

LÍMITES A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA*

SUMARIO.— I. Primera parte: 1. Introducción. 2. Delimitación constitucional (Constitución, TC y doctrina). 2.1. Libertad de conciencia. 2.2. Objeción de conciencia.— II. Segunda parte. Límites del derecho: 1. El abuso de derecho como último límite impropio. 2. Límites directos e indirectos. 2.1. Directos. El orden público protegido por la ley. 2.2. Indirectos. Principio de obediencia al derecho. Principio de seguridad jurídica. Principio de igualdad. 3. Límites a la objeción al servicio militar. 3.1. El deber de defender a España. 3.2. Las debidas garantías. 3.3. Derecho fundamental. 3.4. Límites del derecho. 3.4.1. Por los motivos. 3.4.2. La incongruencia. 3.4.3. Temporales: a) La objeción sobrevenida, b) la duración del servicio. 3.4.4. por el procedimiento. 3.4.5. por el régimen penal y disciplinario. 3.5. Objeción a la Prestación Social Sustitutiva. 4. Otros supuestos. 5. Límites a la objeción a tratamientos médicos. 5.1. ¿Objeción del médico?. 5.2. El Tribunal Supremo; crítica. 5.3. Menores de edad. 6. Límites a la objeción laboral. 6.1. A trabajar el sábado. 6.2. Al aborto. 7. Límites a la objeción al juramento. 8. La objeción fiscal.— III. Conclusión.— Bibliografía selecta.

* Este trabajo mereció el Premio Dorado Montero concedido por la Universidad de Salamanca en marzo de 1996.

I. PRIMERA PARTE

1. INTRODUCCIÓN

La conciencia es un atributo humano. La doctrina ha venido estudiándolo sin interrupción desde la escolástica (TOMÁS DE AQUINO, F. SUÁREZ...). Su tratamiento por el derecho ha ido variando desde entonces, pero es en nuestros tiempos, al amparo de estructuras sociales sensibles para con las libertades individuales, cuando ha cobrado una vitalidad insospechada para alcanzar hoy como derecho a la libertad de conciencia, reconocimiento universal en el derecho internacional y constitucional de numerosos Estados.

Como máxima manifestación de esta libertad, la objeción de conciencia es probablemente uno de los temas más significativos de la evolución sociorreligiosa de Occidente en las últimas décadas, y más atractivas para la doctrina jurídica que se ha ocupado de los derechos de la persona¹. En sede teórica por otro lado, suscita cuestiones tan trascendentes como las conexiones entre ética y derecho, y la relación entre ordenamiento jurídico y comportamiento individual.

Nuestra tarea se ceñirá al estudio y análisis de los límites de ese derecho a la libertad de conciencia. En tan escueto margen, y ante tan extenso tema, nuestra intención es por tanto deliberadamente limitada. Intentaremos poner de relieve su situación actual en nuestro país, con reflexiones teóricas unidas a observaciones derivadas de la realidad jurídico-positiva.

Para limitar el derecho, tendremos primero que delimitarlo, y así partiendo de una idea de conciencia, libertad de conciencia y objeción de conciencia, estudiaremos los límites intrínsecos (o impropios) que suponen la delimitación constitucional del derecho, para después analizar los límites extrínsecos (o propios) que rigen en nuestro ordenamiento.

En primer lugar por tanto, debemos acercarnos al concepto que queremos limitar, *la libertad de conciencia*. Se ha dicho que existen tantas definiciones al respecto como autores han tratado el tema, y deberemos escoger cuidadosamente la nuestra, ya que ello condicionará su posterior desarrollo.

¹ *Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento*, MARTÍNEZ TORRÓN: en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense nº 79, curso 91-92, p. 199.

Manifestaciones doctrinales que intentaban constreñir la libertad de conciencia al ámbito interno, parecen hoy desterradas. Sostener tal postura no sería sino proteger la sombra de un derecho y resultaría contrario a su interpretación en conexión con el principio democrático que informa nuestro ordenamiento. Con STEIN² creemos que éste exige no sólo la libre formación de ideas, sino también la libre formación de la voluntad democrática, que demanda indudablemente actuar conforme a esas ideas.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones al respecto, señalando que la libertad de conciencia «supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma»³.

Queda así salvado el límite del ámbito interno del individuo, para rebasado éste, plantear el problema que en este trabajo nos ocupa: *hasta dónde puede un sujeto incumplir deberes en principio jurídicamente exigibles por razones de su conciencia*.

Si prescindiendo de otras matizaciones, partimos de una noción genérica del derecho positivo como instrumento de organización social, resulta evidente que este instrumento persigue ordenar la sociedad de acuerdo con una serie de valores que se consideran necesarios. Estos valores tienen una indudable raigambre ética porque —mutables unos y permanentes otros— proceden en última instancia de las concepciones morales dominantes en la sociedad⁴.

Teniendo presente esta cualidad del derecho, resulta patente la posibilidad —confirmada por la realidad— de que éste entre en contradicción con los imperativos de la conciencia individual.

En este sentido DORADO MONTERO, si bien desde otra óptica (en razón del delito político antecedente histórico del tema que nos ocupa), entiende el delito como discordancia de criterios de conciencia entre el legislador «mandatario de la conciencia social»⁵ y los destinatarios de las normas.

Este enfrentamiento supone la quiebra del principio que ya enunciara la

2 En *Gewissensfreiheit in der Demokratie*, STEIN, Ekkehart, Tübingen, 1971, p. 52.

3 Así en los autos 108/1981 y 110/1982, y en las sentencias 15/1982 de 19 de mayo, y 40/1982 de 30 de junio.

4 MARTÍNEZ TORRÓN: *Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento*, cit. p. 200.

5 DORADO MONTERO: *La psicología criminal en nuestro derecho legislado*. Madrid 1910.

escolástica de que la ley obliga en conciencia⁶ para invertir los términos: *lo que obliga la conciencia en esos casos es precisamente a violar la ley*. Entre los modos en que puede surgir este enfrentamiento entre derecho y conciencia, el que ocupará gran parte de nuestro desarrollo es el de la objeción de conciencia, así denominado unitariamente por la doctrina mundial⁷.

Consiste en la negativa del individuo, fundada en un juicio de conciencia, a someterse al cumplimiento de un deber jurídico. Según el Tribunal Constitucional, consiste en una especificación de la libertad de conciencia⁸.

Se caracteriza en primer lugar por su individualidad que nos permitirá diferenciarla de la desobediencia civil. La objeción de conciencia constituye una manifestación reducible al ámbito de la privacidad, dado que el objetor no busca primariamente la consecución de un fin exterior determinado (promover un cambio legislativo...), sino resolver «la íntima antinomia de la conciencia personal con lo establecido por las normas⁹. Frente a ella, ese conflicto entre conciencia y derecho puede manifestarse de otro modo, la desobediencia civil.

Constituye un hecho conceptualmente diverso, de finalidad política (frente a la defensiva de la objeción) y no necesariamente fundado en razones de conciencia, a la que rebasa en sus objetivos para mediante su carácter público, influir en la modificación de la normativa. Un objetor puede decantarse por una desobediencia civil pero en cuanto se trata de una cuestión de estrategia, no procede su análisis en esta sede.

En segundo lugar se caracteriza por sus motivaciones éticas. Prescindiendo de complejas disquisiciones conceptuales —y de los correspondientes enfrentamientos doctrinales— sobre las diferencias entre el juicio de conciencia y la mera convicción¹⁰, en nuestra opinión, la conducta, se ve

6 Así, en S.Th.1-2, q95, a.2 y F. SUÁREZ DE LEGIBUS, L III, Cap. XXI, 5. *Ac si aperte diceret, non solum propter timorem poenae, sed etiam propter vitandam culpam*.

7 Así, V.gr., entre la ingente bibliografía, *conscientious objection*, RAWLS, J.: *A Theory of Justice* (1971) «No consentir un mandato legislativo más o menos directo, o una orden administrativa»; *obezione di coscienza*, ORECHIO, O.: «oposición al cumplimiento de una obligación impuesta por una ley».

8 Sentencias 15/82; 23/82; 25/82; 40/82 y autos 108/81, y 110/82.

9 *Objecion de conciencia, insumisión y Derecho Penal*; LANDROVE DÍAZ, G.: Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1992, p. 23.

10 Polémica importada a España desde la dógmática alemana. Así, referencias en *Tratado*, III,1029, JIMÉNEZ DE ASÚA; también ANTÓN ONECA en *Derecho Penal*, 2ed, Ed. Akal, Madrid, 1986; y CUELLO CALÓN en *Derecho Penal P-G*, p. 318; que se hacen eco de la polémica suscitada en Alemania por RADBRUCH.

impuesta por un juicio de conciencia, que se convierte en motor de la actuación del sujeto por lo que hablamos de «imperativos de conciencia».

Suscribimos desde aquí, la noción de conciencia propuesta por el profesor MARTÍNEZ TORRÓN, que deja fuera las opciones intelectuales provenientes de una ideología personal más o menos definida o ambigua, para aludir así a un concepto más estricto, que comprende únicamente aquel conjunto de imperativos personales de conducta (de raíz religiosa o no) que poseen para el individuo un rango superior a cualquier otra instancia normativa. El modo en que ello sea fiscalizado, habremos de desarrollarlo más adelante.

Esas motivaciones éticas se ven delimitadas en nuestro derecho positivo por la legislación que desarrolla el artículo 30.2 de nuestra Constitución. Ésta fiscaliza los motivos y su alegación, al menos en lo referente al servicio militar. A ella nos referimos en el estudio pormenorizado de los límites del ordenamiento jurídico positivo español.

Finalmente en tercer lugar, la objeción de conciencia viene caracterizada por su objeto, un deber jurídico. Por razones de utilidad, habrá de atenderse a un concepto material¹¹ de deber jurídico que comprenderá:

— TANTO LOS DEBERES ABSOLUTOS COMO LOS RELATIVOS. Esto es, ya acarree su incumplimiento una sanción en sentido estricto, ya suponga la pérdida de un beneficio (incumplimiento del concepto civilista de carga). Esta distinción conlleva relevantes consecuencias jurídicas, pero desde nuestra perspectiva conceptual, el deber jurídico no puede excluir esos requisitos necesarios para acceder a un beneficio¹². Nadie diría V.gr. que la obligatoriedad para el diputado de jurar la Constitución no es un deber jurídico, ni que la pérdida de tal condición desde el punto de vista material no es más grave que otras sanciones jurídicas «*stricto sensu*».

— DEBERES DE DERECHO PÚBLICO Y DE DERECHO PRIVADO. Esta distinción se presenta irrelevante al objetor, por lo que la objeción de conciencia debe ser admitida en ambos casos¹³. Al margen de las precisiones que realizaremos al hilo del análisis de los límites del derecho positivo.

11 *La objeción de conciencia en la Constitución española*, ESCOBAR ROCA, CEC, Madrid 1993, p. 44.

12 En ese sentido, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano*, ADEE, vol. I, 1985, pp. 456-457, MARTÍNEZ TORRÓN.

13 Máxime a la luz de la relativización de la diferencia entre Derecho público y privado, puesta de manifiesto por KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1960.

— OBLIGACIONES (DEBERES DE HACER) O PROHIBICIONES (DE NO HACER). En este punto habremos de ser especialmente cautelosos. Son numerosos los autores que no contemplan las objeciones a prohibiciones como tales¹⁴. Son supuestos de laboratorio¹⁵ no respaldados por la realidad social que casi siempre se refiere a la objeción a obligaciones. Pero advertida esta peculiaridad, señalaremos que desde la perspectiva adoptada y salvadas las debidas precauciones, se deben admitir estas hipótesis.

— DEBERES DE TIPO PERSONAL Y PATRIMONIAL. No cabe aquí reducirlos a los personales como algún autor ha propuesto sibilinamente¹⁶. Su confesada intención de excluir la llamada objeción fiscal del concepto de objeción lo descalifica, ya que resulta ciertamente peligroso diferenciar “*la conciencia del hombre concreto de la del ciudadano abstracto y contribuyente*”¹⁷.

A partir de las precisiones del Tribunal Constitucional citadas¹⁸, las reflexiones teóricas nos han proporcionado el soporte que nos permitirá deslindar los límites de la libertad de conciencia. Procederemos primero no obstante al estudio del reconocimiento que de esta libertad se realiza en nuestro derecho, tanto a nivel constitucional como en su legislación de desarrollo y tratados internacionales concertados sobre dicha materia. Pero de las reflexiones realizadas hasta ahora ya se desprenden unos límites, que si bien no concretos, si nos permiten centrar nuestra atención en unos grados de compás más cerrados que el «todo horizonte». Así hemos visto que la libertad de conciencia no queda circunscrita al ámbito íntimo de la persona sino que lo trasciende para encontrar sus límites en algún punto de «los comportamientos externos», las conductas. Cuál sea ese punto concreto habrá de determinarse con el análisis de las normas al que procederemos.

14 Ad.ex. MARTÍNEZ TORRÓN: en *Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento*.

15 Ad.ex. NINO menciona los casos del médico que objeta la prohibición de suministrar atención sanitaria al enemigo herido de guerra en *Ética y Derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984, p. 250. PÉREZ DEL VALLE alude al militar que comete traición por revelación de secretos sobre armamento con el fin de eliminar diferencias estratégicas y así impedir su empleo y los desequilibrios que los propicien; en *Conciencia y Derecho Penal*, Comares, Granada, 1994.

16 PRIETO SANCHÍS.L: *La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho*. Sistema nº 59, 1984, p. 50.

17 *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, ESCOBAR ROCA pp. 44-46.

18 *Infra.*, cit. 8 y cit. 3.

El que esta libertad permita al ciudadano actuar conforme a su conciencia supone que aparecido el conflicto entre la conciencia y el derecho, podrá aparecer la figura de la objeción de conciencia y la controversia habrá de resolverse como un conflicto de derechos, o derecho–deber reconocidos por el ordenamiento jurídico.

El compromiso asumido por el Estado de defender y tutelar tanto el derecho a la objeción de conciencia como el deber o derecho con el que aquel colisiona, lo coloca ciertamente en un dilema. Se trata de un conflicto de intereses, de una parte el interés general en salvaguardar los derechos y libertades personales, garantizando su inviolabilidad, y de otra, toda vez que el derecho a la libertad de conciencia puede colisionar con deberes impuestos o tutelados por el ordenamiento, un interés también general en no fragmentar la unidad del ordenamiento jurídico, atomizándolo para crear estatutos individuales ajustados a las conciencias particulares.

Resulta evidente que no es fácil resolver este dilema. Pero es el que nos ocupa. Y es de vital importancia resolverlo, porque incuestionablemente la respuesta de un ordenamiento a la objeción de conciencia, constituye un inmejorable banco de pruebas para medir su sensibilidad hacia los derechos de la persona. Un estado verdaderamente democrático se distinguirá por su respeto para con las minorías, los disidentes.

Doctrinalmente, hemos señalado que esta libertad deberá abarcar deberes absolutos (sancionados) y relativos (con pérdida de beneficios), de derecho público y privado (respecto de los que se ha manifestado el Tribunal Supremo —como la objeción a trabajar los sábados—), de obrar y omitir, y personales y patrimoniales. Es ésta una postura sensible para con las conductas individuales, que habremos de contrastar con la adoptada por el legislador. Para ello, procederemos al estudio del reconocimiento del derecho señalado, que condicionará grandísimamente los límites que hayan de imponérsele, ya sea reconocido derecho fundamental, mero derecho a exención de ciertos deberes, o incluso si está o no reconocido.

2. DELIMITACIÓN CONSTITUCIONAL

Ninguna constitución reconoce expresamente la objeción de conciencia como un hecho social que se encuentra moralmente justificado (con las debidas matizaciones). Sin embargo la jurisprudencia extranjera ha señala-

do en diversas ocasiones, que del reconocimiento del derecho a la libertad de conciencia o a la libertad religiosa, se deduce un derecho fundamental: el de la negativa al cumplimiento de aquellos deberes jurídicos incompatibles con la propia conciencia.

La Constitución Española no es una excepción, y tampoco reconoce expresamente ni la objeción de conciencia ni la libertad de conciencia como un derecho fundamental. Antes de buscarle un fundamento, estudiaremos el tipo de norma constitucional (dada la coexistencia en la Constitución de normas de muy diversa naturaleza) más adecuada para dicha fundamentación. Nos parece aconsejable adoptar el punto de partida metodológico de ESCOBAR ROCA¹⁹. Supone buscar en primer lugar, una norma que permita atribuir a la objeción de conciencia el carácter de derecho fundamental, dado que estos son los derechos que gozan del más alto nivel de protección en el seno de un ordenamiento jurídico. Para ello aludiremos a las reglas o normas materiales vigentes, pues aún admitiendo con PÉREZ LUÑO que los derechos fundamentales se encuentran reconocidos en diferentes tipos de normas²⁰, sólo la norma material o regla, nos permitirá argumentar suficientemente la consideración de la conducta analizada como derecho fundamental.

2.1. La libertad de conciencia

Centrémonos por tanto en el reconocimiento que de el derecho a la libertad de conciencia se hace en nuestra Constitución. Debemos constatar que expresamente no se consagra como tal. Ello ha propiciado que se viertan ríos de tinta en la interpretación del artículo 16.1. *Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación que (...).*

Son multitud los estudios que tratan las incuestionables relaciones entre la libertad ideológica, la religiosa y la de conciencia, y al respecto no existe

19 *La objeción de conciencia en la Constitución Española*. ESCOBAR ROCA, G.

20 *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. PÉREZ LUÑO, Tecnos, Madrid 1986, 2ª ed, pp. 66–67. En ese sentido *Theorie der grundrechte*, R. ALEXY, esp, p. 71 y ss.

una postura unánime. Antes bien, existe una gran división doctrinal, legal²¹ y jurisprudencial. Para unos, la libertad de conciencia engloba a las otras dos, para otros —entre ellos el Tribunal Constitucional— es la libertad ideológica la que abarca a las demás. Seguramente estamos ante una única realidad social que se resiste a su escisión en categorías dogmáticas²². De cualquier manera, son mayoría los que por una u otra vía de interpretación, entienden la libertad de conciencia comprendida en este artículo 16²³.

Prescindiendo de las distinciones entre las tres libertades fundamentales²⁴, la línea de interpretación más adecuada a nuestro juicio es la de HERVADA²⁵, quién partiendo del análisis de las declaraciones internacionales de derechos humanos (en especial los artículos 18 y 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 18 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos), entiende reconocida la libertad de conciencia en la Constitución Española del 78 en base a:

1. Las menciones marginales de la conciencia. Art. 30.2 en relación con la objeción al servicio militar y art. 20 mandato de desarrollo de la cláusula de conciencia de los periodistas.

2. La necesidad de interpretar los derechos fundamentales, tal y como exige la Constitución en su art.10.2 de acuerdo con «*La Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*». En nuestra opinión, sería deseable añadir dos notas:

21 Así apreciada por ESCOBAR ROCA en la rúbrica *Delitos contra la libertad de conciencia* que preside la regulación de los tipos de los arts. 205 a 212 del C.P., que claramente protegen la libertad religiosa.

22 Tesis de la esencial unidad de las tres libertades en GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M.: *Objeción de conciencia y libertad religiosa e ideológica en las Constituciones*.

23 SERRANO ALBERCA, entiende la libertad de conciencia como manifestación de la libertad de pensamiento y en concreto, un aspecto de la libertad de creencias. En opinión de BENEYTO, es la expresión «creencias» que aparece en el art.16.2 el aspecto que integra la libertad de conciencia. Así en *Comentarios a las leyes políticas*. ALZAGA VILLAAMIL, t. II, Madrid 1984, p. 347.

24 Al respecto, existe una ingente cantidad de referencias doctrinales. Ad.ex. citaremos *Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica*, JAVIER HERVADA, en *Persona y Derecho* 1984, pp. 13 y ss.

25 *Ibidem*, p. 27.

a) Que tanto ideologías como religiones, incluyen entre sus postulados llamadas a la acción que son frecuentemente normas morales de conducta. Resulta evidente por tanto que son susceptibles de provocar conflictos de conciencia.

b) Que la interpretación finalista y sistemática apoya esta afirmación. Efectivamente, si la finalidad de la libertad ideológica y religiosa es garantizar el libre desarrollo de la personalidad del art.10, dicha finalidad quedaría enormemente sesgada si se impidiera al individuo comportarse de acuerdo con su conciencia.

Por todo ello, la libertad de conciencia debe ser considerada en España un derecho fundamental, reconocido en el art.16, Sección 1ª del Capítulo II del Título 1º de nuestra Constitución, con todas sus implicaciones. Reconocida esta libertad, se abre paso la posibilidad de que la antinomia derecho-conciencia se presente en modo de objeción de conciencia. De su regulación dependerá la realidad material de la libertad de conciencia formalmente proclamada como derecho fundamental en nuestro país.

2.2. *La objeción de conciencia*

Frente al concepto general propuesto, nuestra legislación no ofrece una definición. Se limita a regular un tipo de objeción concreta, la objeción al servicio militar recogida en el art. 30.2 y a regular en desarrollo del mandato constitucional del art. 20.1d, la cláusula de conciencia.

Partiendo de las expresas menciones en la Constitución, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, el desarrollo legislativo de la cuestión y las posiciones doctrinales, habremos de concluir si existe en nuestro ordenamiento o no, un derecho general a la objeción de conciencia.

La Constitución Española de 1978 contiene dos referencias expresas: El art. 30.2 establece: *«la ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria»*.

El tenor literal de este artículo, impide fundamentar en él la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia tal y como fue definida con anterioridad. Es contundente: *«así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio»*.

Lo mismo ocurre con el art. 20.1: «*Se reconocen y protegen los derechos a: d) comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades*». Ciertamente reconoce el derecho a la cláusula de conciencia, término técnico cuyo estudio no procede en esta sede, pero que indiscutiblemente tampoco es general. Queda restringido de modo innegable por la literalidad del artículo: «*En el ejercicio de éstas libertades*».

Fuera de estas dos referencias expresas, otros dos preceptos podrían encajar el derecho general a la libertad de conciencia, sin que aparezca en su literalidad.

Art. 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(...)*».

Esta alusión a la integridad moral es peculiar del ordenamiento español. Pero la doctrina mayoritaria ha considerado que a tan ambigua expresión hay que dar una proyección limitada²⁶. Entiende que no es un derecho independiente del de integridad física. Con RODRÍGUEZ MOURULLO creemos que ese binomio «integridad física y moral» tiene un significado equivalente al de «incolumidad personal», en la inteligencia de que intenta proteger al individuo de la tortura entendida en su sentido más amplio.

Art. 16.1. «*Se reconoce 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*».

Hemos concluido que la libertad de conciencia aparece contenida en este precepto. En principio ya señalábamos, que tal reconocimiento, sin la posibilidad de una objeción de conciencia general supondría un derecho descabezado, menos aún, la sombra de un derecho. Dado que la objeción de conciencia es una manifestación de la libertad de conciencia, parece imposible disociarlas.

Ante esta evidencia, resulta asombroso que desde distintas posiciones se intente una separación que no parece sino la paranoica búsqueda de una doble personalidad.

²⁶ *Sistema político de la Constitución española de 1978*, SÁNCHEZ AGESTA, Edersa, Madrid, 6ª ed, 1991, pp. 128-129.

Así, en el proceso constituyente, el senador CASALS PARRAL (UCD), rechazando sendas enmiendas al art.16 que proponían «reconocer el derecho a la objeción de conciencia» (una general y otra reducida al servicio militar) intervino:

«No puede confundirse la libertad de conciencia con la objeción de conciencia, y no puede entenderse ésta incluida en aquella libertad. Objeción es precisamente objeción a algo, y ese algo es necesario que sea algo concreto, por lo no que podemos aceptar que tiene un sentido general»²⁷.

El mencionado senador, citando en su favor el Derecho internacional, el argumento sistemático y el de no redundancia, identifica la objeción de conciencia y objeción al servicio militar²⁸.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Como intérprete supremo de la Constitución, condición que le otorga el art. 1.1 de su ley orgánica, y en atención a la trascendencia que para el sistema de fuentes tienen sus sentencias, nos viene obligado referirnos a sus planteamientos.

Aunque no siempre emplea la expresión *objeción de conciencia*, el grueso de su jurisprudencia referida al art. 16.1 trata significativamente de esa hipótesis.

En la **STC 15/1982**, referente al problema de los objetores al servicio militar por motivos no religiosos (entonces no reconocidos por el Decreto 3011/1970) el Tribunal señala:

«tanto la doctrina como el derecho comparado, afirman la conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia. Para la doctrina, la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma(...) y puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el

²⁷ Constitución Española. Trabajos parlamentarios. Cortes Generales, Madrid, 1980.

²⁸ *Ibidem* pp. 4.421-4.422.

art. 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido expresa e implícitamente en el ordenamiento constitucional español»(FJ6).

Si esta sentencia no es suficiente para algunos como para considerar que queda reconocido un derecho general a la objeción de conciencia²⁹, la sentencia **53/1985** debería disipar las últimas dudas:

«La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art.16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales» (FJ14).

Tan coherente línea, respetuosa para con la libertad de conciencia, quiebra sin embargo en dos sentencias de 1987, que suponen una regresión injustificable. ESCOBAR ROCA, tiende una mano al ofrecer una interpretación en el sentido de que no permiten la objeción de conciencia como derecho absoluto e ilimitado, o como objeción a todo deber jurídico, sea o no susceptible de suscitar un conflicto de conciencia. Pero en nuestra opinión, esta interpretación endulza el amargo tenor de las sentencias:

Este derecho

«por sí no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o subconstitucionales por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos». (FJ3 de la STC 160/1987).

«(...)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 ni en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado (FJ3 de la STC 161/1987).

29 A.e. ESCOBAR ROCA en «La Objeción de conciencia en la Constitución Española», p. 174.

En la Doctrina

Existen innumerables posiciones doctrinales respecto de la objeción de conciencia. Son también muy numerosos los tratadistas que estudian la libertad ideológica y religiosa, aunque por lo general, la cuestión sobre la inclusión o exclusión en dicha libertad de la objeción de conciencia no se detalla en sus obras³⁰.

Cualquiera que sea la adoptada, una posición doctrinal debe ser suscrita atendiendo a la jurisprudencia constitucional y al sistema de valores y principios constitucionales. Minoritaria es hoy la doctrina que excluye la objeción de conciencia del contenido de la libertad ideológica y religiosa³¹.

La mayoría de la doctrina opta por entender el derecho a la objeción de conciencia como parte del contenido de la libertad ideológica y religiosa. Sus razonamientos son muy diversos y siguen caminos muy dispares para llegar a la misma conclusión.

Con el fin de desterrar cuantas objeciones se interpusieran para la consideración del derecho general a la objeción de conciencia como un derecho fundamental, podríamos seguir la línea hasta ahora empleada:

— Respecto de los debates constituyentes, debemos suscribir con HESSE³², las palabras del Tribunal Constitucional Federal alemán cuando señala que «*el proceso de creación de un precepto, sólo adquiere relevancia interpretativa en la medida en que solventa dudas que no pueden ser eliminadas*».

— En cuanto a las manifestaciones del Tribunal Constitucional, debemos recordar la línea mantenida hasta las inexplicables motivaciones (o inconfesables) que supusieron su quiebra con las STC 160/87 y 161/87. Sin embargo, no podemos olvidar la vía abierta por las interpretaciones que salvan la línea mantenida, para considerar esas sentencias meras llamadas de atención sobre los límites de un derecho general de objeción de concien-

30 Así se lamentan GASCÓN ABELLÁN: *Obediencia al Derecho y Objeción de conciencia* pp. 265–266 y ESCOBAR ROCA: en *La Objeción de Conciencia en la Constitución Española*, p. 179.

31 Aunque no son pocos los autores, a.e.SÁNCHEZ AGESTA, PELÁEZ ALBENDEA, MILLÁN GARRIDO, AMÉRIGO CUERVO-ARANGO y otros.

32 C.F. MÜLLER: Heidelberg, 18ª ed., 1991.HESSE, K.: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*,

cia que no puede ser ilimitado. Recuerdan además la interpretación finalista del art. 16 y su necesaria materialidad.

— Frente a las posturas que mantienen que no todo lo que hay en la sección primera del capítulo segundo del título primero es un derecho fundamental, podemos recurrir a su mismo criterio material. Así, es incuestionable que la objeción de conciencia pertenece al grupo de «facultades referentes a ámbitos vitales del individuo en su propia libertad, relaciones sociales o participación política, imprescindibles para su desarrollo como persona y derivados de su propia dignidad de tal»³³.

— Frente a la afirmación de que el derecho fundamental es la libertad religiosa, y la objeción de conciencia es una manifestación de un derecho fundamental, creemos con ESCOBAR ROCA, que se trata de una distinción puramente terminológica. Y más aún, incluso aceptando esa argumentación resulta evidente que la objeción de conciencia constituye la manifestación más tenue de la libertad de conciencia, y que excluida tal manifestación, la merma del derecho lo constreñiría al ámbito interno, algo ciertamente intolerable. Incluso la detallada regulación de supuestos concretos —que sería la solución aportada—, resulta insuficiente hasta para el más previsor de los legisladores³⁴.

En contra del argumento de la no redundancia, debemos sostener una interpretación finalista, sistemática y acorde con la realidad social circundante. Parece inapropiada desde su mismo basamento: el mito casi leibniziano del legislador racional (algo de lo que sin duda están lejos todos los legisladores, y el español más), supone afirmar que las menciones constitucionales expresas del 30.2 y 20.1d, niegan la existencia de un derecho general a la objeción porque éste los haría superfluos. De acuerdo con la realidad, parece más apropiado mantener que esas alusiones son un plus de regulación para los supuestos más relevantes de un derecho general³⁵, lo que además supondría la aquiescencia de esta tesis, toda vez que se dotarían las

33 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J.: *Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales*, REP, nº 71, 1991, pp. 87–88.

34 La realidad lo ha demostrado. Así es significativo el caso de la Sentencia «State of Minnesota v. Hershberger», 444NW.2d–282(1989), y 462 NW 2d–393 (1990).

35 En ese sentido la tesis de los derechos concurrentes, mantenida a.e. por GOMES CANOTILHO, J.J.: *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 4ª ed, 1989, p. 493.

menciones expresas de contenido específico, desapareciendo su predicado carácter superfluo.

Por último, debemos matizar el concepto que de conciencia constitucional ofrecen algunos autores³⁶. No parece adecuado limitar esa conciencia a motivos ideológicos o religiosos en el sentido de ideologías o religiones conocidas. Cabe pensar en la conciencia en su más pura acepción individual, y no debemos olvidar que las ideologías o religiones no se hacen «conocidas» sino por la superposición de las convicciones individuales. Éstas, deben por tanto considerarse amparadas por este derecho.

Por otro lado, la ambigüedad del término «conocidas» es indeseable. A favor de este encuadramiento se argumenta la mayor «facilidad» y seguridad jurídica. Pero estos no son valores sostenibles. Ya advertimos la dificultad de nuestra empresa y ésta desde luego no se nos antoja ni la mayor ni insalvable. Respecto de la seguridad jurídica, el temor de anarquía y disolución del Estado supone una clara y quizás interesada exageración, encubridora de la ideología del miedo a la libertad. En efecto, nada más lejos del reconocimiento de un derecho general a desobedecer.

Por todo lo expuesto y recapitulando:

— El derecho a la libertad de conciencia en cuanto derecho a formar libremente la propia conducta y a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma, constituye en nuestro ordenamiento un derecho fundamental recogido en el art. 16 de la Constitución Española del 78.

— El derecho general a la objeción de conciencia, en cuanto manifestación de la libertad del párrafo anterior consistente en el derecho a negarse a cumplir un deber en principio jurídicamente exigible en base a un juicio de conciencia, se encuentra reconocido en el art. 16 de nuestra Constitución como derecho fundamental.

— Este derecho no es absoluto ni ilimitado, sino una posición «*prima facie*» que puede ceder ante la presencia de diversos límites, cuya única característica común es su asiento constitucional. Obviamente, el juego de tales límites nunca podrá ser tal que reduzca «*ab initio*» el contenido del derecho a su práctica desaparición.

36 Como ESCOBAR ROCA en *La objeción de conciencia en la Constitución Española*.

II. SEGUNDA PARTE: LÍMITES DEL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Una vez precisado el sentido y la función propia³⁷ de este derecho en nuestro ordenamiento, quedan expuestos los llamados límites impropios o intrínsecos a que nos referimos al comienzo de nuestro estudio. Esto es, los que suponen la imposibilidad de invadir los contornos impuestos por el texto de la norma o la concepción constitucionalmente exigida del derecho. Restaría únicamente aludir al supuesto en que el derecho pretende ejercerse de un modo contrario a su finalidad —el abuso de derecho—, para terminar de delimitarlo. Después procederemos a limitarlo³⁸.

La teoría de los límites de los derechos fundamentales, surge como consecuencia del principio interpretativo de unidad de la Constitución y, sobre todo, del de concordancia práctica. Es mayoritaria en la doctrina e indiscutida en la jurisprudencia, y mantiene con toda lógica que la presencia de otros derechos, bienes o valores constitucionales puede introducir alteraciones en el contenido de los derechos, *prima facie* delimitados y siempre tras la oportuna ponderación entre los diferentes bienes en conflicto.

Podemos hablar tanto de límites directos como de indirectos. Según el Tribunal Constitucional son los que se encuentran expresamente mencionados o no, respectivamente, en la Constitución. Los límites del segundo tipo, habrán lógicamente de tener asiento constitucional también, y en un primer momento parecerían algo más problemáticos, sobre todo en el caso en que el bien en colisión se hallase reconocido en una norma de principio, dotada de menor eficacia normativa. Como la misma jurisprudencia constitucional ha reconocido, la cuestión se desplaza siempre a la razonabilidad de la ponderación, ámbito que permite acudir a diversos *topoi* orientadores, como los principios *in dubio pro libertate*, de interpretación restrictiva de los

37 PECES BARBA, Gregorio: *Derechos Fundamentales*, p. 111.

38 La frontera entre los límites impropios y límites en sentido estricto, no parece en cualquier caso claramente precisada, por lo que algún sector de la doctrina, defiende la admisión de los supuestos débiles de objeción, esto es los casos que no se encuentran claramente dentro de la delimitación del contenido del derecho (como la objeción que carece de un claro fundamento moral) para razonar también en estos casos según los criterios de ponderación. A.e. PRIETO SANCHÍS: *Esritos sobre derechos fundamentales*, pp. 154–156.

límites, proporcionalidad del límite al fin y otros. Implica el estudio detallado de cada caso, y estudiaremos los aplicados por la jurisprudencia.

1. EL ABUSO DEL DERECHO COMO ÚLTIMO LÍMITE IMPROPIO

En la doctrina y jurisprudencia iusprivativista, se conforma esta figura como el ejercicio de un derecho subjetivo legal, que daña un interés no protegido por una especial prerrogativa jurídica, y causa un daño inmoral o antisocial —apreciable este último tanto subjetiva (por la intención única de dañar) como objetivamente (por un exceso o anomalía en el ejercicio del derecho)—.

Al extrapolar esta figura al ejercicio del derecho de objeción de conciencia, subsumiría las objeciones que intentan aprovecharse de los beneficios sin que se de el necesario conflicto de conciencia. Supondría la objeción por comodidad o hasta capricho. V.gr, el caso del militarista convencido que para retrasar el cumplimiento del deber, objeta al servicio militar. Resulta evidente que esta conducta no está incluida en la delimitación constitucional del derecho y nos sitúa ante un límite impropio.

Aparece en este concreto derecho una dificultad específica, planteada por la impenetrabilidad³⁹ de la conciencia, que hace más dificultosa la comprobación de los abusos del derecho. La mayor posibilidad de que estos se den en comparación con otros derechos fundamentales basta a algunos autores para negar tal derecho en nuestro ordenamiento. Con nuestra mejor doctrina, consideramos esa postura inadmisibles.

En nuestro ordenamiento existen otras instituciones jurídicas como el dolo o la buena fe que tienen en cuenta el fuero interno de la persona, y se sirven de métodos indiciarios objetivos para su apreciación. En nuestro caso existen sin duda también, métodos indiciarios suficientemente objetivos que permitirán comprobar la sinceridad en la objeción alegada. Ahora bien, esto nos conduce a una cuestión fundamental, la apreciación del conflicto de conciencia.

Al respecto debemos proclamar con MARTÍNEZ TORRÓN la «insoslayable neutralidad axiológica del Estado»⁴⁰ respecto a la valoración de las

³⁹ Algún autor ha llegado a señalar el problema de la prueba como superior al del concepto, como HERZOG.

⁴⁰ MARTÍNEZ TORRÓN: *Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento*, cit, p. 207.

convicciones de conciencia. Sea cual sea el procedimiento de apreciación optado, jamás podrá el Estado evaluar la «sensatez» de las opciones de conciencia de los ciudadanos, independientemente por desdoblamiento del número de sujetos que la suscriban. Así viene impuesto por los principios de neutralidad, libertad religiosa e igualdad, que eliminan cualquier juicio de valor a favor o en contra respecto de las opciones de conciencia en sí mismas consideradas. Resulta de todo punto indiferente que esos juicios de valor se hagan con arreglo a criterios de ningún tipo, intelectuales, políticos, prácticos o incluso estadísticos.

Lo único que le está permitido (y exigido) al Estado, por las más elementales exigencias de la prudencia y la seguridad jurídica, es comprobar la sinceridad del conflicto de conciencia, en el sentido de comprobar que la conducta de esa persona en otros ámbitos es coherente con los imperativos éticos que se alegan fundamento de su objeción. Esta comprobación de ningún modo permitirá al Estado hurgar en los motivos de la convicción ni ningún otro aspecto de una libertad tan estrictamente ligada a la intimidad personal. Principio, por otra parte expresamente recogido en el art. 16.2 de nuestra Constitución, y que imposibilita cualquier acción que tome esa dirección.

Esta postura debe mantenerse a ultranza y de la manera más radical, porque calificada una conciencia, se pueden calificar todas. Y eso es algo totalmente prohibido para los poderes públicos. Esta postura facilita la alegación de motivaciones pseudorreligiosas con intenciones claramente fraudulentas, y dificulta la tarea del Estado, pero en su lucha contra el fraude religioso, nunca podrán emplearse esos métodos valorativos, aún cuando ello suponga perder algunas batallas.

Existen otros medios que son los únicos tolerables, los dirigidos a comprobar exclusivamente la coherencia entre la convicción alegada y la conducta del sujeto. Un ejemplo extraordinariamente ilustrativo es el de la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano sobre el caso **BALLARD** en los años cuarenta⁴¹. El Tribunal renunció incluso a un punto de vista

41 Frente a un evidente fraude religioso, el Tribunal Supremo Norteamericano no podía crear un peligroso precedente para la protección de la libertad religiosa y centró su examen en la insinceridad de las convicciones religiosas de los procesados. Una «religión» (Iam) fundada por Ballard y sus familiares, prometía mediante una campaña postal curaciones milagrosas a quienes demostraran tener suficiente fe: fe que habría de manifestarse por el envío continuado de sumas en metálico a los Ballard. Consciente del fraude y, al mismo

«objetivo» para valorar una irrazonabilísima creencia (por muy objetivo que fuera, se trataría desde el punto de vista de su aceptación social) y juzgó únicamente en base a esa sinceridad aludida.

Por todo lo expuesto, el abuso del derecho, constituye sin duda alguna un límite impropio al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, pero para su apreciación deberá estarse a lo establecido por el art. 16.2 de nuestra Constitución y mantener su más escrupuloso respeto con todas las matizaciones señaladas. En los supuestos dudosos por tanto, se habrá de presumir la sinceridad del objetor en aplicación del principio *in dubio pro libertate*. De otro modo se llegaría al resultado totalmente inconstitucional, de sospechar que todo aquel que ejerce un derecho fundamental está abusando del mismo.

Esta carga de la prueba no es materia pacífica en la doctrina. Nosotros suscribimos la postura de aquellos que niegan que de la atribución al Estado de la competencia delimitadora del contenido de los derechos, se siga necesariamente que la carga de la prueba de la existencia real de un conflicto de conciencia deba corresponder al objetor. Efectivamente el Estado podrá incuestionablemente establecer un procedimiento de comprobación, con arreglo a parámetros objetivos, pero éste siempre deberá ajustarse a los derechos fundamentales —incluido el 16.2—, y nunca podrá obligar al individuo a que demuestre lo que, en muchas ocasiones, no puede ser demostrado.

2. LÍMITES DIRECTOS E INDIRECTOS

2.1. *Directos*

El mantenimiento del orden público protegido por la ley

El tenor literal del **art. 16.1**, establece directamente los límites a la libertad ideológica y religiosa, y por lo expuesto, a la libertad de conciencia:

tiempo, de que no podía valorar el contenido de las creencias religiosas, el T.S. abordó la cuestión desde la perspectiva de la sinceridad de los fundadores de la secta, estimando que ésta no existía, puesto que los Ballard habían proporcionado datos falsos sobre supuestos encuentros milagrosos; más precisamente el Supremo se apoyó en que en la fecha de su pretendida entrevista con el Conde de Saint Germain en París, Guy Ballard se hallaba en USA. Cfr. *United States versus Ballard* 332 U.S. 78 1974.

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

El sentido del precepto habrá de entenderse a la luz de una correcta interpretación de cada una de las expresiones empleadas.

1º «En sus manifestaciones». Algunos autores llegan a limitar el concepto de libertad de conciencia a la libertad de expresión y manifestación en base a este término. Sin embargo nosotros partiendo del análisis que realizamos del concepto de libertad de conciencia y el derecho a objetar, tendremos que optar por otro sentido que se pueda otorgar al término. Con la doctrina mayoritaria, señalamos que hace referencia al ámbito externo por lo que consideramos esta expresión superflua, toda vez que el ámbito interno es irrelevante al derecho.

2º «Sin más limitación». Sólo puede ser coherentemente interpretado como que ninguna norma infraconstitucional puede limitar la libertad ideológica, salvo la ley para «el mantenimiento del orden público». Supone una innecesaria repetición de la reserva general de ley del art. 53.1, pero persigue el fin de cerrar con mayor contundencia el paso a posibles limitaciones del derecho por obra del legislador, que sólo podrían justificarse en la necesaria intervención para la preservación del orden público.

3º «Necesaria para el mantenimiento». Constituye la sanción constitucional expresa del principio de proporcionalidad, de adecuación del medio al fin para las medidas limitadoras de este derecho fundamental. Podría fundamentarse aquí como señala ESCOBAR ROCA, la necesidad de atender a las circunstancias concretas de cada caso, acento que permitiría justificar objeciones en un caso y no en otro, aun cuando el bien limitativo fuera el mismo. De cualquier modo la proporcionalidad expresará sus resultados absolutos en atención a la última expresión.

4º «El orden público protegido por la ley». Es ésta una expresión criticable por varios motivos. En primer lugar por su clara ambigüedad, que permite múltiples interpretaciones. Señalemos las dos más importantes: en sentido estricto⁴², como orden de «la calle», con tranquilidad y seguridad en las personas y las cosas; y en sentido amplio⁴³, como orden fundamental de

42 En ese sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y otros administrativistas.

43 Desde otras ramas del derecho.

la comunidad, idea muy cercana al orden constitucional. En segundo lugar, por las connotaciones de épocas pasadas, que en opinión de MARTÍN—RETORTILLO, hacen «odioso» el término y desaconsejan su recepción por la Constitución. Durante el período franquista, fue empleado para fines represivos de la libertad, llegando a ser sinónimo de limitación discrecional de las libertades públicas⁴⁴.

En la Constitución, se hace referencia al orden público también en el art. 21.2, pero claramente en un sentido estricto. Y en los art. 10.1 y 104.1, se emplea una expresión próxima, «el orden político». Haciendo una interpretación coherente, debería interpretarse su alusión en el art. 16.1 en su sentido estricto, coincidiendo así con su uso habitual en nuestra tradición y lenguaje jurídico.

La concepción imperante no es ésta, sino la que lo interpreta en su sentido amplio, tanto el legislador como la doctrina mayoritaria. Pero aunque sea deseable una interpretación restrictiva, ambas son constitucionalmente legítimas, e impuesta la amplia, las consecuencias prácticas aunque relevantes, no suponen una carta en blanco limitativa, sino reducida a un marco constitucional, por lo que también ofrece garantías aunque más difusas, ya que el orden fundamental de la comunidad, no podrá ser otro que el constitucional, entre cuyos valores se encuentra el derecho objeto de limitación.

2.2. *Indirectos*

Bajo este epígrafe se indagará la existencia de los límites que, no derivados claramente de la alusión constitucional al orden público, se encuentran contenidos en la Constitución, y sean aplicables a todos los supuestos de objeción de conciencia. No estudiaremos por tanto aún, los límites peculiares de cada objeción.

Se han señalado fundamentalmente cuatro, y por lo general con el ánimo no sólo de limitar, sino de eliminar un derecho general a la objeción de conciencia. Son los principios de: *obediencia al Derecho, seguridad jurídica, igualdad y democrático*. Este último fue tratado al hilo de la delimitación constitucional del derecho, en cuanto principio definidor de la estruc-

44 MARTÍN RETORTILLO, I.: *Libertad religiosa y orden público*. Civitas, Madrid.

tura misma del Estado. De todos modos, su tratamiento como principio limitador del derecho arrojará un resultado semejante, porque la ponderación de los principios también constitucionales de Estado de Derecho, el valor de la libertad del art.1.1, y el valor de la dignidad del art.10.1, no permitirían la imposición en todos los casos del proceso democrático de decisión, que aniquilaría esa tenue disidencia.

Principio de obediencia al derecho

El **art 9.1** de la Constitución establece: «*los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*». Frente a autores que pretenden deducir un deber jurídico general de obediencia al derecho de este enunciado, consideramos con ESCOBAR ROCA que dicho deber no debe aceptarse por cuanto que parece más oportuno entenderlo como una norma de eficacia imperativa⁴⁵. Ello no supone relegarlo a un mero deber moral o incluso una norma superflua, como defienden otros autores. Cabría añadir que el término «sujeción», más parece referirse a una actitud pasiva de los ciudadanos, como reverso del principio de fuerza normativa de la Constitución, que a una obligación. Por añadidura, este principio es incorporado al de seguridad jurídica por algunos autores.

Principio de seguridad jurídica

Se trata de un término que lejos de presentar un significado unívoco, tiene multitud de facetas y aspectos. Se garantiza expresamente en el **art. 9.3**: «*la Constitución garantiza ... la seguridad jurídica...*». Este concepto, es ampliado por la mayoría de la doctrina y por el propio Tribunal Constitucional⁴⁶ más allá de la estrechez otorgada por el constituyente.

En esta amplitud, se comprendería tanto la claridad del Derecho (en los presupuestos de hecho y consecuencias de derecho) como la eficacia del Derecho, en el sentido del cumplimiento habitual de las normas, y de la

45 ESCOBAR ROCA: *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, op.cit., p. 233.

46 SSTC 50/1982, FJ3; 67/1984, FJ4; 124/1984, FJ6, entre otras.

imposición de las sanciones por infracción. Los autores mencionados en el apartado anterior, incluirían aquí también la comentada obligación general de obediencia al derecho.

Así entendida la seguridad jurídica, contemplando la posibilidad de colisión entre este principio con un derecho general a la objeción de conciencia, algún sector doctrinal e incluso el Tribunal Constitucional como vimos, se pronuncian en el sentido de que el reconocimiento de tal derecho «significaría la negación misma de la idea del Estado» como consecuencia al parecer de una pérdida total de la seguridad jurídica.

Como mantuvimos, resulta inaceptable la negación de ese derecho para mejor salvaguardar la seguridad jurídica, porque el objetor no incumple el derecho, lo cumple (vía art.16 o 30.2, dependiendo del objeto); porque no objeta a todo el ordenamiento jurídico, sino a un concreto deber jurídico; más aún, no objeta un bien jurídico concreto por lo general, sino que con frecuencia lo objetado es el modo concreto de imponerlo por el legislador; y porque el principio de la unidad sistemática de la Constitución exige que el principio se pondere con los demás bienes fundamentales recogidos por la Constitución.

Por todo ello, la seguridad jurídica no resulta contravenida por el reconocimiento de un derecho general a la objeción de conciencia. Otro planteamiento, propio de un fanático de la seguridad jurídica como BENTHAM⁴⁷, parece más en nuestra opinión, un subterfugio ideológico para limitar indiscriminadamente los derechos de libertad, y reprimir las disidencias de las minorías. Proteger a la mayoría no presenta dificultades, es el tratamiento de las minorías donde un verdadero estado plural y democrático de derecho se diferencia.

47 Expresión de GONZÁLEZ VICÉN, F.: *La obediencia al derecho*, cit., p. 383. “¿Hay un sólo Estado que pudiera mantenerse un día si cada uno se creyera obligado en conciencia a resistir las leyes que no fueran conformes a sus ideas particulares sobre la ley natural y la ley revelada? ¡Qué guerra sangrienta y horrible entre todos los intérpretes del Código de la Naturaleza, y todas las sectas religiosas!” BENTHAM, J.: *Traites de Legislation civile et penale* 1802, Trad. de SALAS, R.: *Tratados de Legislación civil y penal*, Editora nacional, Madrid, 1981, pp. 94–95.

Principio de igualdad

Este principio presenta una gran versatilidad, y es empleado tanto para negar el derecho general a la objeción de conciencia, como para sostenerlo. Es evidente que la ley puede procurar diferentes tratos a diferentes individuos. Y en aplicación de la justicia que ya defendiera Aristóteles, el principio de igualdad exige hoy que la diferencia en el trato sea objetiva y razonable.

Está fuera de toda cuestión que la existencia de un derecho fundamental justifica sin duda una diferencia en el trato. Lo que con frecuencia impondrá el principio de igualdad en su ponderación con la libertad de conciencia, será una prestación sustitutoria. V.gr. la prestación social sustitutoria del servicio militar recogida en el art. 30.2 de la Constitución. Ello no será siempre posible —como en el caso de la objeción a un determinado tratamiento médico—. Sí será deseable que se prevea en aquellos supuestos en que el deber objetado posea una mínima entidad, y por tanto sea susceptible de crear discriminación para con los no objetores. Pero cuando no exista la alternativa, ello no podrá determinar la anulación del derecho a la objeción de conciencia.

De lo expuesto se deduce que no podrán en ningún caso considerarse límites «*ab initio*» del derecho general a la objeción de conciencia ninguno de estos principios. Todos son compatibles con su reconocimiento constitucional. En cuanto principios reconocidos constitucionalmente habrán de entrar en la ponderación que se realice en cada particular caso, pero con las matizaciones señaladas y sin que en ningún caso puedan llegar a vaciar de contenido el derecho a la objeción de conciencia. Son los principios de seguridad jurídica e igualdad los que podrían operar como límites indirectos. El de seguridad jurídica resulta peligroso por su ambigüedad y sólo en función de una reducción Hobbesiana podría operar como límite general al derecho de objeción de conciencia. El de igualdad puede imponer prestaciones alternativas cuando el deber sea susceptible de crear discriminación.

3. LÍMITES A LA OBJECIÓN AL SERVICIO MILITAR

Es ésta la única alusión expresa que se contiene en nuestra Constitución a la objeción de conciencia, **art. 30.2**; (al margen de que la cláusula de

conciencia pueda subsumirse por ciertos autores en el ejercicio de una objeción de conciencia). La misma ha supuesto la aparición de una considerable legislación de desarrollo, tanto legal como reglamentaria, un mayor número de pronunciamientos judiciales nada concordantes, una ingente bibliografía y centenares de presos de conciencia en las cárceles de nuestro país. La historia de la objeción de conciencia al servicio militar y su prestación social sustitutoria, es en España la crónica de la intransigencia oficial, y sólo tristes frutos ha proporcionado. Habremos por tanto de analizar todas las piezas de este rompecabezas desencajado. Como hicimos con el derecho general a la objeción de conciencia, analizaremos los límites impropios que se derivan de la naturaleza de este derecho, para ahondar y estudiar los límites propios impuestos por nuestro ordenamiento y concluir con una reflexión sobre la problemática suscitada.

Apoyados en nuestra tesis, que supone que la objeción de conciencia se configura en la Constitución española como un derecho fundamental autónomo, mantendremos que la referencia que a ella se hace en el art. 30.2, también constituye un derecho fundamental y se encuentra en relación de especialidad con el art. 16. La interpretación del precepto dista de ser pacífica, y ello por su ambigüedad, su relación con el art. 30.1 y la existencia de cláusulas tan oscuras como «*con las debidas garantías*». Por todo ello, existen posturas que defienden que este precepto no recoge un derecho fundamental, sino un derecho constitucional autónomo y únicamente a la exención del servicio militar. Con CÁMARA VILLAR creemos que una delimitación constitucional del problema habrá de pasar por el análisis detallado del art. 30 en sus párrafos 1 y 2 y especialmente del «deber de defender a España». Efectivamente, el escueto enunciado del **art. 30.1** señala: «*Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España*» y el **art. 30.2** añade: «*La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria*».

3.1. El deber de defender a España

El Tribunal Constitucional, configura este derecho como constitucional autónomo, atribuyéndole el contenido de consistir en la excepción a un

deber, en cuanto derecho a solicitar y a obtener eventualmente el reconocimiento de la condición de objetor, y en consecuencia, la exención del cumplimiento del servicio militar, sustituyéndolo por la realización de la prestación social. A estos efectos, equivocadamente⁴⁸, la mayoría del Tribunal condiciona el proceso interpretativo en su conjunto, adoptando como punto de partida sin más consideraciones la identificación del deber de defender a España en exclusiva, con el cumplimiento de las obligaciones propiamente militares. Así se expresa el Tribunal por ejemplo en las **STC 15/82-FJ7**, **STC 160/87-FJ3** y la también célebre **STC 161/87**.

En la doctrina, existen fundamentalmente dos líneas de interpretación, una minoritaria que sigue al Tribunal Constitucional, y otra mayoritaria⁴⁹, que más acorde con la concepción actual y la realidad, amplía el contenido de ese deber, para entender el servicio militar como una de las formas de cumplirlo.

La reducción a un concepto militarista del deber de defender a España supone, aparte de otras consecuencias, que la prestación social sustitutoria no puede ser manifestación de ese deber, y la lógica implícita en el argumento del Tribunal impone que, no explicada la fuente de la que mana, estamos ante una sanción a los disidentes, y no una reparación mediante otra forma de expresión de ese deber.

Por añadidura, no se entiende que tras la prestación, los objetores queden en situación de reserva, sino en función de que su labor se integre del contenido de defender a España. Y por último como señala PÉREZ TREMPs, resulta «absurdo que el Estado no pudiera establecer otras obligaciones para la defensa, no ya a los objetores, sino a cualquier otra personas que por distintas razones (sexo, defecto físico, etc...) no pudiera defender a España con las armas⁵⁰.

48 *La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*. CÁMARA VILLAR, Civitas, Madrid 1991, p. 203.

49 AMÉRIGO CUERVO-ARANGO: *La objeción de conciencia...*, cit., p. 42; MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: *Constitución Española y Objeción de Conciencia (acerca de las STC 160 y 161/87, de 27 de octubre)*, RGD, nº 523, 1988, pp. 1.772-1.773; MILÁN GARRIDO, A.: *La Objeción...* cit., pp. 145-155; y sobre todo y magistralmente en *La Objeción...*, CÁMARA VIDAL, G: op. cit., pp. 203-223.

50 *La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo*, PÉREZ TREMPs, P.: Anuario de Derechos Humanos, nº 2, Madrid 1982, p. 700.

Pero aparte de todas estas advertencias, que descalifican ya de por sí esa interpretación reduccionista, podemos construir una interpretación que sí cuente con acomodo constitucional.

El bien jurídico que se defiende, no es otro que la pervivencia del Estado tal y como se organiza políticamente en la Constitución, y ello no sólo «*ad extra*», protegiéndole de las agresiones, sino también «*ad intra*», por la conservación del orden jurídico instituido y la pervivencia del conjunto social frente a insurrecciones o situaciones límite (como el estado de sitio). Se protege así la seguridad nacional en su más amplio sentido.

La pretendida diferencia entre defensa en sentido estricto y su significado más amplio, que identifica la primera con las acciones armadas, no parece en nuestra opinión sostenible, y las guerras totales que han asolado Europa este mismo siglo, lo han demostrado. Existen numerosos estudios al respecto, que desde una perspectiva realista, defienden la potenciación de esa defensa popular no armada. Su eficacia está hoy fuera de duda, y en países como Suecia se integran desde 1966 en la definición política del plan de defensa específico. Resulta evidente que el conjunto de operaciones que componen la protección civil en caso de guerra, como los servicios de alarma, los refugios, la evacuación, la asistencia sanitaria y tantos otros —art. 1.3 de la ley 2/85, de 21 de enero, de Protección civil—, son manifestaciones necesarias de la defensa nacional y así vienen definidas por la ley.

El derecho internacional corrobora esta línea argumentativa al entender que la defensa es, en sentido positivo y normalizado, contribuir a mantener la paz de la sociedad nacional e internacional. Así el objetivo básico que se impone la ONU y por el que nace, no es otro que: **art. 51.1** de la Carta de Naciones Unidas, «*mantener la paz y seguridad internacionales, y con tal fin, tomar medidas colectivas y eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz; y lograr por medios pacíficos y de conformidad con los principios de justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir al quebrantamiento de la paz*».

No creemos necesario señalar cómo ello afecta a España en su categoría de miembro. De modo que esa declaración, integrada en nuestro ordenamiento, no hace sino subrayar lo que el resto del derecho positivo consagra. Así, el preámbulo de la Constitución, proclama la voluntad de la nación

española de «colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra».

El legislador también camina por esta senda, y por ello el **art. 2** de la **LODNOM**, define la defensa nacional como «*la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la nación ante cualquier forma de agresión, debiendo los españoles participar en el logro de tal fin(...)*».

Aunque la Constitución no define la defensa nacional, su identificación con la militar contraviene su espíritu, porque para ello hubiera bastado que siguiera la línea de los anteriores textos constitucionales, imponiendo el derecho y el deber de defender a España «con las armas», (excepción hecha de la republicana de 1931, todas lo hacen). Este deber, se contiene en el párrafo segundo del art. 30 suficientemente, y su repetición en el primero lo haría superfluo⁵¹.

Por todo lo expuesto, la única interpretación posible del deber de defender a España, incluye al objetor en su contenido, y entiende que su servicio aunque de «un modo menos llamativo, carente del resplandor de las armas, sin divisas, grados ni estrellas, falta de la fascinación que puede ejercer el hombre armado; pero de un modo pleno de humanidad, de solidaridad, de fuerza no violenta, de espíritu de servicio. Un modo distinto de concebir la virilidad y de poner la propia fuerza al servicio de la colectividad»⁵², defiende también a España. Por tanto, no quedando fuera de él, no limitará el derecho *ab initio*, como a primera vista hubiera podido parecer.

Otra consecuencia importante de esta delimitación del deber de defender a España es la posibilidad de interpretar conforme a la Constitución la opción del legislador por un ejército profesional. Fundamental consecuencia que se deriva de la no consagración expresa del modelo de reclutamiento forzoso y una interpretación unitaria del texto constitucional. Pero ésta es materia para estudio en otra sede.

51 Aún cuando los debates constituyentes aportan poca luz al respecto, incluso desde el estamento militar se ampliaba el concepto de defensa. A.e. las manifestaciones del Almirante GAMBOA SÁNCHEZ BARCAITZEGUI en la enmienda que citamos ya al art.30.2, *Constitución Española, Trabajos Parlamentarios...* op. cit., p. 3.385 tomo III.

52 VENDITTI, R.: en el Prólogo a la obra *La objeción de conciencia al servicio militar y la pretación social sustitutoria*, MILLÁN GARRIDO, Tecnos, Madrid 1990, p. 14.

3.2. *Las debidas garantías*

Esta enigmática expresión admite tres interpretaciones, aunque en cualquier caso, por su generalidad y vacuidad nos parece superflua. Así, tanto PELÁEZ ALBENDEA como MILLÁN GARRIDO, coinciden en señalar tres posibles vías que al final conduce a esa conclusión:

1. Garantías frente al objetor, que permitan evitar el abuso del derecho. En su favor, esta interpretación cuenta con que el referir las garantías a la regulación de un derecho fundamental, sería superfluo, pues todos han de ser regulados con las debidas garantías. Pero ese celo en controlar el abuso de derecho —si se interpretara así—, nunca podría convertirse en exceso. Por ello, no es ésta una vía legítima para justificar la mayor duración de la prestación social sustitutoria en cuanto garantía de la sinceridad del objetor. En esta cuestión, habremos de abundar más adelante.

2. Garantías del objetor, interpretación que subraya la necesidad de auténtica protección legal para el objetor. En su favor, juega el principio de interpretación más favorable para los derechos fundamentales, en conexión con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en STC 15/1982.

3. Interpretación conciliadora, que como MILLÁN GARRIDO Y PELÁEZ mantienen, supone la imposibilidad de llenar de contenido la cláusula sin ningún otro apoyo que la toma de partido por un determinado sentido. En este caso y como señalábamos al principio, nos parece que la cláusula obedeciendo a un arranque de locuacidad del constituyente, resulta huera y si bien oscura, no provoca tensiones por su total vacuidad.

3.3. *Derecho fundamental*

Como hemos señalado, el TC configura el derecho a objetar al servicio militar del **art. 30.2**, como un derecho constitucional autónomo, negándole el carácter de fundamental. Constituye así una nueva categoría dogmática, separándose de lo expuesto en sus sentencias anteriores a 1987, para sancionar la peculiar interpretación realizada por el legislador ordinario. Estas vacilaciones se deben a que el derecho se ubica en la Constitución con un pie en la sección del Capítulo II, 1º y otro fuera. Uno en la 1ª por su relación con el art.16 y sobre todo ex art. 53.2 y 81.1, y el otro en la Sección 2ª por su locación formal.

Como todo el derecho, las libertades fundamentales no se sustraen a la historicidad, y como señalan el tristemente asesinado TOMÁS Y VALIENTE y BOBBIO, carecen de naturaleza óptica. Por ello nuestra realidad es la Constitución (aquí y ahora) y su interpretación. Y sin embargo el intérprete supremo, aparece aquí descalificado por su amplio sector de nuestra doctrina⁵³.

Si nuestra tesis se mantiene en pie, no cabrá desligar este derecho del fundamental contenido en el art.16. Pero el Alto Tribunal mantiene que *«es justamente su naturaleza excepcional, derecho a una exención de una norma general, a un deber constitucional, como es la defensa de España, lo que caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental» FJ3, STC 160/87.*

Se centra así en el argumento material, dado que el formal resulta aún menos pacífico en la doctrina. Ésta señala el doble significado con que el término derecho fundamental es empleado por el Tribunal, tanto para referirse a la Sección 2ª del Capítulo I, como a todo el Capítulo I, y mantiene que de ninguna manera constituye la protección especial de reserva a ley orgánica una de sus notas constitutivas, sino que supone un plus de seguridad.

El argumento material tampoco es admisible, en cuanto que como el mismo Tribunal ha señalado, se trata de «una especificación de la libertad de conciencia», que supone el derecho a «obrar de modo conforme a los imperativos de la misma»⁵⁴.

En la necesidad tantas veces resaltada de que la interpretación del contenido y alcance de los derechos fundamentales «ha de hacerse considerando la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno, valorándolo en relación con los demás», parece algo completamente «lógico y evidente» como mantuvo el magistrado DE LA VEGA BENAYAS en la STC 160/87, que la objeción es concreción o especificación de la libertad de conciencia. Funcionalmente, aquélla es un instrumento de ésta, y estructuralmente, ésta es un prius lógico de aquélla.

En suma, constituye un derecho fundamental por su dependencia directa de la libertad de conciencia desde que coexiste con la obligación de cumplir

53 Tanto CÁMARA VILLAR, como ESCOBAR ROCA, CRUZ VILLALÓN y otros.

54 STC 53/85.

el servicio militar. En el art. 30, creemos con CÁMARA VILLAR que no se está reconociendo en puridad el derecho a la objeción de conciencia, sino determinando el cauce adecuado de su ejercicio en este concreto supuesto, para parificar la condición de objetores y no objetores.

Por ello, su manifestación como instrumento jurídico es autónoma del reconocimiento constitucional de la libertad de conciencia. Y recordamos que nuestra Constitución ha de ser examinada con la historia en la mano por las especiales circunstancias que la rodearon en su alumbramiento.

Concluida así la delimitación constitucional de este derecho fundamental, podemos abordar su limitación, que nos conducirá a la normativa legal desarrolladora del mandato constitucional del art. 30.2.

3.4. Límites del derecho

El reconocimiento de este derecho, no supone la alternatividad absoluta en los modos de defender a España. Una forma es obligatoria y la otra sustitutiva, por mandato legal. No estamos por tanto ante una libre opción personal, sino ante una vía que permite reconciliar el principio de igualdad con el ejercicio de la objeción de conciencia. Al ser el servicio militar obligatorio, debe regularse ese procedimiento conciliatorio, que sólo en ese sentido es excepcional. Y en su regulación es el legislador el encargado de poner cauce a la libertad. Las limitaciones que ha impuesto, son muy discutidas por la doctrina y contravienen el derecho internacional, imponiendo a nuestro juicio límites incluso inconstitucionales, en base a ponderaciones muy discutibles.

3.4.1. Por los motivos

El **art. 1.2** de la **ley 48/84**, establece el elenco de los motivos alegables: «*Los españoles(...) que, por motivos de conciencia en razón de una convicción de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otros de la misma naturaleza...*».

Esta enumeración es muy amplia, y hasta reiterativa, dado que «ética y moral» son claramente identificables, y tanto el humanitario como el filosófico son fácilmente encuadrables en los anteriores. Aún dada la amplitud de éstos términos, se añade la cláusula general «*otros de la misma naturale-*

za». Se sacrifica así la exactitud terminológica para tratar de evitar cualquier duda en el caso concreto.

Los motivos religiosos, los primeros históricamente en alegarse habrán de incluir tanto a religiones en sentido estricto como a las sectas, en virtud de la referencia del art. 16.1 a «las comunidades», por cuanto que ambas son religiones.

Son los motivos políticos y los selectivos los que plantean dudas, aquellas situaciones fronterizas y poco claras que no permiten una solución inmediata. En cualquier caso recordemos que se trata de límites al conflicto de conciencia, siendo la existencia de éste el requisito indispensable para conceder la objeción. Lo que la ley hace es limitar la naturaleza de los motivos que provoquen ese conflicto.

La objeción política está fuera del tenor literal del artículo a primera vista, salvo que sea en el caso concreto reconducible a motivos filosóficos o de análoga naturaleza. Por tanto esas motivaciones «puramente políticas» son rechazables en cuanto «partidarias»⁵⁵, esto es, que supongan una incompatibilidad profunda no con cualquier servicio militar o empleo de las armas, sino sólo con aquél que se vincula a unas determinadas características políticas de uno u otro signo, de la organización defensiva del país, del tipo de régimen o del tinte político de los gobernantes.

Con BERTOLINO, las consideramos «meras opiniones incapaces de generar un mandato ético de carácter vinculante»⁵⁶. Sólo aquellas objeciones que nacieran de una concepción política del mundo que el ciudadano pudiera vivir como profundamente incompatible con el servicio militar serían aceptadas, ya fuera vía motivos «filosóficos», vía «otros de naturaleza similar».

El otro supuesto problemático lo constituye la denominada objeción selectiva, que algunos autores asimilan a la política, a nuestro juicio apresuradamente. Supone la negativa al servicio militar en tanto en cuanto se practique bajo determinadas condiciones, y parece en principio más peligrosa por la crítica a una política determinada del Gobierno que suele aparejar, v.gr. que se practique en Vietnam, en el Golfo Pérsico, etc.

⁵⁵ Así calificadas por CÁMARA VILLAR: en *La objeción de conciencia...* op. cit., p. 285.

⁵⁶ BERTOLINO, R.: *L'obezione de coscienza negli ordinamenti giuridice contmporanei*, Giappicheli, Turín, 1967, pp. 74-84.

Creemos que únicamente cuando sean reconducibles a las motivaciones del art. 2 será posible su aceptación. Ello no es infrecuente por cuanto suele acompañarse de un pacifismo relativo. En cualquier caso, deberá estarse al caso concreto.

3.3.2. La incongruencia

El **art.4.2**, continuando su regulación establece: «El consejo podrá denegar la solicitud cuando, sobre la base de los datos e informes de que disponga, perciba **incongruencia** entre los motivos alegados por el solicitante y las conclusiones que se desprendan de las actuaciones obrantes en el expediente».

Se persigue así el abuso de derecho que analizamos como límite impropio del derecho. Aun cuando en su párrafo tercero el Consejo queda tajantemente impedido para valorar las doctrinas alegadas, creemos con CÁMARA VILLAR que el término **incongruencia** es poco afortunado, y que nunca podrá el objetor ser confrontado con la resolución de difíciles dilemas valorativos o intelectuales, y nunca operarán como causas de degeneración las incongruencias lógicas entre valores, o entre ellos y las doctrinas que pudieran derivarse de la defectuosa exposición por parte del objetor. Para un mayor abundamiento vid. el abuso de derecho en página 552.

3.3.5. Temporales

Es en estos límites temporales donde más ha insistido la doctrina en su inconstitucionalidad. La legislación impone dos límites temporales al derecho, el primero directo, en los art.1.3 y 2.2 que lo suspende, y el segundo indirecto, que supone la mayor duración de la prestación social sustitutoria.

A. La objeción sobrevenida

El **art. 1.3** limita traumáticamente el derecho para hacerlo desaparecer desde el momento de incorporación a filas hasta su conclusión. Ya vimos que ningún derecho es ilimitado y que habría de ceder en ocasiones ante ponderaciones, pero ¿es ésta una ponderación razonable? ¿Respeto la misma Constitución en su art. 53.1? Tanto el Defensor del pueblo como la

Audiencia Nacional respondieron negativamente y presentaron sendos recursos y cuestión de inconstitucionalidad contra la **LROCPSS**. El Tribunal Constitucional da el espaldarazo al Gobierno, en base a las siguientes razones:

— De la ponderación de los bienes afectados (el derecho individual vs. el colectivo de la defensa de España), concluye que la organización de las FFAA y la defensa nacional se erigen en límites «*ab initio*» a su ejercicio durante el servicio en filas.

— No desnaturaliza el contenido esencial del derecho porque «no parece excesiva la restricción impuesta por el art.1.3» porque salva «el pleno ejercicio de la objeción antes y después del período en el que se suspende o excluye su ejercicio».

— Lo justifica «en atención a la organización interna del servicio militar obligatorio», y se apoya en el «dato de la experiencia» consistente en la observación de que en nuestras sociedades democráticas unas reconocen la objeción sobrevenida y otras no, lo que «induce a pensar que el derecho sigue siendo el mismo con o sin reconocimiento de su ejercicio en el período excluido».

Pero con nuestra mejor doctrina suscribimos la inconstitucionalidad de esta resolución, en base a los siguientes razonamientos:

— La legitimación para limitar los derechos fundamentales nunca podrá franquear el límite de los límites, su «contenido esencial» **art. 53.1**, so pena de provocar la inanidad de su reconocimiento y garantía. Esta resolución no limita el derecho para armonizarlo, sino que lo fulmina y hace desaparecer totalmente.

— El mismo Tribunal ha precisado que ese contenido esencial se rebasa o anula cuando el derecho en cuestión se somete a limitaciones que lo hacen impracticable o lo despojan de la protección necesaria⁵⁷. Así lo estiman en este caso los magistrados RODRÍGUEZ PIÑERO y A. LATORRE SEGURA en sus *Votos Particulares*. Éste último señala que el art.1.3 vulnera «el contenido esencial de aquel derecho, pues no supone un condicionamiento o restricción del mismo, sino su privación temporal no autorizada por la Constitución»⁵⁸.

57 STC 11/81.

58 STC 161/87.

— No resulta justificable anteponer la razón burocrática de la administración militar al contenido esencial del derecho fundamental individual para anularlo radicalmente. Más razonable nos parece la ponderación del magistrado DON MIGUEL RODRÍGUEZ PIÑERO, de acuerdo con la solución alemana de mantener al soldado objetor en su puesto mientras se tramite su reconocimiento. Eso supondría una limitación del derecho justificable a nuestro entender, y no su actual aniquilación.

— El dato de la experiencia parte de una recogida de datos cicatera y torticera: Alemania, Finlandia, Holanda, Noruega y Suecia reconocen la objeción de conciencia sobrevenida, y también lo hace el Parlamento Europeo en su Resolución de 7 de enero de 1983, y en la de Octubre de 1989. No parece un argumento sólido para anular un derecho fundamental por tanto, el que la experiencia de otros países inmovilice nuestra solución jurídica.

Ante un límite aberrante como éste, la doctrina⁵⁹ ha señalado que la única razón visible para los tan difíciles equilibrios dialécticos del Tribunal Constitucional, es encontrar una solución *ad hoc* para su excesiva preocupación por las imaginables consecuencias prácticas del reconocimiento de la objeción sobrevenida. El derecho comparado demuestra que esos temores eran infundados, la incidencia numérica de quienes ejercitarían este derecho incorporados a filas sería muy escasa.

La solución arbitrada es sin duda la peor de todas, tanto jurídica como políticamente. Pasa por encima de las convicciones más íntimas sin justificación suficiente, vulnera el libre desarrollo de la personalidad, el contenido fundamental del derecho y el principio de proporcionalidad.

B. Duración del servicio

El legislador queda habilitado para fijar la duración de la prestación social sustitutoria. Pero esta facultad no puede permitirle vulnerar el principio de igualdad del **art. 14** de nuestra Constitución.

En Italia, la Corte Constitucional solucionó el problema declarando inconstitucional la mayor duración de la prestación social sustitutoria. Nues-

⁵⁹ GASCÓN, M. y PRIETO, L.: *Los derechos fundamentales, La objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional*; también CÁMARA VILLAR, G.: *La Objeción...* op. cit., p. 295.

tro Tribunal sin embargo la ha justificado alegando bochornosos argumentos referidos a la penosidad de uno y otro servicio. Un sector de la doctrina la justifica para comprobar la sinceridad del objetor. En nuestra opinión ello no es admisible porque supondría una presunción general de abuso del derecho por todos los objetores, lo que carece de todo asiento constitucional, y no es jurídicamente válido.

Respecto del argumento de la penosidad, debemos señalar que no está tan claro, ni mucho menos, que sea más penoso el servicio militar. El objetor ha de presentar una solicitud y documentarla, estar sujeto a determinados procedimientos destinados a contrastarla, esperar meses a ver reconocida su situación y, muy probablemente, como sucede con frecuencia, ver aplazada «sine die» su incorporación al cumplimiento de la prestación social, con todo lo que esta situación implica de desfavorable para su vida: provisionalidad, interferencias con la vida afectiva, profesional, incertidumbre... Y todo ello en un momento crítico para su desarrollo vital⁶⁰.

La historia y la realidad también confirman el hecho de que los peligros no han de ser necesariamente mayores en el frente que en arriesgadísimas operaciones de boicot o espionaje realizadas por objetores franceses durante la II Guerra Mundial. Y otro tanto ocurre con las tareas de protección civil, prevención de la delincuencia, reinserción de toxicómanos y tantas otras de las que se llevan a cabo en tiempo de paz.

Como mantienen en sus votos particulares los magistrados DE LA VEGA BENAYAS y GARCÍA MON, tanto el servicio militar como la prestación social sustitutoria, se asemejan (lo que hace posible la comparación para apreciar proporcionalidad en su regulación), en cuanto que ambas son, en su especie, una manifestación del deber general de servir a España. Ese mismo origen, dice el autor del voto particular, debe impedir un trato discriminatorio. Este punto ya ha sido debidamente argumentado durante el desarrollo del «deber de defender a España» pero recordemos como en **STC 16/1987, FJ5;c**. *In fine*, prácticamente sin argumentos, declara el Tribunal que no existe criterio de comparación para apreciar si se da o no discriminación, ya que el servicio militar y la prestación social sustitutoria «no son similares», ni cabe equiparar la penosidad de una y otra, por lo que

60 CÁMARA VILLAR: *La objeción de conciencia al servicio militar*, op. cit., p. 311.

otorga libertad al legislador para establecer la mayor o menor duración de la prestación social sustitutoria. Sin comentarios.

Suscribimos totalmente la solución dada por la Corte Constitucional Italiana, que argumenta que aparte de su común origen (deber de defender a España), de lo expuesto se deduce que lo único por lo que son comparables los servicios, es por el aspecto «que tiene una relevancia principal, es decir, la duración del servicio en cuanto período de tiempo, durante el cual cada uno de los obligados, se va a encontrar con una verdadera y propia *vitae deminutio* respecto a sus oportunidades de trabajo, vida afectiva, relaciones,...(la diferencia) no encontraría, en efecto, correspondencia con las exigencias intrínsecas del servicio...ni, en fin, con la preocupación por compensar mediante la mayor duración, una supuesta menor onerosidad de las prestaciones que constituyen el contenido de aquellos servicios, pues esta menor onerosidad, no es demostrada ni demostrable». Y concluye el Tribunal: «excluida la posibilidad de encontrarle una justificación objetiva, la mayor duración del servicio militar sin armas o del servicio sustitutorio, vendría pues a concretarse en un obstáculo al ejercicio de la objeción de conciencia, en una ulterior criba de la seriedad del convencimiento del objetor, y en una consecuente sanción a una particular expresión de la persona; todo ello en total oposición tanto al principio de igualdad como a la libertad de expresión, determinando una injustificada valoración depreciada de las dos formas del servicio alternativo respecto del armado»⁶¹.

Por todo lo expuesto, y con el debido respeto, estimamos incorrecta la solución del Tribunal Constitucional español por la que a todas luces se establece un límite al ejercicio de la objeción mediando un trato discriminatorio sin justificación, ni objetiva ni razonable, (como exige el mismo Tribunal), en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, no dándose una relación razonable de proporcionalidad entre los medios y la finalidad. Y así un efecto no ya previsor sino disuasorio, que además ya está regulado por otras vías, marcadamente arbitrario y por ello discriminatorio, vulnera el **art. 9.2** de la Constitución, colocando otra traba al ejercicio de una libertad reconocida, ya suficientemente limitada.

61 STC italiano, 470, de 31 de julio de 1989, FJ 3º.

3.4.4. Por el procedimiento

En pura teoría, el procedimiento para el reconocimiento de la condición de objetor no debería ser un límite, sino un mero cauce. Y así, debería perseguirse el fraude, respetando las objeciones sinceras. Pero sobre el procedimiento hoy establecido también pesan críticas doctrinales.

Estas críticas, derivan de la difícil ponderación a realizar entre el derecho del **art. 16.2** y la necesidad de perseguir el fraude a la ley. En nuestra opinión, es el texto legal en su **art. 3.2** el que por su redacción puede producir disfunciones no deseables: «El Consejo podrá recabar de los interesados que, por escrito u oralmente, amplíen los razonamientos expuestos en la solicitud. Podrá igualmente requerir de los solicitantes o de otras personas u organismos, la aportación de la documentación complementaria o testimonios que se entiendan pertinentes».

Incluso el mismo Tribunal Constitucional se encontró dividido a la hora de juzgar su constitucionalidad, lo que supuso la formulación de Votos Particulares⁶². Estos sostenían la inconstitucionalidad de la norma, porque la aportación externa de datos, documentos o testimonios, viola la intimidad personal en tanto suponen un juicio ajeno acerca de las convicciones íntimas del solicitante, y una entrada indebida en su conciencia autónoma, de la que sólo él puede ser juez.

Ya destacamos que la función del Consejo Nacional de la Objeción de Conciencia, no podría realizar labores fundamentalmente de investigación, sino de mero trámite. Por ello, PRIETO SANCHÍS⁶³ lo considera abocado a ser, o «una pérdida de tiempo o una intolerable intromisión en la vida privada del individuo». El procedimiento configurado por la ley deja así al CNOC en una situación ambigua, susceptible de incurrir en claras desviaciones que no parecen adecuadas a «las debidas garantías» que la Constitución exige.

Para salvar estos inconvenientes, un sector de la doctrina, propone aceptar la declaración del objetor como ocurre en los casos de la objeción de los médicos al aborto, y establecer eso sí, una suerte de controles «*ex-post*». Es

⁶² Votos particulares de los magistrados: DE LA VEGA BENAYAS y GARCÍA MON.

⁶³ PRIETO SANCHÍS: *Los derechos fundamentales tras diez años de vida constitucional*, Sistema, nº 6, mayo de 1990, p. 28.

decir, exigir a los objetores coherencia y consecuencia en su comportamiento con las alegaciones realizadas⁶⁴. En nuestra opinión, y puesto que en nuestro país no se configura la PSS como mera opción al SM, sino como derecho a la exención con los límites que hemos resaltado, creemos que debe procederse a un control *ex ante*, que sea respetuoso con la intimidad individual eliminando esas ambigüedades, erradicando la posibilidad de procedimientos inquisitoriales (sobre todo la vista oral), combinado con un control «*ex-post*» si fuera necesario, que permitiera poner cauce al ejercicio del derecho y no hacerlo peligrar.

3.4.5. Por el régimen penal disciplinario

Tampoco bajo este apartado debería aparecer una limitación a la objeción de conciencia, pero la asimilación al régimen militar implica una excesiva penalidad y rigor en el régimen de los objetores, que vuelven a ser maltratados por el ordenamiento.

El preámbulo de la **LROLPSS**, declara la necesidad de estructurar el régimen de prestación social sustitutoria en forma semejante al servicio militar para evitar discriminaciones. En desarrollo de dicha previsión, el **art. 8.3**, dispone que «*en la situación de actividad, el objetor realizará las actividades propias de la prestación social sustitutoria en un régimen análogo al establecido para el servicio militar*». Queda desarrollado en los art. 16, 17 y 18.

No sólo es desorbitado el rigor con que se castigan las infracciones de los objetores, sino que además, el rigor para con ellos se hace en ocasiones más duro que para con los militares.

Así mientras que el desertor es castigado de tres meses y un día a dos años de prisión (art. 120 del CPM), el objetor que faltare sin causa justificada, por más de tres días consecutivos, es castigado con una pena que oscilará entre los cuatro meses y un día y los dos años y cuatro meses. En contra del Tribunal Constitucional y un sector de la doctrina, creemos que este tratamiento vulnera la naturaleza civil del servicio⁶⁵, no se corresponde

⁶⁴ Así, VENDITTI, R.: *Problemática actual de la objeción de conciencia al servicio militar*, p. 935.

⁶⁵ En ese sentido también se pronuncia el magistrado DE LA VEGA BENAYAS en su Voto Particular a la STC 160/87. *Voto*

con un derecho moderno que huye del derecho penal en virtud de los principios de fragmentariedad y *ultima ratio*.

Con la regulación especial, creemos que sin limitar directamente el derecho a la objeción de conciencia, se penaliza su ejercicio, en virtud del automatismo de castigo y rechazo de la objeción, desde un trasfondo sociológico de discriminación por razones de opinión, y que como señala DE LA VEGA BENAYAS en su mencionado voto particular, corre el riesgo de ser entendido como una forma disuasoria —nosotros creemos que lo es— respecto al ejercicio de este derecho constitucionalmente reconocido lesionando así el contenido esencial del mismo.

Ante esta situación, nosotros suscribimos la a nuestro juicio inteligente propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal. En ella se sugiere un régimen administrativo, que huye del derecho penal para reservarlo únicamente a los casos más graves.

3.5. *Objeción a la prestación social sustitutoria*

En España se da un fenómeno sin parangón en nuestro pretendido entorno cultural, el de la insumisión, de una negativa radical a cualquier tipo de prestación. En nuestra opinión se debe en gran parte a la torpeza del legislador, que no supo satisfacer las demandas que los cambios de valores en la sociedad exigieron en su momento. Se operó así la radicalización de las en principio razonables exigencias de libertad de conciencia, para provocar un movimiento de defensa civil desconocido en toda Europa⁶⁶.

Lejos de estudiar este controvertido tema, nos limitaremos a analizar los límites que la PSS impone al derecho de libertad de conciencia. En este punto debemos recordar las diferencias entre la desobediencia civil y la objeción de conciencia⁶⁷. Esta última no queda excluida por la imposición legal de una prestación social sustitutoria. En principio, la PSS se diseña precisamente para eludir esos conflictos conciencia–derecho, pero sabemos que la realidad supera con frecuencia todas las previsiones y el diseño de nuestra PSS dista de ser satisfactorio. Con MILLÁN GARRIDO, el MOC y

⁶⁶ Para una visión crítica del proceso de radicalización de la insumisión: *La objeción de conciencia, insumisión y Derecho Penal*, LANDROVE DÍAZ, G.: Tirant lo Blanch, Valencia 1992.

⁶⁷ Vid. supra.

muchos otros, creemos que la asimilación de ambos servicios resulta excesiva a todos los niveles, desvirtuando el carácter civil de la PSS.

Al margen de las distintas matizaciones y aun cuando nuestra PSS fuera más sensible para con las conciencias individuales, siempre cabría que se diera un conflicto conciencia-derecho que impusiera al individuo la objeción al servicio alternativo. Ese servicio viene exigido por el principio de igualdad, pero éste mismo permitiría el amparo de dicho supuesto en el art.16 de la Constitución (ya que quedaría fuera del art.30.2). Sería competencia del juez en cada caso advertirlo y reconocerlo, operando las necesarias ponderaciones entre los bienes en conflicto.

Piénsese por ejemplo en el caso de los Testigos de Jehová tan frecuente en nuestro panorama social. En estos supuestos, ante el juez se abre un amplísimo abanico de posibilidades, para estimar atenuantes analógicas, eximentes incompletas, error de prohibición y otras muchas, hasta la eximente del estado de necesidad⁶⁸. Este tratamiento jurisprudencial constituye una imperiosa necesidad que se deriva tanto de la realidad social como de la protección en el art.16 a la objeción de conciencia.

Otras soluciones más amplias también son posibles; la sueca desde 1966, exime a los Testigos de Jehová de cualquier prestación militar y sustitutoria.

4. OTROS SUPUESTOS

La objeción al servicio militar es, como hemos señalado, la más frecuente y la que regula nuestro ordenamiento. Pero junto a ella aparecen objeciones de conciencia dirigidas a otros innumerables objetos. Las líneas generales que hasta ahora hemos expuesto deberán mantenerse en estos casos para efectuar una razonable ponderación de todos los bienes en conflicto. El que estas objeciones no estén reguladas por ley, no supone su ilegalidad, sino que amparadas en el **art. 16**, deberán ser aplicadas por los jueces para que cuando proceda, su ejercicio no se vea indebidamente coartado en vulneración de la Constitución. Aunque todavía no ha tenido ocasión de plantearse muchas ni variadas hipótesis, nuestra jurisprudencia ya ha tratado algunas.

⁶⁸ Para una exposición de las diferentes sentencias de la magistratura española, vid. *La Represión de los insumisos*. LANDROVE DÍAZ, G.

Veamos cómo esa «*carne viva*» del derecho que es la jurisprudencia se ha pronunciado.

5. LÍMITES A LA OBJECCIÓN A LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS

FENOMENOLOGÍA: En este caso, la objeción de conciencia consiste en la negativa a un tratamiento sanitario obligatorio, basada en imperativos de conciencia morales. La realidad sociológica pone de manifiesto que existen muy reducidas colectividades y personas que a pesar de los riesgos para su salud, se niegan a recibir tratamientos terapéuticos por esos motivos. Son fundamentalmente los Testigos de Jehová en su negativa a recibir transfusiones de sangre. Pero también caben aquí la negativa al tratamiento por razones científicas y las huelgas de hambre (y otros casos que pudieran presentarse).

En el caso de los motivos científicos (a.e. la vacunación obligatoria para prevenir una enfermedad contagiosa) deberá constatarse si los motivos son subsumibles en los éticos o morales (lo que no será muy frecuente); si se da un conflicto de conciencia, y una vez conseguida una respuesta afirmativa, ponderar los otros bienes en conflicto. En el ejemplo citado, entraría la salud pública, que dependiendo de la enfermedad y su grado de peligrosidad, podría limitar el derecho de una u otra manera (generalmente no debería hacerlo, pero en casos excepcionales, podría, imponerse la vacunación, con la alternativa claro está de la salida del territorio nacional cuando así lo exigiera la salud pública) hipótesis sin duda muy artificial.

Debemos señalar dos notas importantes:

— El derecho a la integridad física del **art. 15** concurre con el de la objeción, en cuanto que se vería afectado (según **STC 120/1990**) «*cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional*».

— La consagración del principio general del consentimiento del paciente en la **Ley 14/86** General de Sanidad, sólo limitable por las causas recogidas en el art. 10.6.

5.1. *¿Objeción de conciencia del médico?*

En nuestra opinión, este derecho fundamental del médico, deberá ceder por cuanto que es el titular del derecho a objetar el tratamiento el que percibe el beneficio o sacrificio, lo que hace su conflicto de conciencia más relevante para el derecho. En cuanto que el legislador ha consagrado el principio del consentimiento, ya ha realizado la ponderación a favor del paciente, lo que viene exigido por el art.16 y el art.15 de la Constitución.

En su caso el médico debería poder traspasar el paciente a otro médico que no tuviera ese conflicto. Cuando ello no fuera posible, su derecho debería ceder frente al del paciente.

5.2. *El Tribunal Supremo*

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre las transfusiones de sangre en contra de la voluntad de un Testigo de Jehová, impuestas en ocasiones hasta por magistrados. En todas ellas ha justificado esa imposición, desechando las posibles coacciones contra la libertad religiosa. Unas veces en base a escuetas argumentaciones como la del **ATS 14 marzo 1979**, en torno al auxilio necesario para evitar un mal ajeno, causando un mal menor; o algo más técnicas (como las del **ATS, 22 de Diciembre 1983**), aludiendo a la salud de las personas como límite del derecho a la libertad del art. 16.1

Crítica

Siguiendo el criterio unánime del derecho comparado⁶⁹ y la mayoría de la doctrina nacional, consideramos errónea estas argumentaciones en cuanto que:

— Su argumentación llega a ser metajurídica y carente de apoyo constitucional, necesario en cualquier ponderación con un derecho fundamental.

— No parece riguroso que el «auxilio», consista en aplastar literalmente la voluntad del paciente mediante la fuerza bruta de los agentes de los cuerpos de seguridad del Estado para realizar una transfusión.

⁶⁹ Así en las STC Federal Alemán, 19 octubre 1971; STS de NY en Matter of Melideo, 1976; ST Administrativo Regional del Lazio de 8 de Julio de 1985.

— El límite de la salud debe ser interpretado constitucionalmente, lo que nos conduciría a un concepto más amplio, el de la salud pública, lejos de una actitud paternalista impositora del deber de vivir (propio de estados confesionales que impongan la indisponibilidad de la vida por imperativo divino).

Hoy la cláusula del art. 10.9 de la ley 14/86 (posterior a las citadas sentencias) debería bastar para eliminar estas eliminaciones del derecho fundamental de objeción de conciencia.

5.3. *Los menores de edad*

Es éste un supuesto menos debatido por cuanto se considera al menor titular de su derecho a la objeción de conciencia, pero incapaz para ejercerlo. La imposición por los padres de sus creencias no parece justificada constitucionalmente, constituyendo una extralimitación de la patria potestad no permitida por el **art. 39.3** de la Constitución, que prescribe el deber de prestar asistencia «de todo orden» a los hijos, que al menos deberá garantizar sus derechos fundamentales. Así lo ha entendido unánimemente tanto la doctrina como la jurisprudencia extranjera, y en este caso, también nuestro Tribunal Supremo en su **Auto de 27 de septiembre de 1978** y los tribunales inferiores.

6. LÍMITES A LA OBJECIÓN LABORAL

También nuestros tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre la negativa al cumplimiento de deberes dimanantes de una relación laboral, propiamente referidos a una prestación profesional, por incompatibilidad con imperativos de conciencia individuales. De tal manera que los deberes proceden (estén o no expresamente consignados) de un compromiso previo adoptado por el objetor, y la sanción será por lo general el despido (ya comentamos su naturaleza de pérdida de privilegio asimilable a sanción⁷⁰). Con un amplio sector de la doctrina consideraremos en pie de igualdad las relaciones funcionariales en cuanto al ejercicio de este derecho se refiere.

En este ámbito entrarán en la ponderación la libertad de empresa del

⁷⁰ vid. infra.

art. 38, el libre desarrollo de la personalidad del **10.1** en conexión con el **art. 16**, y el deber de trabajar del **art. 35.1**. En cuanto a los criterios para su ponderación, el Tribunal se ha manifestado en numerosas ocasiones sobre la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y los límites que éstas imponen a la libertad de empresa, pero ha evitado establecer unos principios generales de ponderación. En nuestra opinión la fórmula americana de la acomodación razonable sería de gran utilidad. Es la mejor ponderación entre la libertad de conciencia del trabajador y el buen funcionamiento de la empresa. El juicio de ponderación se basará fundamentalmente en un tema laboral, la calificación del despido, pero desde una ponderación más elevada se atenderá a la actitud de la empresa, para procurarle sin menoscabo suyo, funciones compatibles con sus convicciones.

6.1. Objeción al trabajo en sábado

En la mayoría de religiones y sectas ese mandato del día semanal de descanso se ha flexibilizado bastante, pero no ha ocurrido así con la Iglesia Adventista. Por pertenencia a ella se presume conflicto de conciencia a laborar los sábados. Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en unas cuatro ocasiones al respecto, sobre la base del reconocimiento constitucional del descanso laboral (**art.40.2**), y su concretización en el **art. 37.1** del Estatuto de los Trabajadores⁷¹.

Los dos primeros pronunciamientos del TC han sido dura pero justamente criticados en nuestra opinión⁷². En ellas no se realiza ninguna ponderación. El Tribunal cierra esa posibilidad, en el primer caso por la mera cita de los art. 14,16.1,35.1 de la Constitución, y el art. 6 del Convenio 106 de la OIT (sesgadamente porque omite toda referencia al parrafo 4º) y el art. 37.1 del ET. En el segundo caso empeora, porque el límite que opone a la libertad religiosa es la «mayoría social». Límite intolerable en nuestro

71 Art. 37.1 «Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal de un día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o en su caso la mañana del lunes y el día completo del domingo. Todo ello sin perjuicio que por disposición legal, convenio colectivo o contrato de trabajo o permiso expreso de la autoridad se regule otro régimen de descanso laboral para actividades concretas.»

72 SSTCT 8 de octubre 1982; 2 de diciembre de 1983.

Estado por su radical y absoluta inconstitucionalidad, y que verdaderamente alarma por lo que supone de aplastamiento de las minorías.

Esta sentencia daría lugar a la **STC 19/85**, en la que se mantuvo la calificación de procedente del despido en base a la seguridad jurídica del art 9.3 en conexión con el principio «pacta sunt servanda» y el de igualdad del art. 14.

El Tribunal Constitucional se olvidó del art. 106 de la OIT aun citando el Convenio en la sentencia y constando en la demanda de Amparo, y guarda el más absoluto silencio sobre los límites de la libertad religiosa.

En nuestra opinión el art. 37.1 no debe ser utilizado para contractualizar en exceso las relaciones laborales en este punto, cuando no lo impone. Y tras esa nota se debería proceder a la adecuada ponderación mediante el criterio de la adecuación razonable.

En la STS 20 de abril 1988 si se admite la relevancia de las creencias del trabajador para el empresario. Éste, habiendo autorizado inicialmente el traslado de su actividad laboral del sábado al domingo, la revocó arbitrariamente y después lo despidió ante su negativa a trabajar en su día festivo. La doctrina señala una apertura así a la acomodación razonable que habrá de confirmarse en pronunciamientos posteriores.

6.2. Objeción al aborto

Ha sido en este campo donde el TC más rotundamente ha declarado el derecho a la objeción de conciencia protegido ex **art 16.1** y menos trabas y limitaciones le ha puesto.

Los problemas doctrinales aparecerán a la hora de la determinación del objeto. En nuestra opinión, en sintonía con la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal, éste debería limitarse a la intervención quirúrgica, no pudiendo extenderse más allá a los cuidados y atenciones, ni anteriores ni posteriores, cuanto menos a los meros trámites administrativos. Lo que sí sería aconsejable es el apartamiento de los objetores de las tareas de información a las embarazadas, para procurale la más limpia de las lentes con que sopesar la información y evitar su condicionamiento.

Respecto al sujeto activo, éste abarcará a todo el personal sanitario que intervenga en dicha operación. Pero no debería extenderse a personas jurídicas, porque desvirtuaría la personalísima naturaleza de la conciencia.

Tampoco la ponderación de los bienes jurídicos presenta grandes problemas. El derecho al aborto de la embarazada, ya sea considerado fundamental *per se*, o por reconducción a otros bienes constitucionales a través de los supuestos legales, podrá suponer un límite claro a ese derecho del personal sanitario a objetar al colisionar con él. Ello sólo debería ocurrir en el caso de una urgencia que no permitiera ninguna dilación por peligro grave para la vida de la embarazada. En los demás casos la administración debería controlar la condición del personal para disponer en cualquier momento de médicos no objetores. Si de su deficiente actividad de gestión se siguiera algún perjuicio, debería lógicamente responder, y no parece constitucionalmente legítimo que pudiera obligar a un médico objetor a realizar la intervención fuera de los supuestos de urgencia mencionados.

En cuanto al tiempo no existe ninguna limitación. Sí se admite así en este caso la objeción sobrevenida. Sus consecuencias habrán de sopesarse a la luz del criterio que defendemos de la acomodación razonable. De manera que del tenor literal del contrato junto con la actitud del empresario (hospital, clínica...) deberá calificarse de procedente o improcedente el despido, respetando siempre la objeción.

De las tres Proposiciones de Ley para regular esta cuestión la más completa y adecuada a la realidad y los valores constitucionales es la de IU-IC de 17 de abril de 1990 que propone un registro para la administración y la revocación de la condición por el abuso de derecho. Sin embargo se echa de menos una regulación mucho más escrupulosa y completa como la propuesta por el Grupo de Estudios de Política Criminal, que recoge expresamente la limitación que a ese derecho a objetar supone una situación de urgencia y la exclusión de los objetores de la fase informativa además de sanciones para los que abusan del derecho.

7. LÍMITES A LA OBJECIÓN AL JURAMENTO

Al contrario de lo que ocurre en países como USA o Italia, España no cuenta con un amplio tratamiento jurisprudencial y doctrinal de este problema. Supone la negativa a manifestar externamente acatamiento a algo o a alguien por la manifestación en sí, por el contenido de lo manifestado o por ambos, que son contrarios a los propios imperativos de conciencia.

El único caso tratado por nuestra jurisprudencia es el de la negativa a

jurar o prometer la Constitución por los diputados. Por sus profundas connotaciones políticas nos coloca ante los problemáticos supuestos débiles de objeción, en los que sin ser evidente el conflicto de conciencia tampoco puede ser olvidado.

El **art. 20.1** del Reglamento del Congreso de los Diputados y el **art. 11.3** del Reglamento del Senado disponen la necesidad de prometer o jurar la Constitución para alcanzar la condición plena de diputado o senador. Parecería deducirse que en cuanto marco de pluralismo no cabría objetar esta norma so pena «de salirse del juego».

Pero veamos como ha limitado el TC el derecho a la objeción en esta ocasión. En sus primeros pronunciamientos⁷³, a pesar de reconocer la conducta como manifestación de la libertad ideológica la entendió limitada, no por la obligación de los reglamentos (que carecen de asiento constitucional), sino por el principio del **art. 9.1** de sujeción a la Constitución en conexión con la situación de especial sujeción.

Pero a partir de la **STC 119/1990**, aun sin pronunciarse sobre la libertad ideológica (ya que no fue alegada por los recurrentes), rectifica su anterior jurisprudencia para disponer que:

— El juramento no viene impuesto por la Constitución, pero tampoco es contrario a ella.

— El juramento no viene impuesto por el deber de sujeción del art. 9.1, que no es trascendente jurídicamente, sino para reforzar aquel deber por vínculo suplementario, religioso o moral.

— Es necesaria la superación de tan rígido formalismo porque es propio de otros momentos culturales.

— Se impone el derecho fundamental de participación política.

Estas líneas, que incluso se potencian en la **STC 74/1981** son desde nuestro punto de vista loables, porque concilian la naturaleza constitucional del deber de sujeción con la libertad ideológica. Creemos con ESCOBAR ROCA que de haberse planteado el recurso mediante la ponderación del art. 16.1 se habría llegado a esta misma solución respetuosa y sensible para con los disidentes, permitiendo un pluralismo necesario.

73 STC 101/83, 122/83.

8. LA LLAMADA OBJECCIÓN FISCAL

Consiste en la negativa a satisfacer el porcentaje de los impuestos que el Estado destina a un determinado fin (generalmente la defensa), por los consabidos imperativos morales. Pero choca frontalmente con el **art. 31.1** «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio».

En primer lugar y siguiendo nuestro esquema lógico, habría de subsumirse la conducta en el derecho a objetar reconocido en el art.16.1 . Un sector de la doctrina le niega tal condición para calificarlo de objeción indirecta o impropia⁷⁴. Pero otro, desde una perspectiva moral si la considera subsumible, y así RUIZ MIGUEL sostiene que «entrando en las razones de fondo la diferencia de gravedad entre participar personalmente en una guerra y sufragarla mediante impuestos no parece que justifique una separación conceptual, al menos a efectos morales, entre los dos supuestos. De un objetor que se negara a luchar en una guerra, pero que no tuviera inconveniente en apoyarla económicamente, diríamos que es moralmente incoherente o hipócrita».

Nuestra jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en tres oportunidades. En la primera, la **SAT de Bilbao** de 29 de septiembre de 1987, mantiene un doble y contradictorio planteamiento, por un lado no reconoce un conflicto de conciencia, y por otro alude a la necesidad de limitar todos los derechos.

La **SAT de Zaragoza** de 9 de Enero de 1988 tiene el interés de haber sido confirmada íntegramente por la **STS de 11 de Mayo 1988**. En esas sentencias se limita el derecho en base a su no previsión en los art. 29 y 30 de la Ley 44/1978 y art. 119 a 131 del RD 2384/81, que contiene las deducciones de la cuota del IRPF. Y apoyándose en las SSTC 160/87 y 161/81, FJ 3, que niegan la posibilidad de un derecho de objeción de conciencia ex art. 16.1 distinto del de el art. 30.2 (erróneamente interpretados en nuestra opinión como expusimos) resuelven en sentido negativo.

⁷⁴ Así, I. de OTTO, en *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía del contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución*, en *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988. También LLAMAZARES FERNÁNDEZ o MARTÍNEZ CALCERRADA.

A nuestro juicio aun reconociendo la posibilidad de que se dé un conflicto de conciencia (que reconocemos), aparecería el imperativo del art.31 y de la soberanía absoluta parlamentaria en la fijación del gasto público, unidos al temor tantas veces aducido y exagerado de la inseguridad jurídica, que es sin duda más real en este supuesto. Y es que «la víscera más sensible» del hombre, la cartera, también lo es del Estado, y relativizar estos mandatos podría hacerle tambalearse.

Aun así algún autor⁷⁵ considera posible su reconocimiento mediante regulación parlamentaria y la adscripción de la cuota a un servicio de defensa civil autónomo, en potenciación del elemento participativo, con un favorecimiento ambiental de los derechos fundamentales, en aras de un concepto más auténtico de la democracia⁷⁶.

III. CONCLUSIÓN

El derecho a libertad de conciencia reconocido como fundamental en el art.16.1 de nuestra Constitución da vida a una figura fundamental para la legitimación de un Estado de Derecho, la objeción de conciencia.

El tratamiento que se le da en la legislación y la jurisprudencia será un indicio para conocer la naturaleza del Estado. Como decía MARTÍNEZ TORRÓN, constituye un banco de pruebas inmerojable para medir su sensibilidad hacia los derechos de la persona. Y los límites que en ocasiones impone nuestro ordenamiento no denotan esa cualidad.

La objeción de conciencia al servicio militar es la única desarrollada legalmente, pero de modo insuficiente e insatisfactorio, poco respetuoso con las libertades individuales. Debemos avanzar en la tarea de eliminar los límites injustos para erradicar las discriminaciones injustificadas, reconocer la objeción sobrevenida y remover los obstáculos para permitir su efectivo ejercicio. Siguiendo una razonable huida del derecho penal sería aconsejable reformar los regímenes penal y disciplinario de ambos servicios, para cumplir los principios de proporcionalidad y dar solución al mayor movimiento de desobediencia civil de Europa.

⁷⁵ Así, SÁINZ DE BUJANDA, F.: en *Organización política y derecho financiero*, Hacienda y derecho, I, IEP, Madrid 1975, p. 462.

⁷⁶ *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, ESCOBAR ROCA, op. cit., p. 445.

En cuanto a las objeciones a tratamientos médicos, el Tribunal Constitucional, separándose de la experiencia del derecho comparado y la mayoría de la doctrina, legitima coacciones intolerables a la libertad ideológica y religiosa, que no la limitan, la eliminan, siendo más que deseable y afortunadamente probable un cambio hacia el reconocimiento también material y no sólo formal del derecho en cuestión, gracias a las reformas legislativas.

Es en el campo de la objeción al aborto donde mejor ha trabajado el Alto Tribunal, para aplicar un derecho tan general como es el recogido en el art.16.1, imponiendo unos límites justos —la salud de la embarazada— gracias a una ponderación adecuada de los intereses constitucionales en juego. Sí sería deseable en este campo una norma que ordenara unos registros de la Administración para garantizar el ejercicio de su derecho tanto a los médicos como a las embarazadas y facilitara la persecución del fraude.

En los supuestos de objeción a trabajar los días de descanso impuestos por las propias convicciones morales, el Tribunal Supremo ha obviado los problemas fundamentales para limitar este derecho más allá de lo que una razonable ponderación de los bienes en juego habría aconsejado, aunque en su último pronunciamiento cobren importancia las creencias del asalariado y permita abrigar esperanzas.

Los casos de objeción al juramento son escasos y recientes, pero en ellos sí ha evolucionado el Tribunal hacia una valoración acorde con los principios de la Constitución, adaptando el derecho a la realidad social que vivimos para tolerar ciertas disidencias.

Por lo que se refiere a la objeción fiscal, debemos recordar que no siendo España uno de los países de vanguardia en el tratamiento de este derecho, no parece que en este concreto tema, en que hasta los más avanzados estados se muestran cautelosos, vaya a tomar el liderazgo apostando por la libertad individual.

Una observación sociológica; debemos ser conscientes, y el legislador español debe ser consciente de que “las objeciones de conciencia no sólo existen, sino que existirán indefectiblemente en el futuro, y previsiblemente con mayor vitalidad y heterogeneidad, en la medida que aumenta el pluralismo ideológico y religioso en nuestra sociedad⁷⁷.”

77 Como magistralmente argumenta MARTÍNEZ TORRÓN: en *La Objeción de Conciencia y los intereses generales del ordenamiento*, op. cit. p. 206.

Con MARTÍNEZ–TORRÓN mantenemos que no es descartable (nosotros lo creemos probable) que a los casos analizados se sumen otros que actualmente cabría calificar como de pintorescos desde la perspectiva de nuestra praxis tradicional, pero que son conocidos (y tolerados) desde hace años en países de un mayor pluralismo religioso. Por ejemplo, la oposición a colaborar en un régimen obligatorio de seguridad social dirigido por el Estado, o a pagar un seguro obligatorio del automóvil; la negativa a llevar el casco obligatorio los conductores de motocicletas porque —en el caso de los SIKHS— eso implicaría quitarse de la cabeza el turbante que la propia religión obliga a llevar en todo momento; la objeción a descubrir completamente la cabeza por indicación de un superior militar, que supondría despojarse del gorro (yamulke) que es siempre obligatorio para los varones judíos ortodoxos; o incluso la objeción a realizar ciertos actos que el propio dogma considera idolátricos, como saludar a la bandera nacional, colocar una fotografía personal en el documento de identidad, o llevar en un vehículo de tracción animal el signo en forma triangular que imponen las normas de circulación.

Esta realidad, tan diversa e imprevisible, no adquirirá proporciones masivas ni a corto ni a medio plazo en España, pero exigirá una mucho mayor sensibilidad ante los fenómenos de objeción de conciencia. Creemos que la solución podría pasar por mejorar la legislación actual, crear otra para los supuestos más extendidos, y entregar unas coordenadas al juez para la ponderación de los conflictos. Porque sin duda la jurisprudencia será la que juegue el más importante papel ante la imposibilidad de prever todos los supuestos. Recordemos que se deberá proteger, especialmente a aquellos cuya conciencia es juzgada como heterodoxa por la sociedad, por mínimo que sea su número. Citando a GONZÁLEZ ENCINAR⁷⁸, «no es la idea de democracia la que tiene que adaptarse a las limitaciones de la representación, sino la representación la que tiene que adaptarse a las exigencias de la democracia».

78 GONZÁLEZ ENCINAR, J.J.: *Representación y partidos políticos* en GARRORENA MORALES, A. (Ed.): *El parlamento y sus transformaciones actuales*, Tecnos, Madrid 1990, p. 78.

BIBLIOGRAFÍA SELECTA

- ALEXI, R.: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Franckfort, 1986.
- ALZAGA VILLAAMIL: *Comentarios a las leyes políticas*, t. II, Madrid 1984.
- AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, F.: *La objeción de conciencia al servicio militar, especial referencia al Derecho español*, ADH, nº 3, 1985.
- AQUINO, SANTO TOMÁS DE: *Summa Theologiae* (S.Th.), BAC, Madrid 1959, 1954, 1956.
- BENEYTO, J.M.: *Comentario a las leyes políticas*, T. II, Madrid 1984.
- BENTHAM: J.: *Traité de législation civile et pénale*, 1802, Trad. R. Salas, *Tratados de legislación civil y penal*, Editora Nacional, Madrid, 1981.
- BERTOLINO, R.: *L'obezione de coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, Giappicheli, Turí, 1967.
- CÁMARA VILLAR, G.: *La objeción de conciencia al servicio militar (las dimensiones constitucionales del problema)*, Civitas, Madrid, 1991.
- CAMARASA CARRILLO, J.: *Servicio militar y objeción de conciencia*, Marcial Pons, Madrid 1993.
- DORADO MONTERO: *La psicología criminal en nuestro derecho legislado*, Madrid, 1990.
- ESCOBAR ROCA, G.: *La objeción de conciencia en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, MADRID, 1993.
- GASCÓN ABELLÁN, M.: *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, CEC, Madrid, 1990.
- GASCÓN, M. y PRIETO, L.: *Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional*, Revista jurídica de Castilla la Mancha, nº 3-4, 1988.
- GOMES CANOTILHO, J.J.: *Direito Constitutional*, Almedina, Coimbra, IV Ed. 1989.
- GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M.: *Objeción de conciencia y libertad religiosa e ideología en las constituciones españolas, americana y alemana, Declaraciones de la ONU y Convenio Europeo, con jurisprudencia*, Revista de derecho privado, abril 1991.
- GONZÁLEZ ENCINAR, J.J.: *Representación y partidos políticos*, en ÁNGEL GARRORENA MORALES (ed.): *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Tecnos, Madrid 1990.

- GONZÁLEZ VICÉN, F.: *La objeción al derecho*, en Estudios de filosofía del derecho de la Universidad de la Laguna, 1979.
- GORDILLO, J.L.: *La objeción de conciencia, ejército, individuo y responsabilidad moral*, Paidós Barcelona, 1995.
- GRUPO DE POLÍTICA CRIMINAL, (Autores Varios): *Una alternativa al tratamiento jurídico de la objeción de conciencia*, Valencia 1995.
- HESSE, K.: *Grünzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Mütter, Heidelberg, 18ª Ed. 1991.
- HERVADA, J.: *Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica*, Persona y Derecho, 1984.
- JIMÉNEZ DE ASUA, L.: *Problemas de derecho penal*, La facultad, Buenos Aires, 1944.
- LANDROVE DÍAZ, G.: *La objeción de conciencia, insumisión y derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- *La represión de los insumisos*, EUB, Barcelona, 1995.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho eclesiástico del Estado. Derecho a la libertad de conciencia*, Facultad de derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1989.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *El aborto y la objeción de conciencia*, I, Tecnos, Madrid 1986.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: *Libertad religiosa y orden público*, Civitas, Madrid, 1970.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: *Constitución española y objeción de conciencia*, RGD nº 523, 1988.
- MARTÍNEZ-TORRON, J.: *Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 79, Curso 1991-92.
- *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del T.S Norteamericano*, A.D.E.E., 1985.
- MILLÁN GARRIDO, A.: *La objeción de conciencia al servicio militar y la prestación social sustitutoria*, Tecnos, Madrid, 1990.
- PÉREZ DEL VALLE, C.: *Conciencia y derecho penal*, Comares, Granada, 1994.
- PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2ª Ed. 1986.

- PÉREZ TREMPES, P.: *La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo*, Anuario de Derechos Humanos, nº. 2, Madrid, 1983.
- PECES BARBA, G.: *Derechos fundamentales*, Facultad de derecho de la U. Complutense, Madrid, 4ª Ed. 1983.
- PRIETO SANCHÍS, L.: *La objeción de conciencia como forma de desobediencia al Derecho*, Sistema, nº 59, 1984.
- *Escritos sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid 1990.
- ONECA, A.: *Derecho penal*, II, Ed. Akkal, Madrid, 1986.
- ONIDA, F.: *Il diritto ecclesiastico*, nº3, 1982.
- OTTO Y PARDO, I. de: *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. La garantía del contenido esencial del art. 53.1 de la Constitución*, en L. MARTÍN RETORTILLO e I. DE OTTO en *Derechos Fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.
- PELÁEZ ALBENDEA, F.J.: *La objeción de conciencia al servicio militar en el derecho positivo español*, Ministerio de Justicia, Madrid 1988.
- RAWLS, J.: *A Theory of Justice*, 1971.
- SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1991.
- SAINZ DE BUJANDA, F.: *Organización política y derecho financiero*, en *Hacienda y Derecho*, I, IEP, Madrid 1975.