

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

TANIA GARCÍA SEDANO
Profesora Asociada y Magistrada Suplente

tgседano@der-pu.uc3m.es

Universidad Carlos III de Madrid

Resumen: El yo en cuanto conciencia lleva un contenido esencial, inherente e inviolable (raíz y fundamento último de los derechos humanos), a saber la misma vida, la dignidad humana y el libre desarrollo, el cual se garantiza y protege en la medida que también lo estén la libertad de pensar, expresar y manifestar aquellos pensamientos fruto, fundamentalmente, de la libertad ideológica, religiosa y filosófica, es decir, la libertad de conciencia cuya manifestación es objeto del presente trabajo.

Abstract: He takes consciousness as an essential, inherent and inviolable (root and ultimate foundation of human rights) content, namely the life, human dignity and the free development, which is guaranteed and protected to the extent so you are free to think, express and manifest those thoughts fruit fundamentally ideological, religious and philosophical freedom, ie freedom of conscience whose manifestation is the subject of this paper.

Palabras clave: Persona, objeción de conciencia, derecho fundamental, libertad, sociedad.

Keyword: Person, consciencia objeition, human rights, freedom, society.

Sumario : 1. Relación individuo y sociedad. 2.La libertad de conciencia. 3.La objeción de conciencia.3.1.Derecho subjetivo 3.2.Excepción. 3.3.Procedimiento. 3.4.Derecho fundamental. 4.Posturas de discusión. 5.Conclusiones. 6.Bibliografía

1. Relación individuo y sociedad

Si se pretende afrontar el estudio de la objeción de conciencia debe de partirse desde la dimensión que la origina, es decir, el individuo¹, pues es éste el que está sujeto a las normas y demás disposiciones que forman (nuestro) sistema jurídico. Asimismo, el sistema de referencia en el que nos moveremos será el de un Estado que reconoce unos

¹ Por individuo debe entenderse en sentido estricto a aquella persona física que, en general puede estar afectada por un problema de conciencia-norma y en particular por el objetor de conciencia al servicio militar.

Derechos Fundamentales, como base del desarrollo del individuo e indirectamente de la sociedad, y que, además, los garantiza y protege.

Ahora, si bien es obvio lo que entendemos por persona física o individuo, para determinar ante quien estamos y qué significa disfrutar o gozar de la libertad de conciencia partiremos del criterio que Ortega y Gasset² establece al determinar como concepto de persona que “yo soy lo que soy y mi circunstancia”. Desdoblando dicho concepto, tenemos, por un lado, que la circunstancia es todo aquello con que me encuentro, todos aquellos elementos que se relacionan conmigo, directa o indirectamente, es decir, mi cuerpo, mi psique y también toda la sociedad, esto es, las demás personas, los usos, las creencias, ideas... que encuentro en mi tiempo (la ‘circunstancia histórica’); y por otro, el yo en cuanto conciencia. Ambos se fusionan formando la persona o ‘proyecto vital’ en un principio de libertad, es decir, se mueve y se modifica, y en la medida que se modifica, en cuanto libre, hace que lo relacionado a él también varíe. “Ser libre quiere decir carecer de identidad constitutiva, no estar adscrito a un ser determinado, poder ser otro del que se era y no poder instalarse de una vez para siempre en ningún ser determinado”³, de lo contrario “la libertad tiende a perder su base, que es precisamente el sujeto en su insustituible, imprescindible e inviolable individualidad carnal, intelectual y moral”⁴. Ahora bien, el hombre es heredero de un pasado, de una serie de experiencias humanas pretéritas, que condicionan su ser y sus posibilidades⁵, y si se pretende variar alguna o algunas de las condiciones tendrá que enfrentarse a todo el sistema existente vigente en el momento en que se “es” y este sistema se defenderá.

De esta forma, el yo en cuanto conciencia lleva un contenido esencial, inherente e inviolable (raíz y fundamento último de los derechos humanos), a saber: la misma vida, la dignidad humana y el libre desarrollo, el cual se garantiza y protege en la medida que también lo estén la libertad de pensar, expresar y manifestar aquellos pensamientos fruto, fundamentalmente, de la libertad ideológica, religiosa y filosófica, es decir, la libertad de conciencia.

Concreta el diccionario de la Real Academia de la Lengua española sobre la conciencia que es la “propiedad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales y en todas las modificaciones que en sí mismo experimenta”. El contenido de la conciencia no es necesario que sea reconocido para ser creado, ya que ‘es’ en cada persona, existe desde que esta es, al igual que la manifestación exterior de dicho contenido. De tal forma es esto cierto que el desarrollo de la persona tiene como máximo factor determinante su conciencia, y, por lo tanto, en la medida que la libertad de conciencia esté realmente protegida lo estará la persona.

La conciencia es una dimensión individual que se desenvuelve en tres momentos ligados entre sí, a saber: el núcleo esencial, puramente interno, constituido por la

² ORTEGA Y GASSET. *Meditaciones del Quijote*, pp.43.

³ O y G. OC, pág. 45.

⁴ GIUSEPPE CAPOGRASSI (1961) *La ambigüedad del derecho contemporáneo*. pág. 36.

⁵ ORTEGA Y GASSET. *Historia como sistema*, VI pp. 40-43.

libertad que debe tener toda persona a formar sus propias convicciones en cualquier materia (religiosa, ideológica...)” fundamentada en un sin fin de elementos que no tienen por qué compartir la esencia de la materia religiosa o ideológica. “El segundo momento, el externo, que se subdivide a su vez en dos, por un lado, cuando el sujeto manifiesta hacia el exterior las convicciones formadas (internas), y por otro, el externo referido o constituido por el derecho que tiene la persona a comportarse según las creencias o ideologías y no ser obligado a comportarse de forma contraria a las mismas (Ana F. Coronado). Los tres forman una unidad y no puede entenderse la libertad de conciencia sin este contenido, de ahí, que la protección actual de la fundamental libertad de conciencia abarque esos tres momentos. Señala Stuart Mill sobre la razón propia de la libertad humana que “comprende, primero, el dominio interno de la conciencia; exigiendo la libertad de conciencia en el más comprensivo de sus sentidos; la libertad de pensar y sentir; la más absoluta libertad de pensamiento y sentimiento sobre todas las materias, prácticas o especulativas, científicas, morales o teológicas. La libertad de expresar y publicar las opiniones puede parecer que cae bajo un principio diferente por pertenecer a esa parte de la conducta de un individuo que se relaciona con los demás; pero teniendo casi tanta importancia como la misma libertad de pensamiento y descansando en gran parte sobre las mismas razones es prácticamente inseparable de ella. En segundo lugar, la libertad humana exige libertad en nuestros gustos y en la determinación de nuestros propios fines; libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter para obrar como queramos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nos lo impidan nuestros semejantes en tanto no les perjudiquemos, aun cuando ellos puedan pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada.”⁶

Este consagrado parecer no ha sido constante en la Historia, la cual nos ha revelado como se han ido idealizando y positivizando los derechos fundamentales y como su primordial carácter de ‘fundamental’ no ha dependido del pacto que lo otorgó, sino de su propia naturaleza y su finalidad. Ese proceso de idealización y positivación de los Derechos Fundamentales ha sido más fruto de la lucha y la sanción que de la coherencia. La misma Declaración de Derechos de 1789 es conclusión de unas premisas de guerra y degradación humana, y es que “se necesita el transcurso de un cierto tiempo y una determinada cantidad de experiencia para que una verdad moral o de prudencia pueda ser considerada como establecida”⁷.

Todo, hoy, reconocimiento pleno de un derecho fundamental es el producto de la concienciación social de su relevancia en cuanto al individuo y el grupo. Concienciación relevante y manifestada en tanto ha sido fruto del conjunto de sanciones que, bien individual o colectivamente, ha recibido la persona, sin perjuicio que del iter histórico se desprenda que hasta hace bien poco no ha sido suficiente, pues si bien existía un reconocimiento pleno de dichas libertades y derechos, no había una igual aceptación a la exteriorización de los productos de la conjugación de esos derechos. Si no se reconoce los efectos externos del ejercicio de un derecho no se protege ni ampara el fundamento de ese comportamiento. Ahora bien, todavía hoy, en determinados casos, tampoco existe plena protección en cuanto que se anteponen (como resultado de un

⁶ JOHN STUART MILL.(1993) *Sobre la libertad*. Alianza Editorial. 9ª reimpresión. pp.68-69.

⁷ *Ibidem*, pág. 161.

proceso de ponderación de valores e intereses) fundamentos y principios basados en la prioridad de que disfruta la colectividad, la sociedad. Lo que puede ser completamente legítimo y querido, más cuando se parte de la necesidad de “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes”, donde “cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro (es) considerado como parte indivisible del todo”⁸. Voluntad general que deberá actuar “como si” (Kant) fuese el pueblo, pero dentro de los límites que establece el marco que la ha constituido y con la finalidad del desarrollo de sus componentes y del grupo formado⁹. Esto es, el impulso y la decisión de constituir un grupo y así obtener los beneficios que eso significa conlleva también el necesario sometimiento, tanto por parte de los individuos como los órganos que crea el grupo para su estabilización y funcionamiento, a las obligaciones y deberes que surgen. Esta necesaria unión dicotómica (la posibilidad de disfrutar de determinados beneficios y la de permitir a los demás ese disfrute) es lo que en el plano jurídico, en manos de Kelsen, se traduce como la esencial existencia “de una norma jurídica, que otorga un poder jurídico específico; de una norma jurídica que faculta a determinado individuo”¹⁰, pero que como contrapartida le sujeta a obligaciones y deberes jurídicos. Surge un principio de obediencia al Derecho, que considero en parte relativo al no poder admitir con efectos absolutos el hecho de que “las cláusulas de este contrato están de tal suerte delimitadas por la naturaleza del acto, que la menor modificación las haría inútiles y sin efecto; de manera, que, aunque no hayan sido jamás formalmente enunciadas, son en todas partes las mismas y han sido en todas partes tácitamente reconocidas y admitidas, hasta tanto que, violado el pacto social, cada cual recobra sus primitivos derechos y recupera su libertad natural, al perder la convencional por la cual había renunciado a la primera”¹¹, debido a que: 1º.- la congelación que se establecería impediría toda evolución, adaptación y viabilidad; 2º.- el reconocimiento tácito, si bien somos ‘herederos de un pasado’ no significa que debamos someternos a él en detrimento de un, nuestro, desarrollo que parte de una base constituida con distintos principios. Debe evitarse el diagnóstico de que “el hombre contemporáneo está llamado a refugiarse en alguna forma de evasión a la libertad. Evasión (que) se manifiesta, por un lado, por la creciente estandarización de los individuos, la paulatina sustitución del yo auténtico por el conjunto de funciones sociales adscritas al individuo; por el otro, se expresa con la propensión a la entrega y al sometimiento voluntario de la propia individualidad a autoridades omnipotentes que la anulan”¹², pues es negar todo derecho al desarrollo de la persona y a su dignidad en una realidad distinta a aquella en la que se ve obligado a desenvolverse; y 3º.- la violación de elementos del pacto no siempre conlleva su

⁸ROUSSEAU J.J (1994) *El contrato social*. Edicomunicación S.A. pp. 42-43

⁹ Esta condensación del concepto de Estado se ha elaborado o tomado teniendo presente que el campo de desarrollo del impacto de la objeción de conciencia que nos interesa se produce en nuestro Estado, un Estado social y democrático de Derecho, donde la soberanía reside en el pueblo, del que emanan los poderes del Estado (art. 1, 1 y 2 de la Constitución de 1978).

¹⁰HANS KELSEN (1993) *Teoría General del Derecho*, 7ª ed. Ed.Porrúa, S.A. México. Trad. ROBERTO J. VERNENGO. pág.148.

¹¹ROUSSEAU J.J. *El contrato social*... ob.cit. p.43.

¹² ERICH FROMM (1985): *El miedo a la libertad*. Planeta Agostini, pág. 166.

desintegración, sino muchas veces su mayor estabilización y coherencia, como es el no cumplimiento de una norma que va contra natura, contra la dignidad humana, como ha sido, en el plano internacional las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU de 1973 y 1978¹³ que recomendaban la objeción de conciencia, teniéndola no sólo como un derecho sino también como un deber, frente al régimen de apartheid. Señala Thoreau que “todos los hombres reconocen el derecho a la revolución; esto es, el derecho a resistirse y negarle lealtad al gobierno cuando su tiranía o su ineficacia sean grandes e insoportables”¹⁴.

Los márgenes de desarrollo deben establecerse de tal forma que siendo necesario el establecimiento de un principio de orden, no se ensalce hasta el punto de frustrar todo intento de avance, ni tampoco admitir un principio de flexibilidad que nos sitúe en el extremo opuesto.

2. La libertad de conciencia

Sabemos que el campo de batalla está situado en el plano individuo versus sociedad, por lo que hay que tener presente, por un lado, que si bien debe hacerse “mucho caso de la libertad individual ...no hay que olvidar que el hombre es esencialmente un ser social. Se ha elevado hasta su nivel actual aprendiendo a conciliar su individualismo con las exigencias del progreso social. Un individualismo desbocado no puede hacer otra cosa más que permitir que reine la ley de la jungla. Hemos aprendido a encontrar el justo medio entre nuestra libertad individual y la coacción social. Plegarse de buena gana a las obligaciones sociales, con el deseo de asegurar el bien público, es servir al mismo tiempo a nuestro interés personal y al de la sociedad de que formamos parte”¹⁵, y, por otro, que “personas diferentes requieren también diferentes condiciones para su desenvolvimiento espiritual; y no pueden vivir saludablemente en las mismas condiciones morales, como toda la variedad de plantas no pueden vivir en las mismas condiciones físicas, en la misma atmósfera o en el mismo clima. Las mismas cosas que ayudan a una persona en el cultivo de su naturaleza superior son obstáculos para otra. La misma manera de vivir excita a uno saludablemente, poniendo en el mejor orden todas sus facultades de acción y goce, mientras para otro es una carga abrumadora que suspende o aniquila toda la vida interior. Son tales las diferencias entre seres humanos en sus placeres y dolores, y en la manera de sentir la acción de las diferentes influencias físicas y morales, que si no existe una diversidad correspondiente a sus modos de vivir ni pueden obtener toda su parte en la felicidad ni llegar a la altura mental, moral y estética de que su naturaleza es capaz”¹⁶ difícilmente se reconoce un derecho al desarrollo de la persona sino más bien una conducción del desarrollo, y de donde, a

¹³ Resoluciones 3.086 (XXVIII) de 30 de noviembre, y 33/1965, de 20 de diciembre, respectivamente.

¹⁴ THOREAU, H.D (1995): *Sobre el deber de la desobediencia civil*. Ed. Iralka. San Sebastian. Trad. de Antonio Casado da Rocha, pág. 5.

¹⁵ GANDHI (1988): *Todos los hombres son hermanos*. 10ªed. Ed.Atenas, pág. 203

¹⁶ STUART MILL: *Sobre la libertad*.... ob.cit., pág 141

nivel colectivo, se desprende que “las masas sirven al Estado no como hombres, sino como máquinas, con sus cuerpos”¹⁷.

Es evidente que hay un derecho fundamental al desarrollo de la persona, y es una exigencia que ese derecho esté verdaderamente amparado por aquel sistema que a su vez lo limita y conjuga en y por el beneficio de la seguridad y equilibrio del conjunto de individuos que forman la sociedad.

En este planteamiento, el reconocimiento de cualquier derecho debe ir acompañado de aquellos medios que establezcan su garantía, la cual no se queda en el simple reconocimiento sino también en facilitar el ejercicio de su contenido. De esta forma, la garantía de la conciencia se realiza a través de la protección y reconocimiento de la libertad de conciencia, que se configura como derecho fundamental, y su contenido significa que una persona tiene derecho a formar su conciencia, a exteriorizarla - individual o colectivamente- y a comportarse coherentemente según esta. Por eso, es irrefutable afirmar que la conciencia no es un producto inalterable, sino todo lo contrario. La misma formación de la conciencia supone un proceso de objeciones, la toma de una decisión es la objeción de otra u otras, una conjugación de preferencias que en tanto sean internas están totalmente protegidas, obvio, pero que cuando se manifiestan pueden conllevar relevancia jurídica conflictiva, y no por eso deben estar automáticamente reprochadas o reprimidas. La libertad de conciencia y la objeción de conciencia “se encuentran así en una estrecha conexión de especie y género”¹⁸.

Esta íntima relación nos permite establecer que por libertad de conciencia puede entenderse la libre formación de convicciones sobre la conducta (Stein señala conducta moral¹⁹). Convicciones que vendrán, no quito que también ex novo o auspiciadas por el Derecho Natural, pero en general vinculadas o basadas en elementos externos de relación, ya los llamemos ideologías, religiones, pensamientos... Por esta razón, la conceptualización y regularización de la libertad de conciencia y por ende de la objeción, no aparece con uniformidad en las distintas regulaciones y doctrinas. Muchas Constituciones, por un principio de seguridad, aluden más a su definido contenido, esto es, libertad ideológica, religiosa, de opinión, pensamiento... que al genérico de la libertad de conciencia. Claro ejemplo lo tenemos en nuestra propia Constitución que concreta en su art. 16.1 la libertad de conciencia como “la libertad ideológica, religiosa y de culto”. Sin embargo, es evidente que “la libertad ideológica y religiosa es la matriz de la objeción de conciencia, la nodriza ética que suministra razones a la objeción”²⁰.

De igual forma sucede en el plano del Derecho Internacional, donde el tratamiento relativo a los Derechos y libertades fundamentales nos sitúa los parámetros delimitadores, a saber: siguiendo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10

¹⁷HENRY DAVID THOREAU: *Sobre el deber de la desobediencia civil...* ob. cit. pág 4.

¹⁸BERTOLINO R. (1967): *L'Obbiezione di Coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei. Giappichelli*.Turín, pp. 26 y 53

¹⁹STEIN, E. (1973): *Derecho político* (1071), trad, de F. Sáinz Moreno, Madrid, Aguilar, pag. 210

²⁰PECES-BARBA, G. (1988) “Desobediencia civil y objeción de conciencia” *Anuario de Derechos Humanos*, 5.

de diciembre de 1.948²¹ determina, por un lado, en lo concerniente a la dimensión del individuo, en su art. 3 que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; el art. 6 señala que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”²²; el art. 18 preceptúa que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”²³, y el art. 26 determina en su punto primero que “toda persona tiene derecho a la educación” y en el punto segundo que “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”, y, por otro, acerca de la dimensión social, concluye en el art. 29, punto 1 que “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”, y en su punto 2 que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona está solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

En cualquier caso, el reconocimiento de la libertad de conciencia permite al individuo una conducta sobre convicciones individuales, pero, no de forma absoluta, sino que debe desarrollarse guardando ciertos límites. La libertad de conciencia establece reglas de permisividad para “obrar de acuerdo con nuestras convicciones y gozar de la protección del Estado frente a la injerencia de terceros cuando esas convicciones se desarrollan en el ámbito de la licitud jurídica y al propio tiempo formular objeciones de conciencia cuando las convicciones entrasen en contradicción con alguna obligación jurídica”²⁴.

3. Objeción de conciencia

Si fruto de mi libertad de conciencia expongo una idea, aun siendo disparatada, que es objeción de otra y por ese motivo me son vulnerados determinados derechos (v.g. me agreden), el Estado tutelaré mi postura en tanto que no he hecho otra cosa que como producto de mi conciencia objetar otra idea. De este planteamiento puede afirmarse que el Estado me reconoce un derecho general a la objeción de conciencia; pero como la objeción relevante es aquella que aparece como la negativa al cumplimiento de determinadas obligaciones por razones de conciencia, y esto, en principio, como parece ir contra la naturaleza y equilibrio del Orden no permite el reconocimiento de ese

²¹ Adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas -UN. Doc ST/HR/1/REV.1-.

²² Igual contenido que el art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966. Ratificado por instrumento de 13 de abril de 1977 -Jefatura de Estado, B.O.E. 30, RCL 893.

²³ Mismo contenido que el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁴ GASCÓN ABELLAN. M. (1990): *Obediencia al Derecho y Objeción de conciencia. Centro de estudios constitucionales*. Madrid , pág. 258.

derecho general a la objeción de conciencia. En nuestro campo de estudio, no se trata de establecer sin más un derecho general a la objeción de conciencia, ni negar este cuando la realidad responde afirmativamente.

Casuísticamente, la Sentencia del T.C. 161/87, de 27 de octubre²⁵ señala que “la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea de Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto”; y, del mismo modo, doctrinalmente se subraya que el reconocimiento de una “objeción de conciencia con carácter general, ...significaría la negación misma de la idea de Estado”²⁶.

Ahora, si como premisa establecemos que un reconocimiento puro del derecho general a la objeción de conciencia puede conllevar a la ‘anarquía’; también debemos considerar que es cierto que no hay derechos absolutos reconocidos, todos se encuentran limitados, lo mismo que el derecho general a la objeción de conciencia. A saber: Primero, la sola idea de un derecho significa la de una obligación o deber; segundo, la existencia de distintas conciencias significa límite al ejercicio de ese derecho; y tercero, la sola constitución de un orden o Estado significa renuncia de unos derechos, total o parcialmente, para beneficiarse de otros²⁷. Asimismo, en idénticos términos ocurre en la dimensión del derecho internacional, por ejemplo la Declaración Universal de 1948 establece, en su art. 29, como inmediatos límites a todos los derechos y libertades “las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”²⁸. Es decir, en cualquier campo en el que nos situemos, se confirma que no todas las manifestaciones de la libertad de conciencia están amparadas, tal y como ocurre con todos los demás derechos establecidos en un ordenamiento jurídico. En el caso de la objeción de conciencia, ya sea como derecho autónomo o como manifestación de la libertad de conciencia, podrá estar o no amparada, pero eso no significa que debemos vaciar su contenido o negarle su condición de derecho general, más cuando hay una realidad que reconoce la viabilidad de este derecho, aun a pesar de no estar reconocido en ley o disposición alguna, como ha ocurrido con el supuesto del aborto y la sentencia del T.C. 53/1985, de 11 de abril²⁹, donde “en el caso de la objeción de conciencia del personal sanitario a colaborar en las prácticas abortivas legales, el Tribunal Constitucional afirma claramente que nos encontramos ante un derecho

²⁵ Ponente Ángel Latorre Segura. BOE de 12 de noviembre de 1987.

²⁶ NAVARRO VALLS, R. (1993): “Ley, Jurisprudencia y Objeción de conciencia”, *Tapia* nº 69, Diciembre.

²⁷ Aunque este punto nos introduce en la materia sobre el por qué de la obligación de obedecer al derecho que, no obstante, no se va a tratar.

²⁸ De igual forma el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su art. 18 determina “que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás”, y en los mismos términos el Convenio Europeo de 1950.

²⁹ Ponentes Gloria Begué Cantón y Rafael Gómez-Ferrer Morant. BOE de 18 de mayo de 1985.

fundamental, que forma parte (del contenido) del derecho fundamental más amplio de la libertad ideológica y religiosa consagrado en el artículo 16³⁰ (jurado).

Consecuentemente, no sólo se confirma que la libertad de conciencia y la objeción de conciencia están en ‘estrecha conexión’, sino que es claro que “la objeción de conciencia es una manifestación de la libertad de conciencia y que existe un deber general a la objeción de conciencia pero limitado en función de los deberes objetados³¹. Así, subrayando, entre otras, la Resolución nº 337, de 26 de enero de 1967, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa³², puede decirse que “la objeción de conciencia es una noción restringida de la libertad de conciencia³³ o como señala la jurisprudencia alemana que “‘descansa’ en el principio universal de la libertad de conciencia³⁴. Este planteamiento significa que la garantía de la libertad de conciencia (o libertad ideológica, religiosa...) implica la tutela de la objeción de conciencia. En su grado máximo, la negación de la objeción de conciencia es negación de la libertad de conciencia; no obstante, este grado no se produce, pues la mayor parte de las manifestaciones de la libertad de conciencia no tienen relevancia jurídica de conflicto. Sin embargo, cuando la tienen, nos situamos ante una problemática de derechos: el derecho al desarrollo personal que viene insoslayablemente unido al derecho a la libre formación de la conciencia (lo que supone el derecho a oponerse o hacer valer una oposición fundamentada en la conciencia, coherente con el comportamiento del individuo) y los demás derechos, reflejo de una obligación o deber.

La práctica jurisprudencial ha establecido, en un primer momento, su significación como derecho general de naturaleza fundamental, a saber: las citadas sentencias del T.C. S. 15/82, de 23 de abril³⁵ que declara “que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica... puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido implícita y explícita en la ordenación constitucional española”; e igualmente la sentencia del T.C. 53/85, 11 de abril que determina que el “derecho a la objeción de conciencia existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación”. Y en un segundo, cuando pretende, por un principio de prudencia y en un momento más problemático, recalificar la objeción de conciencia

³⁰OLIVER ARAUJO, J. (1993): *La Objeción de conciencia al servicio militar*, Civitas, pág. 210. En iguales términos cita Oliver Araujo a Llamazares Fernández, Dionisio: *Derecho...* ob. cit., pág.624; MARINA, G. Y PRIETO, L.: “Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional” en *Anuario de Derechos Humanos*, 5. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, 1988-1989, pág. 108.

³¹RUIZ MIGUEL, A: “Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm.4 (1986-1987), pág. 17 y ss.

³² O las Resoluciones 1987/46, de 10 de marzo de 1987 y 1989/59, de 8 de marzo de 1987 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; o las Resoluciones de 7 de febrero de 1983 y 13 de octubre de 1989 del Parlamento Europeo.

³³ GASCÓN ABELLÁN, M.: *Obediencia al derecho y objeción de conciencia...* ob.cit., pág. 269

³⁴ Parecer del Tribunal Federal Constitucional alemán. Tomado de F.J. Peláez Albendea. *La objeción de conciencia al servicio militar en el Derecho positivo español*. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones. Madrid 1988, pág. 55.

³⁵Ponente Gloria Begué Cantón. BOE de 18 de mayo de 1982. En el mismo sentido la STC 35/1985, de 7 de marzo: Ponente Ángel Escudero del Corral. BOE de 27 de marzo de 1985.

como excepción, como derecho “a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales”³⁶, se dicta la STC 160/87, de 27 de octubre³⁷ por la que se le niega el carácter de fundamental, caracterizándolo como constitucional autónomo, mientras que su ponente³⁸, a través de voto particular, no sólo no rechaza la calificación hecha por la Sentencia sino que establece la objeción de conciencia como parte y “necesariamente conexo” a la libertad ideológica y, por lo tanto, a la libertad de conciencia, participando de la naturaleza de derecho fundamental.

3.1. Derecho subjetivo

La existencia o no de un derecho fundamental a la objeción de conciencia no viene determinado por principios de prudencia, oportunidad o conveniencia, ni a través del nombre o calificativo que se le de, sino del real contenido que tiene, que es el que tiene que prevalecer, siendo este, precisamente, el de un derecho de carácter general alegable cuando se presenta ante cualquier individuo un conflicto entre su conciencia y una determinada norma. Conflicto que tiene como escenario insoslayable el desarrollo del individuo. Ahora, si bien cada individuo tiene ese derecho, su proyección no significa una sin más plena tutela. Los frutos del ejercicio de ese derecho deberán ser coherentes con el resto de las circunstancias que forman el orden social. No se trata si la objeción es “admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto”³⁹, sino que su simple alegación significa su admisión, que no es lo mismo que su plena eficacia. Su eficacia vendrá condicionada por la verificación de si en el juego de los límites establecidos por el marco constitucional no se lesiona un bien de mayor protección. En el caso del objetor de conciencia al servicio militar no parece que lesione ni al servicio militar como bien protegible, si lo fuera, ni a la defensa de España, ya que esta no sólo se produce por la existencia de un contingente militar, sino que también se defiende por otros medios no necesariamente de naturaleza militar. Todo ello, sin perjuicio del valor y la protección que tiene el individuo a través de los derechos fundamentales de que disfruta, que le permiten recabar la tutela de esas libertades y derechos de acuerdo a lo dispuesto en el art. 53 de nuestra Constitución. Tutela que no tiene el ciudadano para proteger el derecho a que se defiende a España. Es decir, la protección y contenido que la Constitución concede a la objeción de conciencia al servicio militar está muy por encima de aquellos bienes que supuestamente se ven vulnerados por el ejercicio de esa objeción, y esto sólo puede suceder si estamos ante un derecho de fundamental contenido y protección, lo que no significa que ese derecho esté amparado de forma absoluta, pues ningún derecho ni libertad lo está.

La existencia de un procedimiento garantizador no está establecido para que con sus dictámenes ‘constituya’ el derecho a la objeción de conciencia, sino simplemente lo declare en cuanto que existe un contenido cierto, que producirá, por lo tanto, regulados efectos. El objetor ya ‘es’ y el derecho ya existe. “El derecho a la objeción de conciencia es personalísimo y, por definición, la actuación de la Administración no

³⁶S TC 161/87, de 27 de octubre.

³⁷Ponente Carlos de la Vega Benayas. BOE 12 de noviembre de 1987.

³⁸ Sr. De La Vega Benayas.

³⁹ Ibídem

puede otorgar ex novo un derecho, sino sólo comprobar que se reúnen los requisitos para su ejercicio. El efecto de su intervención debe ser declarativo de la posibilidad de ejercicio del derecho”.⁴⁰ El procedimiento tan sólo verifica la realidad de la conciencia, que como tal mientras no se manifieste no puede ser objeto de estudio, y confirma el derecho general de objeción de conciencia. De hecho, la Ley 48/84, establece exactos efectos para aquellos “españoles sujetos a obligaciones militares que... sean reconocidos (esto es, “examinados con cuidado para enterarse -no para dárseles- de su identidad, naturaleza y circunstancias”⁴¹) como objetores de conciencia”. El objetor de conciencia tiene un derecho a que se le reconozcan los efectos propios que conlleva la realidad de su conciencia que acreditada le confirma como objetor y a que el Estado facilite, no impida y no obstaculice tanto la verificación como el disfrute de los efectos. El individuo tiene una “serie de facultades que vienen permitidas por el Derecho objetivo y a las que se atribuye una protección consistente sobre todo en el ejercicio del derecho de acción en caso de vulneración de dichas facultades”⁴².

3.2. Excepción

Evidentemente, el particular entendimiento de la objeción de conciencia como derecho general y limitado, no es compartida por gran mayoría de la doctrina. La fundamentación básica se encuentra en conceptualizar la objeción de conciencia como EXCEPCIÓN. Los defensores de esta postura señalan que la objeción de conciencia es excepción a un deber u obligación, y de esta manera sólo tendrá viabilidad aquella que haya sido específicamente regulada.

Sin perjuicio de lo desarrollado en el punto siguiente, esta cuestión permite traer a colación, precisamente, que si existe la posibilidad de positivizar diversos supuestos de objeción de conciencia es porque, primero, debe de existir un derecho general a la objeción de conciencia en estado latente o potencial, y segundo, que la capacidad de previsión del legislador es circunstancia excepcional, es decir, que si se pretende regular un nuevo tipo de objeción de conciencia es debido a que normalmente ya se ha manifestado el conflicto conciencia-norma con relevancia jurídica.

Esta estructuración positivista no puede tratar de establecer que por objeción de conciencia se entienda tan sólo aquello que se encuentra regulado, cuando el fundamento y naturaleza de la objeción de conciencia, como también de las normas del ordenamiento, disfruta del carácter moral, “se basa en consideraciones morales que forman parte del propio ordenamiento jurídico”⁴³, lo que a su vez nos conduce a la justificación moral de la obediencia al derecho y, en su caso, a la desobediencia.

⁴⁰ CAMARA VILLAR, G. *La Objeción de conciencia al servicio militar (Las dimensiones constitucionales del problema)* Civitas..., ob.cit. pag. 155.

⁴¹ Diccionario de la Lengua Española Real Academia Española.1992. Espasa Calpe S.A. 1994, significado de reconocer.

⁴² ESCOBAR ROCA, G.(1993): *La objeción de conciencia en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, pág. 213.

⁴³ PECES-BARBA, G. “Desobediencia al Derecho...” “ ob. cit. pág. 161

Asimismo, tampoco comparto las posturas que defienden que la idea de excepción se sustenta también en que si la objeción de conciencia está directamente vinculada a la libertad de conciencia entonces la estabilidad del Estado dependería de la conciencia de cada individuo, lo que conduce a una anarquía o negación del Estado, y que además debe desaconsejarse, “pues colapsaría, sin duda, la instancia constitucional mediante una más que probable formulación de recursos de amparo en masa”⁴⁴, debido a que, sin perjuicio de no entrar en el planteamiento segundo por caer por su propio peso, el reconocimiento del derecho general a la objeción de conciencia no creo que conlleve esa temida anarquía, pues entre otras razones el principio de asociación dinámico por el cual se ha establecido el ‘pacto social’ es tan normalmente respetado por el no objetor, como por el que es objetor de conciencia; simplemente el objetor utiliza los medios que el marco, determinado por el pacto, ha establecido para así proteger su conciencia y su desarrollo personal, sin que por eso ponga en peligro la estabilidad de otro bien protegible⁴⁵. Podrá negarse ese derecho (o su ejercicio) por un principio de oportunidad, de prudencia o político, pero esta negación no destruye la naturaleza y contenido del derecho general a la objeción de conciencia, solamente lo reprime y obstaculiza.

Por otro lado, la configuración que establece el Tribunal Constitucional (Sentencias 160 y 161 de 1987) sobre la objeción de conciencia la sostiene “en base a que el contenido esencial del derecho a la objeción de conciencia consiste en el derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar obligatorio; y es esta naturaleza lo que impide que pueda conceptuarse como derecho fundamental”⁴⁶. Ahora, en contra, señalar que no creo que el contenido esencial de la objeción de conciencia sea el derecho a ser declarado exento, sino la facultad de ver garantizado el libre desarrollo de una persona, para lo cual, en tanto en cuanto que la conciencia ha de manifestarse para ser verificada podrá existir (aunque no es necesario) un procedimiento de constatación. Pero mi derecho a la objeción de conciencia no es el derecho al procedimiento, sino a la garantía de mi libre desarrollo y la ponderación de los intereses que pueden enfrentarse. “El procedimiento conducente a la declaración del objetor de conciencia es el modo para la satisfacción del derecho pero no es el derecho mismo”⁴⁷. Es más, como se verá en el punto siguiente, la misma ineficacia del procedimiento (actuación como mero registro) permite que el servicio militar y la prestación social sustitutoria se encuentren en un plano de elección, que conlleva la calificación de la objeción de conciencia como derecho fundamental. Además, no encuadra bien que se califique de excepción cuando el reconocimiento del ejercicio del derecho implica obligaciones más gravosas que el mismo servicio militar, como es la misma duración; y cuando la excepción es precisamente la regla general, como se desprende del enorme número de objetores de conciencia.

⁴⁴Ibídem, pág.52

⁴⁵ Incluso en la figura del insumiso, que a través de los procedimientos jurídicos y sus sentencias manifiesta no sólo el conflicto conciencia-norma, sino el retrogrado y obsoleto sistema establecido en nuestro país, que permite que una persona que por su conciencia y coherencia se opone a cumplir el servicio militar obligatorio, inconsistente en nuestros días, y todo aquello que pueda sostener este servicio, tenga que sufrir la patética rehabilitadora prisión.

⁴⁶ OLIVER ARAUJO. J.: La Objeción de conciencia... ob. cit. pág. 216.

⁴⁷GASCÓN ABELLÁN. M.: Obediencia al derecho... ob. cit. pág. 253.

3.3. Procedimiento

Todo enfrentamiento de dos derechos significa tener que acudir a la vía correspondiente para que se resuelva a cual debe dársele preferencia. Para nuestro caso, debería de ser igual, si bien de hecho puede decirse que lo es, sólo que de forma especial. El establecimiento de un procedimiento para determinar si se reconoce o no la condición de objetor de conciencia, no es otra cosa que ponderar las circunstancias de cada elemento de enfrentamiento y dar preferencia a aquella que tenga más relevancia. Relevancia que vendrá determinada por ineludibles límites-parámetros, a saber: el individuo y la sociedad (el orden social).

A través de ese procedimiento se reconocerá, una vez verificada la coherencia entre la conciencia, formada por el ejercicio de la libertad de conciencia, y el comportamiento del individuo, la proyección que, para cada caso, tiene el carácter de objetor (o ejercicio del derecho), y cuando ese reconocimiento implica el tener que cumplir otra prestación en defensa de España, situamos perfectamente el servicio militar y la prestación social sustitutoria en el mismo plano.

Todo este mecanismo sucede en el campo administrativo como primera garantía de la realidad de la conciencia y la existencia de un derecho fundamental como medio del desarrollo personal, y si no se reconociera todavía se podrá acudir a la vía judicial, segunda garantía. Es decir, que la temerosa anarquía fruto de un derecho general a la objeción de conciencia se encuentra, para el caso concreto del servicio militar, ahogada por dos vías de garantía y protección.

No obstante, el mismo procedimiento estructurado como garantía de la realidad de la conciencia y objeción de cada sujeto puede orientarnos a la hora de saber si nos encontramos o no ante ese derecho general y su reconocimiento como fundamental.

“El Estado puede optar entre dos diferentes modos de reconocimiento del derecho: reconocimiento condicionado y reconocimiento incondicionado”⁴⁸. El primero se produce “cuando la ley de reconocimiento designa a un órgano del Estado, para que decida sobre la admisión de los motivos aducidos por el objetor”⁴⁹, y el sistema incondicionado se establece “cuando la ley atribuye eficacia jurídica a la objeción, con independencia del tipo de motivos en que se funde, sobre la base... de presumir de firmeza y profundidad de la íntima convicción individual”⁵⁰. Así, aquel sistema que gestiona y tiene una real verificación de los motivos podría establecer una naturaleza de excepción, ya que del examen que se realice se decidirá si se cumplen o no los requisitos necesarios; pero cuando la acreditación no es más que un entretenido rellenar una solicitud, sin que exista mayor valoración, y sin más se reconoce la condición de objetor, evidentemente, no sólo se está declarando ese derecho general, que por ser tal no necesita control de realidad, sino que todo el procedimiento se convierte en un mero archivo y registro de los objetores de conciencia o, simplemente, en un control de

⁴⁸FERNANDO AMÉRIGO CUERVO-ARANGO. “La objeción de conciencia...”, ob. cit., pag.

⁴⁹ Ibídem, pág.

⁵⁰ Ibídem, pág.

aptitud para poder cumplir la prestación social sustitutoria. Pero es más, este simple registro de los objetores de conciencia convierte el problema de la objeción de conciencia en un problema de opción. Es decir, el sujeto amparado por el derecho a la objeción de conciencia puede optar entre cumplir un determinado deber o no, y en el supuesto de que guarde silencio se entiende que, al ser hoy por hoy, justificable o no, el cumplimiento del deber -para aquellos a quien obliga- se quiere cumplir el mismo. Mecanismo que no es ni novedoso ni exclusivo para este caso, sino que podemos encontrar numerosos ejemplos en los distintos campos de nuestro Derecho.

Nuestro sistema parece estructurarse como condicional, al existir un órgano de gestión, pero, sin embargo, la amplitud de los motivos alegables (a saber, “religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otros de la misma naturaleza”, es decir, el contenido de los mismos es prácticamente infinito) y la falta de control de acreditación (simplemente rellenar el impreso oficial sin tener que pasar o probar la condición) permite determinar que el carácter constitutivo y de excepción que podría desprenderse del procedimiento de reconocimiento no existe.

Esta alternativa no viene, obviamente, como tal reconocida en la Constitución de 1.978, sin embargo, de la interpretación del art. 30.2, donde sitúa el servicio militar frente a la objeción de conciencia, si podemos obtener esta conclusión. Dicho punto segundo establece simétricamente al servicio militar obligatorio la existencia de ‘la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención’. De esta manera podríamos decir prima facie que la objeción de conciencia es una exención más; sin embargo, el hecho de permitir que esa exención deje de tener el alcance y naturaleza de las establecidas de forma general ‘demás causas’ al permitir vincular la objeción de conciencia al cumplimiento de una prestación social y sustitutoria, esto es, ‘en vez de’, aparece un nuevo elemento, sui generis, totalmente desmarcado de los ‘demás’. Consecuentemente, el servicio militar y la prestación social comparten el mismo fin de defensa de España⁵¹, y como esa finalidad se desarrolla en el plano individual a través de una previa declaración de objetor de conciencia, esta y este deben estar efectivamente garantizados, y así se cumple en la medida que tiene a su alcance la tutela de todo derecho fundamental⁵².

Consecuentemente, si la persona que está sujeta al cumplimiento del servicio militar puede optar (en lugar de) por el cumplimiento de la prestación social sustitutoria con solo alegar su condición de objetor de conciencia, significa, primero, -volvemos a subrayar- que, en última instancia, el Estado está obligado a permitir y facilitar el ejercicio del derecho. Y segundo, que esta opcionabilidad que viene vinculada a la

⁵¹ Si bien “es cierto que las actividades que se suelen realizar en tiempo de paz en los servicios civiles alternativos poco tienen que ver con la defensa del país” F.J. PELÁEZ ALBENDEA. La Objeción... ob. cit. pág. 61. Aunque esto no es determinante para excluir que la finalidad es la de la defensa de España, ya que responde más a un problema de institucionalización y organización que al de la naturaleza y estructuración.

⁵² Constitución Española de 1978. Artículo 53.2 “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección 1ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.”

configuración del derecho a la objeción de conciencia como derecho fundamental dejará de existir cuando se le niegue este carácter. Esta conclusión se desprende de la realidad del momento actual, por lo que se puede compartir el silogismo establecido, que entendido a sensu contrario, determina que “si se conceptuara como un derecho fundamental, la conclusión lógica sería configurar el servicio militar y el servicio civil... como alternativos..., lo que implicaría reconocer a los ciudadanos total libertad para optar por uno u otro y la conversión, por tanto, del servicio militar en totalmente voluntario”⁵³.

Esta alternatividad es una de las manifestaciones, en un momento concreto, de las distintas que surgen de la evolución de un mismo elemento. La delimitación actual de la situación de la objeción de conciencia es una parte del desarrollo evolutivo del conflicto conciencia y norma, que si bien es un iter continuo y puede, según cada caso, evitar algún específico momento, podemos estructurarlo en los siguientes estados: La existencia de este factor de opcionabilidad responde a un primer momento donde a través de una norma o disposición se establece la obligación o el deber de hacer o no hacer una determinada cosa.

En un segundo momento, surge, por un lado, la manifestación exterior de la conciencia. Evidentemente, la conciencia aparecerá como fruto de la influencia y consolidación religiosa, moral o ideológica que tenga el sujeto y con anterioridad a su manifestación, la cual también nace como producto de una decisión de conciencia. Esa manifestación de conciencia podrá oponerse o no al cumplimiento de la obligación o deber de hacer o no hacer. Si se opone estamos ante la objeción de conciencia con relevancia jurídica, en tanto se produce el conflicto conciencia-norma; y en el supuesto de que esté de acuerdo con el contenido de la obligación o deber o no estando de acuerdo tema más la sanción y lo cumpla, no tendrá, en principio⁵⁴, relevancia jurídica y el ordenamiento no la prestará atención; o por otro lado, la exteriorización de otra manifestación, digamos física, que nos impide cumplir ese hacer o no hacer -también es una objeción pero no subjetiva, que puede admitirse como tal no entrando en mayor consideración que su acreditación y que permite evitar la obligación-.

En un tercer estado, dentro de la objeción de conciencia relevante jurídicamente, será su desarrollo, concienciación y asunción social la que permita que se establezcan excepciones, stricto sensu, que autorice el no cumplir la norma que se objeta -que llamaré norma principal-, o bien no cumplir esa principal pero sí una segunda modalidad de obligación o deber coherente con la objetada. En este punto se podrán introducir elementos o procesos de acreditación, a tenor de la importancia que tenga el deber u obligación que se exceptúa y fiscalización de la realidad de la conciencia del sujeto objetante.

⁵³ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (1989): *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, pag. 623, 624 y 625.

⁵⁴ Digo en principio porque el objetor que no se manifiesta como tal por miedo a la sanción es muchas veces objeto de coacción en detrimento de su desarrollo.

En un cuarto momento, el mayor grado de desarrollo y concienciación traerá, por un lado, si la norma que se objeta se convierte en no relevante para la colectividad, su desaparición, y por otro, si el deber u obligación objetado sigue teniendo relevancia, la facultad de optar por el cumplimiento de uno u otro deber (pudiendo de forma transitoria establecer un proceso de admisión sin control de la voluntad del objetor), para terminar en el reconocimiento de objetor sin condicionantes (aunque realmente ya no es objetor). De ahí podrá obtenerse, a su vez, si la mayoría de los optantes elige la obligación nacida como alternativa, la estructuración y la reorganización del deber u obligación y todo lo que esta conlleva, en su más amplio campo.

Todo ello, sin perjuicio del individuo que, en busca de alcanzar la desaparición de la norma principal o su reorganización, opta por no cumplir ninguna de las obligaciones, ni la principal ni la aparecida como alternativa, fundamentado el no cumplimiento de la alternativa en que esta es una justificación que permite sostener la norma principal, como es el caso de los insumisos y la desobediencia civil, en el plano individual y colectivo, respectivamente. Si bien son conceptos que requieren un estudio específico, que en esta parte más general no está prevista su encuadre.

Y por último, un quinto momento donde se consolida el método de la alternatividad y donde se protege tanto el interés colectivo como el individual, desapareciendo totalmente del plano jurídico el problema de la objeción de conciencia, salvo la objeción a todas las posibilidades de elección, pero esto nos vuelve a llevar al principio de la configuración.

Son en los momentos tercero y cuarto donde se produce toda la discusión, sobre todo porque no son momentos que empiezan y terminan en fechas concretas y porque desde el plano de nuestra Constitución obtiene alimento, pues la Carta Magna concede el ámbito de discrecionalidad y flexibilidad necesaria para adaptarse a la evolución imparable. Adaptación que concretará en cada momento el legislador.

Consecuentemente, si bien se atiende al individuo, a su desarrollo, en general, y a su libertad de conciencia, en particular, y a la sociedad “democrática”, el problema de la regulación y solución vendrá dado de acuerdo al momento y con el Estado en que nos encontremos, esto es, el orden público constitucional, el cual canalizará y establecerá el ya manifestado concreto contenido de las exteriorizaciones de la libertad de conciencia.

A modo de ex-cursus señalar que de la realidad del último momento y referido al servicio militar obligatorio y la prestación social sustitutoria, surge la cuestión de qué ocurre con la sustitutoria prestación social si el legislador entiende que es mejor sistema el tener un ejército profesional y no un servicio militar obligatorio. Si el servicio militar obligatorio es una de las formas de defender a España y su sustituto también⁵⁵, si desaparece el primero porque se crea un ejército profesional, ¿debe desaparecer también el segundo y estructurar una prestación social profesional a cargo del Estado? o ¿debe desaparecer sin más, dado que ese servicio está cubierto por los

⁵⁵ En este particular, debe entenderse aquellas prestaciones que tengan ese carácter de defensa de España y desde un punto de vista restrictivo; pues si bien toda prestación puede considerarse defensa de España, la realidad, como ya se ha señalado, y en puridad no es así.

servicios profesionales ya existentes?. La contestación afirmativa a ambas preguntas es válida y viable, aunque ciertamente el problema y el movimiento social no está ni se debe, de partida, a la configuración de la prestación social, sino a la obligatoriedad del servicio militar.

3.4. Derecho fundamental

“Se trata, pues, de un derecho constitucional con eficacia inmediata que es reconocido en la medida en que aparece expresamente mencionado por la norma suprema en su art. 30.2”⁵⁶, y de igual modo la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1987 señala que “las fuerzas armadas están reconocidas constitucionalmente y que la norma fundamental ha constitucionalizado el servicio militar obligatorio”. En este punto, obviamente en tanto en cuanto es un derecho que esta reconocido en la Constitución estaremos ante un Derecho Constitucional, con toda la protección que esa misma Constitución establece. Pero el derecho a la objeción de conciencia conlleva, ya no solo esa misma protección, sino además la de cualquier derecho fundamental. Sin embargo, no todo derecho constitucional es derecho fundamental y podría suceder que un determinado derecho fundamental no sea constitucional en tanto no está reconocido. La libertad de conciencia es un derecho fundamental y por lo tanto también lo es su contenido, es decir, obrar conforme a los imperativos de la misma. La objeción de conciencia es parte de la libertad de conciencia, lo que es “lógico y evidente”⁵⁷.

Partiendo de estas premisas la conclusión debe ser que la objeción de conciencia es un derecho fundamental. “Técnicamente la objeción de conciencia se expresa como un derecho fundamental de carácter complejo”⁵⁸.

4. Posturas de discusión

No es la postura predominante la que admite la objeción de conciencia como derecho fundamental. Dividiremos las posturas existentes en, por un lado, desde el punto de vista doctrinal y, por otro, jurisprudencial.

1) Doctrinalmente se han establecido como principales causas de su no carácter de fundamental⁵⁹ “las siguientes razones:

a) que el derecho no se halla constitucionalmente reconocido en la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero, siendo así que sólo ellos son calificados por la Constitución de esta manera;”. “El hecho de que su previsión constitucional se haya efectuado en el art. 30 y no...en el propio artículo 16, debe considerarse determinante a

⁵⁶ CONTRERAS MAZARIO, J.M. (1993) *Ley y conciencia: Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del derecho* Universidad Carlos III de Madrid:Madrid, pag. 44.

⁵⁷ Como así lo señala el magistrado ponente de la Sentencia del Tribunal Constitucional 160/1987, de 27 de octubre, Sr. De La Vega Benayas.

⁵⁸ CÁMARA VILLAR, G.: *La objeción de conciencia al servicio militar*, ob. cit. pág.254

⁵⁹ Tomamos las alegaciones escogidas por CÁMARA VILLAR, G. *La Objeción de conciencia...* ob.cit., pag.154-155, de la intervención del representante del Grupo Socialista, señor Berenguer Fuster (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, número 143, 24 de marzo de 1.984, pág. 4649

la hora de excluirlo de la consideración de derecho fundamental”⁶⁰. Ahora bien, el hecho de ser calificados así por estar en determinado lugar dentro de la Constitución no significa que la calificación ni su encuadre formal otorgue la condición de derecho fundamental. Además, utilizando esa misma lógica, el hecho de que se le reconozca la protección máxima que supone el recurso de amparo, debería, en igual medida, considerarse determinante para considerarlo como derecho fundamental. Por otro lado, tampoco está dentro de la meritada sección el art. 14 y difícilmente podemos negarle la naturaleza de fundamental. Establece Perez Royo que “derechos fundamentales son, por tanto, todos los derechos contenidos en el Capítulo II, incluido por supuesto el principio de igualdad del artículo 14 CE, que no figura en la Sección Primera y de cuyo carácter fundamental difícilmente se puede dudar. Ahora bien, ello no quiere decir que tengan el mismo estatuto constitucional”⁶¹, aunque comparta la misma naturaleza. El artículo 14 y el art. 30 respecto a la objeción de conciencia regulan “derechos sustancialmente fundamentales con un plus parcial de fundamentalidad”⁶².

“b)... ‘porque no todas las repercusiones del deber de conciencia tienen por qué tener ese mismo tratamiento y carácter’;”. Por lógica no toda manifestación de la libertad de conciencia puede entenderse como derecho, pero cuando la manifestación es precisamente la esencia del comportamiento y conducta de una persona, como lo es la del objetor de conciencia que se comporta según su conciencia, no estamos ante una actuación o representación sino ante la persona misma y su desarrollo. Es una proyección más que relevante de la libertad de conciencia y prueba de ello es que se le reconoce expresamente la protección del recurso de amparo.

“c) que no basta con la declaración para que se reconozca el derecho, porque puede colisionar con los intereses de la organización militar del Estado;”. No son los intereses de la organización militar los límites de un derecho ni el bien que se tutela frente a la objeción, y si bien es cierto que puede colisionar con otros elementos del ordenamiento, también lo es que esos elementos son límites del derecho pero no su total negación. Como se señaló, no se trata de la declaración del derecho, sino de la ponderación de los efectos que puede producir el ejercicio del derecho.

Y “d) porque si se reconociera el derecho con la simple declaración individual se podría ‘abrir un portón excesivamente amplio por el que quedarán exentos de realizar las obligaciones militares un buen número de personas que no son auténticos objetores de conciencia’”. Posible, pero el mero hecho de que exista un objetor de conciencia ‘no auténtico’ no puede traer como consecuencia la no protección del derecho del ‘auténtico’, más cuando es fácil acudir a procedimientos de verificación de la falsedad o no del objetor de conciencia. La mera suposición de la posible utilización del fraude no es justificación suficiente para negar la viabilidad de un derecho.

⁶⁰ ESPÍN TEMPLADO, E. (1991): *Derecho Constitucional. Volumen 1: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 163-164.

⁶¹ PÉREZ ROYO, J: *Derecho Constitucional*, Marcial Pons..., pág.240.

⁶² PÉREZ ROYO, J: : *Derecho Constitucionale*, ob.cit. pág. 242.

2) De otro, jurisprudencialmente, la conocida postura del Tribunal Constitucional a partir de las sentencias de 27 de febrero de 1987; subrayando los elementos de la necesidad de ley orgánica (art. 81.1 de la Constitución) y la protección mediante recurso de amparo, los cuales, desde mi punto de vista, se establecen como elementos accesorios, no constitutivos, del derecho fundamental, y cuyo origen está en la necesaria mayor protección que deben gozar estos derechos, precisamente por su contenido primordial en nuestro sistema jurídico. Mayor protección que sirve para indicar que estamos ante un derecho diferente a los demás, sobre todo en lo que concierne a su tutela a través del recurso de amparo, esto es, la tutela que se brinda al sujeto porque el contenido de ese derecho es algo esencial para su desarrollo; mas también en la necesidad de ley orgánica⁶³, pues esta viene condicionada por el derecho fundamental y no al revés, de tal manera que si un derecho fundamental no es regulado por ley orgánica este no perderá esa naturaleza, sino que existe un error en su regulación, en todo punto subsanable.

Para el Tribunal Constitucional “los derechos fundamentales y libertades públicas, a que se refiere el art. 81.1 de la Constitución, son solamente los comprendidos en la sección 1ª del Capítulo segundo del Título primero de su texto”; sin embargo, a mi parecer no sólo son derechos fundamentales los que se encuentran encuadrados en esa sección, sino que también la Constitución regula derechos fundamentales fuera de ella y les concede la misma protección e incluso mayor relevancia, como es el regulado en el art. 14 de nuestra Constitución. “En consecuencia, por la vía del recurso de amparo tan sólo puede solicitarse la reposición o restablecimiento de los derechos fundamentales señalados en el art. 53,2º de la Constitución”⁶⁴

Ese contenido imprescindible es independiente de la forma en que el ordenamiento jurídico lo reconozca y lo proteja, pues el derecho fundamental existe y tiene su autonomía, si bien su real eficacia dependerá de cada uno de los momentos en que se manifieste. No obstante, tomando como premisas los concienzudos estudios sobre los derechos fundamentales podemos comprobar como los fundamentos de todo derecho fundamental se encuentran también en el derecho a la objeción de conciencia, a saber:

⁶³ Art. 81.1 de la Constitución determina que “son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas...”.

⁶⁴ GIMENO SENDRA, V. Y CASCAJO CASTRO, J.L.(1988) *El recurso de amparo. Temas clave de la Constitución española*, Tecnos, 2ªEd., pág. 99. De igual forma establecen estos autores al tratar el ámbito de aplicación del recurso de amparo que “no todos los derechos subjetivos públicos pueden hacerse valer a través del recurso de amparo, sino tan sólo los preestablecidos en el art. 53,2º de la Constitución, esto es, el principio de igualdad (art. 14), el derecho a la objeción de conciencia (art. 30.2) y todos los recogidos en la sección 1ª del capítulo 2º, del Título 1 de la Constitución (art. 15-29)... La instauración, sin embargo, de todo este catálogo de derechos fundamentales, como objeto procesal del recurso de amparo...” (pág. 97-98).

Primero, que “los derechos fundamentales se originan y se fundan en la moralidad y que desembocan en el Derecho (lo hacen) a través del Estado”⁶⁵. Y segundo, “son: 1) una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica...

2) Un subsistema dentro del sistema jurídico, el Derecho de los derechos fundamentales, lo que supone que la pretensión moral justificada sea técnicamente incorporable a una norma, que pueda obligar a unos destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo, que sea susceptible de garantía o protección judicial, y , por supuesto que se pueda atribuir como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad a unos titulares concretos...

3) Los derechos fundamentales son una realidad social, es decir, actuante en la vida social, y por tanto condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultural que favorecen, dificultan o impiden su efectividad”⁶⁶.

4) Puede ser ejercido con carácter general.

5) Se encuentra dentro del marco constitucional y por tanto su concepto también está constituido por determinados límites, a saber: “los límites jurídicos de los derechos fundamentales pueden ser límites del sistema jurídico en general, del subsistema de los derechos fundamentales, de cada derecho considerado en general, o también los del caso concreto que serían no tanto límites al derecho, sino a su ejercicio”. No obstante, el límite origen de los demás es el orden público constitucional (art. 16.1 de la Constitución⁶⁷).

En el juego de los meritados límites, tenemos, clasificándolos en materiales y formales: A) Dentro de los primeros: a) “la moralidad que se positiviza y que marca el horizonte ético del ordenamiento,... los valores superiores del art. 1.1”⁶⁸ de nuestra Constitución;

b) “los llamados bienes constitucionales. Estamos en el ámbito del Ordenamiento jurídico de un sistema político democrático y los derechos deben ser valorados, como situados en ese conjunto y consiguientemente están condicionados por la existencia de esos bienes constitucionales, que si resultan de igual o superior rango, limitan a los derechos cuando deriven de ellos soluciones contradictorias. Entre estos... se pueden señalar la dignidad de la persona, la salvaguarda del orden político y la paz social, o el

⁶⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (1995): *Curso de Derechos Fundamentales*, Teoría General. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. Madrid.

⁶⁶ *Ibidem*, pag. 109-112

⁶⁷ Art. 16 de la Constitución 1978 señala: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

⁶⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Curso de Derechos Fundamentales*,..., ob. cit. pág. 591.

libre desarrollo de la personalidad”⁶⁹. Consecuentemente, esta posibilidad debe conducir a la ponderación de los elementos enfrentados y determinar cual debe prevalecer;

c) el derecho ajeno.

Esto significa, al igual que el límite anterior “la ponderación entre derechos, en el marco de una interpretación sistemática de la Constitución ...para establecer, el derecho preferido en el caso concreto... Así deben prevalecer aquellos que protegen al individuo y a su dignidad, que más contribuyan al pleno desarrollo de su dignidad, que tengan mayor extensión y aplicación a un número más amplio de personas, que satisfagan necesidades radicales, sin las cuales peligra la misma integridad y existencia de la persona, o que más afecten al núcleo esencial de la sociedad democrática y a sus estructuras jurídicas, que son las únicas que sostienen a un sistema de derechos fundamentales”⁷⁰; y

d) respecto al ejercicio “lo que podríamos llamar límites subjetivos... el abuso de derecho, y la exigencia de buena fe en su ejercicio”⁷¹.

En cuanto a los límites formales, sin perjuicio de lo señalado para los considerados elementos accesorios: la necesidad de regulación por Ley⁷², y particularmente por Ley Orgánica y la tutela a través del recurso de amparo, también lo son los jueces, quienes detentan la facultad de ponderar, valorar y determinar la preferencia de un derecho sobre otro.

De esta forma, la consideración del derecho a la objeción de conciencia dentro de los mencionados parámetros delimitadores obliga a señalar su perfecto encuadre; así: la objeción de conciencia hoy es algo más que una pretensión moral justificada y una realidad social actuante, ya que no sólo existe una concienciación y reconocimiento como derecho sino que es imposible coherentemente separarlo de la libertad de conciencia y por ende del libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana -límite de nuestro ordenamiento-.

5. Conclusiones

El derecho a la objeción de conciencia como derecho fundamental no está incorporado expresamente a norma alguna (como tampoco lo está el contenido del art. 14 de la Constitución), pero su contenido y su protección no permite otra conclusión que la de que estamos ante un derecho fundamental. Sin perjuicio de que también lo es la libertad ideológica, religiosa... que son 'matriz y nodriza ética de la objeción de conciencia' y su casuística, concretamente en lo referente al servicio militar, gozando de la mayor garantía y protección que concede nuestra Constitución. Y si bien, se defiende su no

⁶⁹ *Ibidem*, pag. 592-593.

⁷⁰ *Ibidem*, pág. 594-595.

⁷¹ *Ibidem*, pág. 605.

⁷² Art. 53-1 de la Constitución de 1978 establece que “Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...”

reconocimiento, precisamente porque podría justificarse la posibilidad de negación y desobediencia al Derecho; sin embargo, esta posibilidad es más que remota cuando se establecen, al menos, los mismos límites que sujetan a todos los demás derechos y libertades fundamentales. La objeción de conciencia es un “derecho subjetivo, libertad, potestad que el ordenamiento positivo establece, de protección a la persona, en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad y no discriminación, a su participación política y social, a su promoción, a su seguridad, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a la libre elección de sus planes de vida (de su moralidad privada), basada en la moralidad de la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la solidaridad, exigiendo el respeto, o la actividad positiva de los poderes públicos o de las personas individuales o grupos sociales, con posibilidad de reclamar su cumplimiento coactivo en caso de desconocimiento o violación”⁷³.

6. Bibliografía

- BERTOLINO R. (1967) *L'Obbiezione di Coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*. Giappichelli. Turín.
- CAMARA VILLAR. *La Objeción de conciencia al servicio militar (Las dimensiones constitucionales del problema)* Civitas.
- CONTRERAS MAZARIO (1993) *Ley y conciencia: Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del derecho* Universidad Carlos III de Madrid: Madrid.
- ERICH FROMM, (1985) *El miedo a la libertad*. Planeta Agostini.
- ESCOBAR ROCA (1993) *La objeción de conciencia en la Constitución española*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- ORTEGA Y GASSET. *Historia como sistema*, VI.
- ORTEGA Y GASSET. *Meditaciones del Quijote*.
- GANDHI (1988) *Todos los hombres son hermanos*. 10ªed. Ed. Atenas, 1988.
- GASCÓN, MARINA Y PRIETO (1988-1989) “Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional” en *Anuario de Derechos Humanos*, 5. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos, Madrid.
- GASCÓN ABELLAN (1990) *Obediencia al Derecho y Objeción de conciencia*. Centro de estudios constitucionales. Madrid.
- GIUSEPPE CAPOGRASSI (1961) *La ambigüedad del derecho contemporáneo*.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ (1989): *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid.
- NAVARRO VALLS (1993) “Ley, Jurisprudencia y Objeción de conciencia”, *Tapia* nº 69, Diciembre.
- OLIVER ARAUJO (1993). *La Objeción de conciencia al servicio militar*, Civitas.
- PECES-BARBA (1988) “Desobediencia civil y objeción de conciencia” *Anuario de Derechos Humanos*, 5.
- ROUSSEAU J.J. *El contrato social*. Edicomunicación S.A.

⁷³ PECES BARBA, G. *Curso de Derechos Fundamentales...* ob. cit. pag.468-469, establece un concepto de derecho fundamental desde el punto de vista subjetivo.

- STEIN, E.(1973) *Derecho político* (1071), trad, de F. Sáinz Moreno, Madrid, Aguilar.
- STUART MILL, J. (1993)*Sobre la libertad*. Alianza Editorial. 9ª reimpresión.
- THOREAU, H.D. (1995) *Sobre el deber de la desobediencia civil*. Ed. Iralka. San Sebastian.
- KELSEN, H. (1993): *Teoría General. del Derecho*, 7ª ed. Ed.Porrúa, S.A. México.
- RUIZ MIGUEL, (1986-1987). “Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm.4
- SENDRA G.Y CASCAJO CASTRO (1988) *El recurso de amparo. Temas clave de la Constitución española*, Tecnos.

