra. Por otro lado, en los dos casos se crea un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar interrupciones voluntarias del embarazo, en el que se inscribirán las declaraciones, así como las revocaciones de la misma». CEBRIÁ, M. *Ejercicio del derecho a la objeción de conciencia al aborto en España*, <http://luislozano.org/?p=489> (8/7/2015).

³⁰ Al respecto véase NAVARRO-VALLS, R. «Una ocasión perdida. Comentario a la STC de 23 de septiembre de 2014, sobre registro de objetores de conciencia al aborto», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 36 (2014), 5-7.

grave. El recurrente entiende la medida como inadecuada, abusiva e innecesaria y expone que dicha disposición vulnera su derecho a la objeción de conciencia en relación con la libertad ideológica del artículo 16 de la Constitución, dado que el acto de dispensar la píldora del día después se configura causalmente como una colaboración finalística a evitar una gestación al provocar un aborto. También se declara que se vulnera la libertad religiosa, en su dimensión interna y externa, al no permitir actuar con arreglo a las propias convicciones y mantenerlas frente a terceros. El Tribunal, sin embargo, asimila dicha píldora a los anticonceptivos orales usuales, y remitiéndose a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de octubre de 2001, asunto Pichon y Sajous contra Francia³¹, niega la existencia de un derecho a la objeción de conciencia: «La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece claramente que el artículo 9 de la Convención (equiparable al artículo 16 de la Constitución) no siempre garantiza el derecho de comportarse en público en la manera que establece una determinada creencia, y en referencia al caso concreto, fija que, siendo la venta de anticonceptivos (que es como se califica la píldora del día después) legal, y basándose en previa prescripción médica, los recurrentes no pueden alegar sus creencias religiosas e imponerlas a los demás como justificación para rehusar la venta de tales productos, ya que la manifestación de sus creencias se puede canalizar de diversas formas fuera de la esfera profesional» (fundamento jurídico 5). Además el Tribunal Superior de Justicia declara que en el caso actúa de límite de la libertad de conciencia «el derecho a la vida y a la integridad física y a la salud (física y psíquica) regulados en el artículo 15 de la Constitución y a la libertad ideológica de la mujer en la toma de decisiones que afectan a su cuerpo (encardinable también en el artículo 16 de la Constitución, que refiere la libertad ideológica), que son los que precisamente se tratan de salvaguardar con el dictado de la Orden objeto de impugnación», que además busca dar respuesta a una necesidad social (fundamento jurídico 5).

Con anterioridad, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de Granada, de 8 de enero de 2007, también había rechazado un recurso contra la misma Orden de 2001, alegando una argumentación similar, primando la libertad y el derecho a la vida y la salud del paciente, frente a la libertad de conciencia del farmacéutico, pero reconociendo la posible existencia de un derecho a la objeción de conciencia autorizado por el artículo 28 del Código de

³¹ Demanda número 49853/1999. Un comentario en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A. «La objeción de conciencia del farmacéutico en la jurisprudencia y su regulación legal en España», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 15 (2007), 10-12; Díez FERNÁNDEZ, J.A. «El caso Bayatyan: Punto de inflexión en la doctrina del Tribunal de Estrasburgo sobre la libertad de conciencia», 369-390.

Ética y Deontología Farmacéutica de 2000: «la responsabilidad y libertad personal del farmacéutico le faculta para ejercer su derecho de objeción de conciencia respetando la libertad y el derecho a la vida y la salud del paciente»; y el artículo 33 del mismo Código que compromete a la Organización Colegial en la defensa de quienes hayan decidido declararse objetores, como derecho individual (fundamento jurídico 5)³².

Ya la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de abril de 2005, había reconocido la existencia de un derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario con competencias en materia de prescripción y dispensación de medicamentos: «También, en el caso de la objeción de conciencia, su contenido constitucional forma parte de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución (sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril), en estrecha relación con la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la Constitución) y el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 de la Constitución), lo que no excluye la reserva de una acción en garantía de este derecho para aquellos profesionales sanitarios con competencias en materia de prescripción y dispensación de medicamentos, circunstancia no concurrente en este caso» (fundamento jurídico 5)³³.

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la objeción de conciencia farmacéutica reconociendo la existencia del derecho individual del farmacéutico a negarse a tener en su farmacia disponible la píldora post-coital. La Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios tipifica como infracción grave «negarse a dispensar productos sanitarios sin causa justificada», artículo 101.2.b.15.^a Asimismo la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía establece también como infracción grave «negarse injustificadamente a dispensar medicamentos y productos sanitarios de venta exclusiva en farmacia», artículo 75.1.e).

³² Al respecto véase NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 171; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A. «La objeción de conciencia del farmacéutico en la jurisprudencia y su regulación legal en España», 13; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, M.L. «La objeción de conciencia farmacéutica y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 8 de enero de 2007», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 16 (2008), 1-12.

³³ Véase también NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 171; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A. «La objeción de conciencia del farmacéutico en la jurisprudencia y su regulación legal en España», 13.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de junio de 2015 reconoce en amparo el derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico³⁴, con base en el derecho fundamental de libertad ideológica del artículo 16.1 de la Constitución, remitiéndose a la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril. El Tribunal conoce la falta de unanimidad científica respecto a los posibles efectos abortivos de la píldora del día después, por lo que admite una duda razonable positiva sobre la producción de dichos efectos. «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 del 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» (fundamento jurídico 4). El farmacéutico tiene una concreta intervención en el sistema público sanitario lo que le supone unas obligaciones respecto a la tenencia y venta de medicamentos y productos sanitarios, y lo coloca en una situación relevante. Si bien, se constata que, dada la situación de la oficina de farmacia, el centro de Sevilla, los clientes podrían obtener los productos con facilidad en otra cercana, no peligrando el derecho de terceros. Asimismo, el recurrente estaba inscrito como objetor de conciencia en el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla, conforme a los Estatutos del Colegio aprobados, y no objeto, por Orden de 8 de mayo de 2006, de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, que reconoce el derecho a la objeción de conciencia de éstos como «derecho básico [...] en el ejercicio de su actividad profesional». También se remite la sentencia a los artículos 28 y 33 del Código de Ética Farmacéutica y Deontología de la Profesión Farmacéutica (fundamento jurídico 5) y que reconoce al farmacéutico ejercer su derecho a la objeción de conciencia. La sentencia sin embargo niega el amparo en cuanto a la negativa a tener profilácticos, que no considera parte del derecho a la objeción de conciencia, y declara: «ningún conflicto de conciencia con relevancia constitucional puede darse en este supuesto». Una afirmación que en cualquier caso sorprende pues debe ser el objetor el que declare qué ofende o no su conciencia, como titular del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa, y los poderes públicos deben mantenerse neutrales, pues no están legitima-

³⁴ Comentan la sentencia MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «La objeción de conciencia farmacéutica en la reciente jurisprudencia constitucional española: Otra oportunidad perdida», 1-29; Díez FERNÁNDEZ, J.A. «La constitucionalidad de la objeción de conciencia farmacéutica», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 39 (2015), 1-10.

dos para indicar al ciudadano lo que debe o no debe creer³⁵. El juicio de conciencia corresponde a los individuos, únicos sujetos de fe, no a los poderes públicos.

Conviene destacar el voto particular de la Vicepresidenta del Tribunal. La magistrada Asua se opone al amparo al negar la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia que forma parte del contenido de la libertad ideológica o religiosa del artículo 16.1 de la Constitución, al no reconocerse ni en la Constitución ni legislativamente. Considera que no se ajusta a la jurisprudencia constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional 160/1987, de 27 de octubre) ni del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Pichon y Sajous contra Francia de 2 de octubre de 2001) y supone un «drástico cambio doctrinal» que puede tener consecuencias negativas para nuestro Estado Constitucional de Derecho y, en definitiva, para el equilibrio de nuestra convivencia.

También niega de forma absoluta los efectos abortivos de la píldora post-coital, que dice que no quedan probados científicamente, por lo que rechaza la similitud de supuestos con la objeción al aborto, y se puede decir que es aquí donde radica el punto principal de separación entre la argumentación de la sentencia y el voto particular. Al considerar que no es más que un medicamento normal no puede aceptar de modo alguno un derecho de objeción de conciencia, y por ello alerta del peligro que supone para el Estado de Derecho lo que se ha venido conociendo como totalitarismo de la conciencia, lo que parece en cierto modo exagerado.

No obstante, no se puede afirmar que la píldora del día después sea un anticonceptivo común. La doctrina ha dejado claro que en función del momento en que el medicamento es ingerido por la paciente los efectos pueden ser diversos, sin descartar el abortivo³⁶.

En supuestos de objeción de conciencia como el que se analiza, quizás sería conveniente la regulación legislativa para evitar interpretaciones contradictorias y favorecer la seguridad jurídica. Es evidente la existencia de conflictos entre la conciencia del farmacéutico y la ley en estos casos y la jurisprudencia se ha inclinado mayoritariamente por reconocer el derecho de objeción de conciencia del farmacéutico, aunque de forma muy genérica, y para el caso concreto en la práctica no se ha venido reconociendo de modo efectivo el ejer-

³⁵ De la misma opinión que el Juez A. OLLERO en el voto particular concurrente a la sentencia. Ver también MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «La objeción de conciencia farmacéutica en la reciente jurisprudencia constitucional española: Otra oportunidad perdida», 26; PÉREZ MADRID, F. «La protección jurídica de la objeción de conciencia en España. Novedades legislativas y jurisprudenciales», 14.

³⁶ Al respecto véase BELINCHÓN DE DIEGO, A. *La objeción de conciencia. Un refugio legal para el médico*, 2016, 62-63.

cicio del derecho, al menos en Andalucía. Esa regulación debería tener en cuenta no sólo la motivación religiosa de la objeción y podría establecer claramente los límites de su ejercicio teniendo en cuenta de manera específica la salud pública. Y a la hora de dar solución al conflicto entre un derecho fundamental, como es la libertad de conciencia del ciudadano, y otros bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, ha de atenderse al principio de proporcionalidad. Por otra parte, si este juicio de ponderación o equilibrio de intereses no es llevado a cabo por el legislador es obligación de los Tribunales realizarlo³⁷. Huelga decir que no me parece necesaria la regulación legal expresa de todo supuesto de objeción de conciencia para que deba ser protegido o garantizado con base en el derecho fundamental de libertad de conciencia.

En el ámbito autonómico sí hay regulación de este supuesto de objeción de conciencia en cuatro Comunidades Autónomas. La Ley de Cantabria 7/2001, de 19 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de Cantabria, en su artículo 3.2 expone: «La Administración sanitaria garantizará que el derecho a la objeción de conciencia del profesional farmacéutico no limite o condicione los derechos de los ciudadanos». La Ley Gallega 5/1999, de 21 de mayo de 1999, de Ordenación Farmacéutica en su artículo 6 reconoce que «la Administración sanitaria garantizará que el derecho a la objeción de conciencia del profesional farmacéutico no limite o condicione el derecho a la salud de los ciudadanos. Cuando se produzca tal circunstancia, la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales podrá adoptar medidas excepcionales que, preservando el derecho a la objeción de conciencia, garanticen el derecho a la salud del ciudadano». La Ley de La Rioja 8/1998, de 6 de junio, de Ordenación Farmacéutica, artículo 5.10, declara que «en su actividad profesional queda reconocido el derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico, siempre que no se ponga en peligro la salud del paciente o usuario». Finalmente, la Ley de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha, 5/2005, de 27 de junio, artículo 17, dispone que «la Administración sanitaria garantizará el derecho a la objeción de conciencia del profesional farmacéutico. No obstante, la Consejería de Sanidad adoptará las medidas que sean necesarias para que el ejercicio de este derecho no limite ni condicione el derecho a la salud de los ciudadanos»³⁸.

³⁷ Ver también MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «La objeción de conciencia farmacéutica en la reciente jurisprudencia constitucional española: Otra oportunidad perdida», 20.

³⁸ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A. «La objeción de conciencia del farmacéutico en la jurisprudencia y su regulación legal en España», 15; ALENDA SALINAS, M. «La objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico español: ¿un insoluble enigma?», *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, 1 (2015), 22.

Evidentemente el límite de la salud de los ciudadanos debe ser identificado como salud pública, elemento del orden público, tal como dispone el artículo 3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, único límite de la libertad religiosa (artículo 16 de la Constitución y artículo 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos)³⁹.

Esta regulación autonómica quizás es breve y genérica pues no regula expresamente el ejercicio del derecho de objeción por parte del farmacéutico, si bien al menos no conocemos que se hayan dado conflictos, lo cual puede hacer pensar que a pesar de todo es eficaz.

3. CONFLICTOS DE CONCIENCIA EN LA EDUCACIÓN PÚBLICA

En España la mayoría de los supuestos planteados en el ámbito de la educación habían sido causados por conflictos ideológicos entre el profesor y el centro docente dotado de ideario, hasta que llegaron los conflictos entre la conciencia de los padres y el contenido de una asignatura obligatoria del currículum escolar, «Educación para la ciudadanía», aunque no es la primera vez que se da un conflicto respecto al contenido específico de la enseñanza⁴⁰. En los últimos años también han tomado protagonismo algunos casos en los que se da un conflicto entre la libertad religiosa de la menor y la laicidad del centro de enseñanza público, a causa de la utilización del velo islámico.

Se conocen otros casos conflictivos en el ámbito de la enseñanza como la negativa de los padres de religión islámica a que sus hijas asistan a clase de gimnasia por ir en contra de sus convicciones religiosas o por la utilización de un uniforme de falda corta por los mismos motivos. Estos supuestos no llegan a los Tribunales y se les busca una solución por los órganos competentes de la Administración educativa, intentando conciliar el derecho de los padres y menores con la laicidad o neutralidad de la enseñanza pública.

³⁹ De la misma opinión, NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 172.

⁴⁰ El Tribunal Constitucional en auto de 29 de mayo de 1985 desestimó la pretensión planteada por una alumna que alegando motivos de conciencia no aceptaba la obligatoriedad de la enseñanza del Derecho canónico en la Facultad de Derecho. El Tribunal expuso: «El Derecho canónico, en cuanto asignatura basada en la explicación e interpretación, de un *corpus iuris*, como es el Código de Derecho Canónico, no es por su misma naturaleza una disciplina de contenido ideológico, con independencia de que se base en un sustrato dogmático o confesional, cual es la doctrina de la Iglesia católica. De hecho muchas disciplinas jurídicas se centran en el estudio de textos legales y teorías jurídicas cuyo sustrato ideológico es identificable».

3.1 Conflicto entre la libertad de cátedra y la neutralidad del centro

Los centros públicos de enseñanza se deben a la neutralidad, que deriva del principio de libertad religiosa y de la laicidad, y tienen prohibido adoctrinar ideológicamente a los menores, pues ello va en contra del derecho de los padres a decidir la formación ideológica y religiosa de sus hijos, así como en contra del derecho mismo de éstos a la libertad de conciencia (artículos 27.3 y 16.1 de la Constitución, respectivamente).

El Tribunal Constitucional, con ocasión del recurso de inconstitucionalidad promovido contra varios preceptos de la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares, dictó sentencia 5/1981, de 13 de febrero, y manifestó que «en un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales. Esta neutralidad, [...], es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro, y no el hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos, de profesores de distinta orientación ideológica cuyas enseñanzas se neutralicen recíprocamente. La neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos, regulados en la Ley Orgánica por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares, impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita» (fundamento jurídico 9)⁴¹.

⁴¹ También se refiere la sentencia al conflicto entre la libertad de cátedra del profesor y el ideario del centro privado: «La existencia de un ideario, conocida por el profesor al incorporarse libremente al centro o libremente aceptada cuando el centro se dota de tal ideario después de esa incorporación, no le obliga, como es evidente, ni a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor. El profesor es libre como profesor, en el ejercicio de su actividad específica. Su libertad es, sin embargo, libertad en el puesto docente que ocupa, es decir, en un determinado centro y ha de ser compatible, por tanto, con la libertad del centro, del que forma parte el ideario. La libertad del profesor no le faculta por tanto para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario, sino solo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo, no resulten contrarios a aquél» (fundamento jurídico 10). En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985, de 27 de junio, (fundamento jurídico 7), dictada en recurso de inconstitucionalidad promovido contra el Proyecto de Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación de 1984. Al

El profesor del centro público es titular de la libertad de conciencia y de la libertad de cátedra, pero en el desempeño de su actividad docente debe actuar de forma neutral, sin hacer proselitismo o adoctrinamiento ideológico a sus alumnos.

3.2 La objeción de conciencia a la asignatura «Educación para la ciudadanía»

Este es un supuesto complejo con un gran número de resoluciones de Tribunales Superiores de Justicia, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, con pronunciamientos diversos. Se habla de más de 50.000 objeciones individuales presentadas ante los Tribunales⁴². Y como tema claramente polémico ha sido muy estudiado por la doctrina. De alguna forma este supuesto no se aleja mucho de lo expuesto en el epígrafe anterior puesto que también está relacionado con la obligada neutralidad estatal en la enseñanza pública, además de verse afectado el derecho de los padres a decidir la formación ideológica y religiosa de los hijos.

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca* (7 de diciembre de 1976)⁴³ trataba la protección del derecho de los padres a decidir el tipo de educación de sus hijos en el ámbito ideológico y religioso. El Tribunal, atendiendo al artículo 2 de Protocolo adicional al Convenio de Roma, interpreta que el Estado al ejercer sus competencias en enseñanza y educación ha de velar para que las informaciones o conocimientos que figuren en el programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada como

respecto puede verse el comentario de MORENO BOTELLA, G. «La objeción de conciencia en el ámbito educativo», *Base de Conocimiento Jurídico*, iustel.com (23/7/2017).

⁴² NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 281.

⁴³ Demandas 5095/1971, 5920/1972 y 5926/1972. Sobre esta sentencia se pueden consultar los comentarios realizados por: MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *La doctrina jurisprudencial de los órganos de Estrasburgo sobre libertad religiosa*, *Estudios de Derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, 1997, 1566-1568; NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «The protection of religious freedom in the system of the European Convention on Human Rights», *Helsinki Monitor*, 3 (1998), 31-33; REDONDO ANDRÉS, M. J. *Análisis de algunos casos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre el Derecho de libertad religiosa, La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. Granada, 13-16 de mayo de 1997*, Granada, 1998, pp. 778-779; BERMEJO, R. y RAMÓN, C. «Reflexiones sobre la libertad de religión en el ámbito europeo», *Ius Canonicum*, 33 (1993), 43-46.

no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. A su vez nos remite a los límites establecidos en los artículos 8, 9 y 10 del Convenio, que la Corte identifica con el espíritu general de éste: proteger y promover los valores de una sociedad democrática. En definitiva, la enseñanza pública debe ser neutral y no debe tener como objetivo adoctrinar o hacer proselitismo ideológico, religioso o filosófico. En el mismo sentido se pronuncian otras sentencias como la del caso Valsamis contra Grecia, y la del caso Efstratiou contra Grecia (ambas de 18 de diciembre de 1996⁴⁴), la del caso Folguero contra Noruega (sentencia de 29 de junio de 2007)⁴⁵, o la del caso Hasan y Eylem Zengin contra Turquía (sentencia de 9 octubre 2007)⁴⁶. En esta última la Corte recuerda haber subrayado siempre que, en una sociedad democrática pluralista, la obligación de imparcialidad y neutralidad del Estado respecto a las distintas religiones, cultos y creencias es incompatible con cualquier facultad de apreciación por parte del Estado sobre la legitimidad de las creencias religiosas o sobre las modalidades de expresión de éstas. Lo que debe extenderse a la educación pública⁴⁷.

«Educación para la ciudadanía»⁴⁸ era un asignatura obligatoria presente en diferentes etapas escolares cuyo contenido fue calificado por muchos padres y colectivos docentes y religiosos como adoctrinador y no neutral, y por tanto contrario al artículo 27.3 de la Constitución que reconoce el derecho de los progenitores a decidir la formación moral y religiosa de los menores, y al artículo 16 de la Constitución sobre libertad de conciencia.

Los Tribunales Superiores de Justicia, ante la petición de suspensión cautelar del deber de asistir a clase de esta asignatura, se pronunciaron de forma diversa, admitiéndola en algún caso (auto del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 3 de diciembre de 2007 y de Andalucía de 3 de marzo de 2008), y rechazándolo en otros (auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de febrero de 2008). Ante la solicitud de reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia algunas sentencias directamente rechazaron la existencia de este derecho de forma general y por tanto no consideraron que existiera

⁴⁴ Demandas número 21787/1993 y 24095/1994, respectivamente.

⁴⁵ Demanda número 15472/2002.

⁴⁶ Demanda número 1448/2004.

⁴⁷ Al respecto puede consultarse GUTIÉRREZ DEL MORAL, M.J. «La neutralidad religiosa de los poderes públicos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho y Religión*, 9 (2014), 138-141.

⁴⁸ «Como consecuencia de la Recomendación (2002) 12, de 16 de octubre, del Consejo de Europa, se incorporó al currículum escolar español una asignatura llamada Educación para la Ciudadanía. La polémica surgió en relación al contenido de la disciplina, los libros de texto y el material didáctico utilizado». PÉREZ MADRID, F. «La protección jurídica de la objeción de conciencia en España. Novedades legislativas y jurisprudenciales», 19.

lesión de ningún derecho (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de noviembre de 2007; sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 11 de febrero de 2008 y de 22 de febrero de 2008). Y otro conjunto de sentencias reconocieron el derecho a la objeción de conciencia y declararon la exención del deber de cursar la asignatura (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 4 de marzo de 2008; de 30 de abril de 2008; y de 24 de julio de 2008)⁴⁹.

Muchas de estas resoluciones fueron recurridas ante el Tribunal Supremo que se ha pronunciado principalmente en cinco sentencias muy similares entre ellas y de la misma fecha, de 11 de febrero de 2009⁵⁰, en las que declara que no existe un derecho general a la objeción de conciencia, por tanto sólo se reconocerán aquellos casos previstos expresamente en la ley. Parece que teme el Tribunal que la libertad de conciencia pueda ser el fin para el Estado democrático de derecho si se acepta el derecho a la objeción basado en aquella⁵¹. Sólo se admite por tanto la objeción de conciencia al servicio militar, regulada en el artículo 30.2 de la Constitución y la objeción de conciencia al aborto, como «supuesto límite» (entonces no legislado, pero ampliamente aceptado por la jurisprudencia).

La doctrina ha interpretado que el Tribunal no realizó un juicio de ponderación entre la contravención de las normas educativas y las razones de conciencia invocadas por los padres, que alegaban que la normativa carecía de la objetividad y neutralidad que debe presidir el sistema educativo y que vulneraba los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 27,3 de la Constitución, dentro y fuera del ámbito escolar. No se hizo un análisis de los Reales Decretos que establecían las enseñanzas de la asignatura, especialmente cuando se había alegado que algunos de los temas previstos afectaban a la formación de una conciencia moral del alumno, invadiendo por tanto un ámbito que está

⁴⁹ MORENO BOTELLA, G. «Objeción de conciencia en el ámbito educativo», *Base de Conocimiento Jurídico*, iustel.com (23/7/2017); NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 285-286. Un análisis pormenorizado de la jurisprudencia en ARECES, M.T. «Derecho a objetar en el ámbito educativo: educación para la ciudadanía. Resoluciones judiciales», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 25 (2009), 360-375; LÓPEZ-SIDRO, A. «La objeción de conciencia a la educación para la ciudadanía ante los Tribunales Superiores de Justicia», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 17 (2008), 10-24.

⁵⁰ Las más importantes son las sentencias del Tribunal Supremo 340/2009 (recurso 948/2008), 341/2009 (recurso 1013/2008), y 342/2009 (recurso 905/2008). Un análisis detallado en RUANO ESPINA, L. «Las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009 sobre objeción de conciencia a EPC», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 20 (2009), 1-60.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo 342/2009, fundamento jurídico 8; y sentencias del Tribunal Supremo 340/2009 y 341/2009, fundamento jurídico 7.

excluido por el propio constituyente a la acción educativa del Estado. Por otra parte, sorprende en las mencionadas sentencias que el Tribunal Supremo asumió la tarea de interpretar las normas constitucionales, algo que es competencia del Tribunal Constitucional, contradiciendo la doctrina sentada anteriormente por éste»⁵².

Si bien, el Tribunal reconoce, en relación al contenido, que puede haber dudas en torno a su alcance, de ahí que se afirme que «el artículo 27.3 de la Constitución permite pedir que se anulen las normas reguladoras de una asignatura obligatoria en tanto en cuanto invaden el derecho de los padres a decidir la enseñanza que deben recibir sus hijos en materia religiosa o moral; pero no permite pedir dispensas o exenciones» (fundamento jurídico 9 de las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009). Asimismo, se expone que aunque «Educación para la ciudadanía» sea considerada ajustada a derecho esto «no autoriza a la Administración educativa, ni tampoco a los centros docentes, ni a los concretos profesores, a imponer o inculcar, ni siquiera de manera indirecta, puntos de vista determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española resultan controvertidos» (sentencia del Tribunal Supremo 342/2009, de 11 de febrero de 2009, fundamento jurídico 10)⁵³. De manera, que como ya se ha comentado, la educación pública debe respetar ante todo la neutralidad ideológica y no puede adoctrinar.

Tras las sentencias citadas, los Tribunales Superiores de Justicia han tenido oportunidad de volver a pronunciarse sobre el tema contrariando dicha doctrina y reconociendo el derecho a la objeción de conciencia de los padres, y exonerando a sus hijos del deber de cursar «Educación para la ciudadanía», por ejemplo las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 1998/2009, 1999/2009, ambas de 23 de septiembre, 2019/2009, 2020/2009, 2021/2009, 2022/2009, 2023/2009, 2024/2009, 2025/2009, 2026/2009 y 2027/2009, todas de 28 de septiembre⁵⁴. El Tribunal declara que efectivamente la asignatura tiene una importante carga ética, moral e ideológica que puede afectar a la formación de los menores, lo que supone un importante riesgo a tener en cuenta, y que los padres no deben ser obligados a soportar.

Y éstas no fueron las únicas, casi trescientas sentencias estimatorias fueron pronunciadas por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, pero pos-

⁵² PÉREZ MADRID, F. «La protección jurídica de la objeción de conciencia en España. Novedades legislativas y jurisprudenciales», 19-20.

⁵³ En el mismo sentido MORENO BOTELLA, G. «Objeción de conciencia en el ámbito educativo».

⁵⁴ NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 292.

teriormente fueron revocadas por el Tribunal Supremo al ser estimados los recursos interpuestos por el Abogado del Estado y el Fiscal.

La mayoría de la doctrina eclesiasticista ha criticado la interpretación que niega la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia, y defiende, como se hace en muchos de los votos particulares de las sentencias⁵⁵, su existencia, de acuerdo con el artículo 16 de la Constitución, sin necesidad de legislación expresa⁵⁶.

Finalmente algunos padres recurrieron en amparo al Tribunal Constitucional, que ha dictado la sentencia 28/2014, de 24 de febrero, la sentencia 41/2014, de 24 de marzo, y la sentencia 57/2014, de 5 de mayo⁵⁷. En los tres casos se inadmite el recurso por falta de legitimación de los recurrentes, de forma que evita entrar en el fondo del asunto, «amparándose en dos óbices procesales que en rigor no eran admisibles en ninguno de los [...] casos, con el consiguiente perjuicio de los menores». El principal motivo alegado es que los menores aún no estaban obligados a cursar la asignatura, de manera que aún no existía un deber del que solicitar la exoneración o dispensa. Parece que el Tribunal no ha querido manifestarse de forma expresa sobre una cuestión de gran importancia y relevancia social, que habría sido lo adecuado atendiendo a los derechos fundamentales involucrados.

En supuestos como estos, en los que es evidente la amplia conflictividad entre la conciencia de los ciudadanos y una obligación jurídica determinada, hay que plantearse la necesidad o conveniencia de la regulación legal expresa para evitar inseguridad jurídica, y en caso contrario el Tribunal Constitucional debe jugar un papel fundamental valorando y controlando la obligada ponderación de intereses públicos que impidan el límite injustificado de los derechos fundamentales. Es preciso encontrar el equilibrio entre bienes jurídicos protegidos.

⁵⁵ «Diez de los veintinueve jueces de la Sala rehusaron expresamente compartir este aspecto de las sentencias y abundaron en la idea de que el ordenamiento constitucional español no permite una tal concepción legalista del derecho de objeción», NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 287.

⁵⁶ NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 286-287; LÓPEZ-SIDRO, A. «La objeción de conciencia a la educación para la ciudadanía ante los Tribunales Superiores de Justicia», 26; MORENO BOTELLA, G. «Objeción de conciencia en el ámbito educativo». De otra opinión es ALENDA SALINAS, M. «La objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico español: ¿Un insoluble enigma?», *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, 1 (2015), 13.

⁵⁷ Un comentario sobre las dos primeras sentencias en RUANO ESPINA, L. «Sentencias del Tribunal Constitucional 28/2014, de 24 de febrero (BOE n.º 73, de 25-III-2014) y 41/2014, de 24 de marzo de 2014 (BOE n.º 87, de 10-IV-2014)», *Ars Luris Salmanticensis*, 2 (2014), 257-264.

3.3 Conflicto entre la libertad religiosa de la menor y la neutralidad del centro. El uso del velo islámico

Está ampliamente aceptado, doctrinal y jurisprudencialmente, que el uso del pañuelo o velo islámico, por motivos religiosos, queda amparado por el derecho de libertad religiosa como una manifestación externa de religiosidad. La decisión plenamente libre y voluntaria de una mujer de hacer uso del pañuelo o velo islámico no debe ser considerada discriminatoria, sino en ejercicio de ese derecho fundamental. También la menor puede tomar la misma decisión de acuerdo a su libertad religiosa, aunque parece cuestionarse más la auténtica voluntariedad de sus actos, si es de corta edad⁵⁸. Si el velo o pañuelo no impide la comunicación visual, ni la identificación de la mujer, no parece que suponga un peligro para los derechos fundamentales de los demás, ni para el orden público o para cualquiera de los elementos que lo constituyen. Por tanto, difícilmente se puede justificar la prohibición de su uso, tanto en espacios públicos como privados⁵⁹.

La doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido seguida por nuestra jurisprudencia. En la sentencia Leyla Sahin contra Turquía, de 29 de junio de 2004⁶⁰, confirmada por la Gran Sala el 18 de mayo de 2005, admite que se puede limitar el uso del velo islámico, si dicha restricción está prevista en la ley, obedece al fin legítimo de proteger el orden público y el derecho de los demás, y todo ello justificado al amparo de los principios de igualdad y laicidad, necesarios para el mantenimiento de la democracia, en este caso

⁵⁸ Puesto que el velo en el Islam está relacionado con la protección de la moral y las buenas costumbres, lo normal es que la mujer comience a utilizar el velo a partir de la pubertad, aunque hay Estados, como Irán, en los que se establece obligatoriamente su uso incluso antes. CATALÁ, S. «Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam y uso del velo», *El pañuelo islámico en Europa*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2009, 44-45.

⁵⁹ En este mismo sentido se ha manifestado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Dictamen de 5 de noviembre de 2005, en el que se reconoce que la libertad religiosa reconocida en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos ampara el uso de vestimenta de carácter religioso. Comunicación número 931/2000. Documento CCPR/C82/D931/2000, de 18 de enero de 2005. ALENDA SALINAS, M. «La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico», *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 9 (2005), 19-20.

⁶⁰ Demanda núm. 44774/1998. Al respecto véase el comentario de RELAÑO PASTOR, E. – GARAY, A. «Los temores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al velo islámico: Leyla Sahin contra Turquía», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 12 (2006), 1-32. Asimismo, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, Cizur Menor 2007, 69-79; GARCÍA-PARDO, D. «El velo islámico en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso turco», *El pañuelo islámico en Europa*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2009, 71-81.

en Turquía⁶¹. Leyla era una universitaria que usaba el velo islámico en contra de la prohibición turca y fue sancionada, de forma que finalmente tuvo que trasladarse a Viena para seguir sus estudios.

Las mismas tesis son utilizadas por el Tribunal en las sentencias Kervanci contra Francia⁶², y Dogru contra Francia⁶³, ambas de 4 de diciembre de 2008⁶⁴. En estos casos, las demandantes eran dos adolescentes, expulsadas de su centro escolar por llevar el velo a clase, en contra de la Ley francesa de 2004, e incluso habían planteado la posibilidad de usar un gorro en clase de gimnasia por motivos de seguridad. El Tribunal, como ya he adelantado, estima legítima la restricción de la libertad religiosa de las menores, e igualmente alude a la necesaria protección de los derechos y libertades fundamentales de los demás y la protección del orden público. Y entiende que en este supuesto es la laicidad, como principio constitucional y fundador de la República francesa, la que debe ser protegida de forma preferente: «El Tribunal, asimismo, ha considerado que los principios de laicidad, de neutralidad en la escuela y el principio de pluralismo son motivos claros y perfectamente legítimos para justificar la prohibición de acceso a las aulas de alumnas con velo que han rechazado quitárselo, a pesar de la reglamentación existente» (§ 67).

No me parece acertado argumentar que la igualdad y la laicidad justifican la limitación del derecho fundamental de libertad religiosa. Ambos no deben ser interpretados como límites del derecho fundamental, sino que deben conformar el marco más adecuado para el ejercicio del derecho por parte de los ciudadanos. Igualdad y laicidad son dos principios informadores fundamentales del ordenamiento merecedores de garantía y protección, pero la libertad de conciencia es un derecho fundamental que también merece todas las protecciones. El Tribunal debería haber utilizado el principio de proporcionalidad y admitir el uso del velo en las aulas en ejercicio de la libertad religiosa, pues el mero hecho de usarlo no prueba ni la existencia de una actuación proselitista ilegítima o que lesione el derecho de los demás, ni un peligro de seguridad pública o de orden público. La igualdad y la laicidad son principios que obligan a los poderes públicos pero los ciudadanos son libres de elegir sus convicciones y de actuar conforme a ellas. Veo restrictivo de la libertad de conciencia inter-

⁶¹ RELAÑO PASTOR, E. y GARAY, A. «Los temores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al velo islámico: Leyla Sahin contra Turquía», 14.

⁶² Demanda número 31645/2004.

⁶³ Demanda número 27058/2005.

⁶⁴ Al respecto puede consultarse MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. «Los atuendos de significado religioso según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 13 (2010), 18-19; CAÑAMARES ARRIBAS, S. «Libertad religiosa del menor y simbología religiosa en la escuela», 344-347.

pretar que las personas deban actuar de forma neutral y uniforme, como si no tuvieran convicciones, en el ámbito público o en el ámbito de los servicios públicos, como es la enseñanza pública. Exigir esa neutralidad y uniformidad personal me parece discriminatorio.

En España, podemos hablar de la sentencia del Juzgado contencioso-administrativo número 32 de Madrid, de 25 de enero de 2012⁶⁵ que daba la razón a un Colegio Público de Pozuelo de Alarcón que había amonestado a una menor por utilizar el velo islámico, e ir en contra del Reglamento Interno del Centro respecto a la utilización de vestimenta. El Reglamento prohibía el uso de gorras u otra prenda que cubriera la cabeza en el interior del centro de enseñanza. El Tribunal no entiende que la prohibición del uso del velo suponga una lesión de la libertad religiosa de la menor. Defiende la limitación de su uso a favor del orden público, de la laicidad y se remite a los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La menor, en su día, fue trasladada a otro centro público en el que a posteriori reformaron su reglamentación interna para prohibir el uso del velo, y tuvo que ser trasladada de nuevo a un tercer centro educativo. La sentencia fue recurrida en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sentencia 129/2013 de 8 de febrero) pero fue desestimada por una cuestión de cuantía de la sanción que había sido impuesta a la menor al ser amonestada, lo que fue criticado, creo con razón, por el voto particular de la magistrada Rosas Carrión.

En un sentido similar, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 28 de noviembre de 2014⁶⁶, considera totalmente legítima la sanción, impuesta a una menor, de ser trasladada de centro escolar por negarse a prescindir del *hiyab* en contra del Reglamento Interno del Centro que prohíbe llevar la cabeza cubierta. Se alega que respetar dicho Reglamento forma parte de la disciplina formativa del centro y lo vincula al ejercicio del derecho a la educación. La libertad de enseñanza del Centro es priorizada frente a la libertad religiosa de la alumna, a la que se le reconoce el derecho a buscar otro centro escolar que se adecúe a sus convicciones religiosas. «La libertad religiosa y la protección de la dignidad de la persona queda salvaguardada pudiendo acudir a otro centro» (fundamento jurídico 7). Y todo ello, curiosamente, después de hacer remisión a la sentencia 693/2013, de 14 de febrero, del Tribunal Supremo, sala de lo contencioso-administrativo, sección 7, en su fundamento jurídi-

⁶⁵ Sentencia 35/2012, de 25 de enero.

⁶⁶ Sentencia 277/2014. La sentencia confirma la sentencia de 17 de junio de 2014, del Juzgado de lo contencioso-administrativo número 1 de Burgos.

co 6, en la que claramente se expone la necesaria existencia de una ley para limitar un derecho fundamental como es la libertad religiosa⁶⁷.

Efectivamente en estos casos se tenía que haber atendido a la libertad religiosa de la menor, puesto que su opción se basa en la libertad de conciencia y no en una moda o capricho. No me parece asimilable el velo islámico a una gorra.

Con anterioridad a este caso, en la mayoría de los supuestos conflictivos se había dado prioridad al derecho a la educación de la menor, respetando su derecho a usar el velo islámico, y se forzaba al centro público de enseñanza a su escolarización⁶⁸. También es la línea seguida en los casos más recientes y conocidos que se han dado en Valencia, País Vasco y es la recomendación de la

⁶⁷ Fundamento jurídico 7: «Por tanto, sólo se puede considerar que el régimen interno de un centro es contrario a la Constitución cuando este régimen vulnere el anteriormente recogido artículo 27 y el desarrollo que de este artículo establecen las anteriormente indicadas dos leyes orgánicas. Es indudable, dentro de los principios básicos de respeto y de convivencia, que la protección de los derechos fundamentales de una persona tiene como límite la vulneración de los derechos fundamentales de las demás personas; de tal forma que el derecho a recibir una determinada educación y formación que un padre pueda querer para su hijo o que este mismo hijo pueda solicitar para sí queda limitada y condicionada a respetar el derecho a esta educación y formación de los demás padres y alumnos, así como el derecho a la libertad de enseñanza del centro. Por ello es trascendente establecer unas normas comunes que puedan ser aplicadas al conjunto de padres y al conjunto de alumnos, que rijan el funcionamiento del centro para obtener la finalidad perseguida fundamental de educación y formación integral del alumno. Estas normas se concretan, en su determinación más básica, por el reglamento de régimen interno del centro; que exige, para una adecuada formación integral, que sea respetado por todos los padres y alumnos. El alumno, y sus padres, al acudir a obtener la formación a un concreto centro asumen la obligación de respetar el régimen interno de este centro, y si consideran que este régimen interno que impone una determinada normativa de comportamiento no se ajusta al concepto de dignidad y al concepto religioso que procesa el alumno, tiene el derecho y la posibilidad de optar por otro centro que reúna y permita esta ideología religiosa o este respeto a la dignidad dentro de la concepción que de la dignidad ostenta el alumno y dentro de su libertad religiosa, y siempre amparado en el marco constitucional; pero lo que no puede en ningún caso pretender el alumno o sus padres es que se cambie la normativa del centro, que se ajusta, conforme a la Constitución, a sus parámetros de libertad de enseñanza, para permitir el reconocimiento de esta dignidad alegada y de esta libertad religiosa si con ello se atenta a la libertad de enseñanza y a los conceptos de libertad religiosa que puedan tener el resto de los alumnos que se han matriculado en el centro y han elegido este centro al poder observar lo que su normativa de régimen interno establece».

⁶⁸ En 2002, Fátima Elidrissi, de 13 años de edad, tuvo problemas con su escolarización en un colegio concertado católico de Madrid, por llevar el hiyab, por no adecuarse al uniforme obligatorio. El padre además se oponía a que acudiera a dicho colegio y fue trasladada a un colegio público. Y aunque en un principio la directora era contraria al uso de velo, la niña pudo usarlo y permanecer en el centro. Un comentario sobre estos hechos puede verse en CAÑAMARES ARRIBAS, S. *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Cizur Menor 2005, 43-45; ALENDA SALINAS, M. «La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico», 22-23.

En Girona, en octubre de 2007, Shaima Saidani, de 9 años, fue expulsada de su colegio por usar el velo islámico. Finalmente fue reincorporada en pocos días, después de que la Consejería de

Generalitat de Catalunya a seguir según la «Guia per al respecte a la diversitat de creences als centres educatius de Catalunya» de 2015⁶⁹.

Por otra parte, realmente plantea muchas dudas que un Reglamento interno de un centro escolar pueda limitar la libertad religiosa. Si no hay peligro real para el orden público no debería limitarse el derecho fundamental⁷⁰. Como ha dejado dicho el Tribunal Constitucional, el límite del orden público no debe ser interpretado como cláusula abierta y de posible utilización preventiva ante posibles riesgos, de tal manera que permita restringir o eliminar el ejercicio del derecho de libertad religiosa⁷¹.

En este mismo orden de consideraciones, parece criticable que sean este tipo de normas, los Reglamentos internos de los centros públicos educativos, las que regulen aspectos tales como la vestimenta de los estudiantes que puede conllevar naturaleza religiosa. Las reglas contenidas en este tipo de normativa interna afectan al derecho fundamental de libertad religiosa, y en particular al derecho de las menores de forma especial. En los momentos actuales de crecimiento y asentamiento del fenómeno migratorio en España, sería muy acertado aplicar en este ámbito las técnicas del análisis de impacto, sobre la libertad de conciencia, y también sobre la perspectiva de género, pues a este tipo de normativas nos remiten la Ley Orgánica del Derecho a la Educación de 3 de julio de 1985, la Ley Orgánica de Educación de 3 de mayo de 2006 e incluso la Ley de Educación de 10 de julio de 2009 de Catalunya. No obstante, estos Reglamentos internos escapan a evaluaciones previas de impacto de la regulación en los derechos fundamentales. Las leyes en las que tienen su origen estas normativas deben ser analizadas teniendo en cuenta el impacto de dichas normativas en los derechos fundamentales, y en particular, para el caso concreto, en la libertad religiosa de los menores, e incluso en el impacto de género, pues los conflictos conocidos sólo afectan a las niñas⁷².

En cualquier caso, ante la existencia de un conflicto de este tipo, se debería aplicar en todo caso el principio de proporcionalidad, para determinar si existe

Educación de la Generalitat obligase al centro a escolarizarla de forma inmediata, dando prioridad nuevamente al derecho a la educación. <http://bit.ly/2y7IcwA> (23/7/2017).

⁶⁹ <http://bit.ly/2yvzdRE> (23/7/2017). <http://bit.ly/2fUxQWa> (23/7/2017). <http://bit.ly/2hzdOE2> (23/7/2017).

⁷⁰ De la misma opinión es ALENDÁ SALINAS, M. «La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico», 24.

⁷¹ Véase sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero, fundamento jurídico 11.

⁷² Es curioso, pero no he encontrado ningún conflicto similar que afecte a menores, por ejemplo a sijos, que utilizan turbante, o a judíos que utilicen la kipá.

un bien jurídicamente protegido amenazado efectivamente por el uso de simbología religiosa⁷³.

Por tanto, la limitación o restricción del derecho de libertad religiosa se debe fundamentar en un daño real y objetivo, y no en un posible riesgo, no probado, del orden público o del derecho de un tercero.

En los centros escolares, la alumna debería poder ejercer su libertad religiosa usando el velo, si así lo desea, mientras no suponga un riesgo para su salud o para su seguridad, o la del resto de miembros de la comunidad educativa, o no suponga la lesión de cualquier derecho fundamental. El centro público de enseñanza debe ser neutral, de acuerdo con la laicidad estatal, pero las personas tienen libertad religiosa, y no se deben a esa neutralidad. No obstante, es lógico que se limite el uso del velo para la realización de ciertas actividades, como gimnasia o natación, pues puede suponer un peligro real para la menor⁷⁴. En cualquier otro caso en el que no haya lesión de los derechos y libertades de los otros miembros del centro escolar, no debería haber limitación del derecho fundamental de libertad religiosa⁷⁵.

El supuesto parece diferente cuando en los centros escolares quien usa el pañuelo es una profesora, aunque no ha llegado ningún caso a los tribunales en España. Si el centro es público debe cumplir con la neutralidad y la laicidad estatal⁷⁶. Esto puede ser interpretado de forma que la profesora debería dar ejemplo de neutralidad y no podría usar vestimenta religiosa. El lugar que ocupa la profesora respecto a sus alumnos, menores de edad, puede implicar una mayor influencia y presión sobre ellos, y cualquier manifestación de carácter religioso se podría interpretar como proselitista, lo que iría en contra de la neutralidad a la que se debe el centro y sus profesores, y además podría impli-

⁷³ CAÑAMARES ARRIBAS, S. «Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho español: Propuestas ante la Reforma de la Ley Orgánica de libertad religiosa», *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 19 (2009), 6. Esta regla viene a ser una especificación de aquel principio general. Ante una situación de conflicto entre un bien jurídico y el uso de vestimenta religiosa, «la labor jurisdiccional se debe orientar a asegurar que la restricción del derecho de libertad religiosa en que se puede traducir la limitación de los símbolos religiosos no vaya más allá de las posibilidades de realización del derecho preponderante. Esto es, que el derecho de libertad religiosa no padezca más allá de lo necesario para la necesaria salvaguarda del otro bien jurídico constitucional que demanda su restricción», *ibid.* 26.

⁷⁴ Asimismo está contemplado en el Derecho comparado tal como expone MOTILLA, A. «La libertad de vestimenta: el velo islámico», *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Madrid 2004, 117.

⁷⁵ En el mismo sentido CAÑAMARES ARRIBAS, S. «Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho español: Propuestas ante la Reforma de la Ley Orgánica de libertad religiosa», *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 19 (2009), 9.

⁷⁶ En este sentido ALENDA SALINAS, M. «La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico», 25.

car un conflicto con la libertad religiosa de los menores. Así lo entiende el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Dahlab contra Suiza⁷⁷, de 15 de febrero de 2001. En cualquier caso y aunque es cierto que es fácil influir en alumnos de corta edad, parece excesivo otorgar al hecho de llevar el pañuelo islámico un efecto de adoctrinamiento, sin prestar atención a otras circunstancias, como pueden ser sus acciones, la forma de dar clase, o el trato con los alumnos⁷⁸. En España, además, la laicidad positiva⁷⁹ que proclama nuestra jurisprudencia constitucional debería permitir la compatibilidad entre la neutralidad de los centros públicos escolares y ciertas manifestaciones de los profesores de carácter religioso que no supongan un adoctrinamiento ideológico de los alumnos⁸⁰.

4. CONFLICTOS DE CONCIENCIA EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En el ámbito de la Administración de Justicia también se dan conflictos entre ley y conciencia, en esta ocasión destacaré dos supuestos, la objeción de conciencia al matrimonio homosexual planteadas principalmente por jueces y magistrados y, por otra parte, el conflicto que supone el uso del velo islámico de una abogada en la sala de vistas.

4.1 Objeción al matrimonio homosexual

La objeción al matrimonio homosexual podemos decir que surge ante la negativa de los jueces y magistrados a aceptar dicha unión como auténtico matrimonio por motivos religiosos, habitualmente, y no como rechazo a dichas uniones en sí⁸¹. La Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo fue muy polémica.

⁷⁷ Decisión de admisibilidad número 42393/1998. El Tribunal ha reiterado sus tesis en otros casos posteriores en los que igualmente no se admitió la demanda. Sobre este supuesto, y otros, véase MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, Cizur Menor 2007, 65-69.

⁷⁸ MOTILLA, A. «La libertad de vestimenta: el velo islámico», 123-124.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero.

⁸⁰ Es de la misma opinión ROSSELL, J. *La no discriminación por motivos religiosos en España*, Madrid 2008, 138-139.

⁸¹ LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A. «La objeción de conciencia de los jueces a los matrimonios entre personas del mismo sexo en la doctrina del Tribunal Supremo», *Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, 21 (2009), 3.

mica en su día y no es de extrañar que surgieran diferentes voces discordantes en su puesta en práctica. A pesar de eso la Ley no prevé la posibilidad de un derecho a la objeción de conciencia de los funcionarios obligados a intervenir en su celebración y registro, lo que quizás habría sido deseable⁸².

Los primeros casos se plantearon como una objeción a la legalidad, poniendo en duda la constitucionalidad de la Ley. En todos ellos el Tribunal Constitucional no admitió las cuestiones planteadas. Sirva de ejemplo el auto 12/2008, de 16 de enero, que hace remisión a la doctrina ya sentada en los autos 505/2005 y 508/2005, de 13 de diciembre, a los que también se remite al auto 59/2006, de 15 de febrero. En ellos se concluye «que el Juez encargado del Registro Civil no está facultado con ocasión de la tramitación de un expediente matrimonial para plantear una cuestión de inconstitucionalidad. En efecto, con base en los razonamientos recogidos en los citados autos, que en este caso procede dar por reproducidos, el Tribunal declaró respecto a la posición institucional del Juez encargado del Registro Civil en la tramitación de un expediente matrimonial que «ni en el desempeño de dicha actividad desarrolla una función jurisdiccional, al integrarse en la estructura administrativa del Registro Civil, bajo la dependencia funcional que no orgánica del Ministerio de Justicia, ni puede calificarse de jurisdiccional la decisión, pese a su denominación de auto, que ha de adoptar en el expediente matrimonial aprobando o denegando la celebración del matrimonio, al ser susceptible de recurso y revisión ante un órgano administrativo, por lo que tampoco en modo alguno dicha decisión puede merecer la consideración [...] de ‘pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial’ [...]. Así pues, el Juez encargado del Registro Civil [...] «no esta facultad[o] ex artículos. 163 de la Constitución y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para promover la presente cuestión de inconstitucionalidad, en atención al carácter no jurisdiccional del expediente en el que se plantea» (fundamento jurídico 2).

Pero también ha sido planteado el caso como una auténtica objeción de conciencia por un juez de Primera Instancia e Instrucción, y el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse en sentencia de 11 de mayo de 2009⁸³, en la que se remite a doctrina ya sentada sobre el derecho a la obje-

⁸² NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 480. Sí lo hacen en el Derecho comparado otros ordenamientos, como en Canadá o en Dinamarca. NAVARRO VALLS, R. «La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 9 (2005), 20-22; NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 475-476.

⁸³ Un comentario puede verse en LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A. «La objeción de conciencia de los jueces a los matrimonios entre personas del mismo sexo en la doctrina del Tribunal Supremo»,

ción en las sentencias sobre la objeción de conciencia a la asignatura de «Educación para la ciudadanía», reconociendo que no existe un derecho de alcance general que derive del artículo 16 de la Constitución (sentencias de 11 de febrero de 2009): «En efecto, esas sentencias recuerdan que el único supuesto en el que la Constitución contempla la objeción de conciencia frente a la exigencia del cumplimiento de un deber público es el previsto en su artículo 30.2 y constatan que la doctrina del Tribunal Constitucional solamente ha admitido, fuera de ese caso, el derecho a objetar por motivos de conciencia del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado (sentencia 53/1985). Admiten, asimismo, que nada impide al legislador ordinario, siempre que respete las exigencias derivadas del principio de igualdad ante la ley, reconocer la posibilidad de dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos» (fundamento jurídico 6). Por tanto, si no existe ley que reconozca expresamente el derecho a la objeción en un supuesto concreto, no puede reconocerse, pues no existe tampoco doctrina jurisprudencial que lo avale en supuestos similares, y aunque se admiten posibles excepciones, tendrían que ser «casos en los que se perciba con absoluta nitidez la contraposición radical entre la conciencia de quienes pretenden ser eximidos de su cumplimiento y unos deberes públicos de significación tan acusada como el de prestar el servicio militar obligatorio o el de intervenir en la práctica del aborto en los supuestos despenalizados» (fundamento jurídico 6). Asimismo, el Tribunal declara que el juez está sometido a la ley y a su cumplimiento «principio fundamental que se vería en cuestión desde el momento en que se subordinara a consideraciones de conciencia el cumplimiento de las funciones judiciales o, en este caso, registrales, previstas por normas legales válidas, especialmente, si como, en este caso, tienen un carácter técnico, absolutamente desvinculado de toda práctica religiosa» (fundamento jurídico 9).

Es evidente que el Tribunal Supremo lo que hace es pronunciarse sobre la concepción del derecho a la objeción de conciencia en general, pero no entra en el caso concreto. El mismo recurrente había planteado la posibilidad de que le sustituyera otro juez ordinario o juez sustituto, que no planteara problemas de conciencia, para evitar la lesión de intereses públicos. El Tribunal rechaza dicha opción casi sin valorarla⁸⁴. Concluye que no existe un derecho a la obje-

6-14; LEAL ADORNA, M. «Fin de una duda eterna: la constitucionalidad del matrimonio homosexual», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 33 (2013), 16.

⁸⁴ Son de la misma opinión NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 486; LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A. «La objeción de conciencia de los jueces a los matrimonios entre personas del mismo sexo en la doctrina del Tribunal Supremo», 16.

ción de conciencia, salvo en los casos reconocidos expresamente por la ley o en el supuesto de la objeción de conciencia al aborto (que entonces no estaba regulado), lo que no es exacto si se estudia toda la doctrina jurisprudencial en su conjunto. Y aunque la sentencia admite excepciones, lo hace de una forma muy limitada y vinculada a los dos supuestos mencionados. Podemos recordar, por ejemplo, el caso de la objeción de conciencia del menor a la transfusión de sangre reconocida por el Tribunal Constitucional en sentencia 154/2002, de 18 de julio, que precisamente remite a jurisprudencia el problema de la objeción de conciencia: «La respuesta constitucional a la situación crítica resultante de la pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética [...] que resulte de sus creencias religiosas, sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso» (fundamento jurídico 7).

Por otra parte, es cierto que no podemos obviar la especial posición y función del juez como servidor público. Como es sabido el artículo 117 de la Constitución dispone que los jueces se encuentran sometidos únicamente al imperio de la Ley, lo cual se interpreta como que limita la posibilidad de reconocimiento de la objeción de conciencia. Pero cuando actúa como encargado del Registro Civil lo hace como simple funcionario público, según la doctrina constitucional mencionada, de forma que su objeción no sería un acto de desobediencia a una norma sino una oposición a una obligación profesional. En este supuesto, negarle el derecho a la objeción de conciencia, además de poder suponer una discriminación contraria al artículo 14 de la Constitución, puede implicar una limitación de su derecho de libertad de conciencia, del artículo 16 de la Constitución, siempre que no exista lesión del orden público, único límite del derecho fundamental⁸⁵.

Con anterioridad, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 28 de octubre de 2008 también había rechazado el derecho a la objeción de conciencia a una secretaria judicial, declarando «que los actos profesionales de un Secretario Judicial, en la tramitación de un expediente de matrimonio entre personas del mismo sexo, no guardan relación alguna con la dimensión interna de su derecho constitucional a la libertad religiosa; no se le impone, en modo alguno, una actuación contraria a su creencia religiosa, tampoco que exteriorice cuál es ésta. Desde la perspectiva de las creencias religiosas de cada

⁸⁵ NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 484-485; LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A. «La objeción de conciencia de los jueces a los matrimonios entre personas del mismo sexo en la doctrina del Tribunal Supremo», 16; CAÑAMARES, S. *El matrimonio homosexual en el Derecho español y comparado*, Madrid 2007, 70-73.

uno, desde el fuero interno de cada cual es lícito rechazar que se denomine matrimonio a la unión entre dos personas del mismo sexo, pero cumplir con deberes profesionales, que exteriorizan simplemente trámites muy indirectos, a los que se está obligado por ley, para que otros realicen los conducentes a dicho matrimonio no supone una afectación a las propias creencias» (fundamento jurídico 4). La sentencia fue confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo 1068/2012 de 20 de febrero de 2012. El Tribunal se remitió a su sentencia de 11 de mayo de 2009 que resolvía negativamente la objeción de conciencia presentada por un juez.

Llama la atención que el Tribunal esté juzgando lo que es una actuación contraria o no a una creencia religiosa, lo que en todo caso debe ser competencia exclusiva del titular del derecho a la libertad religiosa y no del Tribunal o de los poderes públicos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Eweida y otros contra el Reino Unido* (15 de enero de 2013)⁸⁶, resuelve el caso *Ladele*, una funcionaria del Ayuntamiento de Islington, que había sido despedida por negarse a inscribir parejas del mismo sexo por oponerse a sus convicciones religiosas, lo que fue aceptado como legítimo por los tribunales británicos⁸⁷. *Ladele* fue contratada con anterioridad a la entrada en vigor de la *Civil Partnership Act* de 2004 que establece la inscripción legal de las uniones civiles de personas de mismo sexo, que son equiparadas jurídicamente al matrimonio civil. Ante este cambio legislativo el Ayuntamiento de Islington obligó a todos sus funcionarios a llevar a cabo dicho registro, a lo que *Ladele* se oponía por motivos religiosos. Ante la queja de unos compañeros homosexuales fue acusada de discriminación por motivos de orientación sexual y homofobia, y despedida tras el procedimiento disciplinario correspondiente. Recurrió a los Tribunales que no le dieron la razón y seguidamente acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando discriminación por motivos religiosos, del artículo 14 en relación al artículo 9 del Convenio de Roma. La Corte tampoco consideró que hubiera habido violación del derecho de *Ladele*. Ciertamente resuelve el asunto de forma muy breve, alegando que la medida del despido fue proporcionada. El Tribunal tiene en cuenta que el conflicto de conciencia existía y las consecuencias para la demandante fueron graves, sin embargo, reconoce que la po-

⁸⁶ Demandas número 48420/2010, 59842/2010, 51671/2010 y 36516/2010.

⁸⁷ Véase un comentario en PÉREZ MADRID, F. «Objeción de conciencia y uniones civiles entre personas del mismo sexo: Comentarios acerca del caso *Ladele* c. Reino Unido», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 32 (2013), 1-19. Sobre el estado de la cuestión en el Derecho comparado ver PÉREZ MADRID, F. «La protección jurídica de la objeción de conciencia en España. Novedades legislativas y jurisprudenciales», 22-23.

lítica de la autoridad local buscaba garantizar los derechos de los demás que también están protegidos por el Convenio. El Tribunal concede en este caso, como en tantos otros, un amplio margen de apreciación a las autoridades nacionales cuando se trata de buscar el equilibrio entre derechos contrapuestos del Convenio, reconociendo que asimismo se podrían aceptar interpretaciones favorables a dichos supuestos de objeción de conciencia. No tiene en cuenta, el Tribunal, que no había habido ninguna queja de los usuarios, tampoco apreció la posibilidad de buscar una adaptación o acomodo razonable, pues Ladele no era la única funcionaria encargada del registro de las parejas civiles y el servicio se podría haber prestado con la diligencia debida sin su intervención, incluso se le podían haber buscado otras funciones en el servicio. Por tanto, es más que dudoso el efectivo equilibrio de intereses públicos en este caso⁸⁸, tal como habíamos comentado respecto al caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2009. Parece evidente la prioridad otorgada a la no discriminación por orientación sexual, siguiendo «lo políticamente correcto», frente a la no discriminación por motivos religiosos, con la consiguiente limitación del derecho fundamental de libertad religiosa⁸⁹.

4.2 El uso del velo islámico en la Sala de vistas

En octubre de 2009, una abogada fue expulsada de la sala de vistas de la Audiencia Nacional por llevar un pañuelo que le ocultaba el cabello. Zoubida Barik, de origen marroquí, estaba en la sala no como abogada titular sino dando apoyo al abogado de una de las partes en un juicio sobre terrorismo islamista. El Presidente del Tribunal le ordenó el abandono del estrado de los abogados por llevar un pañuelo en la cabeza. A continuación, esta presentó una queja ante el Consejo General del Poder Judicial por posible abuso de la autoridad y discriminación por parte del magistrado. La resolución de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial de 8 de febrero de 2010 acordó el archivo de la queja formulada contra decisión del Presidente del Tribunal. Dicha resolución fue recurrida ante el Tribunal Supremo, por violación de los

⁸⁸ En el mismo sentido, PÉREZ MADRID, F. «Objeción de conciencia y uniones civiles entre personas del mismo sexo: Comentarios acerca del caso Ladele c. Reino Unido», 17-18.

⁸⁹ Al respecto véase también, PALOMINO, R. «Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4.ª), de 15 enero de 2013, asunto Eweida y otros contra Reino Unido», *Ars Iuris Salmanticensis*, 1 (diciembre 2013) 227-293; ADDISON, N. «Eweida and Others-First Views». *Religion Law Blog*, 15 January 2013, <http://bit.ly/2y6Y8Pl> (23/7/2017).

artículos 14, 16 y 18 de la Constitución, recurso que fue desestimado en sentencia de 2 de noviembre de 2010.

El Tribunal es muy claro al respecto: «No tiene duda la Sala de que se trata de una decisión adoptada por quien presidía el juicio en el ejercicio de las funciones de policía de estrados que le confiere el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que, según explica con acierto el Ministerio Fiscal, constituye una corrección especial de las contempladas en el artículo 557 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En consecuencia, el régimen de su impugnación es el previsto en el artículo 556 de este último texto legal: recurso de audiencia en justicia ante el propio Tribunal que juzgaba el proceso penal y, de no prosperar, ulterior alzada ante la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional cuya decisión cierra la vía judicial. El Consejo General del Poder Judicial no está llamado, por tanto, a revisar esas decisiones cuya naturaleza es jurisdiccional y no gubernativa, según viene declarando la jurisprudencia, tal como ha recordado el Ministerio Fiscal. De ahí que la resolución expresa que hubiera debido dictar habría sido de inadmisión ya que, además de que el camino para impugnar estos acuerdos tomados en el ejercicio de la policía de estrados, como se ha visto, está trazado en la Ley Orgánica del Poder Judicial y no le incluye, no corresponde al órgano de gobierno del Poder Judicial revisar las decisiones jurisdiccionales de los juzgados y tribunales ni en el seno del procedimiento disciplinario ni en ningún otro. [...] Solución que no puede ser otra que la desestimación del recurso sin que sea necesario entrar en las cuestiones de fondo que suscita, ya que no cabe reprochar al Consejo General del Poder Judicial no haber hecho lo que legalmente no puede hacer» (fundamento jurídico 7).

Dicha sentencia, además, ha sido confirmada por auto del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2011, ante la solicitud de la recurrente de su anulación por falta de argumentación.

Es evidente que el caso se resuelve sin entrar en el fondo, como una decisión de policía de estrados, competencia exclusiva del Presidente del Tribunal. No sería necesario hacer notar que estamos ante el uso de una prenda de vestir que está amparada por la libertad religiosa y que como tal sólo puede ser limitada por poner en peligro el orden público o el derecho de terceros, lo que no parece darse en este caso. Por tanto, no debería limitarse el uso de la prenda. Al respecto me remito a lo expuesto con ocasión del análisis del caso de la menor de Pozuelo de Alarcón, expulsada del colegio por llevar el velo islámico. Además, el Estatuto General de la Abogacía de 22 de junio 2001, en su artículo 37 sólo obliga a los abogados que vistan «toga», y añade que «adecuarán su indumentaria a la dignidad y prestigio de la toga que visten y al respeto a la

justicia»⁹⁰, lo que debe ser apreciado por el Presidente del Tribunal. No prohíbe cubrirse el pelo. Tampoco lo hace el Reglamento 2/2005, de 23 de noviembre de Honores, Tratamiento y Protocolo en los Actos Judiciales Solemnes, cuyo artículo 33 indica que los abogados deben usar toga y «traje o vestimenta acorde con la solemnidad del acto».

Una vez más nos encontramos con un conflicto de conciencia frente a un deber jurídico (de dudoso fundamento, pues no hay ninguna norma que prohíba el uso del velo islámico por una abogada en el estrado), que finalmente se soluciona con la limitación del derecho fundamental de libertad religiosa, sin existir un peligro efectivo de orden público, y en cualquier caso sin buscar el acomodo o el equilibrio de intereses. Al respecto me remito a lo expuesto respecto al caso del uso del velo por las menores en los centros escolares.

Zoubida Barik recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que el 26 de abril de 2016 rechazó su demanda por no haberse agotado las vías de recursos internos. No se había presentado el recurso de alzada, contra la primera decisión del Presidente del Tribunal, ante la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional, que cierra la vía judicial.

5. CONFLICTOS DE CONCIENCIA EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO. EL USO DEL VELO

Recientemente la Audiencia Nacional ha prohibido el uso del velo islámico o *hijab* en un centro penitenciario por motivos de seguridad, para evitar problemas de identificación y ante la posibilidad de ocultar objetos prohibidos bajo el velo islámico, dado su gran tamaño.

El auto 530/2017, de 17 de julio, resuelve el recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de 19 de diciembre de 2016 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que había estimado el recurso de una interna a quien el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria le había negado el uso del velo. La señora Delia, que reclama utilizar el *hijab*, se encuentra privada cautelarmente de libertad en el Centro de Valencia por orden del Juez Central de Instrucción número 6, que le imputa un delito de terrorismo debido a su supuesta vinculación con una organización internacional de corte yihadista.

El auto declara que el Centro Penitenciario adopta unas necesarias medidas de seguridad lo que permite la limitación del *hijab* que usa la interna porque

⁹⁰ Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

oculta pelo, oídos, cuello y sólo deja visible una parte reducida de la cara. Así las Normas de Régimen Interno aprobadas por Consejo de Dirección, en su artículo 51 prohíbe el uso de gorras, pasamontañas o prendas similares, que dificulten la identificación de los internos. Se remite la Audiencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Dahlab contra Suiza de 2001 y caso S. A. S. contra Francia de 2014⁹¹, que legitiman la prohibición del velo islámico o *hijab* y el burka o niqab respectivamente. También hace remisión a la sentencia del Tribunal Europeo de Justicia (Gran Sala), caso G4S Secure Solutions de 14 de marzo de 2017 que permite la prohibición del velo islámico mediante una norma interna de una empresa privada, no considerándolo una discriminación por motivos de religión o convicciones en el sentido de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (artículo 2, 2, a)⁹².

Por tanto se estima que «la limitación de su uso [del velo islámico] está amparada por las circunstancias concurrentes, derivadas de encontrarse ingresada en Centro Penitenciario por decisión judicial de órgano jurisdiccional penal en el marco de causa criminal, y por razones de seguridad objetivadas en cuanto al buen orden del establecimiento dada su dificultad de identificación y de ocultación de objetos prohibidos, y además dada la utilización que se realiza por parte de la misma de tal prenda como una reivindicación yihadista en labor de radicalización hacia otras internas de su misma religión, tal como se desprende de los informes emitidos y obrantes en el expediente» (fundamento tercero). Y añade que «el uso de un simple pañuelo de dimensiones no tan grandes como las del *hijab*, que cubriera únicamente el pelo de la interna podría tener otra consideración a la que tiene el caso que nos ocupa».

De lo expuesto se podría interpretar cierto recelo ante esta interna por ser una presunta terrorista yihadista.

Existe, sin embargo, un voto particular del magistrado SÁEZ VALCÁRCEL que entiende que con la prohibición del *hijab* en este supuesto se produce una limitación del derecho de libertad religiosa que no se justifica por las razones de seguridad alegadas. Asimismo, añade que «la prohibición no puede considerarse como parte del tratamiento que no procede respecto a persona privada cautelarmente de libertad, en respeto al derecho a la presunción de inocencia». Declara que el derecho fundamental de la reclusa no debe ser limitado por un reglamento interno pues no es una medida prevista en la ley, siguiendo la juris-

⁹¹ Demanda número 43835/2011.

⁹² DOUE número 303, de 2 de diciembre de 2000.

prudencia europea, y no hay razones de seguridad que justifiquen dicha medida, pues el *hiyab* permite la identificación de la mujer dejando el rostro al descubierto. Por otra parte, la reclusa está en un régimen muy restrictivo sin relación prácticamente con el exterior, únicamente mantiene contacto con los funcionarios de su módulo y un reducido número de internas. También ve difícil que pueda ocultar algo debajo del velo y siempre tendría que acatar la orden de retirar el pañuelo en caso de un control. Por todo ello entiende el magistrado que la medida no es proporcional ni necesaria.

Ciertamente esta interpretación es más flexible, garantiza de forma positiva el derecho de libertad religiosa, sin olvidar que en cualquier caso por razones de seguridad y de orden público aquel podrá ser limitado.

6. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

En una sociedad como la nuestra, la diversidad religiosa y de convicciones es un hecho. Es el ejercicio de la libertad de conciencia la que da lugar al pluralismo religioso e ideológico. El respeto de los derechos fundamentales debe ser el marco en el que el diálogo y la comunicación entre diversas colectividades hagan posible la convivencia y la paz social. Los poderes públicos están obligados al respeto de todos los derechos fundamentales, también el de libertad de conciencia, y al respeto de la diversidad religiosa resultante de su ejercicio, sin discriminación alguna. Los ciudadanos son titulares de la libertad de conciencia y no deberían ser obligados a actuar de forma neutral y uniforme en el ámbito público, pues esto puede suponer una discriminación, a no ser que exista un problema real de orden público. El Estado sí se debe a la neutralidad.

Una forma de respetar la libertad de conciencia o la libertad religiosa es reconocer la existencia de conflictos entre ley y conciencia que deben ser tenidos en cuenta jurídicamente, bien regulándolos legislativamente, previa evaluación de su impacto en los ciudadanos afectados, o bien aceptando su análisis por los Tribunales. Dichos conflictos dan lugar a los conocidos «supuestos de objeción de conciencia», como manifestación de aquel derecho fundamental, pues implican la negativa a realizar un deber jurídico por ir en contra de los mandatos de la propia religión o convicciones.

Al respecto, creo que necesariamente se debe partir de la tesis que afirma la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia basado en el artículo 16 de la Constitución, aunque como hemos visto la jurisprudencia está dividida.

No creo que la aceptación de la objeción de conciencia como un derecho suponga un peligro para el Estado de Derecho, como se ha afirmado en ocasiones por la jurisprudencia. La objeción de conciencia sigue siendo un fenómeno minoritario, y si en algún caso no lo es, como ha sucedido con los conflictos surgidos a causa de la asignatura «Educación para la ciudadanía», debería servir de toque de atención para el legislador, pues es evidente el conflicto entre la realidad social y la norma vigente. La libertad de conciencia, que está en la base de dichos conflictos, merece todas las garantías como derecho fundamental⁹³.

A mi parecer es necesario acabar con los prejuicios existentes respecto al derecho de objeción de conciencia y reconocerlo como una manifestación más del derecho fundamental de libertad de conciencia. Y las manifestaciones de la libertad religiosa o la libertad de conciencia no deben ser limitadas a no ser que exista un peligro cierto para el orden público, único límite del derecho fundamental. No olvidemos además que según los dictados del artículo 9.2 del Convenio de Roma, «la libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás». No se puede admitir de forma generalizada, por tanto, que cualquier actuación fundada en las convicciones religiosas esté permitida pero tampoco que sea prohibida, sino cuando así lo prevea una ley (no únicamente en el sentido de ley formal escrita) por suponer una lesión real del orden público, único límite del derecho fundamental. Es más, nuestro Tribunal Constitucional ha dejado dicho en la sentencia 46/2001, de 15 de febrero, que el orden público no debe ser aplicado como cláusula abierta y de posible utilización preventiva ante posibles riesgos, de tal manera que permita restringir o eliminar el ejercicio del derecho de libertad religiosa.

Asimismo, ante la existencia de un conflicto entre ley y conciencia, se debe atender al principio de proporcionalidad, para determinar si existe un bien jurídicamente protegido afectado o amenazado efectivamente por la manifestación de las convicciones religiosas y buscar una solución ponderada. Esa solución deberá ser necesaria y adecuada en una sociedad democrática⁹⁴.

⁹³ En el mismo sentido, MANTECÓN SANCHO, J. «El Estado ante la conciencia y las convicciones», 30 de junio de 2011, <http://bit.ly/2fNvzM7> (23/7/2017). También en sentido similar, MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «La objeción de conciencia farmacéutica en la reciente jurisprudencia constitucional española: Otra oportunidad perdida», 16 y 28.

⁹⁴ Sobre esa necesidad de ponderación entre derechos constitucionales véase CANALS AMETLLER, D. «El acceso público a datos en un contexto de transparencia y de buena regulación», *Datos. Protección, Transparencia y Buena Regulación*, Girona 2016, 17-19.

Por otra parte, el Estado o los poderes públicos no están legitimados para juzgar las creencias o convicciones religiosas o no religiosas de los ciudadanos. Se deben a la neutralidad ideológica y religiosa. De esta forma, los Tribunales no pueden considerar si una actuación está vinculada o no a una práctica religiosa, esto será una competencia exclusiva del titular del derecho fundamental.

Especialmente cuidadoso se debe ser respecto a los derechos de los ciudadanos, y no se puede permitir que sus derechos fundamentales queden limitados, sin justificación y sin existir un problema de orden público, mediante normativas de rango inferior, como el Reglamento interno de funcionamiento y organización de un centro público de enseñanza. Este tipo de normativa no está sometida a ninguna forma de evaluación de impacto sobre los derechos fundamentales, pero tiene su origen en legislación orgánica que reconoce y garantiza dichos derechos, y debería obedecer al objetivo de protegerlos y garantizarlos igualmente.

Se ha de observar que una sociedad plural, caracterizada por el pluralismo religioso o de convicciones, debe ser más flexible frente a la aceptación de diferentes formas de objeciones de conciencia que puedan plantear los ciudadanos. Es posible que incluso no sea conveniente la regulación expresa para facilitar aún más esa flexibilidad, permitiendo a los Tribunales pronunciarse caso por caso, valorando los intereses públicos en conflicto y aplicando un procedimiento de proporcionalidad. Si bien, en determinadas situaciones altamente conflictivas parece conveniente la regulación legal que vele por la seguridad jurídica y la protección del interés público, y la protección de la libertad de conciencia es de interés público.