

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA, ESTADO DEMOCRÁTICO Y DESOBEDIENCIA CIVIL

**(Un análisis
desde los presupuestos
constitucionales)**

J. Manuel Fínez

*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Cantabria*

1. Introducción



AS últimas resoluciones judiciales ante la negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutoria no han dejado de causar gran perplejidad en la opinión pública. Sorpresa, en primer lugar, al comprobar cómo en el mismo día dos fallos judiciales pueden ser tan dispares al enjuiciar comportamientos aparentemente idénticos. En segundo lugar, asombro causado por el conocimiento de sentencias absoluto-

rias o en las que se contiene una reducción notable de la pena, que difícilmente pueden justificarse a tenor de la legalidad vigente.

Ciertamente este grupo de sentencias no se ajustan a la literalidad de la ley. No son sostenibles jurídicamente. El conjunto de doctrina que se desarrolla en las mismas es un flaco favor al sistema jurídico. Más que lo contradictorio de sus fallos, lo que hay de rechazable en las mismas es la confusión de conceptos en la que incurren en su argumentación jurídica. De un lado, en la mayoría de los fallos –absolutorios o menores al mínimo impuesto legalmente– se identifican objeción de conciencia y desobediencia civil. De otro, cuando se recurre al estado de necesidad (como es común) como causa de justificación o atenuante muy cualificada se hace descansar la obediencia a la ley en un imperativo moral.

¿Acaso es que los jueces en tales supuestos desconocen los principios mínimos y básicos del sistema jurídico? La respuesta no puede ser sino negativa. La cuestión, como la ha descrito gráficamente Atienza ¹, es que el juez que enjuicia a un joven por su negativa al cumplimiento de la PSS se encuentra ante un *caso trágico*. Y lo es porque su decisión, cualquiera que fuere, chocará contra algunos de los principios o valores fundamentales del sistema jurídico: «o sacrifican el principio de legalidad y de subordinación del poder judicial al legislativo, o sacrifican el principio de libertad de conciencia, de proporcionalidad de las penas, de exclusiva protección penal de bienes jurídicos, etc. Todavía más simple: o hacen justicia, o aplican la ley».

El problema es, en realidad, que la vigente ley de objeción de conciencia y la interpretación que de la misma se ha efectuado es incoherente o, si se prefiere, de más que dudosa compatibilidad con el sistema de principios y valores constitucionales. El primer revés lo sufre la objeción de conciencia con la misma promulgación de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, al configurar ésta a la objeción más como un riesgo a limitar y controlar ² que un derecho a tutelar. La segunda devaluación proviene de las sentencias 160 y 161/87 del TC, que degradan a la objeción de conciencia al servicio militar de derecho fundamental a «derecho constitucional autónomo». A esto ha de sumarse que la actual regulación ignora el significado del principio de proporcionalidad en materia penal. Así, el insumiso es más duramente castigado que el autor de estupro o infanticidio. De paso se contribuye a poner en tela de juicio la consideración del Derecho Penal como *ultima ratio* en la protec-

¹ «Un dilema moral. Sobre el caso de los insumisos», ponencia presentada en el seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III, Madrid, junio, 1992, p. 33.

² CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia al servicio militar*, Madrid, 1991, pp. 151 y ss.



ción de los bienes jurídicos más estimados por la comunidad ³. No hay duda de que el rechazo suscitado a la desproporcionalidad de las penas impuestas a los insumisos pone en quiebra la función del ordenamiento penal en una sociedad democrática y deja muy mal parados sus principios de legitimación.

A todo lo cual hay que añadir que la actual regulación de la objeción de conciencia ni es ejemplo de interpreteación «conforme a la realidad social» (art. 3.1 CC.), ni modelo a seguir en la producción legislativa según los dictados imperativos del artículo 10 de la Constitución. Sí, en cambio, puede resultar paradigmática para observar cómo en un «Estado de Derecho, las leyes no sólo son expresión de la *voluntad general*, sino también, en algunos casos, de la voluntad arbitraria de quienes nos representan» ⁴.

Las resoluciones judiciales antedichas no hacen sino denunciar la incoherencia de la legislación vigente y clamar por la urgencia de su reforma. No es problema del juez la perplejidad causada por las sentencias, sino del legislador; un problema del legislador que los jueces le sirven en bandeja.

2. Precisiones conceptuales: objeción de conciencia y desobediencia civil

La desobediencia civil en un estado democrático es siempre una cuestión problemática. Son dos fundamentalmente, a mi entender, las razones que confluyen para oscurecer el problema. En primer lugar, la reiterada confusión entre los conceptos de objeción de conciencia y desobediencia civil ⁵. El primero no es sino reconocimiento de un derecho que se manifiesta en un doble contenido: a) positivamente, como expresión de la libertad de conciencia (art. 16 C.); b) negativamente y derivado de lo anterior, como causa legal de justificación del incumplimiento de concretos deberes jurídicos. El segundo es siempre un acto ilegal o, si se prefiere, el ejercicio de un comportamiento que no está ni puede estar tutelado jurídicamente. La admisión o tolerancia de actos de desobediencia pondría en tela de juicio el sustrato básico *sine qua non* de la misma existencia del Derecho: la obligatoriedad en el cumplimiento de las normas.

³ Cfr. LANDROVE DIAZ, *Insumisión y Derecho Penal. Objeción de conciencia*, Murcia, 1992.

⁴ ATIENZA, *Un dilema moral*, p. 26.

⁵ Claramente se nota la confusión de estos conceptos en la sentencia nº 75/92, del Juzgado de lo Penal nº 4 de Madrid (Magistrado-Juez CALVO CABELLO). Confusión que ha sido puesta en evidencia, entre otros, por DE LUCAS, *El castigo de los insumisos*, ponencia presentada en el seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III, Madrid, junio de 1992.

La segunda razón, aceptado lo precedente, es que las únicas causas de justificación de la desobediencia civil en sentido estricto en un estado democrático pertenecen a instancias éticas. Y a continuación se equiparan Moral y Derecho, como si la fuerza obligatoria del Derecho encontrara su fundamento en la moralidad de las normas. Nada más errado. El Derecho se impone independientemente de las convicciones morales de los sujetos.; Moral y Derecho no coinciden. Predicar este postulado en un estado democrático, que como premisa debe garantizar el pluralismo cultural y moral, es un sinsentido. La obediencia al Derecho alcanza su fundamento por otros caminos.

Ahora bien, hechas las precisiones anteriores y acotados los campos de actuación de objeción de conciencia y desobediencia civil, pueden existir supuestos de desobediencia «formal» que estén justificados jurídicamente y por tanto, no merezcan represión normativa. No se duda que no hay obligación de obedecer normas ilegales, o acatar interpretaciones normativas contradictorias con el espíritu y los valores constitucionales o que conduzcan a consecuencias absoluta y mayoritariamente rechazadas por la conciencia social. El Derecho o, mejor, la fuerza vinculante del Derecho, tiene sus límites en contraste con la realidad social. En todos los casos enunciados no hay un fenómeno de desobediencia civil, sino la no obligación de obediencia al mandato jurídico. Por eso lo denominamos manifestaciones de desobediencia «formal».

Creo que en estos últimos términos es donde se encuadra el debate de la obediencia –desobediencia– a la actual ley de objeción de conciencia. Es cierto que ante la actual regulación de la objeción de conciencia existen diferentes manifestaciones de desobediencia. Para una mayor aclaración es preciso distinguir, al menos, dos: a) el fenómeno de la «insumisión» es una expresión de desobediencia a la actual y a cualquier ley de objeción de conciencia; se rechaza cualquier norma del Estado que imponga a los individuos la obligación de realizar prestaciones personales para contribuir al deber de la defensa; la justificación de tal tipo de desobediencia sólo puede reclamarse desde instancias éticas; b) otro tipo de desobediencia es la que implica el rechazo a la actual ley de objeción. En este último caso, no sólo plantea un problema de justificación moral, sino también de legitimación jurídica. Porque lo primero que hemos de preguntarnos en este último grupo de supuestos es si la desobediencia concreta a la norma no puede reconducirse a alguna de las causas de justificación para no obedecer la norma formal. A este último grupo de desobedientes (formales) pueden asistirle no sólo razones éticas, sino también jurídicas ante la aparente legalidad.



Las condenas reiteradas por las asociaciones de Derechos Humanos de la actual ley de objeción de conciencia, el incumplimiento por esta norma de resoluciones comunitarias e internacionales, las manifestaciones en contra de un buen grupo de jueces y fiscales (que llegan incluso a «desobedecer» en las sentencias), el cuestionamiento doctrinal del juicio de constitucionalidad del las SS. TC 160 y 161/1987 y la amplia contestación social que la ley suscita en la realidad, autorizan a plantearse la desobediencia a la ley como un debate jurídico y no sólo moral.

Las páginas que siguen a continuación enfocan el problema desde esta perspectiva. Sin menoscabo de hacer referencia a la desobediencia civil en sentido estricto, queremos analizar si la actual desobediencia a la ley de objeción de conciencia no será sino manifestación de una *no obligación de obediencia*.

3. La legalidad de la objeción de conciencia y la legitimidad de la desobediencia civil en un estado democrático

Algunas de las reflexiones que se han dedicado por parte de la doctrina jurídica en nuestro país a la objeción de conciencia han girado en torno a dos preocupaciones centrales: *a)* su deslinde con otras figuras afines y *b)* la necesidad de su fundamentación ⁶. No es difícil entender que éstas hayan sido las constantes si se observa el *apriori* conceptual de partida: asimilar la objeción de conciencia a la exención o privilegio de exención de cumplimiento de un deber jurídico de carácter general, lo que plantea, *prima facie*, el problema de la obediencia al Derecho ⁷.

⁶ Se pueden citar, entre las publicaciones más recientes, las monografías de E. FERNÁNDEZ GARCÍA, *La obediencia al Derecho*, Madrid, 1987; J. MALEM SEÑA, *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Barcelona, 1988; M. GASCÓN, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Madrid, 1990. Y los artículos de L. PRIETO SANCHÍS, «La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho», *Sistema*, nº 59, marzo, 1984, pp. 41 y ss.; A. RUIZ MIGUEL, «Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia», *Anuario de Derechos Humanos (ADH)*, 1986-1987, pp. 399 y ss.; R. SORIANO, «La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español», *Rev. Est. Pol.*, nº 58, pp. 61 y ss.; G. PECES-BARBA, «Desobediencia civil y objeción de conciencia», *ADH*, 1988-1989, pp. 159 y ss.; A. DE LA HERA, «Sobre la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia», en *Libertad y derecho fundamental de la libertad religiosa*, Madrid, 1989, pp. 141 y ss.

⁷ Por este tipo de concepto parecen inclinarse, entre otros, RUIZ MIGUEL, «Sobre la fundamentación...», p. 406; PECES-BARBA, «Desobediencia civil...», p. 168; MILLÁN GARRIDO, *La objeción de conciencia*, Madrid, 1990, pp. 19 y ss.

De esta forma, de un lado, se hace preciso delimitar lo que son supuestos justificativos de infracción de deberes jurídicos (objeción legal) de los casos en que determinada conducta no puede encontrar amparo por el quebranto del principio de obediencia al Derecho (objeción ilegal y desobediencia civil). De otro, se pretende dar una explicación razonable a la legitimidad de no acatamiento de concretos deberes generales en un estado democrático. Efectivamente, el problema de legitimación de desobediencia a la ley en una sociedad no democrática no reviste gran complejidad y pasa por el previo reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas. Ahora bien, cuando se dan los presupuestos democráticos y aún indirecta y representativamente los ciudadanos concurren a la elaboración de las leyes, difícilmente es explicable la exención para un sujeto del deber general emanado de la norma jurídica. Aquí radica la paradójica incoherencia que introduce el reconocimiento de la objeción de conciencia en un sistema democrático ⁸.

Tal conclusión sería exacta si también lo fuera la premisa mayor de la cual se parte: que la objeción de conciencia sea conceptualmente una exención a un deber de carácter general. Sin embargo, esta afirmación incuestionada por algunos sectores doctrinales, merece alguna duda razonable sobre su validez y en todo caso, debe ser objeto de algunas precisiones.

En primer lugar, como ya apunta algún autor ⁹ debate ético o filosófico debería centrarse, no sobre el derecho a la exención reconocido por el ordenamiento jurídico-constitucional, sino sobre la legitimidad de la obligación en general. En cuanto esta supone restricción de la libertad del individuo habría que formular las razones de oportunidad, conveniencia y fundamento del establecimiento de la obligación. Pero, entonces, el *prius* no es ya el deber, sino la libertad de la persona que puede dar lugar a un derecho a no observar un determinado comportamiento, que se estima, no obstante, necesario por parte de la comunidad.

En segundo lugar, y siguiendo con esta línea interpretativa, de objeción de conciencia sólo tiene sentido hablar desde el momento en que se afirma la autonomía o la mayoría de edad de la persona. Quizá por esto históricamente la obje-

⁸ Cuando se plantea en el siglo XIX por primera vez la objeción de conciencia por motivos religiosos al servicio militar, el Parlamento español la rechaza en razón a la necesaria superación de los privilegios del Antiguo Régimen (Cfr. PELÁEZ ALBENDEA, *La objeción de conciencia al servicio militar español en el Derecho positivo español*, Madrid, 1988, pp. 12-15). No se ha de olvidar, de otro lado, que el principio democrático se expresa en la generalidad de las normas y la igualdad ante la ley (Cfr. CÁMARA VILLAR, *Ob. cit.*, p. 251).

⁹ PECES-BARBA, «Sobre la desobediencia...», p. 172.



ción de conciencia y la desobediencia civil se han confundido en los estados pre-democrático ¹⁰ (en este tipo de estados en muchas ocasiones la desobediencia civil no pasa de ser un efecto del ejercicio del derecho no reconocido de objeción de conciencia). La secularización social y la laicización del Estado son los presupuestos básicos de relevancia de la objeción de conciencia ¹¹. Esta se expresa como una *ratio* última de autonomía del sujeto, que debe estar libre de interferencias ¹². De ahí que aparezca como manifestación, si se quiere pasiva, de la libertad ideológica consagrada en el artículo 16 C. y amparada por el derecho de todo individuo al libre desarrollo de su personalidad, reconocido en el 10 C. La libertad de conciencia, como tal, conlleva la libre formación de la conciencia y el derecho de adecuación de los comportamientos a las convicciones más íntimas. Por tanto, parece un error conceptual identificar lo que es un derecho del sujeto y derecho fundamental, con el efecto que produce su ejercicio (exención de un deber). El problema estriba no en la búsqueda de su fundamento, sino los límites del ejercicio (al igual que en otros derechos fundamentales) y las valoraciones coyunturales que se hagan de preferencias en la relación individuo-comunidad.

Cuando se trata, no ya del derecho a la objeción de conciencia, sino de la desobediencia civil, los problemas de fundamentación en un estado democrático son mayores. No se puede hablar aquí del ejercicio de un derecho, sino de un medio o instrumento de transformación social y normativa. El Derecho, por definición, no puede amparar la desobediencia (en este sentido, me parece advertir cierta confusión entre desobediencia y objeción en aquella doctrina que afirma un derecho general del individuo a la objeción de conciencia). Entonces ¿cómo justificar el recurso a la desobediencia civil cuando el sistema democrático propicia canales propios de expresión de la voluntad general y medios para la modificación y cambio de las normas? La justificación sólo puede buscarse en el discurso ético y no jurídico.

En primer lugar, hay que partir de una constatación: los mecanismos representativos del estado democrático no garantizan, en todo caso, la identidad de la decisión adoptada por los órganos de expresión de la voluntad general con

¹⁰ Por ejemplo, autores clásicos como THOREAU identifican los conceptos de desobediencia civil y objeción de conciencia, *Desobediencia civil y otros ensayos*, Madrid, 1985.

¹¹ En este sentido resulta muy sugerente el artículo citado de DE LA HERA, «Sobre la naturaleza jurídica...», pp. 141 y ss.

¹² Esta es la caracterización de la objeción de conciencia adoptada por SORIANO, «La objeción de conciencia...», pp. 79-87; GASCÓN y PRIETO, «Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional», *ADH*, nº 5, 1988-1989, pp. 99-103; AMERIGO CUERVO-ARANGO, «La objeción de conciencia al servicio militar: especial referencia al Derecho español», *ADH*, 1985, pp. 21 y ss., y otros.

la voluntad real de la mayoría de los ciudadanos representados. Los mecanismos de representación tienen unos límites estructurales. En este sentido, la desobediencia civil se presenta como un mecanismo de participación en la toma de decisiones, de ahí su profundo sentido democrático. La auténtica desobediencia civil deberá integrarse como un instrumento de ampliación de las libertades democráticas, ya que abre nuevas vías de participación en la toma de decisiones. «Por un lado, constituye un mecanismo de participación mediata, al ser una forma de intervención en el proceso de formación de opinión pública... Por otro lado, es también un mecanismo de participación inmediata. Se trata de una forma de resistencia especialmente apta para evitar que se practique una política de hechos consumados por parte del poder político»¹³.

En segundo lugar, la legitimación de la desobediencia civil viene determinada por el acatamiento y la salvaguarda de las libertades públicas y los derechos fundamentales. Lo que inspira el acto de desobediencia es precisamente la profundización en los valores democráticos de tolerancia, pluralismo y participación. Esto es lo que permite distinguir a los desobedientes civiles de los grupos de infractores de las normas por intereses privados, corporativos o totalitarios.

Por fin, es rasgo justificativo de la desobediencia civil el carácter no violento. El fin está en los propios medios. De aquí que la estrategia de la desobediencia civil sea un elemento consustancial al movimiento pacifista. Es un instrumento de cooperación o solidaridad social para la resolución de los conflictos. Por esto mismo la desobediencia civil tiene sus límites en el respeto y la no lesión de los derechos fundamentales y las libertades públicas de terceros.

Si en el plano teórico se ven nítidamente las diferencias entre objeción de conciencia y desobediencia civil, tal distinción se oscurece cuando nos enfrentamos a la problemática suscitada por la actual ley de objeción de conciencia. Y esto por una razón muy sencilla: la desobediencia a la ley de objeción de conciencia para muchos no es sólo un problema de estrategia o instrumento de transformación (ésta es esencialmente la concepción del movimiento de insumisión), sino de reconocimiento efectivo por los poderes públicos y la legalidad vigente de un derecho fundamental. De tal forma, que empieza a existir un convencimiento de que no son sólo los argumentos estratégicos, sino también de respeto a los derechos fundamentales (razones jurídicas) los que avalan la legitimidad de la desobediencia civil a la actual ley de objeción de conciencia.

¹³ ESTÉVEZ, «El sentido de la desobediencia civil», *Arbor*, nov.-dic. 1987, p. 133.

4. El recorrido de la objeción de conciencia por la doctrina constitucional

Si del discurso filosófico descendemos al jurídico-positivo, creemos que hay argumentos suficientemente sólidos para afirmar que en nuestro ordenamiento la objeción de conciencia debe ser reconocida como derecho fundamental (sea considerado un derecho fundamental autónomo o una especificación de la libertad de conciencia). Esta naturaleza ha sido negada por la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en las sentencias 160 y 161/87, de 27 de octubre, donde se califica a la objeción de conciencia como *derecho constitucional autónomo*.

Antes de entrar en la valoración, un dato merece ser destacado: el sospechoso giro dado por la doctrina constitucional con las sentencias del 87. Sospechas que se ciernen en que los fallos hayan estado motivados más por razones de oportunidad que de técnica e interpretación jurídica. Hasta entonces el Tribunal Constitucional no había tenido inconveniente en afirmar: primero, que la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución (sentencias 15/82, 35/85, 53/85); segundo, que la libertad ideológica y de conciencia no sólo faculta a formar libremente la conciencia, sino también a adecuar los comportamientos a las propias convicciones en aquello que es básico para la vida y afecta al desarrollo pleno y libre de la personalidad (sentencia 15/82), y tercero, que la objeción de conciencia es origen inmediato de derechos y obligaciones y no un mero principio programático (sentencias 15/82, 53/85). Afirmaciones que contaban con un amplio respaldo de la doctrina científica ¹⁴.

¿Por qué el cambio de rumbo en la doctrina constitucional? Las razones básicas de la sentencia 160/87 pueden resumirse en ¹⁵:

1.º el derecho a la objeción de conciencia no queda protegido por la reserva de ley orgánica;

¹⁴ Así: MARTÍN RETORTILLO, «El derecho a la objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Sistema*, 62/1984; AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, «La objeción de conciencia...»; DE LUCAS, VIDAL y AÑÓN, «El régimen jurídico de la objeción de conciencia y la prestación social sustitutoria», *Rev. Valenciana de Estudios Autonómicos*, 1986; FORASTER, «El nuevo código penal militar y la objeción de conciencia», *Sistema*, 78/1987.

¹⁵ Un buen resumen puede verse en DE LUCAS, VIDAL y AÑÓN, «La objeción de conciencia según el Tribunal Constitucional: algunas dudas razonables», *Rev. General de Derecho (RVG)*, enero-febrero, 1988, pp. 83-85.

2.º sistemáticamente el derecho a la objeción de conciencia queda desplazado a la sección 2.º del capítulo II, entendiéndose que por la remisión efectuada por el art. 81.1 a los derechos fundamentales y las libertades públicas ¹⁶, no participa del carácter de derecho fundamental de los comprendidos en la sección 1.º del mismo capítulo;

3.º el núcleo de la objeción de conciencia no es una libertad sino una excepción a un deber de carácter general permitida expresamente por el art. 30.2 C.

Previamente a abordar de forma crítica los argumentos aportados por la doctrina constitucional es necesario hacer una precisión interpretativa. Como el propio tribunal ha declarado, el 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» ¹⁷. Por lo tanto, ha de adoptarse un criterio sistemático y finalista en coherencia con el sistema de valores que la Constitución incorpora, que deben ser el fundamento de la convivencia social y política. De ahí, que también haya señalado la necesidad de operar en materia de derechos fundamentales según los principios *favor libertatis* y *de maximalización de sus contenidos* ¹⁸.

El primero de los argumentos aportados es la reserva orgánica. Pero, si bien nos fijamos, este tipo de argumentación conduce a un círculo vicioso: es derecho fundamental el que precisa en su desarrollo legislativo la forma de ley orgánica y ésta viene exigida por el contenido normativo, resultando que la remisión operada ex art. 81.1 se ciñe a los derechos comprendidos en los artículos 15 a 29. La debilidad del razonamiento se muestra en el mismo criterio procedimental o adjetivo que se utiliza para la delimitación de los derechos fundamentales ¹⁹. No hay que olvidar, además, que el propio tribunal ha reconocido que el acotamiento de los artículos 15 a 29 opera como ámbito de delimitación de la remisión hecha por el art. 81.1, «sin prejuzgar la existencia de otros derechos y otras garantías» (sentencia 160/87, FJ. 1.º). Más bien, ha de entenderse, con la mayoría de la doctrina, que la reserva de ley orgánica no prefigura el carácter de derecho fundamental, sino otorga una protección

¹⁶ La delimitación de lo que ha de entenderse por «derechos fundamentales y libertades públicas» a efectos del desarrollo en ley orgánica, es establecida en la sentencia de 5 de agosto de 1983 y se repite en posteriores pronunciamientos del T.C.

¹⁷ Entre otras, sentencias de 4 de febrero de 1983 y 7 de junio de 1984.

¹⁸ SSTC de 31 de marzo de 1981, 8 de junio de 1981, 6 de mayo de 1983, 7 de junio de 1984, 23 de mayo de 1985, 12 de marzo de 1987 (Cfr. CÁMARA VILLAR, *ob. cit.*, p. 261, nota 73).

¹⁹ Cfr. GASCÓN y PRIETO, «Los derechos fundamentales...», p. 119.

reforzada a alguno de ellos. Esta razón inclina a la doctrina a mantener una interpretación restrictiva sobre la necesidad de ley orgánica, de forma que no se colapse el libre juego democrático de mayorías mediante una inadecuada «retención del poder constituyente»²⁰.

Si de lo que se trata es de delimitar el ámbito de derechos que han de tener el carácter de fundamentales habrá que huir de un criterio procesalista y acudir a uno sustantivo. En este sentido, se puede afirmar que «un derecho vale lo que vale su garantía»²¹. Y a nivel de eficacia jurídica y protección jurisdiccional no hay distinción entre la objeción de conciencia y los restantes derechos de la sección 1.º: gozan de eficacia directa (53.1 y 53.3 a *sensu contrario*), en su desarrollo legislativo se impone el respeto a su contenido esencial (53.1) y están protegidos por la máxima tutela jurisdiccional (53.2). No se puede oponer, como hace el Tribunal Constitucional, que precisamente el dato de que sea susceptible de amparo constitucional lo desvincule de los derechos fundamentales (del art. 16), porque esta tutela «sería innecesaria si se tratase de una mera aplicación de la libertad ideológica garantizada en el artículo 16» (sentencia 160/87, FJ. 3.º). Ahora bien, por el mismo razonamiento se podría concluir con todos los derechos del capítulo 11, debido a la innecesidad de la reiteración de la tutela especificada en el art. 161.1.a (53.1). Al contrario, como se ha afirmado, «precisamente porque es un derecho fundamental (objeción de conciencia) se insiste en su protección por el amparo, dado que la sistemática empleada por la Constitución y el carácter sui generis del derecho así lo aconsejan para que no haya lugar al equívoco de minorar la ratio legitimadora de la objeción de conciencia»²².

El segundo de los argumentos que esgrime el TC para considerar a la objeción de conciencia como derecho constitucional autónomo (no fundamental) es en base a una interpretación sistemática. En buena medida este discurso reitera el mantenido sobre la forma orgánica de la ley: el art. 81.1 remite a la sección 1.º del capítulo 11 y el reenvío rompe la hipotética co-

²⁰ Sobre la problemática de la ley orgánica y la crítica a la caracterización que el T.C. ha hecho de la misma en el desarrollo de los derechos fundamentales puede verse I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2.ª edic., Barcelona, 1988, pp. 113-118 y bibliografía citada al final del capítulo VI.

²¹ CÁMARA VILLAR, *ob. cit.*, p. 267. La doctrina parece inclinarse a clasificar los derechos según el nivel de garantías y protección prestados por el ordenamiento jurídico, pasando de un estudio estructural a otro funcional. Sobre el particular puede verse: PÉREZ LUÑO, «Las funciones de los derechos fundamentales», en *Introducción a los derechos fundamentales*, v. II, Madrid, 1988, pp. 658 y ss. Sobre las garantías en el ordenamiento español: RODRÍGUEZ GARCÍA, «Las garantías de los derechos fundamentales», *Introducción...*, v. II, pp. 1335 y ss.

²² CÁMARA VILLAR, *ob. cit.*, p. 226.

nexión entre el art. 16 y el 30.2. No obstante, aunque así fuera, hay que hacer la salvedad ya anunciada: la remisión efectuada por el art. 81.1 «no prejuzga la existencia de otros derechos y otras garantías» (sentencia 160/87, FJ 1.º). A esto, ha de añadirse que a la debilidad argumental del TC se contraponen sólidas razones elaboradas por ciertos sectores doctrinales para entender que deben ser catalogados como derechos fundamentales todos los comprendidos en el capítulo II²³, opinión que salvaría el problema de la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia por encima de la interpretación sistemática.

Pero ciñámonos al estricto criterio sistemático, independientemente de lo razonable, aceptable o dudoso que se considere el último argumento apuntado. ¿Es cierto que en puro rigor interpretativo, atendiendo a la sistemática constitucional, no existe conexión lógico-jurídica entre el art. 16 y el 30.2? O dicho de otro modo, ¿el reconocimiento jurídico de la objeción de conciencia queda ceñido al 30.2? A este tenor, se impone una consideración previa. Si admitimos, como parece evidente, que el derecho a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica (art. 32) es una concreción del principio de igualdad y del derecho a la intimidad, ¿su ruptura sistemática del principio y derecho informadores autoriza a entender que no hay conexión lógica entre el derecho protegido y estos últimos? La respuesta negativa es concluyente²⁴.

Por tanto, la ubicación sistemática se advierte insuficiente para sostener la ruptura lógica. Vayamos al fondo del asunto. Toda interpretación de un precepto implica tomar en consideración, *prima facie*, el objeto del mandato jurídico. El artículo 30 tiene por finalidad el reconocimiento y la caracterización de los rasgos esenciales del derecho-deber de defender a España. Encauzados en este propósito se ha de comprender la parte dispositiva de la norma: obligaciones militares, posibilidad de establecimiento de un servicio civil y deberes de los ciudadanos en situaciones excepcionales. Desde esta perspectiva parece posible afirmar:

1.º El artículo 30.2 no tiene por objeto inmediato el reconocimiento de la objeción de conciencia²⁵;

²³ Cfr. CRUZ VILLALÓN, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Introducción...*, v. I. pp. 160 y ss. El autor aporta tres tipos de argumentos para mantener la tesis: contenido, fuerza o virtualidad y «conexión de sentido».

²⁴ Cfr. CÁMARA VILLAR, *ob. cit.*, p. 259.

²⁵ Cfr. CÁMARA VILLAR, *ob. cit.*, pp. 260, 261 y 264.

2.º La mención de la objeción de conciencia en el precepto tiene un carácter circunstancial: *a)* la razón de oportunidad al establecimiento de una obligación general (obligación militar) de una causa excepcional (objeción de conciencia), y *b)* el carácter derivado o dependiente de la eficacia de la objeción de conciencia al momento histórico de existencia del servicio militar obligatorio²⁶;

3.º Lo que se reconoce en el 30.2 es la relevancia jurídica de la objeción de conciencia en el orden militar que implica una prestación personal por parte de los ciudadanos. Pero, esto no autoriza a identificar el concepto del derecho con su efecto.

Al contrario, desde un estricto criterio sistemático resulta plenamente coherente mantener la derivación lógica del art. 30.2 respecto al 16. Como se ha afirmado doctrinalmente, la mención expresa de la objeción de conciencia en el primer artículo obedece a que potencialmente puedan colisionar la obligación general del número 2 con el derecho reconocido en el art. 16. Son razones de «parificación» (obligación general-excepción) y oportunidad para el juego del «presupuesto habilitante» (conciencia contraria al servicio militar) lo que justifica su mención expresa en el 30.2²⁷. Se subraya la virtualidad legal del ejercicio de la objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio. Se ha de insistir en que es el ejercicio del derecho a la objeción ante un supuesto específico y no su reconocimiento jurídico, ya que, de lo contrario, difícilmente pudiera encontrarse fundamento legal al ejercicio de la objeción del médico a la práctica interruptiva del embarazo, cuestión sobre la cual el TC se ha decantado contundentemente (sentencia 53/85, FJ. 14.º).

El último de los argumentos empleados por el TC consiste en configurar la objeción de conciencia, no como una libertad, sino como un motivo de exención a un deber general. Como acertadamente señalan De Lucas, Vidal y Añón la dificultad de caracterización estriba en que la objeción puede ser descrita como una libertad (el derecho de libertad de ser respetado por el Estado en el rechazo al servicio de armas por motivos de conciencia), pero también como una conducta positiva por parte del Estado (reconocimiento de exención del servicio militar)²⁸. Ahora bien, esta segunda concepción es ficticia, ya que, como gráficamente señalan Gascón y Prieto, al igual que «el derecho de propiedad no es el derecho a ser declarado propietario ... sino a disfrutar

²⁶ Cfr. PECES-BARBA, «Desobediencia civil...», p. 174.

²⁷ Cfr. GASCÓN y PRIETO, *Los derechos fundamentales...*, p. 110; CÁMARA VILLAR, *ob. cit.*, p. 257,

²⁸ *La objeción de conciencia...*, p. 88.

de la cosa», la objeción de conciencia «no es el derecho a ser declarado exento del servicio militar, sino el derecho a no prestar el servicio militar por razones de conciencia»²⁹. O como señalábamos más arriba, no se puede identificar el concepto con el efecto del ejercicio del derecho.

Creo que de ningún modo se puede soslayar lo que ha sido doctrina reiterada del TC: la libertad de conciencia implica la libre formación de la conciencia, pero también el derecho del sujeto a adecuar la conducta a sus convicciones más íntimas (sentencia 15/82, Auto 551/85). Por eso, resulta plenamente coherente establecer que la «la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocida en el artículo 16.1 «(sentencia 53/85). De ahí que la eficacia del 30.2 como exención sólo puede producirse «cuando se dé el presupuesto habilitante, a saber: una conciencia contraria al servicio militar».

No se ha de olvidar, en fin, el mandato del 10.2 C. a propósito del criterio de interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales. Parece inequívoca la consideración a nivel internacional de la objeción de conciencia como derecho fundamental³⁰. Pero, aún más: los principios y valores inspirados por los artículos 1.1, 9.2 y 10.2 de la Constitución deben llevar a la misma conclusión. A este punto, no carece de fundamento la apreciación de que aún no existiendo el 30.2 hay suficiente aporte normativo en el texto constitucional para mantener el reconocimiento y la eficacia de la objeción de conciencia al servicio militar³¹.

¿Por qué, pues, este brusco giro de la jurisprudencia? Al margen de las razones puramente coyunturales, creo que ha pesado de fondo la necesidad de *desfundamentación* para evitar lo algunos han denominado *derecho general de objeción de conciencia*³², que pondría en quiebra al mismo sistema jurídico. Ahora bien, con esta idea se confunde lo que es un problema normativo (incardinación de la objeción de conciencia en el sistema jurídico) con lo que es un problema de hecho (la desobediencia civil). La solución no pasa por la *desfundamentación*, para la cual, como he pretendido demostrar, no hay

²⁹ *Los derechos fundamentales...*, p. 109.

³⁰ Artículo 18 de la Declaración de Naciones Unidas y Resolución 21.7.a. de la Asamblea General de 20 de diciembre de 1978; Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU de 5 de marzo de 1987; Resolución 337 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa de 26 de enero de 1967; Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 9 de abril de 1987; Resoluciones del Parlamento Europeo de 27 de febrero de 1983 y de octubre de 1989.

³¹ Así lo mantiene CÁMARA VILLAR, *ob. cit.*, p. 261.

³² Cfr. MILLÁN BARRIDO, *ob. cit.*, p. 21. A su vez, este autor lo toma de PELÁEZ ALBENDEA, *ob. cit.*, pp. 48-53. También, RUIZ MIGUEL, «Sobre la fundamentación...», p. 421.

amparo normativo, sino por el establecimiento de límites al ejercicio del derecho fundamental de objeción de conciencia.

5. Objeción de conciencia y valores constitucionales

Esta caracterización de la objeción de conciencia está reclamando la entrada por derecho propio dentro de los valores del sistema jurídico-constitucional. Valores que, a tenor del art. 10.1, son el fundamento del orden político y la paz social. Lo que implica, no que carezca de límites, «sino que tales límites han de aparecer conectados a la protección de otros derechos fundamentales»³³. La mayor o menor aceptación de la objeción de conciencia en la configuración del propio sistema de derechos, aún al amparo del pluralismo exigido por el art. 1.1, es un elemento definidor del modelo democrático³⁴.

Debajo de estas ideas está latiendo el mismo concepto de Derecho. Noción que no puede agotarse en una mera mecánica positivista de solución de conflicto de intereses. Ya que, como se ha advertido, si así fuera sería muy difícil «distinguir entre una norma jurídica y la imposición de una asociación de delincuentes»³⁵. Y la objeción de conciencia pone el acento en la consecución de la paz como uno de los fines del Derecho y la referencia a la persona como sujeto de este último. Paz que ha de fundarse en el valor de la tolerancia dentro del pluralismo democrático —que quiere decir que el ordenamiento jurídico no debe ser el garante de la imposición de la mayoría sobre la minoría— y el principio de solidaridad —que implica la cooperación de todos los sujetos y entidades en la construcción del bien común del ideal democrático³⁶.

³³ GASCÓN y PRIETO, *Los derechos fundamentales...*, p. 119.

³⁴ Así, CÁMARA VILLAR señala: «...la exigencia del pluralismo ideológico, al conectarse con el principio democrático y con la igualdad, produce el efecto de "pluralizar" asimismo el ordenamiento, que para la resolución de la tensión ofrece... soluciones equivalentes igualmente generales y respetuosas por ello de la generalidad de las normas y de la seguridad jurídica. De esta manera, una relación entre los principios de libertad e igualdad... se manifiesta en la plenitud de su sentido en el Estado democrático de derecho como de complementariedad...», *ob. cit.*, p. 252. Y GASCÓN y PRIETO: «... la regulación de la objeción de conciencia... representa ante todo la respuesta del Estado de Derecho a un género de comportamiento ... que se muestra como un auténtico banco de pruebas del modelo de legitimidad democrática», «Los derechos fundamentales...», p. 101.

³⁵ Expresión tomada de ROJO SANZ, «Monopolización del poder, objeción de conciencia y consecución de paz», *Anuario de Filosofía del Derecho*, II, 1985, p. 98, que a su vez la toma de S. AGUSTIN, *De civitate Dei*, IV, 4.

³⁶ Sobre la aportación de valores específicos de la objeción de conciencia al sistema democrático pueden verse: ROJO SANZ, *art. cit.* en nota ant.; CATTELLAIN, *La objeción de conciencia*, Barcelona, 1983; BALLESTEROS, «El derecho como no-discriminación y como no-violencia», *AFD*, septiembre, 1973, pp. 159 y ss.; *idem*, «La violencia, hoy: sus tipos, sus orígenes», en *Ética y Política en la sociedad democrática*, Madrid, 1980; *idem*, *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, 1984. Las publicaciones citadas de BALLESTEROS son de especial interés para una concepción del Derecho desde el presupuesto de la paz.

Dentro de la amplitud de lecturas que pueden tener acogida en el texto constitucional, creo que no hay inconveniente normativo para admitir, amplia o restringidamente, el discurso ideológico genuino de la objeción de conciencia al servicio militar: la concepción de un sistema de defensa no militarizado. Al menos desde mediados del pasado siglo la objeción de conciencia y gran parte de las manifestaciones de desobediencia civil se alimentan del pensamiento pacifista³⁷, que bien pudiera resumirse en las palabras de Bertrand Russell: «... no podemos aceptar un mundo donde cada hombre deba la poca libertad que le quede a la capacidad de su gobierno para causar centenares de millones de muertos con sólo oprimir un botón...»³⁸. Lo que se reclama con la primera afirmación es que pueda tener amparo constitucional una concepción de la defensa no vinculada necesariamente con la forma militar y así deba ser reconocido y valorado en el juego de principios constitucionales. No iremos a la justificación de una lectura, que ya se ha hecho entre nosotros, según la cual el servicio militar y la objeción de conciencia están en un plano alternativo, de tal forma, que jurídicamente son opciones equiparables y en régimen de igualdad en el derecho-deber de la defensa³⁹. Esto sería lo deseable para nosotros. Sin embargo, del juego de los arts. 8 y 30 muy endeblemente se puede mantener esta conclusión.

Ahora bien, aún a sabiendas de que hoy no sea la posición mayoritaria, me parece que puede sostenerse con rigor que la Carta Magna no consitucionaliza el servicio militar obligatorio⁴⁰. Lo único que se desprende de una lectura sistemática del texto constitucional es que el sistema de defensa se articula en torno a las Fuerzas Armadas, pero no por el artículo 30, sino por el artículo 8; ni siquiera que aquéllas tengan el rango de institución constitucional en el sistema democrático⁴¹. Además, que para satisfacer esas necesidades

³⁷ Sobre el pensamiento pacifista puede verse: DÍAZ DEL CORRAL, *Historia del pensamiento pacifista y no-violento contemporáneo*, Madrid, 1987; MULLER, *La estrategia de la acción no-violenta*, Barcelona, 1980; X. RIUS, *ob. cit.*, pp. 73-109; H. J. SCHULTZ, *Testigos de la no-violencia activa*, Madrid-Salamanca, 1972; CATTELAÍN, *ob. cit.*

³⁸ Cita tomada de PECES-BARBA, *Desobediencia civil...*, p. 166.

³⁹ Esta tesis ha sido mantenida por PÉREZ TREMPES, «La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo», *ADH* núm. 2, 1893, p. 700; AMERIGO CUERVO-ARANGO, *La objeción de conciencia...*, p. 42; CAPELLA, GORDILLO y ESTÉVEZ, «La objeción de conciencia ante el Tribunal Constitucional», *El País*, 30 de noviembre de 1987.

⁴⁰ Sobre las posiciones doctrinales en torno a la constitucionalización o no del servicio militar obligatorio pueden consultarse las referencias bibliográficas citadas por CÁMARA VILLAR, *ob. cit.*, en las notas 30, 31 y 38, que corresponden respectivamente a las págs. 227-229 y 240.

⁴¹ Así, LÓPEZ RAMÓN, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Madrid, 1987, pp. 369-376. El autor parte de la caracterización de institución que da el Tribunal Constitucional (sentencia de 28 de julio de 1981) y de los dos requisitos exigidos por la doctrina: a) identificación de la finalidad

de defensa se pueden imponer determinadas obligaciones militares a los ciudadanos (art. 30). Pero, de ahí a entender que la concreción de las obligaciones militares (en su caso, el servicio militar obligatorio) es objeto expreso del régimen constitucional media un trecho. La Constitución lo que hace expresamente es delegar en la ley el establecimiento del régimen específico de las bases de la organización militar y de las obligaciones militares⁴². La mención expresa al servicio militar obligatorio en el artículo 30 quizás encuentra justificación en la forma concreta de regulación legal de la organización militar al momento de aprobación de la Constitución y para subrayar directamente la eficacia de la exención cuando se da el hecho habilitante de la objeción de conciencia. De ningún modo, creo que la mención implique congelar el rango a nivel constitucional. De manera, que no exigiría reforma constitucional la adopción de un ejército profesional, pero sí la exigiría una organización de la defensa no militar, pero esto, por imperativo del artículo 8.

Si lo anterior es cierto y aún admitiendo la constitucionalización de la conscripción (esto parece desprenderse de la sentencia 160187), hay que concluir que existe una forma ordinaria y general de cumplir con el deber de la defensa, que son las obligaciones militares especificadas en la ley, y una forma excepcional y especial, pero también vinculada al deber de defensa, que es la objeción de conciencia⁴³. Ordinaria en cuanto que forma normal y general porque sólo cuando se declaran los motivos de conciencia se adscribe al régimen especial. Hasta qué término permanezca la objeción de conciencia en un régimen de especialidad y excepcionalidad dependerá de la fuerza que tenga el pensamiento pacifista en la sociedad para generar un nuevo consenso, dentro de la participación democrática, en torno a una concepción de defensa no militarizada. Pero, por lo mismo, tiene plena carta de naturaleza en el sistema constitucional esta concepción de la defensa, aún dentro de los límites que se han señalado.

6. Estado democrático y desobediencia civil

Quisiera, para finalizar esta comunicación donde se apuntan líneas generales de reflexión, hacer un última consideración a propósito de la legiti-

protectora, y b) referencia de la protección a una institución (PAREJO, *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, 1981, pp. 31-36). Presupuestos que no acompañan a la regulación de las Fuerzas Armadas a nivel constitucional.

⁴² Esta tesis es la mantenida por CÁMARA VILLAR, *ob. cit.*, pp. 223-224.

⁴³ Cfr. GASCÓN y PRIETO, *Los derechos fundamentales...*, pp. 113-114.



midad y el Derecho. De ninguna forma se trata de confundir los términos de legalidad y legitimidad. Con el primero se hace referencia comúnmente al dato jurídico-positivo: a lo contenido en el conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico, independientemente de su rango jerárquico. De legitimidad se habla desde un plano metapositivo o meta-jurídico, haciendo alusión a valores o principios que, se entiende, debieran encontrar acogida en la más estricta legalidad, pero que por razones históricas, coyunturales o de intereses no se encuentran respaldados. La legitimidad de un determinado comportamiento no se mide sólo desde el valor solicitado, sino también desde las instancias donde se reclama y la forma o estrategia que se adopta para su consecución. Así, la tensión entre legalidad y legitimidad se convierte, en muchas ocasiones, en una lucha por la *realización del Derecho*.

Comparto la opinión de que en un estado democrático las únicas razones jurídicas que pueden apoyar la desobediencia son aquellas que fundamentan la obediencia al Derecho⁴⁴. Y es lugar común que la violación de derechos fundamentales, la no observancia de los procedimientos democráticos, el no reconocimiento del disenso, la discrepancia y las minorías y la comprensión unilateral de los valores constitucionales son razones, entre otras, que otorgan legitimidad a la desobediencia civil⁴⁵. Con ello no se reclama que tal postura sea legal o deba legalizarse, sino se solicita el refrendo de su legitimidad y el apoyo en el camino por la *realización del Derecho*.

Creo que a estas razones obedecen algunos recientes pronunciamientos judiciales ante actos de desobediencia (negativa a la prestación social o al servicio militar). No es un problema de legalidad, sino de legitimidad. Cuando los jueces recurren a construcciones jurídicas que no se pueden sostener según la legalidad vigente, con el objetivo claro de reducir las penas a los desobedientes, es que en el fondo están poniendo en cuestión la legitimidad de la

⁴⁴ PECES-BARBA, *Desobediencia civil...*, p. 165.

⁴⁵ Un buen resumen de las diferentes posiciones que se han mantenido para la justificación de la desobediencia civil se encuentra en SORIANO, «La objeción de conciencia...», pp. 64-79. Comparto las apreciaciones que sobre la desobediencia civil en un Estado democrático expone HABERMAS, *Ensayos políticos*, Barcelona, 1987, pp. 51-71: «... la posibilidad de una desobediencia civil justificada solamente puede darse a los ojos del sujetos a partir de las circunstancias de que las normas legales de un estado democrático de derecho pueden ser ilegítimas; ilegítimas no sólo según las pautas de alguna moral privada... lo determinante son exclusivamente los principios morales evidentes para todos los que el Estado constitucional moderno fundamental su esperanza de que los ciudadanos lo acepten libremente. No se trata del caso extremo de un orden injusto sino de un caso normal que se producirá siempre, ya que la realización de los más ambiciosos fundamentos constitucionales de contenido universalista es un proceso a largo plazo que no discurre históricamente de modo rectilíneo, sino que se caracteriza por errores, resistencias y derrotas», p. 60.

regulación actual de la objeción de conciencia. Bien por considerar excesivas y desproporcionadas las penas, de acuerdo con la conducta observada por el desobediente, bien porque, no obstante el juicio de constitucionalidad emitido por el TC, se duda mucho de que la actual ley sea respetuosa con el derecho de objeción de conciencia. Bien, en fin, porque todo aplicador del Derecho está sometido al imperativo de «interpretar las normas conforme a la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas» (art.3.1 Cc), y no le pasa desapercibido que la ley de objeción no goza del favor de la sociedad actual.

Desde estas consideraciones ha de valorarse la actual Ley de Objeción de Conciencia:

a) norma jurídica que ha sufrido una contestación frontal por los propios afectados y la denuncia de amplios y variados sectores sociales⁴⁶. ¿No debe conducir esta respuesta a repensar la integración que haya de hacerse de los arts. 9.2, 9.3 y 10 de la C. y el criterio de la «realidad social» exigido por el artículo 3.1 del Código Civil?

b) derecho de objeción de conciencia que ha experimentado un brusco giro en la doctrina constitucional; que permite la notoria disparidad de afirmar su conexión lógica con el artículo 16 cuando se trata de la práctica interrumpida del embarazo (sentencia 53/85, FJ. n.º 14) y negarla cuando tiene por objeto el servicio militar obligatorio.

c) Ley de Objeción de Conciencia que ha tenido que salvar un recurso y una cuestión de inconstitucionalidad por el principio de las mayorías, contando, en ambos casos, con el voto discrepante (a favor de la inconstitucionalidad de alguno de sus preceptos) de tres de los magistrados del Tribunal Constitucional⁴⁷.

d) norma reguladora que ha recibido las más duras críticas a propósito de su dudosa constitucionalidad, cuando no la más abierta inconstitucionalidad, por un buen conjunto de la doctrina científica⁴⁸. Elaboración que se ha

⁴⁶ Sirva de ejemplo: X. RIUS, *ob. cit.*; RAMOS MORENTE, *La objeción de conciencia*, Málaga, 1990; monográfico sobre la objeción de conciencia de *Papeles para la Paz* (CIP), Madrid, 1990. AA. VV., «La resistencia frente a la ley de objeción de conciencia», *En pie de paz*, Barcelona; AA. VV., *Insumisión, en pie de paz*, monográfico, número 12, Barcelona, 1989; DEL RÍO, «Empieza el espectáculo», *Derechos humanos*, número 20, 1988, pp. 40 y ss.; FÍNEZ., «La objeción de conciencia: un reto al Gobierno», *El Mundo*, 15 de mayo de 1990; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Boletín Informativo*, v. XI, número 10, 1988; ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS, *Informe anual*, 1983, 1985, 1986, 1988 y 1989. Podrían citarse otros muchos artículos periodísticos y de publicaciones periódicas.

⁴⁷ Emitieron voto particular a las sentencias 160 y 161/87 los magistrados DE LA VEGA BENAYAS, GARCÍA-MON y GONZÁLEZ-REGUERAL y RODRÍGUEZ PIÑERO.

⁴⁸ CAPELLA y otros, «La objeción de conciencia...»; DE LUCAS, VIDAL Y AÑÓN, «la objeción de conciencia...»; MARTÍNEZ SOSPREDA, «Constitución española y objeción de conciencia»,

hecho desde el dudoso respeto de la ley al principio de igualdad, derecho a la intimidad y garantía del contenido esencial exigido por el artículo 53.1 C.

e) en fin, regulación de la objeción de conciencia que aún parece más desfundamentada cuando se observan los primeros atisbos en el Derecho comparado europeo de asumir en el plano de la legalidad lo que han sido principios reclamados desde posturas de legitimidad (así, la sentencia del Tribunal Constitucional italiano, de 31 de julio de 1.989, ha declarado inconstitucional la mayor duración del servicio no armado y de la prestación social sustitutoria, abriendo las puertas a una concepción plural del sistema de defensa)⁴⁹.

Insisto, no deseo que se confundan los términos legalidad y legitimidad. Pero, sí que pido un momento de reflexión sobre los principios proclamados en el preámbulo de nuestra Constitución y los valores superiores del ordenamiento jurídico, y solicito, como se ha dicho en expresión afortunada, que se tome a la objeción de conciencia en serio para el mundo del Derecho⁵⁰.

7. Apéndice. Arbitrariedad e inseguridad en el cumplimiento de la prestación social sustitutoria

La raquítica y degradante configuración del derecho advertida en la vigente legislación no es, sin embargo, el elemento más perturbador para el joven que actualmente decida objetar al servicio militar. Ni la mayor duración de la prestación social, ni las facultades investigadoras conferidas al CNOC, ni el régimen disciplinario y sancionador, influyen de forma decisiva a la hora de prestar la declaración de objeción. Sin duda, a mi entender, el factor más

Rev. General de Derecho, número 523, 1988; CRUAÑAS y RECALDE, «Objeción de conciencia: dos sentencias retrógradas», *El País*, 22 de diciembre de 1987; GASCÓN y PRIETO, «Los derechos fundamentales...»; PÉREZ CÁNOVAS, «Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la normativa reguladora de la objeción de conciencia», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, número 14, 1990; FORASTER SERRA, «Las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la normativa de la objeción de conciencia al servicio militar», *Revista Jur. de Cat.*, 2, 1988, pp. 181 y ss; CÁMARA VILLAR, *ob. cit.*, pp. 270 y ss. También pueden verse últimamente las críticas y correcciones a la doctrina de las sentencias 160 y 161/87 que hace SERRANO DE TRIANA, «Meditaciones viejas sobre un derecho nuevo: la objeción de conciencia», en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor GARCÍA de ENTERRÍA*, II, Madrid, 1991, pp. 1213 y ss. y en especial 12.35 y ss.

⁴⁹ Un comentario a esta sentencia puede verse en FERNÁNDEZ PAMPILLÓN, «Duración de la prestación de los objetores de conciencia: inconstitucionalidad parcial en el derecho italiano», *Revista General de Derecho*, julio-agosto, 1990, 00. 5725 y ss.

⁵⁰ GASCÓN y PRIETO, *Los derechos fundamentales...*, pp. 118.

disuasorio es la más absoluta —e ilegal— arbitrariedad e inseguridad a la que se ve sometido el objetor una vez reconocida su condición. Ni sabe cuándo va a ser clasificado, ni conoce cuándo va a ser incorporado e incluso si va a ser incorporado o no a la situación de actividad. Y todo ello por la reiterada interpretación que mantiene la Administración en relación al artículo 32.2 del Reglamento de la prestación social de los objetores de conciencia:

«Esta situación (disponibilidad) tendrá una duración máxima de un año desde que los objetores sean declarados útiles para realizar la prestación y, en todo caso, se extenderá hasta que el objetor inicie la situación de actividad o pase directamente a la situación de reserva.»

La disposición resulta esquizofrénica. Se declara un plazo preclusivo de duración de la disponibilidad, pero a continuación se le otorga un carácter meramente orientativo, pudiendo alargarse hasta la efectiva incorporación (sea ésta cuando sea) o hasta el efectivo pase del objetor a la situación de reserva. Sinceramente creo que la contradictoria dicción del precepto, que lo hace ininteligible, es debida al celo y ceguera de nuestro legislador al trasladar mecánicamente las situaciones previstas para el servicio militar a la prestación social. Lo cual no es sino prueba, una vez más, de la desfundamentación del derecho a la objeción de conciencia tal y como viene contemplado en la legislación ordinaria.

En realidad, de la norma se pueden mantener dos interpretaciones:

a) El plazo máximo de disponibilidad es de un año desde la clasificación de utilidad. La situación de disponibilidad es el tiempo de que goza la Administración para incorporar al objetor a la situación de actividad. Transcurrido el plazo de un año sin haber mediado orden de incorporación se da un pase tácito a la reserva. Sería éste, por tanto, un supuesto anómalo e implícito de pase a la situación de reserva. En todo caso, ha de entenderse que la no incorporación ha de ser debida a circunstancias imputables a la Administración.

Esta me parece la interpretación más coherente y la única posible para salvar el principio de seguridad jurídica proclamado por el artículo 9.3 C. Por cierto, que en este sentido de la norma se ha decantado la sentencia de 24 de julio de 1991 del TSJ de la CA de Madrid (Sala de lo Contencioso).

Sin embargo, tal interpretación deja algo sin explicar. ¿Qué significa «en todo caso»? Si se quiere mantener el carácter tasado del año y, por ende,

ser respetuosos con el principio de seguridad sólo me parece posible una explicación. El «en todo caso» prevé aquellos supuestos en que antes de cumplirse el año se pase a la situación de reserva por causa legal expresamente prevista (art. 35 Reglamento) o cuando se proceda a una revisión de la clasificación por causas sobrevenidas. En este último supuesto es claro que el plazo transcurrido deja de tener efectos y no comenzará a computarse sino hasta que se obtenga otra clasificación de utilidad.

b) El plazo señalado en el primer inciso de la norma es puramente orientativo; la situación de disponibilidad o la facultad de la Administración para incorporar al objetor durará tanto tiempo como ésta estime conveniente y en todo caso, hasta el año en que el objetor cumpla los treinta años. Esta es la interpretación mantenida por la OPSOC ante los innumerables recursos administrativos interpuestos impugnando la fecha de clasificación de utilidad y la sucesiva orden de incorporación.

De ser esto, la interpretación correcta, un joven objetor ha de estar pendiente desde los dieciocho años hasta los treinta a que algún día soleado y sin excesivo trabajo la OPSOC lo clasifique útil y dicte la orden de incorporación —quizá al año de ser reconocido o a los tres años o a los once, quizá nunca—. Como se observará, con un mínimo de sentido común tal interpretación es absolutamente insostenible y radicalmente contraria al principio de seguridad jurídica.

No se niega que la Administración carezca de una amplia potestad discrecional para el ejercicio de la actividad administrativa. Pero, sin menoscabo de dicha discrecionalidad, no puede atentarse contra un principio básico y constitucionalmente reconocido como pilar de nuestro ordenamiento como el de seguridad jurídica.

Aun acogiendo la primera de las interpretaciones —la única correcta y coherente con el sistema jurídico— la discrecionalidad de la Administración no sufre quiebra. Fijémonos que el plazo de un año comienza a computarse desde la clasificación de utilidad. Pues bien, reiteradamente la OPSOC mantiene que la fecha de clasificación queda a la absoluta discrecionalidad de la Administración. Por este camino el resultado obtenido es el mismo que en la segunda de las interpretaciones. Bastará que la OPSOC clasifique útil al objetor entre los dieciocho y los treinta años para inmediatamente, respetando el plazo del año, dictar la orden de incorporación (añádase a esto que en el Reglamento del servicio militar los plazos de clasificación provisional y definitiva están absolutamente tasados). Este es el procedimiento que habitual-



mente se observa. La clasificación de utilidad la recibe el objetor junto a la restante documentación que le anuncia su próxima incorporación a la situación de actividad. Y por cierto, la OPSOC es bien celosa de dictar la orden de incorporación con anterioridad al transcurso de un año a la fecha de clasificación de utilidad.

Si debieran legalmente ser así las cosas creo que se confundirían discrecionalidad administrativa y arbitrariedad. Y esto último, no se olvide, está expresamente prohibido por el artículo 9.3 C. Creo que hay elementos suficientes dentro del Reglamento para entender que la fecha de clasificación no queda a la arbitrariedad de la Administración, sino dentro de una razonable facultad discrecional. En primer lugar, establece el artículo 6.2 que la OPSOC ha de respetar las clasificaciones acordadas por el correspondiente Centro de Reclutamiento. Circunstancia que normalmente es desconocida por la Oficina. En segundo lugar, el artículo 5 enumera un conjunto de supuestos en los cuales se otorga al objetor la clasificación de útil si deja transcurrir ciertos plazos o no presenta la debida documentación para su clasificación. Pues bien, el mismo CNOC y la OPSOC cuando remiten la notificación de reconocimiento de objetor advierten al implicado que dispone de un plazo de dos meses para solicitar exenciones, aplazamientos, etc., transcurridos los cuales sin noticia se considerará como útil para la prestación. Todos estos son elementos más que suficientes para entender que la fecha de clasificación no queda a la voluntad arbitraria de la Administración. Coherentemente se ha de concluir que dicha fecha debe venir determinada por el final del cómputo del plazo otorgado para la clasificación.

