

El recurso contencioso-administrativo interpuesto por un farmacéutico contra la incorporación de levonorgestrol y de los preservativos en la relación de medicamentos y productos sanitarios de tenencia obligatoria en las oficinas de farmacia de Andalucía lo desestima el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (TSJA-Gr) y en casación el Tribunal Supremo (TS) por falta de legitimación del recurrente al estar colegiado como no ejerciente y, por tanto, no ser titular de oficina de farmacia. Ninguno de los dos tribunales entra en el fondo de la cuestión planteada, aunque el TS da unos puntos de vista muy interesantes de cara a futuros recursos.

Posible objeción de conciencia por parte del farmacéutico dispensador.

Un farmacéutico andaluz interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden de 1 de junio de 2001 de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía por la que se actualizaba el anexo del Decreto 104/2001, de 30 de abril, de la misma Junta, por el que se regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia y almacenes farmacéuticos, incluyendo los progestágenos, cuyo principio activo es el levonorgestrel, y los preservativos. Entendía el recurrente que la disposición vulneraba el derecho fundamental a la vida y a la libertad de conciencia. La sentencia de la sección primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJA (Gr), de 30 de julio de 2002, no admitía el recurso por carecer de legitimación el farmacéutico que lo formulaba. El interesado interpuso recurso de casación que el TS admite a trámite, pero lo desestima por sentencia de 20 de abril de 2005 por la falta de legitimación e impone las costas a la parte recurrente.

Comentario

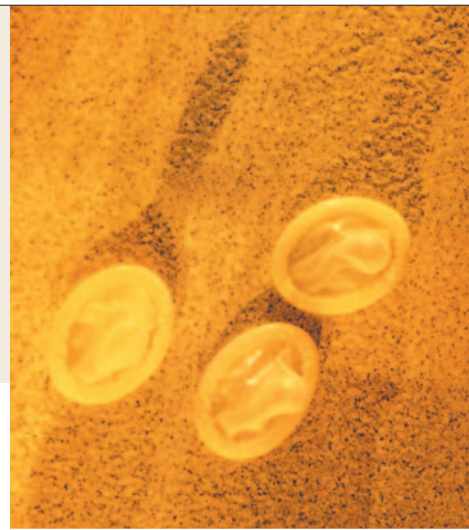
EL RECURSO INTERPUESTO POR UN FARMACÉUTICO CONTRA LA MODIFICACION DEL ANEXO DEL DECRETO 104/2001 DE 30 DE ABRIL, DE LA JUNTA DE ANDALUCIA, por una Orden de su Consejería de 1 de junio que incorporaba el levonorgestrel y los preservativos fue desestimado por el TSJA (Gr) por falta de legitimación del recurrente y desestimado en casación por el TS por el mismo motivo.

El fallo parecía de antemano predecible porque lo había presentado un farmacéutico que no poseía oficina de farmacia, que no dispensaba y que incluso estaba colegiado como no ejerciente. No se entiende

cómo no lo presentó un o unos farmacéuticos titulares de oficina de farmacia (p. ej., sus mismos padres) o un colegio de farmacéuticos, en cuyo caso el tribunal hubiera tenido que entrar en el fondo del tema y probablemente lo habría aclarado.

Si lo traemos a las páginas de OFFARM es por los dos párrafos transcritos del fundamento de derecho quinto de la sentencia del TS, porque entendemos que dejan la puerta abierta a posteriores recursos por parte de farmacéuticos dispensadores que se sientan perjudicados.

Admite, por una parte, que una «eventual aplicación distorsionada que pudiera considerarse infrac-



Artículos de la Constitución Española relacionados con el derecho a la vida y la objeción de conciencia

Artículo 15

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo la que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

Artículo 16.1

Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

Fundamentos de derecho

EL TSJA (Gr) BASA LA NO ADMISIÓN DEL RECURSO EN CONSIDERAR QUE LA PARTE ACTORA «NO SE ENCUENTRA LEGITIMADA ACTIVAMENTE» porque «no es destinatario de la disposición que se impugna, ya que no tiene la condición de titular o cotitular de oficina de farmacia» en el territorio autónomo andaluz ni cargo de responsabilidad alguno en almacén farmacéutico de distribución y se encuentra colegiado en el Colegio de Farmacéuticos en la modalidad de «no ejerciente». No puede recurrir una Orden «no siendo sujeto destinatario de la misma», aunque sus padres sean titulares de oficina de farmacia. Ni tampoco puede basarse en proteger los derechos fundamentales alegando vulneración del derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución en un tema que previamente exigirá deslindar los conceptos de métodos abortivos y contraceptivos, teniendo en cuenta que la Agencia Española del Medicamento lo considera un anticonceptivo de emergencia.

El TS, en su sentencia, hace un extenso estudio del concepto de «interés legítimo» y no comparte la opinión del recurrente de que la norma recurrida «lesiona su derecho a ejercer libremente la profesión de farmacéutico para la cual se ha formado, al negarle el derecho a actuar en conciencia en una materia tan digna de protección como es el derecho a la vida en general y a su libertad ideológica y religiosa en particular». El Tribunal, aplicando la jurisprudencia anterior, estima que procede denegar la legitimación del recurrente por los siguientes presupuestos:

- No puede confundirse el interés legítimo por el mero interés por la legalidad que sólo

determina la legitimación cuando por ley está reconocida la acción pública, que no es el caso.

- Las meras expectativas sobre supuestos agravios futuros no bastan para reconocer la legitimación.
- No cabe reconocer un interés hipotético como presupuesto de la legitimación.

La sentencia indica textualmente en su fundamento de derecho quinto:

«La Sala, al adoptar esta decisión, reconoce que los argumentos utilizados por el recurrente se mueven en el terreno de la especulación acerca de la eventual aplicación distorsionada de la orden impugnada, que en caso de ser infractora del artículo 15 de la CE siempre podría ser denunciada, en las circunstancias concretas que están ausentes en este caso, ante los órganos judiciales competentes y subsidiariamente, en vía de amparo constitucional, frente a este caso, en que no se ha acreditado la comisión de una acción concreta y lesiva para un nuevo ser, por utilización de una intercepción o contracepción poscoital o de emergencia con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg.»

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 CE (STC n.º 53/85), en estrecha relación con la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la CE), lo que no excluye la reserva de una acción en garantía de este derecho para los profesionales sanitarios con competencias en materia de prescripción y dispensación de medicamentos, circunstancia no concurrente en este caso». ■

El TSJA (Gr) basa la no admisión del recurso al considerar que la parte actora «no se encuentra legitimada activamente» porque «no es destinatario de la disposición que se impugna, ya que «no tiene la condición de titular o cotitular de oficina de farmacia» en el territorio autónomo andaluz ni cargo de responsabilidad alguno en almacén farmacéutico de distribución y se encuentra colegiado en el Colegio de Farmacéuticos en la modalidad de «no ejerciente»

El artículo 16.1 de la Constitución no excluye la reserva de la objeción de conciencia de una acción como garantía de la libertad ideológica de que forma parte la objeción de conciencia, para los profesionales sanitarios con competencias en dispensación de medicamentos

tora del artículo 15 de la Constitución podría ser denunciada ante los órganos judiciales competentes y, subsidiariamente, en vía de amparo ante el Tribunal Constitucional, en base a las circunstancias concretas que se dieron a la comisión de una acción concreta y lesiva para un nuevo ser por utilización de una intercepción o contracepción poscoital o de emergencia con el levonorgestrel, habida cuenta de que Agencia Española del Medicamento (hoy de Medicamentos y Productos Sanitarios) considera tal

principio activo como anticonceptivo de emergencia».

Por otra parte, admite que el artículo 16.1 de la Constitución no excluye la reserva de la objeción de conciencia de una acción como garantía de la libertad ideológica de que forma parte la objeción de conciencia para los profesionales sanitarios con competencias en dispensación de medicamentos.

Probablemente no sea la única ni última vez que se plantean tales problemas éticos y legales ante los tribunales de justicia. ■