

OBJECION, INSUMISION Y SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

Por
LUIS ALBERTO POMED SÁNCHEZ
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. *Las claves constitucionales de la cuestión.* 2. *La magnitud del problema.*—II. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN LA LEGISLACIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: 1. *Primeros —e insuficientes— intentos de solventar el problema.* 2. *El desarrollo legislativo del artículo 30.2 de la Constitución Española.* 3. *Avances y retrocesos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:* A) El reconocimiento de la efectividad del derecho. B) Análisis crítico de las Sentencias 160 y 161/1987.—III. LA LEY 48/1984, DE 26 DE DICIEMBRE: CRÓNICA DE UNA DESOBEDIENCIA ANUNCIADA: 1. *El rechazo social a la Ley 48/1984.* 2. *La respuesta jurisprudencial:* A) *La respuesta del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.* B) *La respuesta del orden jurisdiccional penal.* 3. *El incierto futuro de la Ley 48/1984.*—IV. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO Y DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA: 1. *La objeción de conciencia y su engarce con la libertad ideológica y religiosa.* 2. *Acerca de la pretendida constitucionalización del servicio militar obligatorio.* 3. *La opción por un Ejército voluntario. Algunos argumentos para un debate en profundidad.*—V. RECAPITULACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En el curso de los últimos años ha adquirido gran notoriedad la actitud de algunos colectivos juveniles contrarios a la regulación que del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar ha llevado a cabo la Ley 48/1984, de 26 de diciembre. Dichos colectivos han emprendido una campaña de desobediencia civil, de *insumisión*, a los mecanismos previstos por dicha norma para el reconocimiento del citado derecho y, muy especialmente, a la prestación social sustitutoria implantada por el legislador, o al menos a la forma como se ha estructurado (1).

Esta campaña de desobediencia civil, al margen de otras posibles connotaciones, es susceptible de ser observada desde una doble perspectiva. Por un lado, pone de actualidad las reflexiones acerca de la

(1) Por insumisión, en expresión popularizada por los medios de comunicación, debe entenderse, como ha señalado G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, nota 90, pág. 293, *la negativa al cumplimiento de toda prestación, sea el servicio militar —delito tipificado en el art. 135 bis.i) del Código Penal—, sea la prestación social sustitutoria por parte de los ya declarados objetores (delito tipificado en el art. 2.3 de la Ley Orgánica de Objeción de Conciencia).*

fundamentación de la obediencia al Derecho (2). Por otro, cuestiona el servicio militar obligatorio, el sistema de conscripción, hoy día vigente en nuestro país para la integración del personal de tropa dentro de los cuadros de las Fuerzas Armadas (3).

La doble vertiente aludida pone así de manifiesto la complejidad del fenómeno; la necesidad de proceder con cautela y de ponderar los diversos intereses en juego. Se impone, en consecuencia, eludir los análisis apresurados, las descalificaciones globales sobre actitudes concretas, que precisan de un examen pormenorizado, evitar los argumentos *ad hominem*.

Por estas razones, antes de abordar el estudio en profundidad de la objeción de conciencia al servicio militar y, paralelamente, de la insumisión, parece oportuno dar cuenta de los valores y derechos constitucionales en juego, así como de la relevancia cuantitativa y cualitativa del problema. Tareas éstas que se nos antojan de suma utilidad, puesto que si la primera sirve para ilustrar la relevancia constitucional del problema, la segunda revela la auténtica magnitud de las actitudes contrarias al cumplimiento del servicio militar obligatorio.

1. *Las claves constitucionales de la cuestión*

Desde la perspectiva ofrecida por el texto constitucional, dos son los términos dialécticos que debemos tomar en consideración. Por una parte, el reconocimiento de la defensa nacional como una función constitucional. Por otra, la toma en consideración de la conciencia, del fuero interno de los ciudadanos, como un elemento rele-

(2) El debate en torno a la existencia de un fundamento ético para la obediencia al Derecho hunde sus raíces en la filosofía clásica del Derecho. Debate que, entre nosotros, ha puesto nuevamente de actualidad la afirmación, formulada por el profesor F. GONZÁLEZ VICÉN, *apud* M. GASCÓN ABELLÁN, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 116, según la cual *mientras que no hay un fundamento ético para la obediencia al Derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para tal desobediencia*. Esta afirmación ha originado una interesante polémica doctrinal al respecto, de la que da cuenta R. SORIANO, *La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el Ordenamiento jurídico español*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 58 (1987), págs. 68 y ss.

(3) A este extremo habremos de referirnos a lo largo de prácticamente todo el trabajo. Por el momento, baste reseñar cómo el *Informe de la Ponencia encargada de abordar el estudio y seguimiento de los temas relacionados con el modelo de Fuerzas Armadas en su conexión con el servicio militar*, publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» (Congreso de los Diputados), Serie E, núm. 138, de 13 de junio de 1991, pág. 11, reconocía que *es absolutamente imprescindible derribar la barrera ambiental derivada del rechazo o del escaso aprecio que hoy existe en España por la existencia y misiones de los Ejércitos*. La mencionada Ponencia se constituyó en el seno de la Comisión de Defensa del Congreso el día 24 de abril de 1990.

vante para comprender e integrar un conjunto de derechos constitucionales. Términos ambos que, sin lugar a dudas, pueden entrar en conflicto, pueden obligar a una adecuada ponderación de las diversas situaciones.

Por lo que hace al primero de los términos mencionados, la defensa de España, ésta se impone, antes que nada, como un derecho-deber constitucional, cuyo ejercicio-cumplimiento implica al conjunto de los españoles, según dispone el artículo 30.1 Const., a tenor del cual *los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España* (4). Derecho-deber que, como tendremos ocasión de analizar posteriormente, no se agota con la concreción que las leyes lleven a cabo, *ex* artículo 30.2 Const., de *las obligaciones militares de los españoles*.

Existencia, por tanto, de un derecho-deber de defender a España, que podemos tomar como punto de partida en este rápido recorrido por el texto constitucional. Recorrido cuya siguiente etapa viene representada por el artículo 97, en el que se atribuye al Gobierno la dirección de la *defensa del Estado*. Se trata, en esencia, de identificar, de entre el conjunto de instancias centrales del Estado, aquella a la que corresponde el ejercicio, al menos en primera instancia, de la selección de opciones en que se traduce la dirección de la política de defensa (5).

La mención a las instancias centrales del Estado nos da pie para recordar que es justamente éste, artículo 149.1.4 Const., quien retie-

(4) La consideración de la defensa de España como un derecho no ha dejado de resultar polémica entre nuestra doctrina. Estableciendo una gradación de los diversos pronunciamientos al respecto podríamos situar, en primer término, la posición defendida por J. M. SERRANO ALBERCA, en su comentario al artículo 30.1, dentro de la obra dirigida por F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 602, para quien la *situación activa del ciudadano en relación con la defensa, puede ser considerada también como un derecho público subjetivo a participar* (status activae civitatis) en los asuntos públicos, cuyo reconocimiento general se contiene en el artículo 23. Una postura intermedia vendría representada por aquellos autores que estiman que la afirmación de este derecho-deber plasmaría, en realidad, un *poder funcional*, o más sencillamente, una *función*. Es el caso de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, II, pág. 29; S. VARELA DÍAZ, *La idea de deber constitucional*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 4 (1982), pág. 85, y G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia al servicio militar (Las dimensiones constitucionales del problema)*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 116 y ss. Finalmente, la visión más crítica corresponde a S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, quien en su comentario al artículo 30, en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, III, Edersa, Madrid, 1983, pág. 280, considera que existen (...) *serios obstáculos para configurar la defensa como un derecho aun admitiendo su interpretación en clave «funcional»*, y ello al margen de la discusión doctrinal sobre lo adecuado o inadecuado de la aplicación del concepto de función a la idea del derecho subjetivo.

(5) Acerca de la caracterización de la *defensa del Estado* como una función política, vid. el comentario de A. GALLEGO ANABITARTE y A. MENÉNDEZ REXACH al artículo 97 Const., en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios*, op. cit., VIII, págs. 44 y 57. Un análisis más en profundidad puede hallarse en F. LÓPEZ RAMÓN, *Caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, págs. 317 y ss.

ne la competencia exclusiva sobre *defensa y Fuerzas Armadas*. Lo que no obsta, dicho sea de paso, para admitir la colaboración autonómica en la gestión de dicha competencia, siempre y cuando no se afecte a la titularidad y responsabilidad última del Estado (6).

La defensa del Estado aparece, igualmente, como un límite al ejercicio de los derechos constitucionales y, más concretamente, artículo 105.b) Const., del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, al preverse expresamente que el mismo no tendrá cabida en lo que *afecte a la seguridad y defensa del Estado*.

Para concluir este breve repaso de los preceptos de nuestra Ley Fundamental que contienen referencias a la defensa de la nación como función constitucional, bueno será recordar la mención específica que aquélla dispensa al sector de la Administración pública encargada de ejecutar la política de defensa, las Fuerzas Armadas (7). En efecto, el artículo 8, ubicado en el heterogéneo Título Preliminar de la vigente Constitución española, enumera las funciones a desarrollar por las Fuerzas Armadas: *garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional* (8).

Por lo que atañe a la relevancia constitucional que reviste la conciencia individual, tres son las alusiones, más o menos expresas, que podemos hallar: artículos 16.1, 20.1.d) y 30.2 (9).

En primer lugar, por el artículo 16.1:

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

(6) Vid., en este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso*, op. cit., I, Madrid, 1993, pág. 327.

(7) Acerca de la naturaleza administrativa de las Fuerzas Armadas, vid., por todos, F. LÓPEZ RAMÓN, *Caracterización*, op. cit., págs. 354 y ss.

(8) En torno a la corrección de la ubicación de la referencia a las Fuerzas Armadas en el Título Preliminar, vid. F. LÓPEZ RAMÓN, *Caracterización*, op. cit., págs. 298 y ss., y J. BARCELONA LLOP, *La organización militar: Apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal*, núm. 110 de esta REVISTA (1986), pág. 75, de donde se toma la calificación del Título Preliminar como heterogéneo.

(9) Por conciencia entendemos, con G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 51, el *atributo exclusivo de la persona individual, que además afecta de manera sustancial a su propia personalidad*. Este mismo autor, págs. 167 y ss., al efectuar su *aproximación a las normas constitucionales*, incluye entre los preceptos analizados el artículo 15 Const., donde se alude a la *integridad moral*. No obstante, el propio autor, haciéndose eco de los planteamientos de la doctrina mayoritaria, señala la *proyección limitada* de dicha alusión, cuyo *esencial significado*, pág. 170, es *el de proteger al individuo frente a la tortura, entendida ésta en su más amplio sentido*.

Ciertamente, el precepto reproducido no contiene una referencia expresa a la conciencia, en su doble vertiente posible, sea como libertad de conciencia, o como derecho a la objeción de conciencia. No obstante, como ya tuvo ocasión de manifestar el Tribunal Constitucional en su Sentencia 15/1982, de 23 de abril, *la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16 (FJ 6.º) (10).*

Por su parte, el artículo 20.1.d) *in fine* reconoce y protege el *derecho a la cláusula de conciencia* de los profesionales de la información, cuya regulación corresponde al legislador. Estamos, evidentemente, ante un supuesto de objeción de conciencia circunscrito a un ámbito muy determinado, el periodístico (11). Sin embargo, interesa destacar el hecho de que el constituyente fuera consciente de que los posibles atentados a la libertad de conciencia no provienen, en una sociedad avanzada como la nuestra, exclusivamente de los actos de los poderes públicos, sino que existen asimismo actividades generadas por el sector privado, que pueden resultar contrarias a la conciencia individual merecedora de protección (12).

Pero, sin duda alguna, el precepto que más interesa a los efectos del presente estudio es el artículo 30.2 Const., donde se alude literalmente a la objeción de conciencia al servicio militar:

«La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.»

A la vista de esta disposición, surgen una serie de dudas, sobre las que reflexionaremos en las próximas páginas. Así, cabe preguntarse si el artículo 30.2 Const. ha llevado a cabo una constitucionalización del servicio militar obligatorio, excluyendo, por tanto, otras alternativas de cara a la organización de la defensa nacional. Igualmente, debemos plantearnos si la objeción de conciencia al servicio militar es, tal y como parece deducirse de una lectura literal del precepto reproducido, una simple causa de exención de aquél o, por el contra-

(10) Sobre esta STC tendremos ocasión de volver repetidamente a lo largo del estudio. Por el momento, baste recordar que en la misma, de la que fue ponente la Magistrada G. Begué Cantón, el Tribunal Constitucional resolvía el primer recurso de amparo interpuesto en relación con el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar.

(11) Vid. G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 169.

(12) Vid. G. PECES-BARBA, *Derecho*, op. cit., pág. 382.

rio, se trata de un auténtico derecho. A mayor abundamiento, es preciso determinar si el único supuesto de objeción de conciencia admitido por nuestro Ordenamiento es, justamente, el relativo al servicio militar o, por el contrario, nos hallamos ante una forma concreta de ejercicio de un derecho de mayor alcance. Tanto más cuanto que, caso de pronunciarnos por esta segunda posibilidad, cabría hablar de un fundamento jurídico para las Sentencias total o parcialmente absolutorias recaídas en los últimos años en los procesos penales seguidos contra los insumisos, tanto al servicio militar, como a la prestación social sustitutoria.

2. *La magnitud del problema*

Antes de comenzar el estudio del tratamiento jurídico que nuestro Ordenamiento dispensa a los supuestos de objeción de conciencia al servicio militar y de insumisión, parece oportuno ofrecer algunos datos cuantitativos y cualitativos acerca de estos fenómenos. Se trata de señalar la trascendencia social efectiva que los mismos tienen en la España actual pues, como tendremos ocasión de examinar con posterioridad, las actitudes de aceptación o de rechazo al servicio militar obligatorio y a la regulación actual de la objeción de conciencia al mismo, pueden determinar la evolución futura que hayan de recibir, por parte del legislador, las obligaciones militares de los españoles a que se refiere el artículo 30.2 Const.

Conviene, así, comenzar dando cuenta de la evolución numérica que ha tenido la objeción de conciencia en nuestro país desde la fecha de entrada en vigor de las leyes reguladoras de la misma (la Ley Orgánica 8/1984 y la Ley 48/1984, ambas de 26 de diciembre). Dicha evolución se refleja en el siguiente cuadro, que hace referencia a las actuaciones del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia (en adelante, CNOC) (13):

(13) Fuente: G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 292. Al concluir la redacción de este trabajo no se dispone todavía de datos definitivos sobre el número de solicitudes presentadas al CNOC en el año 1993. No obstante, este mismo órgano maneja unas previsiones de unos 70.000 solicitantes, según una información aparecida en «El Periódico de Aragón», de 29 de noviembre de 1993, pág. 3.

OBJECION, INSUMISION Y SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

	1985 (14)	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992
Objetores reconocidos.....	10.748	5.289	7.023	6.633	12.292	21.140	29.526	35.732
Objetores rechazados:								
— sobrevenidos.....	5	9	12	7	1	4	9	23
— motivación insuficiente	—	—	—	1.452	604	455	421	441

Datos éstos que sugieren una serie de reflexiones iniciales. Así, en primer lugar, observamos un crecimiento considerable de las solicitudes de objeción presentadas ante el CNOC a partir del año 1989, con un despunte en el año 1991. Indudablemente, el estallido de la llamada *crisis del Golfo Pérsico* y la implicación militar de nuestro país en la misma puede explicar en alguna medida este hecho (15). Ahora bien, esto no explica el incremento de las solicitudes de objeción en más de un 20 por 100 durante el año 1992 con relación al año anterior. Un incremento, dicho sea de paso, que supone que durante el año 1992 el número de objetores rebasó el 15 por 100 del contingente anual, porcentaje únicamente superado en Europa por la República Federal de Alemania (16).

Lógicamente, más difícil resulta establecer con exactitud la cifra de insumisos actualmente existentes en nuestro país, toda vez que carecemos de estadísticas oficiales al respecto (17). No obstante, según el Movimiento de Objeción de Conciencia (en adelante, MOC), principal impulsor de la campaña de desobediencia a la regulación legal de la objeción de conciencia, en el año 1991 habrían ascendido a un total de 1.341 insumisos, de los cuales 856 lo serían al servicio militar y 485 a la prestación social sustitutoria (18). Datos éstos que

(14) Adviértase que los datos relativos a 1985 hacen referencia no solamente a las peticiones de objeción de ese año, sino a la totalidad de objetores acumulados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 48/1984.

(15) No obstante, en P. IBARRA (ed.), *Objeción e insumisión. Claves ideológicas y sociales*, Editorial Fundamentos, Madrid, 1992, pág. 84, se señala que hasta el estallido de la crisis, en agosto de 1990, se habían presentado ya la mayor parte de las solicitudes de objeción correspondientes a dicho año.

(16) Vid. G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia*, op. cit., págs. 296 y ss. Adviértase, igualmente, que el porcentaje de objetores se reparte de forma muy desigual entre las diversas Comunidades Autónomas. Así, P. IBARRA (ed.), *Objeción e insumisión*, op. cit., pág. 90, manejando datos correspondientes al año 1991, indica cómo para ese año el número de objetores sumaban el 12,72 por 100 del contingente anual, si bien en las Comunidades del País Vasco y Navarra alcanzaban nada menos que el 50,79 por 100.

(17) Como se indica en P. IBARRA (ed.), *Objeción e insumisión*, op. cit., pág. 98, ni la Oficina para la Prestación Social Sustitutoria de los Objetores de Conciencia, que debe notificar la inasistencia del insumiso, ni el Fiscal General del Estado, que inicia su procesamiento judicial, dan cifra alguna sobre el número de insumisos que hay.

(18) Los datos se toman de P. IBARRA (ed.), *Objeción e insumisión*, op. cit., págs. 100 y ss. A su vez, R. AJANGIZ, *Insumisión, la objeción responsable*, «Papeles para la Paz»,

deben ser manejados con cautela, toda vez que la negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutoria exige una actuación administrativa previa, como es el llamamiento a los objetores y, como tendremos ocasión de ver más adelante, uno de los principales problemas con que se enfrenta la aplicación de la Ley 48/1984 es, justamente, la colocación de los objetores en las labores asignadas a los mismos por el citado texto legal (19).

Sea como fuere, tanto de los datos manejados como de su previsible evolución futura, es posible intuir la aparición, a corto y medio plazo, de serios problemas de gestión de la regulación tanto del servicio militar obligatorio como de la objeción de conciencia al mismo (20). Problemas cuya raíz última no es otra que el evidente y creciente rechazo que el primero suscita entre la población española (21).

No se trata, claro es, de propugnar que el legislador actúe impulsado únicamente por los datos sociológicos, que se legisle *a golpe de encuestas*. Sin embargo, bueno será tener presente la opinión de la sociedad a la hora de disponer los mecanismos con que dar efectividad a la función constitucional de la defensa nacional.

Antes de entrar a examinar las diversas opciones existentes para ello, dedicaremos nuestra atención a estudiar el tratamiento que la objeción de conciencia al servicio militar ha recibido en la legislación y los pronunciamientos habidos al respecto por parte del Tribunal Constitucional. Dicho estudio nos ayudará a comprender en mayor medida el fenómeno de la desobediencia a una regulación que no ha colmado, en modo alguno, las esperanzas depositadas en la misma.

núm. 38 (1990), pág. 211, calculaba, a fecha 31 de marzo de 1990, un total de 617 insumisos (de ellos 116 a la prestación social sustitutoria).

(19) Según P. IBARRA (ed.), *Objeción e insumisión*, op. cit., pág. 98, *hay evidencias de que los insumisos a esta prestación sustitutoria pueden ser alrededor de 700 (por encima del 20 por 100 del contingente), como extraoficialmente reconoce la propia Oficina para la Prestación Social Sustitutoria de los Objetores de Conciencia, si se consideran los abundantes prófugos no coordinados a través del movimiento antimilitarista o el mismo hecho de que alguna entidad prefiera no comunicar a esta Oficina que el objetor no se ha incorporado.*

(20) Los problemas a que se alude en el texto han sido reconocidos por la Ponencia de la Comisión de Defensa en el Informe anteriormente citado, en cuyas págs. 11 y ss. se señala cómo el notable incremento de las solicitudes para el reconocimiento como objetor y el consiguiente aumento del número de objetores reconocidos, plantean dificultades prácticas para el cumplimiento de la prestación social sustitutoria con lo que se distorsionan tanto el ejercicio del propio derecho a la objeción de conciencia como la naturaleza misma de la prestación del servicio militar. Asimismo, «El Periódico de Aragón», de 29 de noviembre de 1993, pág. 3, citando un informe interno de la Oficina para la Prestación Social de los Objetores de Conciencia, señala que, a 31 de mayo de 1993, hay 83.407 objetores disponibles —aquellos que están pendientes de realizar la PSS—, mientras que tan sólo están en activo 13.146.

(21) Acerca de la opinión de la sociedad española en torno al servicio militar obligatorio, vid. los resultados de las diversas encuestas recogidos en C. BARROSO RIBAL, *¿Para qué sirve la «mili»? Funciones del servicio militar obligatorio en España*, Siglo XXI, Madrid, 1991, págs. 278 y ss.

II. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN LA LEGISLACIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

A diferencia de lo sucedido en otros países, la objeción de conciencia al servicio militar es un fenómeno relativamente reciente en el nuestro (22). En concreto, no fue hasta finales de los años cincuenta cuando empezaron a darse los primeros casos de objeción de conciencia, que sólo cobraron una cierta significación numérica a principios de los setenta (23).

Este dato explica, a un tiempo, la ausencia de un tratamiento de la objeción de conciencia en nuestro Derecho histórico y las primeras respuestas proporcionadas al problema por un régimen político en el que se afirmaba, artículo 7 del *Fuero de los españoles*, de 17 de julio de 1945, que *constituye título de honor para los españoles el servir a la Patria con las armas*.

El establecimiento de un nuevo régimen político, como es el fundado por la Constitución española de 1978, que considera, artículo 10.1 Const., que *la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*, no podía dejar de influir decisivamente en la regulación de la objeción de conciencia. De este modo, es preciso reconocer que, con todos los defectos que se quiera y que es necesario identificar para proceder a su subsanación, se ha producido una transformación radical en el tratamiento jurídico de la objeción de conciencia al servicio militar. Transformación en la que ha represen-

(22) Al margen de soluciones puntuales para casos concretos, pueden situarse en el primer tercio del presente siglo los primeros reconocimientos generales de objeción de conciencia al servicio militar armado. Concretamente, según indica G. CÁMARA VILLAR, *Objeción*, pág. 36, la primera regulación corresponde a Australia y data de 1903; en años posteriores se incorporarían a este grupo de países avanzados Gran Bretaña (1916), Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda y Dinamarca (1917), Suecia (1920), Noruega y Finlandia (1922) y Holanda (1923). En general, acerca de los regímenes reguladores de la objeción de conciencia al servicio militar en el Derecho comparado, vid. G. CÁMARA VILLAR, *op. cit.*, págs. 76 y ss., y A. MILLÁN GARRIDO, *La objeción de conciencia*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 51 y ss. No obstante, conviene recordar la existencia de un supuesto de reconocimiento de objeción de conciencia, tradicional en nuestro Derecho histórico. Dicho supuesto era el de los clérigos y religiosos, a quienes el artículo XV del Concordato entre España y la Santa Sede, firmado el 27 de agosto de 1953 y ratificado el 26 de octubre del mismo año, declaraba exentos del servicio militar.

(23) Vid. G. CÁMARA VILLAR, *Objeción de conciencia*, *op. cit.*, pág. 105, quien apunta que en 1971 eran ya unos doscientos los objetores. Más precisa resulta la información aportada por J. JIMÉNEZ, *La objeción de conciencia en España*, apud M. FORASTER SERRA, *Protección jurisdiccional del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 46 (1985), pág. 196, quien identificó un total de 268 objetores de conciencia al servicio militar en España encarcelados a fecha de 9 de febrero de 1973.

tado un papel destacado la jurisprudencia constitucional de los primeros años, como tendremos ocasión de comprobar.

1. *Primeros —e insuficientes— intentos de resolver el problema*

Tal y como hemos avanzado, puede situarse a finales de la década de los cincuenta el origen del fenómeno de la objeción de conciencia al servicio militar en España (24). La situación de los objetores en el Derecho preconstitucional era ciertamente injusta (25). En efecto, ante la negativa del objetor a realizar el servicio militar, aquél era condenado, por la comisión de un delito de desobediencia militar, artículo 328 del entonces vigente Código de Justicia Militar, a una pena que iba de seis meses y un día a seis años. Cumplida la condena, el objetor era nuevamente llamado a filas, con lo que volvía a iniciarse el proceso, que sólo concluía cuando el objetor alcanzaba la edad de treinta y ocho años y obtenía la licencia militar absoluta (26).

Este sistema de *condenas en cadena* pudo sostenerse en tanto en cuanto el número de objetores al servicio militar se mantuvo en unos niveles inapreciables. Sin embargo, en los últimos años de la década de los sesenta y principios de los setenta la situación comenzó a cambiar. No fueron ajenos a este cambio la presión ejercida por la

(24) Adviértase, no obstante, que el término *objeción de conciencia* se utilizó por vez primera en nuestro Derecho en el artículo 4 del Real Decreto-ley 10/1976, de 30 de julio, por el que se concedía amnistía a todos aquellos sujetos a responsabilidades derivadas de acontecimientos de intencionalidad política u opinión. Vid., al respecto, G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 122.

(25) L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El derecho a la objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, «Sistema», núm. 62 (1984), pág. 10, afirma que la situación es enormemente tensa, y aun podría calificarse incluso de diabólica. A su vez, R. SORIANO, *La objeción de conciencia*, cit., pág. 87, la conceptúa como *deplorable e injusta*. En general, acerca del tratamiento de la objeción de conciencia en el Derecho preconstitucional, vid. G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., págs. 104 y ss.; A. MILLÁN GARRIDO, *La objeción*, op. cit., págs. 85 y ss., y F. AMERIGO CUERVO-ARANGO, *La objeción de conciencia al servicio militar: Especial referencia al Derecho español*, «La Ley», 1985-1, págs. 1112 y ss.

(26) De este estado de cosas daba cuenta la Exposición de Motivos de la Ley 29/1973, de 19 de diciembre, por la que se incluía un nuevo Capítulo V bis al Código de Justicia Militar, en el que se tipificaba el delito de negativa a la prestación del servicio militar. En la mencionada Exposición de Motivos se decía que *desde hace algún tiempo se repite, de forma esporádica y limitada, el hecho de reclutas que al incorporarse a Cuerpo se niegan a vestir el uniforme, hecho que se ha venido castigando con arreglo al artículo 328 del Código de Justicia Militar, como desobediencia a superior, lo que ha dado lugar a que cumplida la pena y devueltos al Ejército respectivo, en mérito de las accesorias, se haya repetido el hecho, provocándose así una serie de condenas sucesivas, cuyo final sólo puede preverse con la llegada de la edad en que se pasa a situación de licencia absoluta, si antes no se contrae una causa de inutilidad*. Como acertadamente indica R. SORIANO, *La objeción de conciencia...*, cit., pág. 87, esta situación parecía más excesiva y arbitraria porque en el objetor confluía la atenuante, contemplada por el mismo Código militar, de actuar por motivos éticos o religiosos: *atenuante ausente en otros delitos castigados con una pena menor*.

comunidad internacional sobre el Gobierno español para que modificara su actitud ante los objetores de conciencia, así como el incremento considerable, para los niveles de la época, del número de éstos (27).

Así, el 2 de junio de 1970, el Gobierno remitió a las Cortes el *Proyecto de Ley de Prestación del Servicio Militar de los Objetantes al mismo por motivos de Confesión Religiosa*. Dicho Proyecto autorizaba al Gobierno para regular la prestación del servicio militar de aquellos cuyas convicciones en materia religiosa les hiciese objetar, en unidades o servicios especiales, con una duración de hasta tres años, es decir, del doble de lo previsto para el servicio militar.

A pesar de que el Proyecto no resistía un mínimo análisis crítico, la Comisión de Defensa Nacional de las Cortes de la época, entendiendo que el mismo favorecía las pretensiones de «psicópatas» y «traidores» y comportaba un «atentado contra la conciencia nacional», aceptó una enmienda a la totalidad, con lo que el Proyecto fue rechazado y devuelto al Gobierno (28). Era la primera vez que las Cortes hacían uso de esta potestad en toda la andadura del régimen (29).

El 5 de mayo de 1971 el Gobierno remitió a las Cortes un nuevo Proyecto de Ley, de *Bases sobre objetantes al servicio militar activo* (30). Con él se trataba de habilitar al Gobierno para que regulase la prestación del servicio militar de los objetores por razones de índole exclusivamente religiosa. Dicho Proyecto presentaba escasas diferencias significativas con relación al de 1970 (si acaso, el hecho de que la duración de la prestación debería ser, artículo 1.1.º, como mínimo, el doble del servicio militar en filas) (31). No obstante, quedó

(27) Vid. al respecto A. MILLÁN GARRIDO, *La objeción*, op. cit., págs. 89 y ss., y M. FORASTER SERRA, *Protección jurisdiccional*, cit., pág. 196. Asimismo, como apunta A. REINA BERNALDEZ, *Objeción de conciencia al servicio militar obligatorio*, «La Ley», 1983-2, pág. 1230, tampoco es desdeñable la influencia que ejerció, en un Estado formal y sustancialmente confesional, la escueta referencia que el Concilio Vaticano II, en la Constitución *Gaudium et Spes* (de 7 de diciembre de 1965), hacía al señalar literalmente: «también parece razonable que las leyes tengan en cuenta, con sentido humano, el caso de los que se niegan a tomar las armas por motivo de conciencia, siempre que acepten al mismo tiempo servir a la comunidad humana de otra forma».

(28) Vid. A. MILLÁN GARRIDO, *La objeción*, op. cit., pág. 91.

(29) Vid. G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 112.

(30) Como recuerda A. MILLÁN GARRIDO, *La objeción*, op. cit., pág. 91, meses antes, concretamente el 22 de enero de 1971, el Consejo de Europa había aprobado una *Proposición de Resolución relativa a la situación de los objetores de conciencia en España*. En la misma, el Consejo de Europa expresaba su preocupación por la severidad extraordinaria con la cual el Derecho español amenaza a los elementos de su juventud que reclaman la objeción de conciencia.

(31) Vid. acerca del contenido del Proyecto de 1971 y su tramitación legislativa, G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., págs. 113 y ss., y A. MILLÁN GARRIDO, *La objeción*, op. cit., págs. 92 y ss.

tan desvirtuado su contenido como resultado de los debates en Cortes, que el Gobierno, finalmente, decidió su retirada (32).

Descartada la posibilidad de regular, siquiera fuese de modo restrictivo, el estatuto jurídico del objetor, se acometió la tarea de poner fin al problema más acuciante: el derivado del sistema de *condenas en cadena*. A tal fin, la Ley 29/1973, de 19 de diciembre, incorporó al Código de Justicia Militar el artículo 383, por el que se tipificaba el delito de negativa a la prestación del servicio militar.

Como pena principal se estableció la de tres años y un día a ocho años de prisión en tiempo de paz (que se elevaba hasta reclusión si se cometía en tiempo de guerra o en territorio declarado en estado de guerra, *salvo lo que dispongan los bandos que dicten las autoridades militares competentes*). Al mismo tiempo, la ley mantenía una serie de penas accesorias de indudable entidad (33). Concretamente se disponía

«(...) la incapacidad del condenado, mientras no se rehabilite, para ejercer derechos políticos, ostentar cargos y funciones públicas y para establecer relaciones laborales y contractuales de todo orden con Entidades públicas o subvencionadas o intervenidas por el Estado, con Entidades paraestatales autónomas y con las Corporaciones de Administración Local, así como para la docencia y para obtener permiso de tenencia y uso de armas».

La lectura de esta impresionante batería de penas accesorias parece reflejar la voluntad del legislador de condenar a los objetores al más completo ostracismo social. Tanto más cuanto que la rehabilitación que ponía fin a dichas penas sólo podía obtenerse *mediante el cumplimiento efectivo de las obligaciones militares, que podrá solicitarse en cualquier momento desde que se inicia el sumario hasta la fecha en que el condenado alcance la edad de la licencia absoluta*.

Como puede apreciarse, esta ley únicamente ponía fin a la aberración jurídica de las condenas *en cadena*, pero no afrontaba el problema de fondo del cual aquéllas traían causa, la objeción de con-

(32) Para calibrar la sensibilidad mostrada por los procuradores de la época hacia la objeción de conciencia, baste indicar que la misma llegó a calificarse como una *actitud subversiva contra el régimen español y una clara maniobra soviética*, tal y como nos recuerda A. MILLÁN GARRIDO, *La objeción*, op. cit., pág. 93.

(33) Vid., en este sentido, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El derecho a la objeción*, cit., pág. 12.

ciencia al servicio militar (34). Es decir, se actuaba sobre el efecto más apreciable, pero sin incidir en la causa del mismo.

Esta situación se hizo insostenible en unos momentos que marcaban el fin del régimen político surgido de la Guerra Civil y la sociedad española comenzaba a dotarse de un sistema de libertades. En unos momentos en los cuales la sociedad civil, y con ella los objetores de conciencia, empezaba a organizarse para la defensa de las que entendía sus aspiraciones legítimas (35).

Fruto de la nueva sensibilidad social hacia la situación de los objetores de conciencia fue el Decreto 3011/1976, de 23 de diciembre. Se trataba del primer intento de dar al problema de los objetores de conciencia una solución no punitiva. Una respuesta que denotaba un marcado carácter transitorio, como pone de manifiesto la lectura del artículo 1 del mencionado Decreto (36):

«(...) se establecen prórrogas de incorporación a filas de cuarta clase a), que podrán disfrutar los mozos que por razones u objeciones de conciencia, de carácter religioso, se muestren opuestos al empleo de las armas y opten por sustituir el servicio militar en filas por una prestación personal en puestos de interés cívico».

Carácter transitorio que las circunstancias del momento —recuérdese que nos hallamos en los albores de la transición política— no hicieron sino acentuar. Así, si bien los artículos 3 y 6 del Decreto delegaban en la Presidencia del Gobierno la determinación de los *puestos de interés cívico* en los que debía llevarse a cabo la prestación personal prevista en el artículo 1 anteriormente reproducido, lo cierto es que el Gobierno tomó la decisión de *aparcar* la solución al problema, a la espera de una regulación legal del estatuto del objetor (37).

(34) En este sentido, R. SORIANO, *La objeción de conciencia*, cit., pág. 88, afirma que *la ley no supone ningún avance en la consideración de la objeción de conciencia, pura extravagancia incomprensible para amplios sectores de la institución militar*. Vid., asimismo, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El derecho a la objeción*, cit., pág. 12, y G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, pág. 119.

(35) Concretamente, en 1976 tuvo lugar la creación del MOC, asociación que tan destacado papel ha representado en el proceso de reconocimiento efectivo del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar. Vid. A. MILLÁN GARRIDO, *La objeción*, pág. 97.

(36) Para un análisis más en profundidad del contenido del Decreto de 1976, vid. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El derecho a la objeción*, cit., págs. 12 y ss.

(37) G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, págs. 125 y ss., recuerda cómo *la situación de provisionalidad que se vivía ante el proceso constituyente y el clima de oposición de los objetores, aconsejaron la retirada de un Anteproyecto de Orden Ministerial en desarrollo del artículo 6 del Decreto, elaborado por la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno*. A su vez, la Circular, no publicada, de 23 de noviembre de 1977, aplicaba la figura de la *incorporación aplazada, sine die*, de quienes objetaran al cumplimiento del servicio militar hasta tanto se procedía al estudio de una ley.

Juntamente con la transitoriedad de la fórmula prevista, debe destacarse en estos momentos su insuficiencia. Puesto que únicamente se reconocía la objeción de conciencia *de carácter religioso*, lo que significaba que al resto de los supuestos seguía siendo de aplicación el artículo 383 del Código de Justicia Militar, toda vez que el objetor impulsado por motivaciones éticas o filosóficas carecía de una *causa legal*, por lo que su conducta encajaba perfectamente en el tipo objetivo del delito allí recogido (38).

Al concluir este rápido repaso del tratamiento dado por la legislación preconstitucional al problema de la objeción de conciencia al servicio militar, dos son las reflexiones que interesa subrayar. En primer lugar, destaca el hecho de que hubieran de transcurrir más de dieciséis años desde la aparición de los primeros casos mínimamente significativos de objeción hasta que se procediera a dar una respuesta al fenómeno que no consistiera en la pura y simple criminalización de la conducta de los objetores. En segundo término, es preciso reconocer que ese tímido cambio de actitud que reflejaba el Decreto de 1976 resultaba todavía insuficiente y seguía sin dar solución a un problema que, como ya se ha señalado, venía prolongándose en el tiempo más allá de lo que hubiera sido deseable.

2. *El desarrollo legislativo del artículo 30.2 de la Constitución Española*

Siguiendo la evolución cronológica de la normativa española relativa a la objeción de conciencia, correspondería ahora el turno a las disposiciones contenidas en la Constitución. La enumeración que de las mismas ofrecimos al comienzo de este trabajo dispensa de una reiteración de lo ya apuntado.

No obstante, resulta oportuno recordar el contenido del artículo 30.2 de la Norma Suprema de nuestro Ordenamiento, toda vez que el desarrollo postconstitucional de la legislación en esta materia encuentra su anclaje en dicho precepto. Dice así el mencionado artículo 30.2 Const.:

«La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.»

(38) Vid., al respecto, G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 123.

Por el momento baste señalar la remisión que el precepto contiene a la regulación que lleve a cabo la ley del régimen jurídico de la objeción de conciencia. Remisión que reproduciría el artículo 37.2 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de Defensa Nacional y Organización Militar:

«La ley regulará la objeción de conciencia y los casos de exención que obliguen a una prestación social sustitutoria.»

A su vez, el artículo 34 de la Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar, preveía que:

«Será causa de exención del Servicio Militar el ser reconocido y declarado como objetor de conciencia, de acuerdo con la legislación específica.»

Nuevamente nos encontramos con una remisión al desarrollo normativo del artículo 30.2 Const. En esta ocasión a la *legislación específica*. Una legislación que seguía, en el momento de entrada en vigor de la Ley del Servicio Militar, sin ser promulgada. De este modo, se prolongaba la situación de expectativa iniciada tras la aprobación de la Constitución (39).

Dicha situación de expectativa concluiría justamente a finales de 1984, con la aparición de dos leyes a las que ya se ha aludido con anterioridad: la Ley Orgánica 8/1984, relativa al régimen de sanciones penales y administrativas en el ámbito de la objeción de conciencia, y la Ley 48/1984, que regula la Objeción de Conciencia y la Prestación Social Sustitutoria (40). Ambas leyes llevan fecha de 26 de diciembre. Nuevamente el dato temporal cobra importancia. En efecto, si fue necesario aguardar —como hemos tenido ocasión de comprobar con anterioridad— más de dieciséis años desde que se plantearan los

(39) Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El derecho a la objeción*, cit., pág. 14. Es de destacar que, durante la Segunda Legislatura, el Gobierno de UCD remitió a las Cámaras un Proyecto de Ley que, finalmente, no salió adelante («BOCG», Congreso de los Diputados, núm. 167-I, de 22 de octubre de 1980, págs. 1163 y ss.). A dicho Proyecto se presentaron cuatro enmiendas a la totalidad, una de las cuales, la correspondiente al Grupo Socialista, que incluía una Proposición alternativa al texto del Gobierno, sirvió de base para la elaboración de las Leyes de 1984. Para un estudio en profundidad de dichos Proyectos, vid. G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., págs. 144 y ss.; A. MILLÁN GARRIDO, *La objeción de conciencia*, op. cit., págs. 106 y ss., y R. SORIANO, *La objeción*, cit., págs. 94 y ss.

(40) El artículo 2 de la Ley Orgánica 8/1984 fue modificado por la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre. Dicha reforma afectó al tratamiento penal de los supuestos de ausencia injustificada de los objetores del centro donde realicen la prestación social sustitutoria.

primeros casos de objeción de conciencia al servicio militar para que la respuesta normativa a este fenómeno no se encauzara únicamente por la vía penal, dicha espera alcanza el cuarto de siglo cuando se trata de hallar en nuestro Ordenamiento jurídico una regulación completa del ejercicio del derecho.

Las leyes de 1984 fueron recibidas de forma crítica tanto por sus potenciales destinatarios como por la doctrina y un buen número de operadores jurídicos (41). Interesa destacar en este momento cómo esa crítica se formalizó, por una parte, en la interposición, por parte del Defensor del Pueblo, de un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de las mencionadas leyes y, por otra, a través del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por la Audiencia Nacional en relación con la Ley 48/1984.

La plena constitucionalidad de las disposiciones contenidas en estas normas sería confirmada por las SSTC 160 y 161/1987, ambas de 27 de octubre (42). Conviene señalar que a dichas Sentencias fueron formulados diversos votos particulares, dándose la paradójica situación de que en ambos casos los Magistrados ponentes expresaron su discrepancia con la opinión mayoritaria del Tribunal.

Entre tanto, la incertidumbre existente en torno al sentido en que había de pronunciarse el Tribunal Constitucional, produjo un retraso en el desarrollo reglamentario de la Ley 48/1984. Retraso que cabe calificar como menor en la constitución del CNOC, que debía producirse, DT 1.^a, *dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley* y que no tuvo lugar hasta el 13 de junio de 1985 (43).

Retraso sustancial en lo que hace al cumplimiento de la DF de la Ley, a tenor de la cual:

«El Gobierno, en el plazo de tres meses, a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, elaborará las disposiciones reglamentarias precisas para su ejecución.»

Plazo de tres meses que fue rebasado de largo por el RD 22/1988, de 15 de enero, por el que se aprobaba el Reglamento de la Prestación Social Sustitutiva, elemento clave en la ordenación del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar llevada

(41) El rechazo a las Leyes de 1984 y las formas en que se manifestó el mismo será objeto de un estudio más en profundidad posteriormente.

(42) La STC 160/1987, de la que fue ponente el Magistrado C. de la Vega Benayas, resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo, en tanto que la 161/1987 conocía de las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por la Audiencia Nacional. Ponente de esta última Sentencia fue el Magistrado A. Latorre Segura

(43) Vid. G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 289. El Reglamento del CNOC fue aprobado por el RD 551/1985, de 24 de abril.

a cabo por la Ley. Justamente ese considerable retraso en la aprobación del Reglamento fue uno de los motivos esgrimidos por la *Asociació d'Objetors de Consciencia* en el recurso contencioso-administrativo que interpuso ante el Tribunal Supremo solicitando la declaración de nulidad de aquél. El recurso fue estimado por la STS de 12 de enero de 1990, si bien no por esta causa, sino por entender infringidos los artículos 105.a) Const. y 130 LPA, en relación con la participación ciudadana en el proceso de elaboración de disposiciones generales (44).

A pesar de ello, resulta ilustrativa la lectura de las reflexiones contenidas en la Sentencia en relación con lo que el Tribunal Supremo denomina la *voluntad real del legislador en cuanto al factor tiempo en las Disposiciones transitorias y final de la Ley 48/1984, del 26 de diciembre*. A este respecto afirma el Tribunal:

«Las dos Leyes reguladoras de la objeción de conciencia surgen con seis años de retraso respecto de la Constitución, en época en que el problema de la objeción aparece ya, con una dimensión ciudadana que hace inaplazable su regulación. (...) de ahí que el legislador, en la Disposición Final encomiende al Gobierno que, también en plazo de tres meses, a partir de la vigencia de la Ley elabore las disposiciones reglamentarias precisas para su ejecución. No debe caber duda alguna que éste era un plazo urgente, apremiante, perentorio, y así se expresa gramaticalmente al emplear el verbo "elaborar" en forma imperativa» (FD 5.º).

Dejando de lado el más que discutible argumento gramatical, la exposición viene a incidir en la crítica antes efectuada en estas páginas respecto del excesivo retraso con que se abordó la regulación del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia (45). Sin embargo,

(44) Ponente de la STS de 12 de enero de 1990 (A. 335) fue el Magistrado P. Esteban Alamo. Debe advertirse que dicha Sentencia cuenta con un voto particular formulado por el Magistrado J. García Ramos Iturralde, quien expresa su opinión contraria a la estimación del recurso.

(45) Por cierto que la lectura literal de la Disposición Final de la Ley 48/1984 también fue utilizada por la Abogacía del Estado para sustentar su oposición al recurso contencioso-administrativo interpuesto, pues como señala la STS en el mismo Fundamento de Derecho, *arguye el Defensor del Estado en segundo lugar que la Disposición Final se refiere a elaboración de la norma reglamentaria, pero no a aprobación o publicación de la misma; es decir, no se refiere a un resultado normativo*. Como no podía ser de otra manera, el Tribunal Supremo rechazó tajantemente tal interpretación de la Disposición Final: *Es cierto que, gramaticalmente, elaboración significa preparación de un producto mediante un trabajo adecuado. Pero como hemos dicho antes, lo que perseguía la Disposición Final es que el producto estuviese elaborado en tres meses; no que se iniciase en ese plazo y se trabajase en el mismo sine die. Ello nos conduciría a la pura inseguridad jurídica...*

como ya se ha apuntado, el Tribunal Supremo acabó rechazando este motivo de nulidad, al aceptar la tesis defendida por la representación del Estado sobre la conveniencia de esperar a la publicación del Reglamento del Servicio Militar y a las Sentencias del Tribunal Constitucional:

«Si, como dice el artículo 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en la elaboración de disposiciones de carácter general se pretende garantizar la legalidad, el acierto y la oportunidad de aquéllas con los estudios e informes previos, además de con la participación ciudadana que promueven el artículo 130 de dicha Ley, y, con mucho mayor vigor y amplitud, el artículo 105 de la Constitución, la pretensión de conseguir tales calidades a costa del retraso temporal debe considerarse como una justificación de la demora» (FD 5.º).

El Tribunal se hace así eco de los planteamientos expuestos por la Abogacía del Estado, si bien no deja de señalar que

«(...) se echa de menos que la explicación que ahora se da en esta vía jurisdiccional, no haya sido ubicada en el preámbulo que prologa el Real Decreto en cuestión. Con ello se hubiera dado debido cumplimiento al artículo 20 de la Constitución que consagra el derecho a la información que tienen los ciudadanos; lo exotérico y no lo esotérico debe presidir la actuación de los poderes públicos» (FD 5.º).

Finalmente, la STS declararía la nulidad del Reglamento por cuanto:

«No hay constancia en el expediente administrativo de actuación alguna de la Administración que revele su voluntad de dar publicidad al proceso de elaboración del Reglamento que estaba confeccionando para facilitar así —o de cualquier otro modo— la participación ciudadana; cumpliendo con ello la obligación que le impone el artículo 9 de la Constitución. Por último la Asociación demandante que está inscrita como tal en el Registro correspondiente no ha sido oída como expresamente reconoce el Consejo de Ministros, siendo de añadir que hubiera sido sumamente sencillo la publica-

ción de edictos que abrieran la oportunidad de ser oídas a las entidades afectadas. Por otra parte ha de subrayarse que en ningún momento se hizo constar en el expediente la existencia de razones de interés público que impidieran la observancia del trámite examinado tal como exige el artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo» (FD 6.º) (46).

Parecía que con ello el proceso de desarrollo reglamentario de la Ley 48/1984 estaba abocado a sufrir un nuevo retraso. Ahora bien, contra la STS de 12 de enero de 1990 la Abogacía del Estado interpuso recurso extraordinario de revisión, resuelto favorablemente por la STS de 21 de noviembre del mismo año (47). Dicha Sentencia, tras un largo y pormenorizado análisis acerca del devenir de la regulación del recurso extraordinario y del estatuto constitucional de la Administración pública, concluye acogiendo el recurso a partir de la división de los fenómenos asociativos *en dos grupos nítidamente diseñados*:

«Uno de ellos, compuesto por los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales, cuya función consiste en la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de unos y otros, como establece el artículo 7 de la Constitución, que más adelante configura los Colegios profesionales con una finalidad semejante respecto de éstos en el artículo 36. En el segundo grupo han de ser clasificadas las demás asociaciones que se creen bajo el cobijo de la libertad asociativa, reconocida también constitucionalmente (art. 22). El primer tipo, en sus dos modalidades, tiene su origen o fundamento directo e inmediato en la Ley, mientras que el otro sólo encuentra en ella su respaldo mediato o indirecto, de segundo grado y nace por obra y voluntad de sus creadores. Aquellas asociaciones cumplen una misión y ejercen un conjunto de atribuciones cuyo ámbito aparece delimitado *ex lege* y *ex ente*. Estas se mueven con fines variados por elección de sus asociados» (FD 5.º).

(46) Frente a este parecer mayoritario, el Magistrado discrepante sostiene, en su voto particular, que *si del análisis de dichas alegaciones puede racionalmente entenderse que la audiencia en vía administrativa del interesado no habría variado el texto de la disposición de que se trate, no tiene sentido, por no frustrarse la finalidad de la ley, anular la disposición por la falta del mencionado trámite.*

(47) La STS de 21 de noviembre de 1990 (A. 1578, año 1991) fue dictada por la Sala Especial de Revisión, siendo ponente de la misma el Magistrado R. de Mendizábal Allende.

Este hecho, añadido a la diferencia entre la *predeterminación* de sindicatos, asociaciones empresariales y Colegios profesionales y el *origen íntegramente voluntario* de las asociaciones del segundo tipo, conlleva, a juicio de la Sala Especial de Revisión, una diferencia de trato a la hora de ser llamadas para su audiencia en el procedimiento. Así, mientras los primeros vendrían a ostentar *pari passu* una posición de interesados encuadrable en el ámbito de aplicación del artículo 23.b) LPA —actualmente, art. 31.1.b) de la Ley 30/1992, de 27 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común—, por lo que debería procederse a su emplazamiento de oficio en el proceso de elaboración de las disposiciones generales (art. 26 LPA; hoy, 34 Ley 30/1992), los segundos habrían de personarse en el procedimiento —art. 23.c) LPA; en la actualidad, 31.1.c) Ley 30/1992— (48).

No es éste el momento de analizar en profundidad la tesis mantenida por la STS que estamos examinando; sin embargo, sí resulta oportuno puntualizar la más que discutible generalización que lleva a cabo del criterio de *predeterminación* en relación con el primero de los grupos en que desdobra el fenómeno asociativo (49). Dicha *predeterminación* será predicable de la llamada Administración corporativa, pero en modo alguno de sindicatos y asociaciones empresariales, pues en este último caso deberá sumarse el principio de mayor representatividad de dichas asociaciones representativas de intereses sectoriales (50).

(48) En concreto, la STS señala, en relación con este segundo tipo de asociaciones, que es evidente que pueden ser cauce de esta modalidad en la participación ciudadana en función de su objeto, como consecuencia del principio finalista o teleológico que informa su vida y actividad pero —apostilla— han de hacer para ello acto de presencia y ser, por tanto, conocidas para ser convocadas. Interpretado a sensu contrario, podemos preguntarnos si la Administración viene obligada a notificar a las manifestaciones del fenómeno asociativo del primer grupo la elaboración de disposiciones generales, solución ésta que conduciría a situaciones paradójicas, como es el hecho de que partidos políticos sin representación parlamentaria y que, por ello mismo, no pueden hacer valer sus puntos de vista en el procedimiento legislativo, tendrían en cambio abierta la posibilidad de intervenir en la redacción de los reglamentos.

(49) Por otro lado, resulta muy discutible la afirmación misma, vertida en la Sentencia, según la cual los partidos políticos y asociaciones de empresarios y sindicatos de trabajadores no sean modalidades asociativas perfectamente reconducibles al artículo 22 Const. Vid., en este sentido, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Asociaciones y Constitución*, Civitas, Madrid, 1987, págs. 176 y ss.

(50) Más relevante parece, por contra, el siguiente argumento, al que, paradójicamente, la Sentencia le concede escasa trascendencia: *Conviene recordar al respecto que la Associació d'Objetors de Consciència fue inscrita el 23 de marzo de 1987 en el Registro correspondiente de la Generalitat de Cataluña, casi dos años (después) de haberse iniciado, el 7 de junio de 1985, la tramitación del anteproyecto de reglamento para la prestación social de los objetores, que cuatro meses después pasó al Consejo de Estado, como último asesoramiento por establecerlo así la Ley Orgánica*. En definitiva, difícilmente podía ejercer el derecho de audiencia en el procedimiento de elaboración del Reglamento de la Prestación Social Sustitutoria una asociación que no existía —o que, cuando menos, no figuraba inscri-

Lo que realmente importa destacar es que la STS de 21 de noviembre de 1990 forzaba un nuevo pronunciamiento del Tribunal en relación con el fondo del recurso interpuesto contra el RD 20/1988, de 15 de enero, por el que se aprobaba el Reglamento de la Prestación Social Sustitutoria. Dicho pronunciamiento se recoge en la STS de 18 de julio de 1991 (51). Esta última vino a declarar la legalidad del Reglamento, culminándose así el largo y tortuoso proceso de desarrollo reglamentario de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, de objeción de conciencia.

Como puede apreciarse, se trata de un proceso dilatado en el tiempo, plagado de dificultades y en el que han abundado los conflictos jurídicos, en los que, fundamentalmente, se ha dilucidado la conformidad de la regulación del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar con las disposiciones constitucionales que puedan afectar al mismo. Justamente el análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Constitucional habidos al respecto centrará ahora nuestra atención.

3. *Avances y retrocesos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

A lo largo de los últimos once años, el Tribunal Constitucional ha tenido diversas oportunidades de examinar diferentes aspectos del derecho a la objeción de conciencia. El cuerpo jurisprudencial existente no presenta una línea uniforme y es susceptible de una aproximación crítica, como la que realizaremos en estas páginas.

A) *El reconocimiento de la efectividad del derecho.*

El Tribunal Constitucional tuvo prontamente ocasión de pronunciarse acerca del alcance del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia contenido en el artículo 30.2 Const. Así, las SSTC 15, 23, 25 y 40/1982 contienen la toma de postura del Tribunal Constitucional al respecto (52). Toma de postura que fue ampliamente respaldada por la doctrina (53).

ta en ningún registro administrativo— en el momento procedimental oportuno para el ejercicio del citado derecho.

(51) STS de 18 de julio de 1991 (A. 6350), pte.: P. Esteban Alamo.

(52) Ponente de las SSTC 15/1982, de 23 de abril, y 23/1982, de 13 de mayo, fue la Magistrada G. Begué Cantón; la STC 25/1982, de 19 de mayo, cuenta con ponencia del Magistrado A. Escudero del Corral. Finalmente, el ponente de la STC 40/1982, de 30 de junio, fue el Magistrado J. Arozamena Sierra.

(53) Vid., al respecto, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El derecho a la objeción*, cit., en

Por lo que hace al supuesto fáctico, las cuatro Sentencias de 1982 tienen su origen en otras tantas denegaciones de la condición de objetores de conciencia, por no basarse las solicitudes en motivos religiosos, únicos amparados por el RD 3011/1976, de 23 de diciembre. Frente a esas denegaciones, provenientes de la Administración militar, el Tribunal Constitucional aplicará de forma generosa el principio *pro libertate*, a fin de garantizar la plena efectividad del derecho, de asegurar la defensa del bien jurídico protegido por el mismo (54).

Lógicamente, es en la primera Sentencia, la 15/1982, de 23 de abril, donde se contienen las líneas básicas de la jurisprudencia constitucional, siendo el resto de las Sentencias aplicaciones concretas de esas líneas básicas (55). Por esta razón, todas nuestras reflexiones girarán en torno al contenido de esa primera Sentencia.

La primera cuestión, de índole procesal, que el Tribunal se ve obligado a resolver es la propia admisibilidad del recurso de amparo, toda vez que el recurrente —los recurrentes, podría decirse, pues ésta es una característica común a las cuatro Sentencias— no había agotado la vía judicial previa. El Tribunal Constitucional, sin embargo, se pronuncia por la no existencia, en este caso, de una causa de inadmisibilidad (56). Frente a la postura defendida por el Abogado del Estado, la STC 15/1982 interpreta la vía procesal dispuesta para la protección del derecho a la objeción de conciencia en el entonces vigente artículo 45 LOTC entendiendo que *el legislador ha sustituido el requisito del agotamiento de la vía judicial por el del carácter ejecutivo de la resolución* (FJ 2.º) (57).

especial págs. 16 y ss.; R. SORIANO, *La objeción*, cit., págs. 92 y ss.; F. AMERIGO CUERVO-ARANGO, *La objeción de conciencia*, cit., págs. 1115 y ss.; P. GONZÁLEZ SALINAS, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia constitucional*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 34 (1982), págs. 489 y ss., y A. DE ALFONSO BOZZO, *El Tribunal Constitucional y la objeción de conciencia. Comentario a la solución jurisprudencial transitoria para el ejercicio de un derecho constitucional*, «Revista Jurídica de Cataluña», 1983, págs. 209 y ss.

(54) Esa voluntad de garantizar la plena efectividad del derecho se pone de manifiesto ya en la adopción de medidas cautelares por el propio TC. Así, en los Autos 108/1981, de 29 de octubre (dictado en el curso del proceso al que pondrá fin la STC 23/1982), y 100/1982, de 24 de febrero (idéntica situación en relación con la STC 25/1982), el Tribunal se pronunció por la suspensión de la ejecutividad del acto de incorporación a filas, *puesto que en definitiva el contenido del recurso de amparo solicitado se traduce en la no incorporación a filas, la permanencia en el servicio militar durante cualquier periodo de tiempo frustraría con carácter irreversible la finalidad del amparo solicitado* (FJ 2.º del ATC 108/1981).

(55) Una nueva reiteración de la jurisprudencia contenida en la STC 15/1982 se encuentra en la STC 35/1985, de 7 de marzo, de la que fuera ponente el Magistrado A. Escudero del Corral. En dicha Sentencia el Tribunal conocía de los problemas suscitados con ocasión del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia en fase de reserva militar.

(56) En este hecho puede verse tanto una manifestación más de la postura netamente antiformalista que, desde un principio, adoptara el Tribunal Constitucional, vid. L. MARTÍN-RETORTILLO, *El derecho a la objeción*, cit., pág. 19, como una aplicación del principio *pro actione*.

(57) El artículo 45 LOTC fue derogado por la LO 8/1984, de 26 de diciembre, que in-

En cuanto al fondo del asunto, la STC 15/1982 vincula directamente la objeción de conciencia con la libertad de conciencia. A este respecto sostiene que

«(...) tanto la doctrina como el Derecho comparado afirman la conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia. Para la doctrina, la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma» (FJ 6.º).

Como indicara en su momento el profesor L. MARTÍN-RETORTILLO, *la no autonomía, la no soledad de la figura, tiende un puente eficaz para que la objeción de conciencia entre en lo sustantivo de la famosa sección primera del Capítulo segundo (del Título I de la Constitución)* (58).

Ese puente eficaz supone, entre otras cosas, que el derecho del objeto no está enteramente subordinado a la actuación del legislador. Así, ese engarce entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia lleva aparejada una interpretación de la expresión *la ley regulará*, contenida en el artículo 30.2 Const., en el sentido de entender que no es otra que la afirmación de la necesaria regulación legal del derecho para conseguir *su plena aplicabilidad y eficacia*, no su reconocimiento:

«Y, puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español, sin que contra la argumentación expuesta tenga valor alguno el hecho de que el artículo 30.2 emplee la expresión “la Ley regulará”, la cual no significa otra cosa que la necesidad de la *interpositio legislatoris* no para reconocer, sino, como las propias palabras in-

rodujo en su artículo 1 la necesidad de agotar la vía judicial con carácter previo a la interposición del recurso de amparo. La reforma legislativa parece consecuente con la regulación general del proceso de defensa de los derechos fundamentales existente en nuestro Ordenamiento; vid. en este sentido A. CANO MATA, *El derecho a la objeción de conciencia y su regulación en el Derecho español vigente*, núm. 108 de esta REVISTA (1985), pág. 24.

(58) L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El derecho a la objeción*, cit., pág. 19.

dican, para “regular” el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia» (FJ 6.º) (59).

En relación con el *contenido fundamental* —obsérvese que el Tribunal evita pronunciarse sobre el contenido esencial— del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, donde la STC 15/1982 señala que

«(...) a diferencia de lo que ocurre con otras manifestaciones de la libertad de conciencia, el derecho a la objeción de conciencia no consiste fundamentalmente en la garantía jurídica de la abstención de una determinada conducta —la del servicio militar en este caso— pues la objeción de conciencia entraña una excepcional exención a un deber —el deber de defender a España— que se impone con carácter general en el artículo 30.1 de la Constitución y que con ese mismo carácter debe ser exigido por los poderes públicos. La objeción de conciencia introduce una excepción a ese deber que ha de ser declarada efectivamente existente en cada caso, y por ello el derecho a la objeción de conciencia no garantiza en rigor la abstención del objetor, sino su derecho a ser declarado exento de un deber que, de no mediar tal declaración, sería exigible bajo coacción» (FJ 7.º) (60).

Frente a la generalización operada en este punto por el Tribunal Constitucional, parece más adecuado señalar que el contenido fundamental del derecho a la objeción de conciencia consiste en la exención a una parte del deber de defender a España, que se concreta en el cumplimiento de las obligaciones militares impuestas por el legislador (61). Entendida en este sentido, la afirmación de la STC

(59) En el FJ 8.º de la Sentencia, el Tribunal señala que *es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional no puede tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que en el caso presente habría de identificarse con la suspensión provisional de la incorporación a filas, pero ese mínimo contenido ha de ser protegido, ya que de otro modo el amparo previsto en el artículo 53.2 de la Constitución carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella.*

(60) En estas líneas el Tribunal Constitucional parece acoger la tesis sostenida por E. STEIN, *Derecho político*, Aguilar, Madrid, 1973, pág. 211, para quien la libertad de conciencia no afecta a la cuestión objetiva de la validez de una norma, sino a la coactividad del Derecho.

(61) Vid., por todos, G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., págs. 203 y

15/1982 parece plenamente asumible. Distinto sería pretender identificar deber de defender a España y obligaciones militares, dando por supuesto que éstas agotan aquél.

Concluiremos esta panorámica de la primera jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la objeción de conciencia al servicio militar con la opinión que al Tribunal le merece la regulación contenida en el RD 3011/1976, de 23 de diciembre. Un Real Decreto que, según afirma la STC 15/1982, en su Fundamento Jurídico 7.º, *resulta insuficiente en su aplicación a la nueva situación derivada de la Constitución española*. Toda vez que:

«Cualquiera que sea la interpretación que se dé a “las debidas garantías” exigidas por la Constitución, un análisis de las legislaciones extranjeras que regulan el derecho a la objeción de conciencia y de los principios básicos y criterios relativos al procedimiento y al servicio alternativo contenidos en la resolución 337 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, así como de las aportaciones doctrinales, pone de manifiesto que el Real Decreto de 23 de diciembre de 1976 no puede aplicarse por analogía a la objeción de conciencia no fundada en motivos religiosos» (FJ 7.º) (62).

A pesar de ello, el Tribunal Constitucional, actuando con suma cautela, evita pronunciarse acerca de la inconstitucionalidad de la citada norma reglamentaria, tal y como solicitaba el recurrente.

Una valoración de conjunto de la primera jurisprudencia constitucional en materia de objeción de conciencia al servicio militar merece, sin lugar a dudas, un juicio positivo. El Tribunal Constitucional, ante la ausencia de un desarrollo legislativo del derecho, se pronuncia de forma clara y decidida por la plena efectividad del mismo, por la necesidad de que los diferentes operadores jurídicos respeten el contenido esencial de aquél.

ss., y F. AMERIGO CUERVO-ARANGO, *La objeción de conciencia*, cit., pág. 1108, quien señala que *el contenido esencial del derecho a la objeción de conciencia no es la exención de un deber general —la defensa de España— sino la exención de una forma de prestación de ese deber*. Sobre este punto tendremos ocasión de volver posteriormente.

(62) Acerca del contenido de la Resolución 337/1967, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, vid. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El derecho a la objeción*, cit., págs. 8 y ss., y G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia*, op. cit., págs. 155 y ss.

B) *Análisis crítico de las Sentencias 160 y 161/1987.*

Tal y como indicamos, la constitucionalidad de la Ley Orgánica 8/1984 y de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, fue cuestionada tanto por el Defensor del Pueblo (quien interpuso el oportuno recurso de inconstitucionalidad frente a las citadas leyes) como por la Audiencia Nacional (cuya Sala de lo contencioso-administrativo promovió diversas cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional). Fruto de estas actuaciones fueron las SSTC 160 y 161/1987, de 27 de octubre.

Antes de abordar el examen del contenido de las mencionadas Sentencias, bueno será destacar el hecho de que, en tanto las SSTC de 1982 fueron ampliamente aplaudidas por la doctrina, la postura mantenida por el Tribunal Constitucional en las Sentencias de 1987 ha sido, de forma prácticamente unánime, objeto de crítica (63). Abordaremos a continuación el estudio del contenido de las dos Sentencias mencionadas, así como de las críticas vertidas en relación con las mismas, tratando de identificar los puntos débiles de aquéllas, pero también los excesos de éstas.

El primer motivo de inconstitucionalidad alegado por el Defensor del Pueblo en su recurso, y al que da respuesta la STC 160/1987, hace referencia a un elemento formal: a su juicio, determinados preceptos contenidos en la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, deberían tener rango de Ley Orgánica (64). Esta consideración se halla estrechamente relacionada con *el principio del que parte la demanda* (que es) *el de que «el derecho a la objeción de conciencia es un derecho fundamental de la persona, tanto si se le considera autónomamente, cuanto si se le vincula al derecho fundamental de la libertad religiosa o ideológica, consagrado en el artículo 16 de la CE»* (FJ 1.º), de tal suerte que sería de aplicación al mismo la previsión contenida en el artícu-

(63) Vid., en este sentido, G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., en especial págs. 179 y ss.; del mismo autor, «La objeción de conciencia en España como derecho fundamental y el principio de igualdad», en AA.VV., *El principio de igualdad en la Constitución*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, vol. I, págs. 487 y ss.; M. GASCÓN ABELLÁN, *Obediencia al Derecho*, op. cit., págs. 306 y ss.; M. FORASTER SERRA, *Las Sentencias del Tribunal Constitucional sobre la normativa de la objeción de conciencia al servicio militar*, «Revista Jurídica de Cataluña», 1988, págs. 181 y ss.; M. ATIENZA, *Sobre lo razonable en el Derecho*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 27 (1989), págs. 93 y ss., y A. SERRANO DE TRIANA, «Meditaciones viejas sobre un derecho nuevo: la objeción de conciencia», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, Civitas, Madrid, 1991, II, págs. 1213 y ss.

(64) En realidad, el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cámaras tenía dicho rango normativo. No obstante, en el debate de totalidad, el Pleno del Congreso tomó el acuerdo de separar la ley ordinaria de los artículos que, a tenor de la D. Ad. 2.ª del Proyecto, tenían carácter orgánico. «DSCD», núm. 119, 8 de mayo de 1984, págs. 5424 y ss.

lo 81.1 Const., cuando establece, como primer supuesto de leyes orgánicas, *las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas* (65).

Pues bien, el Tribunal Constitucional, tras efectuar un somero repaso de las interpretaciones doctrinales sobre el alcance de la expresión *derechos fundamentales y libertades públicas* del artículo 81.1 Const., niega que la misma englobe al derecho a la objeción de conciencia. Con ello, por otro lado, no hace sino recordar su propia jurisprudencia constante en este punto (66):

«El Tribunal Constitucional (...) se ha pronunciado ya por el entendimiento de que “los derechos fundamentales y libertades públicas” a que se refiere el artículo 81.1 de la Norma suprema son los comprendidos en la Sección 1.ª, Capítulo Segundo, Título I, de su Texto (STC 76/1983, de 5 de agosto), exigiéndose, por tanto, forma orgánica para las leyes que los desarrollen de modo directo en cuanto tales derechos (STC 67/1985, de 26 de mayo), pero no cuando meramente les afecten o incidan en ellos, so pena de convertir a las Cortes en “constituyente permanente” con la proliferación de Leyes Orgánicas (STC 6/1982, de 22 de febrero)» (FJ 2.º).

Parecería que este recordatorio de su propia jurisprudencia hubiera debido bastar al Tribunal Constitucional para rechazar la existencia de una vulneración del artículo 81.1 Const. Sin embargo, el Alto Tribunal aporta un argumento más en este sentido, al reflexionar acerca del contenido esencial del derecho a la objeción de conciencia (67). En concreto, ese contenido esencial *consiste en consti-*

(65) La posición defendida por el Defensor del Pueblo en su recurso trae causa de la peculiar ubicación de la objeción de conciencia al servicio militar en el texto constitucional, que representa una solución de compromiso: así, se emplaza, sistemáticamente, en un lugar secundario, al tiempo que goza de las mismas garantías que los derechos de la famosa Sección 1.ª del Capítulo 2.º del Título I. Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El derecho a la objeción*, págs. 3 y ss. Por su parte, G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 136, califica la posición constitucional de la objeción de conciencia como *un tanto esquizoide*.

(66) Como recuerda G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, pág. 247, siguiendo a P. CRUZ VILLALÓN, el Tribunal Constitucional hace un *uso anfibiológico* de la expresión *derechos fundamentales*: *Por una parte, se emplea este concepto en sentido amplio, abarcando a todos los derechos y deberes del Título I, cuando se refiere a su «doble naturaleza», su tutela por el poder judicial, etc..., y en sentido restringido, siempre que se trata de la delimitación de la reserva de ley orgánica del artículo 81.1.*

(67) A diferencia de lo que sucediera en la STC 15/1982, de 23 de abril, en la que el Tribunal hablaba de *contenido fundamental*, en la STC 160/1987, de 27 de octubre, se utiliza ya la expresión *contenido esencial*.

tuir un derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar (FJ 3.º) (68). Y, a renglón seguido, añade:

«Constituye, en este sentido, una excepción al cumplimiento de un deber general, solemnemente permitida por el artículo 30.2, en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia (art. 16 CE) que, por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o “subconstitucionales” por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos. Es justamente su naturaleza excepcional—derecho a una exención de norma general, a un deber constitucional, como es el de la defensa de España— lo que le caracteriza como un derecho constitucional autónomo, pero no fundamental (...)» (FJ 3.º).

Varias son las observaciones que cabe formular respecto del planteamiento aquí expuesto por nuestro Tribunal Constitucional. En primer lugar, llama poderosamente la atención la afirmación tajante de que sin el reconocimiento constitucional de la objeción de conciencia en el artículo 30.2 *no podría ejercerse el derecho*, toda vez que el propio Tribunal, en su STC 53/1985, de 11 de abril, había sostenido justamente la postura contraria (69). En dicha Sentencia, el Tribunal Constitucional había señalado que el derecho a la objeción de conciencia

«(...) existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa, reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución...» (FJ 13.º).

(68) Como puede apreciarse, el Tribunal Constitucional viene a reiterar en esta Sentencia una definición del contenido esencial del derecho a la objeción de conciencia ya recogido en la STC 15/1982, de 23 de abril. Hecho éste que parece olvidarse en una buena parte de los análisis de la STC 160/1987, de 27 de octubre. Tal es el caso del, por otro lado, excelente trabajo de M. GASCÓN ABELLÁN, *Obediencia al Derecho*, págs. 314 y ss.

(69) En la STC 53/1985, de 11 de abril, de la que fueron ponentes los Magistrados G. Begué Cantón y R. Gómez-Ferrer Morant, el Tribunal conoció del recurso previo de inconstitucionalidad interpuesto contra el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, por el que se despenalizaba el aborto en determinados supuestos.

¿Debemos entender que la STC 160/1987 representa una modificación en la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la objeción de conciencia? Más concretamente, ¿cabe concluir, a la vista de lo afirmado en dicha Sentencia, que sólo la objeción de conciencia al servicio militar goza de protección en nuestro Ordenamiento jurídico? No parece posible creer que ésta fuera la intención del Tribunal Constitucional, máxime cuando ello supondría reducir la libertad ideológica y religiosa a una mera libertad de pensamiento, lo que ya negara de modo implícito la STC 15/1982, como hemos tenido oportunidad de comprobar (70).

Asimismo, se ha criticado la pretendida identificación de las obligaciones militares y del deber de defender a España (arts. 30.2 y 30.1 Const., respectivamente), afirmando que dicha identificación lleva aparejada la degradación de la objeción de conciencia a la categoría de simple causa de exención al servicio militar (71). Se imputa así al Tribunal Constitucional el haber operado una confusión de las categorías de deber y obligación, cuya consecuencia última sería la de *sancionar la conducta que se aparta del comportamiento estatal valorado como positivo y correcto* (72).

Dos matizaciones cabría hacer a esta toma de postura: en primer lugar, se imputan a la STC 160/1987 defectos cuyo origen debe buscarse en la Ley 48/1984, de 26 de diciembre; es en todo caso ésta y no aquélla la que ha venido a *sancionar* la conducta de los objetores; en tanto que el Tribunal Constitucional se limita a reconocer la conformidad de la regulación contenida en dicha ley con el texto constitucional. Por otro lado, quizá sea posible otra interpretación de las palabras del intérprete supremo de la Constitución que lleve a un resultado distinto del que se extrae. Concretamente, la STC 160/1987 no haría, en este punto, sino reiterar lo que ya dijera la STC 15/1982, en el sentido de que el contenido esencial del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar consiste en la exención de una obliga-

(70) M. GASCÓN ABELLÁN, *Obediencia al Derecho*, op. cit., págs. 306 y s., se muestra asimismo contraria a la aplicabilidad de la jurisprudencia contenida en las SSTC 160 y 161/1987 a otros supuestos de objeción de conciencia distintos de la objeción al servicio militar obligatorio.

(71) A juicio de G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 272, la previsión contenida en la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia, y en el Reglamento de la Prestación Social Ssutitoria, aprobado por el RD 20/1988, de 15 de enero, según la cual el alistamiento es un requisito necesario en todo caso, es consecuencia de la consideración de la objeción de conciencia como mera causa de exención al servicio militar. Dicha consideración, por otro lado, es la que reflejan las Leyes del Servicio Militar postconstitucionales, tanto la Ley 19/1984, de 8 de junio, artículo 34, como la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, artículo 11.1.e).

(72) Vid. G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 204. Por otro lado, F. AMERIGO CUERVO-ARANGO, *La objeción de conciencia*, cit., pág. 1118, se refiere a la Ley 48/1984 como un caso de *reconocimiento-sanción* del derecho.

ción integrante de un deber constitucional, el deber de defender a España. De tal manera que el mencionado derecho exime, al menos parcialmente, del cumplimiento del deber, pues exenciona la prestación de una obligación que forma parte integrante del mismo. Esto no supone, claro es, una exención del deber genérico, pero sí de una de sus manifestaciones específicas.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional niega la consideración del derecho a la objeción de conciencia como derecho fundamental, afirmando, por el contrario, que se trata de un *derecho constitucional autónomo*. El Tribunal crea, de este modo, una categoría extraña, toda vez que la misma alberga a un solo elemento (73).

Una categoría, por otra parte, cuya aplicabilidad al derecho a la objeción de conciencia al servicio militar ha sido puesta en cuestión por los estudios doctrinales sobre la materia (74). A título meramente ejemplificativo, citaremos las reflexiones expuestas en este sentido por CÁMARA VILLAR y ESCOBAR ROCA (75). Para el primero de ellos, *si el constituyente lo hubiera configurado como un derecho constitucional autónomo, no fundamental, sin ninguna vinculación jurídicamente relevante con el artículo 16.1, sencillamente no hubiera sentido la necesidad de disponer para este derecho el mecanismo de su protección por el amparo* (76). Afirmación que puede calificarse de auténtica petición de principio, toda vez que cabe decir lo contrario, esto es, que si el constituyente dispuso de forma expresa la protección reforzada del recurso de amparo para el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, fue justamente por entender que si bien este derecho se vincula de modo estrecho al derecho a la libertad ideológica y religiosa del artículo 16.1, es algo más y presenta unos caracteres autónomos respecto de este último.

A su vez, ESCOBAR ROCA afirma que *la creación de esta nueva figura carece de significado jurídico, siendo en realidad un subterfugio para pretender legitimar, como si las palabras sostuvieran por sí mismas argumentos de racionalidad, un mayor grado (...) de limitación de*

(73) Vid. M. ATIENZA, *Sobre lo razonable*, cit., pág. 108.

(74) Adviértase que el primer motivo de discrepancia con la STC 160/1987 aducido en su voto particular por quien fuera ponente de la misma, el Magistrado C. de la Vega Benayas, es, justamente, la consideración de la objeción de conciencia como derecho fundamental. Más concretamente, para el citado Magistrado, *el derecho a la objeción de conciencia es un derecho constitucionalmente reconocido (art. 30 en relación con el 53.2 de la CE) que participa de la naturaleza de derecho fundamental, per se, es decir, con categoría autónoma, relacionado con el derecho de libertad ideológica (art. 16.1) (Pto. 1)*.

(75) Vid., asimismo, R. GARCÍA MACHO, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 231 y ss. En un sentido distinto, A. MILLÁN GARRIDO, *La objeción*, op. cit., págs. 143 y ss.

(76) G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 266.

un derecho que, se diga lo que se diga, sigue siendo fundamental (77). Esta caracterización de la objeción de conciencia como un derecho fundamental se basa, para el autor, en un criterio teleológico, puesto que su finalidad es la de satisfacer un interés individual directamente conectado a una necesidad humana fundamental dotada de una sólida base moral: la libertad de actuar de acuerdo con la propia conciencia. A mayor abundamiento, sostiene que todos los derechos fundamentales son derechos constitucionales autónomos, pues *todos tienen su asiento en la Constitución y todos ellos representan centros de imputación de intereses subjetivos dotados de autonomía* (78).

Sin lugar a dudas, es posible predicar la existencia de una relación de medio a fin entre el derecho a la objeción de conciencia y la libertad individual de actuar de acuerdo con la propia conciencia. A mayor abundamiento, nada impide identificar esa libertad con la mención, contenida en el artículo 10.1 Const., al libre desarrollo de la personalidad. En el bien entendido que aun caracterizando a esta última libertad como un derecho fundamental, con lo que se le dotaría del más alto grado de protección existente en nuestro Ordenamiento, habrá de tenerse en cuenta que los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto, que presentan unas limitaciones y que el libre desarrollo de la personalidad no se agota con el ejercicio de los derechos fundamentales cuyo desarrollo ha de llevarse a cabo a través de una Ley Orgánica, sino que se manifiesta en la totalidad de derechos constitucionales.

Cabe, no obstante, preguntarse por el fin perseguido por el Tribunal Constitucional al calificar el derecho a la objeción de conciencia como un derecho constitucional autónomo. Si se trataba de negar la necesidad de dotar a la norma reguladora del mismo del rango de Ley Orgánica, bastaba —como de hecho hace el propio Tribunal— con recordar la interpretación que la jurisprudencia constitucional ha dado a la expresión *desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas* contenida en el artículo 81.1 Const. Si, por el contrario, se pretendía recordar la peculiar posición que este derecho ocupa en la economía del texto constitucional, la creación de una categoría *ad hoc* parece una solución excesiva desde el punto de vista dogmático e innecesaria desde la perspectiva práctica. Tanto más cuanto que las garantías procesales del derecho son las que son, sin que la STC 160/1987 opere en este punto, como no podía ser de otro modo, ninguna modificación sustancial.

En definitiva, es preciso huir del nominalismo y profundizar en

(77) G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 275.

(78) G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 277.

el examen de las garantías efectivas del derecho. Se impone, por ello, avanzar en el estudio de los pronunciamientos efectuados por el Tribunal Constitucional respecto de los diversos motivos de inconstitucionalidad alegados frente a las Leyes de 26 de diciembre de 1984, en las que se contiene el régimen jurídico del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar.

Así, se cuestionaba el procedimiento mismo que ha de seguirse ante el CNOC para el reconocimiento de la condición de objetor (79). A este respecto, puede afirmarse la existencia de un acuerdo generalizado a tenor del cual se estima, de modo pacífico por la doctrina que ha analizado esta cuestión, que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar supone una renuncia —en este ámbito concreto— al derecho fundamental a no declarar sobre la ideología, religión o creencias (80). Ahora bien, lo que se discute en la STC 160/1987 es el grado de afectación del procedimiento a los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 16.2 y 18.1 Const. Así, puede leerse en la STC 160/1987:

«Es obvio que si la necesaria declaración del objetor, por los motivos que fueren, no supone vulnerar el derecho tampoco lo implicará la petición del Consejo dirigida al objetor para que amplíe los razonamientos de la solicitud, siempre que se atenga a los términos de ésta y a los motivos que se expongan (...) La posible colisión con los derechos reconocidos en los artículos 16.2 y 18.1 CE, desaparece por el mismo ejercicio del derecho a la objeción, que en sí lleva la renuncia del objetor a mantener en el ámbito secreto de su concien-

(79) A pesar de que a tenor de lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, el CNOC *declarará haber lugar o no al reconocimiento de la condición de objetor de conciencia*, la STC 160/1987 especifica que *el CNOC se limita a reconocer o no la condición de objetor, no a declarar el derecho* (FJ 5.º).

(80) Puede incluso afirmarse que la necesidad de motivar las razones de conciencia del objetor es un requisito fundamental del ejercicio del derecho, puesto que si el legislador hubiera optado por hacer posible la elección entre las opciones servicio militar (art. 30.2 Const.) y servicio civil (art. 30.3 Const.), no estaríamos en presencia de un supuesto de objeción al servicio militar, sino de ejercicio de un *derecho de opción*. Esta fue la técnica utilizada por el legislador alemán en la Ley de Reforma de las Leyes del Servicio Militar y del Servicio Civil, de 13 de julio de 1977, si bien el Tribunal Constitucional Federal en su Sentencia de 13 de abril de 1978 («BVerfGE», 48, págs. 127 y ss.), al entender que *el servicio militar y el servicio sustitutorio no poseen una misma relevancia constitucional. La Constitución no reconoce una obligación general de prestar un servicio a la comunidad*. Por otra parte, la necesaria motivación de la conducta supone, como ha indicado R. SORIANO, *La objeción de conciencia*, cit., pág. 101, una *garantía de racionalidad de las conductas, en pro de la seguridad jurídica individual y colectiva*. En relación con la necesidad de procedimiento para el reconocimiento del *status* de objetor, vid., igualmente, M. GASCÓN ABELLÁN, *Obediencia al Derecho*, op. cit., pág. 253.

cia sus reservas ideológicas a la violencia y/o a la prestación del servicio militar, bien entendido que sin esa voluntad del objetor dirigida a extraer consecuencias jurídicas —y por tanto exteriores a su conciencia— de su objeción nadie podrá entrar en su intimidad ni obligarle a declarar sobre su ideología, religión o creencias» —FJ 5.º.b) —.

La consecuencia práctica inmediata de esta argumentación, cual es la de facultar al CNOC para solicitar al objetor ampliación de los razonamientos de su solicitud, parece plenamente conforme no sólo con los preceptos del Texto Fundamental citados, sino también con los principios constitucionales que informan la actuación de las Administraciones públicas. En definitiva, nos encontraríamos ante un supuesto específico de posibilidad de subsanación de los defectos de la solicitud presentada por el ciudadano ante un órgano administrativo, prevista en la actualidad con carácter general en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 27 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Avanzando un paso más en su argumentación, la STC 160/1987 añade, a renglón seguido:

«Por las mismas o parecidas razones, tampoco cabe admitir el reproche que se dirige al inciso segundo de ese mismo apartado y artículo, que autoriza al Consejo para “requerir de los solicitantes o de otras personas u organismos la aportación de la documentación complementaria o testimonios que se entiendan pertinentes”» —FJ 5.º.b) —.

Este planteamiento, mayoritario en el Tribunal, se fundamenta en la siguiente consideración:

«Cierto es que esa aportación externa de documentos y testimonios podría afectar a la intimidad o personalidad del objetor, en cuanto juicio ajeno a su conciencia o motivación para el ejercicio del derecho, pero también lo es que, aparte del interés general en la comprobación de la seriedad de los motivos, siempre cabrá al interesado la posibilidad de impugnar aquellos datos o la forma de obtenerlos e incluso ejercitar los pertinentes recursos, ante el propio Consejo (art. 14.3, Ley

48/1984), en forma de reclamaciones, o en vía jurisdiccional» —FJ 5.º.b)— (81).

Por contra, el Magistrado C. de la Vega Benayas, en su voto particular, sostiene que si el CNOC tiene reconocida facultad para recabar del solicitante la ampliación de razonamientos, dicha facultad llevará implícita la de requerir al mismo para que aporte cuantos datos y documentos estime pertinentes en defensa de su solicitud. Extender esa facultad hasta el punto de hacer posible que el Consejo recabe tales datos supone, a juicio del mencionado Magistrado, *partir de un estado presuntivo de sospecha o fraude en el solicitante, dudosamente constitucional en principio* (82).

A su vez, el Magistrado F. García-Mon y González Regueral sostiene en su voto particular que

«Si es presupuesto necesario para el reconocimiento de la exención, como se razona en la Sentencia, que la ideología, religión o creencias del objetor se exterioricen por éste para el reconocimiento del derecho, inquirir la realidad de esas convicciones a través de terceros supone una auténtica invasión de la intimidad personal que garantiza el artículo 18.1 de la Constitución, innecesaria para el reconocimiento del derecho. Es el objetor quien ha de dar las razones del derecho que ejercita y a quien corresponde, por tanto, aportar los datos y pruebas que él estime ha de exteriorizar por considerarlos pertinentes a la objeción que invoca.»

La tesis defendida por los Magistrados discrepantes merece alguna matización, que puede salvar la constitucionalidad de la previsión

(81) A modo de cautela, la STC 160/1987, de 27 de octubre, añade a continuación que, en todo caso, *tal como se configuran las facultades del Consejo, que no puede «entrar a valorar las doctrinas alegadas por el solicitante» (art. 4.3 de la misma Ley), hay que entender que esa prueba que autoriza el inciso cuestionado ha de referirse, como es lógico, a hechos susceptibles de comprobación, a hechos externos constatables, no a la intimidad salvaguardada por el artículo 18 de la CE y garantizada por el recurso de amparo (art. 53), sin que ello autorice a realizar pesquisas o investigaciones sobre la vida y conducta privada del objetor.* Cautela ésta que el Magistrado F. García-Mon y González-Regueral entiende que no se proyecta en modo alguno sobre el fallo de la Sentencia.

(82) El citado Magistrado añade, en contra de la opinión mayoritaria del Tribunal, que *decir que la información externa, a cargo de órganos o testigos, ha de referirse sólo a hechos, no garantiza el respeto a la intimidad del objetor, porque la pretendida «prueba» recaerá no en un hecho simple o conducta del objetor, sino en la apreciación de esa conducta como signo de su motivación de conciencia.* Por otro lado, como recuerda R. SORIANO, *La objeción de conciencia*, pág. 102, si bien los criterios religiosos, éticos o morales son susceptibles de una mayor constatación empírica, los filosóficos, salvo en contadas ocasiones, pertenecen al fuero interno.

legal. Así, convendrá no olvidar que la práctica de pruebas de oficio por la Administración es una de las reglas tradicionales del procedimiento administrativo (83). Una regla cuya finalidad es la de proporcionar al órgano decisorio los elementos de juicio necesarios para una adecuada resolución (84). Hasta tal punto que la vigencia del principio de oficialidad en el procedimiento administrativo conlleva la obligatoriedad del desarrollo de la actividad probatoria por la Administración, aun cuando no lo hayan solicitado los interesados (85).

Lo único que hace, en este punto, la Ley 48/1984, Reguladora de la Objeción de Conciencia, es recordar la vigencia, para un procedimiento concreto, de una regla general. Ninguna tacha de inconstitucionalidad cabe predicar de aquello que no es sino concreción de la función garantizadora del procedimiento administrativo, en su doble vertiente, garantía del interés público y de los intereses de los ciudadanos.

Otro de los extremos discutidos es la consideración que merece al Tribunal Constitucional la previsión contenida en el artículo 8.3 de la Ley 48/1984, a tenor del cual:

«En la situación de actividad, el objetor realizará las actividades propias de la prestación social sustitutoria en un régimen análogo al establecido para el servicio militar. La duración de la situación de actividad será fijada por el Gobierno mediante Real Decreto. En todo caso, comprenderá un período de tiempo que no será inferior a dieciocho meses ni superior a veinticuatro.»

Dos son las previsiones de este precepto que van a centrar, fundamentalmente, el debate en torno a su adecuación al texto constitucional (86). Por una parte, la remisión al Gobierno de la fijación,

(83) Dicha regla figuraba ya en el artículo 81.1 LPA y actualmente se recoge en el artículo 78.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en virtud del cual *los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legales o reglamentariamente establecidos.*

(84) Vid. A. FANLO LORAS, «Disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos: iniciación, ordenación e instrucción», en J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN (dirs.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 234.

(85) Vid., por todos, A. FANLO LORAS, *Disposiciones generales*, cit., pág. 236, y F. GARRIDO FALLA y J. M.º FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 268.

(86) El Defensor del Pueblo, en su recurso de inconstitucionalidad, también cuestionó la analogía del régimen de la prestación social sustitutoria con el del servicio militar

dentro de los límites señalados por el artículo transcrito, de la duración de la situación de actividad. Por otra, la proporcionalidad de esos mismos límites y su conformidad con el principio de igualdad (87).

En relación con el primero de los aspectos señalados, la STC 160/1987 estima tal posibilidad *permisible desde la óptica constitucional, puesto que se trata de una potestad organizativa que exige una discrecionalidad en atención a los medios y necesidades contingentes que puedan surgir según las circunstancias, campo propio de la potestad reglamentaria (art. 97 CE), aparte de que el Gobierno ya viene sujeto al límite máximo establecido en dicho artículo, lo que excluye la arbitrariedad.*

Dicha interpretación ha sido objeto de crítica (88). Crítica que suscribimos, por cuanto el reconocimiento de la condición de objeto tiene como efecto la inserción de éste en una relación de especial sujeción, que se extiende a todo lo largo del período de cumplimiento de la prestación social sustitutoria (89). Pues bien, dejar en manos de la Administración que ostenta una posición de supremacía especial frente al objeto la determinación de la duración de esa vinculación supone tanto como permitir a aquélla que incida en la esfera jurídica de los ciudadanos, en un ámbito, por lo demás, que afecta a los derechos fundamentales de los mismos (90). Supone, en definiti-

obligatorio. No obstante, la STC 160/1987 subrayó que analogía no es sinónimo de identidad, de tal suerte que la referencia al servicio militar *implique su identificación con él y su forma de prestarlo —FJ 5.º.c)—*. Planteamiento que fue cuestionado por el Magistrado C. de la Vega Benayas en su voto particular, quien entendió que el inciso primero del artículo 8.3 de la Ley 48/1984 supone un trato discriminatorio de la prestación social sustitutoria, como consecuencia de *su plena asimilación en la forma de prestación a la del servicio militar.*

(87) En el momento de aprobarse la Ley 48/1984, la duración del período de actividad o servicio en filas tenía una duración de doce meses, artículos 26 y 28.2.a) de la Ley 19/1984, de 8 de junio, ampliable transitoriamente a quince, por lo que la previsión del artículo 8.3 de la Ley 48/1984 suponía entre un 50 y un 100 por 100 más para el caso de la prestación social sustitutoria. Esta duración ha sido reducida a nueve meses, artículo 24.1 de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, para la prestación del servicio militar; lo que ha supuesto la modificación de los límites establecidos en el artículo 8.3 *in fine* de la Ley 48/1984 a trece y dieciocho meses (D. Ad. 13.º.3).

(88) Vid., al respecto, R. GARCÍA MACHO, *Las relaciones de especial sujeción*, op. cit., pág. 234. Por su parte, el Magistrado C. de la Vega Benayas, en su voto particular, señala que debió declararse la inconstitucionalidad de esta remisión, *pues ello supone claramente un quebranto del principio de legalidad ex artículo 9.3 CE, en relación con la reserva legal expresa y explícita establecida en los artículos 30.2 y 53.1 del Texto fundamental, constitutivos de una garantía para el derecho cuestionado, competencia del legislador.*

(89) Vid., en este sentido, R. GARCÍA MACHO, *Las relaciones de especial sujeción*, op. cit., pág. 231.

(90) La determinación de la duración de la vinculación a una relación de especial sujeción y la extinción de la duración formarían parte de lo que C. H. ULE denomina relación básica (*Grundverhältnis*) y, consecuentemente, han de ser objeto de regulación legal. Vid., al respecto, R. GARCÍA MACHO, *Las relaciones de especial sujeción*, op. cit., págs. 87 y ss. La distinción entre relaciones básicas y de funcionamiento (*Betriebsverhältnis*) operada por C. H. ULE puede consultarse en el trabajo de este autor *Das besondere Gewaltverhältnis*,

va, delegar en la Administración la potestad de acotar el término durante el cual podrá ejercer esa supremacía especial. Que la potestad reglamentaria del Gobierno pueda tener esa extensión parece más que discutible a la luz del texto constitucional.

Por lo que hace a los límites señalados por el artículo 8.3 *in fine* de la Ley 48/1984 para la duración de la situación de actividad, la STC 160/1987 niega que exista una desigualdad de trato constitucionalmente relevante entre quienes prestan el servicio militar y quienes llevan a cabo la prestación social sustitutoria:

«Habría que probar (...) que se dé o no una efectiva discriminación ante supuestos de hecho sustancialmente iguales y que la distinción no estuviera justificada o carente de un fundamento objetivo y razonable, lo cual no es el caso del recurso, porque aquellos supuestos de que se parte —servicio militar, prestación civil sustitutoria— no son similares, ni cabe equiparar la “penosidad” de uno y otro, ni tampoco olvidar que la prestación sustitutoria constituye, en sí, un mecanismo legal dirigido a establecer un cierto equilibrio con la exención del servicio de armas, exención que obviamente se extiende a un hipotético tiempo de guerra, que excluye la asimilación matemática, no ciertamente razonable. Entra, pues, esa regulación impugnada dentro de los límites permitidos al legislador, dada la relación existente con la duración actual del servicio en filas, según también es norma general en otros países y conforme con la recomendación R (87) 8 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que habla de “límites razonables”» —FJ 5.º.c)».

Varias son las críticas de que es susceptible la argumentación realizada por el Tribunal (91). Antes de profundizar en dichas críticas,

en «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», núm. 15 (1957), pág. 152, donde el citado autor, tras definir que *las relaciones de especial sujeción consisten en la integración de un individuo en una actividad (Betrieb) dotada de unas normas propias, que el individuo ha de observar*, sostiene que, en el seno de esa relación, es posible distinguir entre *aquellas que derivan de la regulación del nacimiento, transformación y conclusión de la propia relación de especial sujeción y aquellas otras que resultan de la validez de las normas (escritas o no) que regulan el servicio. Estas relaciones jurídicas pueden denominarse relaciones básicas y relaciones de funcionamiento*.

(91) Frente al rechazo contundente por la STC 160/1987 de la denominada *asimilación matemática*, bueno será recordar su uso por la jurisprudencia constitucional comparada. Es el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 24 de abril de 1985, que resuelve el recurso interpuesto contra la Ley de Reforma del Derecho a la Ob-

bueno será tener presente la justificación que el Preámbulo de la Ley 48/1984 hace de la mayor duración de la situación de actividad, toda vez que la misma puede servir para arrojar más luz sobre el alcance de la solución respaldada por la STC 160/1987:

«La mayor duración de la situación de actividad respecto de la del servicio militar es, desde luego, una garantía de las que la Constitución exige para que la objeción de conciencia no constituya una vía de fraude a la Ley a través de la evasión del servicio militar; pero es, también, una necesidad para evitar discriminaciones, pues no pueden tratarse por igual situaciones desiguales y discriminatorio sería que la prestación social y el servicio militar, cuyos costes personales e incluso físicos son notablemente diferentes, tuviesen la misma duración.»

De los dos argumentos empleados por el Preámbulo: necesidad de evitar el fraude y mayores costes personales y físicos del servicio militar, el Tribunal Constitucional se hace eco únicamente de este último (92). Y se hace eco aceptando este dato como punto de partida válido para la determinación del servicio de actividad. Indudablemente, esta aceptación puede ser discutida (93). Sin embargo, el examen específico de los distintos supuestos hubiera llevado aparejado un casuismo innecesario, al tiempo que difícilmente compatible con la función que está llamado a cumplir el Tribunal Constitucional en nuestro Ordenamiento jurídico.

De este modo, para no incurrir en ese excesivo casuismo que hemos criticado, se impone establecer una regla general, basada en la razonable proporcionalidad de la duración de ambos servicios. Así lo

jección de Conciencia y del Servicio Civil, de 28 de febrero de 1983. El texto de la Sentencia puede hallarse en el «Boletín de Jurisprudencia Constitucional», núm. 51 (julio de 1985), págs. 914 y ss.

(92) Señalan R. SORIANO, *La objeción de conciencia*, cit., pág. 97, y F. AMERIGO CUERVO-ARANGO, *La objeción de conciencia*, pág. 1118, que, en la lógica de la Ley 48/1984, el cauce adecuado para atajar los posibles casos de fraude no es otro que la actuación del CNOC. Por su parte, G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., págs. 166 y ss., afirma que la mayor duración de la prestación social sustitutoria se justificaría si hubiera un reconocimiento automático de la condición de objetor, sin necesidad de fundamentar las razones de la objeción. Convendrá matizar estas afirmaciones, recordando cómo en no pocos ámbitos de intervención pública la atribución a la Administración de una potestad de inspección no agota los supuestos de mecanismos de reacción contra las actuaciones fraudulentas. Así sucede, señaladamente, en la legislación tributaria.

(93) La mayor entidad de los costes personales y físicos del servicio militar ha sido discutida tanto por F. AMERIGO CUERVO-ARANGO, *La objeción de conciencia*, pág. 1118, como por G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 167.

hace la STC 160/1987, invocando la Recomendación (87) 8 del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Ahora bien, cabe preguntarse si un incremento de la duración que oscila entre el 50 y el 100 por 100 de la prevista para el servicio militar entra dentro de los *límites razonables* a los que hace referencia la mencionada Recomendación (94). Tanto más cuanto que se deja en manos del Gobierno la determinación final de la duración total de la situación activa en la prestación sustitutoria.

Un último punto discutido de la jurisprudencia constitucional, referido en esta ocasión a la STC 161/1987, ha sido el rechazo a admitir la posibilidad de la denominada *objeción sobrevenida* (95). Esto es, ejercicio del derecho a la objeción durante el período de servicio en filas.

Concretamente, el artículo 1.3 de la Ley 48/1984 dispone que el ejercicio del derecho a la objeción podrá tener lugar *hasta el momento en que se produzca la incorporación al servicio militar en filas y, una vez finalizado éste, mientras se permanezca en la situación de reserva*. De este modo, se excluye su posible ejercicio durante el servicio militar en filas.

La constitucionalidad de esta medida fue cuestionada por la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Para el órgano judicial, *lo que justamente importa es conocer si la exclusión del tiempo de filas como hábil para ejercitar el derecho a la exención ligado a la objeción de conciencia respeta o no el contenido esencial de aquel derecho a la libertad ideológica en cuanto a su consecuencia de objetar al servicio militar* (FJ 3.º).

Para resolver la cuestión, el Tribunal añade a la definición de contenido esencial dada en la STC 11/1981, de 8 de abril, lo que denomina un *criterio complementario* (96). Según el mismo:

«(...) puede considerarse también como contenido esencial de un derecho aquella parte de su contenido “que

(94) Esta es la opinión expresada por el Magistrado C. de la Vega Benayas, para el cual *no parece entrar en el ámbito de lo razonable —con toda su relatividad— fijar una duración superior en un cien por cien, es decir, el doble, para la prestación sustitutoria en relación con la del servicio militar*. Opinión en la que abundan los votos particulares promovidos por los Magistrados G. García-Mon y González-Regueral y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

(95) El análisis de la objeción sobrevenida es el punto más destacado de la STC 161/1987, que, por lo demás, reitera la jurisprudencia de la STC 160/1987.

(96) En el Fundamento Jurídico 10.º de la STC 11/1981, de la que fuera ponente el Magistrado L. Díez-Picazo y Ponce de León, se definía el contenido esencial de los derechos constitucionales como *aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga*.

es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”. Estos criterios han de aplicarse a cada caso concreto, ateniéndose a la forma en que el derecho de que se trate esté configurado en la Norma fundamental» (FJ 5.º).

Ninguna objeción cabe oponer a tal criterio, pues a través del mismo se trata de llegar a lo que podríamos denominar el *núcleo duro* del contenido esencial del derecho, la efectividad de la protección que se presta a los intereses jurídicos que dan vida al derecho. Siempre y cuando no se confundan los intereses jurídicamente protegibles con los límites de los derechos constitucionales, de tal suerte que dichos límites pasen a integrar el contenido esencial. Siempre, igualmente, que no se parta de una interpretación apodíctica de la norma constitucional, como sucede en el caso de la STC 161/1987:

«La fijación en el mismo precepto constitucional del servicio militar obligatorio y la obligada regulación del derecho de objeción de conciencia “con las debidas garantías”, en el sentido ya indicado, delimitan la libertad del legislador para configurar el derecho de objeción, forzándole a ponderar todos los bienes jurídicos protegibles en juego. Dentro de esa necesaria ponderación, que permita y permite al legislador otras opciones, no parece excesiva la restricción impuesta por el artículo 1.3. Queda a salvo el pleno ejercicio del derecho a la objeción antes y después del período en el que se suspende o excluye su ejercicio, y la exclusión misma resulta justificable en atención a la organización interna del servicio militar obligatorio y a la prestación de un deber constitucional, cuya dimensión colectiva podría resultar perturbada por el ejercicio individual del derecho durante el período de incorporación a filas y sólo durante esa fase, por lo que el mismo artículo 1.3 reconoce correctamente el ejercicio del derecho constitucional a la objeción durante la situación de reserva. No podemos olvidar que la defensa de España (art. 30.1 CE), la organización y las funciones de las Fuerzas Armadas están reconocidas constitucionalmente (art. 8 CE) y que la Norma fundamental ha constitucionalizado también el servicio militar obligatorio» (FJ 5.º).

Varias son las observaciones que pueden formularse a este planteamiento del Tribunal Constitucional, con el que viene a sancionarse la constitucionalidad de una disposición que, por lo demás, ha sido valorada de forma muy diferente por la doctrina que ha estudiado el tema (97). En primer lugar, no parece adecuado incluir dentro del contenido esencial de un derecho constitucional los límites del mismo, puesto que ello deja sin sentido la garantía que a este respecto se recoge en el artículo 53.1 Const., al imponer al legislador el respeto *en todo caso* del contenido esencial de los derechos y libertades contenidos en el Título I de la Norma Fundamental.

En segundo lugar, resulta discutible la pretendida constitucionalización del servicio militar obligatorio. El empleo por el constituyente del futuro *fixará* referido a las obligaciones militares no es un dato suficiente —al menos por sí solo— para sostener la tesis apuntada en la STC 161/1987, al tiempo que reduce el margen de libertad de acción del legislativo en la organización de las Fuerzas Armadas, cristalizando un modelo que puede considerarse, en el futuro, inadecuado para las necesidades defensivas de la nación.

Por otro lado, cabe preguntarse hasta qué punto la colisión entre los intereses jurídicamente protegidos no se resuelve mediante la eliminación de uno de ellos (98). Toda vez que la STC 161/1987 viene a afirmar que:

«Si el legislador entiende, como lo ha hecho, que, en relación con esos bienes y fines (se refiere a la *seguridad de la estructura interna de las Fuerzas Armadas* y a la *defensa de España*), el ejercicio del derecho debe ceder durante el período del servicio en filas el resultado de su ponderación no es excesivo o carente de justificación, bien entendido que esta restricción a un derecho que aun no siendo fundamental sí está constitucionalmente reconocido, debe ser interpretada a su vez restrictivamente» (FJ 5.º).

(97) Entre los partidarios del reconocimiento de la llamada objeción sobrevenida, puede citarse a G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 290; G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia*, op. cit., págs. 308 y ss.; R. SORIANO, *La objeción de conciencia*, cit., pág. 99; F. AMERIGO CUERVO-ARANGO, *La objeción de conciencia*, cit., pág. 1117, y M. FORASTER SERRA, *Regulación*, cit., pág. 990. Más favorables con la solución legislativa y, consecuentemente, con la jurisprudencia constitucional, se muestran A. CANO MATA, *El derecho*, cit., pág. 38, y A. GARRIDO, *La objeción de conciencia*, op. cit., págs. 179 y ss.

(98) Esta solución es criticada por los tres votos particulares presentados por los Magistrados Carlos de la Vega Benayas, M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y A. Latorre Segura, respectivamente.

Plantea dificultades de orden práctico la interpretación restrictiva de la restricción a que hace referencia el Tribunal en su argumentación, toda vez que el servicio en filas no es sino una fase del cumplimiento del servicio militar obligatorio, cuyos confines temporales vienen delimitados de forma precisa por la legislación aplicable. Por otro lado, el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, *constitucionalmente reconocido*, cede ante un interés, *la seguridad de la estructura interna de las Fuerzas Armadas*, que no aparece expresamente como límite al ejercicio del derecho en el texto constitucional. Contrasta la solución dada por el Tribunal Constitucional a este supuesto con otros casos de ponderación, en los cuales ha resuelto el conflicto entre bienes jurídicos mediante el empleo de fórmulas que permiten salvaguardar la plena eficacia de los derechos constitucionales (99).

Ciertamente, la solución dada al conflicto parece discutible. En especial, se ha achacado a la Sentencia el no haberse planteado otras posibles soluciones al conflicto, dando por buena la respuesta dada por el legislador (100).

Sin duda, la búsqueda de soluciones alternativas hubiera sido tanto más conveniente cuanto que el artículo 30.2 Const. no contiene ninguna determinación relativa al tiempo en el que puede ejercerse el derecho a la objeción de conciencia. A mayor abundamiento, la suspensión del mencionado derecho, contenida en el artículo 1.3 de la Ley 48/1984, no está constitucionalmente permitida ni tan siquiera en los supuestos de declaración del estado de excepción y sitio y la propia Ley de 1984 permite su ejercicio en tiempo de guerra, que es, con toda lógica, el momento en que más puede sufrir la defensa de España. Por otra parte, el análisis de las soluciones dadas al conflicto en el Derecho comparado muestra cómo son mayoría los países de nuestro entorno cultural que aceptan la objeción de conciencia *sobrevenida* (101).

(99) Así sucede, especialmente, en el caso del derecho a la libertad de expresión y a comunicar información (art. 20.1 Const.). Aun cuando, en relación con estos derechos, el artículo 20.4 Const. ha señalado que tienen su límite *especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*, el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo una ponderación de los derechos en conflicto en la que han prevalecido los derechos reconocidos en el artículo 20.1 Const., fundándose para ello en la relevancia social que tienen los mismos. Obsérvese que, en este caso, nos hallamos ante un conflicto en el que el constituyente previó expresamente la preponderancia de los derechos recogidos en el artículo 18.1 Const. Al respecto, vid. J. I. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1992.

(100) Sobre este aspecto llama la atención del voto particular formulado por el Magistrado C. de la Vega Benayas.

(101) Así lo recuerda el Magistrado M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer en su voto particular a la Sentencia.

Ahora bien, pretender que sea el Tribunal Constitucional quien dé una respuesta a este conflicto supone, ni más ni menos, que convertir al mismo en una *tercera Cámara*. Es el legislador y no el Tribunal quien, llegado el caso, ha de plantearse otras alternativas. En definitiva, el Tribunal Constitucional conoce de la adecuación de las leyes a la Constitución, pero no le corresponde efectuar un juicio de oportunidad, ni tan siquiera de calidad.

De lege ferenda, cabría establecer un procedimiento diferente para el ejercicio del derecho en la situación de servicio en filas, cabría igualmente extremar las cautelas, para evitar que dicho ejercicio se convierta en un mecanismo a través del cual eludir el cumplimiento de una obligación legal (102). Lo que parece criticable es hacer una ponderación como la efectuada por la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, que se traduce en una auténtica opción por uno de los bienes en conflicto, la *seguridad de la estructura interna de las Fuerzas Armadas*, en claro detrimento del derecho a la objeción.

En conclusión, es preciso reconocer que las dos leyes de diciembre de 1984 han supuesto un avance en términos históricos para la efectividad del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar. Se trata de un primer dato a resaltar: frente al tratamiento penalizador del fenómeno de la objeción de conciencia existente en el Derecho preconstitucional y frente al limitado alcance que presentaba el Real Decreto 3011/1976, de 23 de diciembre, la Ley Orgánica 8/1984 y la Ley 48/1984, proporcionan un régimen jurídico integrado al mencionado derecho constitucionalmente reconocido.

Ahora bien, esta regulación, cuya adecuación con nuestra Ley Fundamental ha sido sancionada por las SSTC 160 y 161/1987, de 27 de octubre, presenta serios inconvenientes en su aplicación práctica. Lo que se traduce en su inadecuación para dar satisfacción a unas demandas sociales que reclaman un régimen más abierto. Prueba de ello es la campaña de rechazo a la legislación sobre objeción de conciencia que tiene lugar en la actualidad en nuestro país y que obligará, en un futuro próximo, a abordar la reforma de aquélla y, muy probablemente, a replantearse el mantenimiento del servicio militar

(102) Significativa es, en este sentido, la diferente regulación del procedimiento de reconocimiento como objetor de conciencia según se inicie dicho procedimiento antes de la incorporación a filas o ya en situación de actividad, existente en el Derecho alemán y cuya principal manifestación es el principio de la no suspensión, de la permanencia en filas del solicitante, a fin, justamente, de que el funcionamiento de las Fuerzas Armadas no se vea perjudicado. Vid. al respecto, G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 108. El Tribunal Constitucional Federal alemán, en su Sentencia de 26 de mayo de 1970 («BVerfGE», 28, 21, págs. 243 y ss.), estimó que la permanencia en filas del solicitante era ya de por sí una garantía suficiente para que el adecuado actuar de las Fuerzas Armadas no se viera afectado en los supuestos de objeción de conciencia, al tiempo que consideró ésta como la solución menos gravosa para el derecho del objetor.

obligatorio, que se encuentra en la raíz misma de los problemas que estamos examinando.

III. LA LEY 48/1984, DE 26 DE DICIEMBRE: CRÓNICA DE UNA DESOBEDIENCIA ANUNCIADA

A la vista de cuanto llevamos visto, no puede sorprender el hecho de que las leyes reguladoras de la objeción de conciencia de 1984 no hayan colmado las aspiraciones de un elevado número de objetores. La legislación en esta materia ha suscitado un considerable rechazo entre amplias capas de la sociedad española.

Rechazo que se ha traducido en una campaña de desobediencia civil a dicha legislación. Examinaremos a continuación algunos de los principales episodios de esa campaña y de la influencia que la misma ha tenido en la actitud que presentan hacia los objetores de conciencia y, particularmente, frente a los insumisos, tanto la Administración pública como los órganos del poder judicial.

1. *El rechazo social a la Ley 48/1984*

Desde prácticamente el mismo instante de su publicación, la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria, fue objeto de un juicio muy negativo por parte de sus potenciales destinatarios y, en especial, por la principal asociación de objetores existente en nuestro país, el MOC. Esta asociación ha sido la principal impulsora de una campaña de desobediencia a la citada ley cuyos episodios más destacados recordaremos a continuación.

El origen de la campaña debe situarse en el año 1985, coincidiendo con la entrada en vigor la Ley 48/1984 (103). El MOC centró su rechazo, en los primeros momentos, en el mecanismo dispuesto en la ley para el reconocimiento de la condición de objetor y, más concretamente, en la necesidad de explicitar los motivos de conciencia que impulsaban a aquél. De este modo, promovió la presentación de lo que se dio en llamar instancias o declaraciones *colectivas* ante el CNOC (104).

(103) Vid. R. AJANGIZ, *Insumisión*, cit., pág. 200.

(104) En puridad, las instancias o solicitudes eran individuales y en las mismas el objetor rechazaba hacer públicos los motivos por los que objetaba al servicio militar. El adjetivo *colectivas* debe entenderse referido a la existencia de un amplio movimiento de obje-

Debe destacarse la exquisita flexibilidad mostrada frente a este fenómeno por el propio CNOC. Este órgano administrativo, a la espera de la resolución del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo contra la Ley 48/1984, decidió, por acuerdos adoptados el 4 de julio de 1985 y el 26 de julio de 1986, aceptar las declaraciones colectivas, para no afectar a la efectividad del derecho (105). El resultado más destacado de esta política seguida en los primeros años de actuación del CNOC fue la aceptación, entre 1985 y 1988, de casi diez mil declaraciones colectivas (106).

La publicación de las SSTC 160 y 161/1987 vino a poner fin a esta postura flexible del CNOC (107). Al mismo tiempo, la aparición de las mencionadas Sentencias provocó una radicalización del movimiento de rechazo a la Ley 48/1984, toda vez que aquéllas refrendaban la constitucionalidad de esta norma. A partir de 1987 y, fundamentalmente, de 1988, el MOC centró sus esfuerzos en la negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutoria (108).

Sin embargo, la primera condena penal de un acto de insumisión lo fue como consecuencia de la negativa a la prestación del servicio militar. En concreto, la Sentencia del Tribunal Militar Territorial de Barcelona número 3 de 17 de noviembre de 1989, condenó, por este motivo, a dos insumisos a la pena de un año y dos meses de prisión menor (109). Era la primera ocasión desde la aprobación de la Constitución en que se condenaba a objetores al servicio militar.

tores que hizo uso de este tipo de instancias-tipo facilitadas por el MOC, a fin de expresar con ellas su rechazo al papel que, en el esquema de la Ley 48/1984, le corresponde representar al CNOC.

(105) De este hecho se hace eco la STS de 2 de noviembre de 1990 (A. 8682), en su Fundamento de Derecho 3.º. En general, la lectura de la citada Sentencia resulta sumamente ilustrativa para conocer la evolución de la actuación del CNOC en este punto.

(106) En concreto, el CNOC aceptó un total de 9.368 declaraciones colectivas hasta el 20 de abril de 1988. Vid. al respecto, G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 292, y R. AJANGIZ, *Insumisión*, cit., pág. 200, nota 8.

(107) En honor a la verdad, debe destacarse, no obstante, que entre la aparición de las Sentencias del Tribunal Constitucional citadas en el texto y el cambio de actitud del CNOC transcurrieron unos cinco meses, tiempo durante el cual vio asimismo la luz el Reglamento de la Prestación Social Sustitutoria, aprobado, como se ha recordado con anterioridad, por el RD 22/1988, de 15 de enero.

(108) El origen de la campaña se sitúa en la asamblea realizada por el MOC en marzo de 1987 en Valencia, cuando empezaba a tomar cuerpo la posibilidad de que el Tribunal Constitucional rechazara el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo. Vid. R. AJANGIZ, *Insumisión*, cit., pág. 199.

(109) Vid. G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 293. Los condenados habían solicitado —mediante la presentación de un modelo de instancia colectiva de las auspiciadas por el MOC, en la que se negaban a explicitar los motivos en los que fundaban su petición— el reconocimiento de su condición de objetores. Dicha solicitud fue rechazada por el CNOC, por lo que debían prestar el servicio militar. Fue justamente la negativa a efectuar esa prestación la causa de la condena.

El siguiente episodio destacado tuvo lugar con la aprobación del RD 1442/1989, de 1 de diciembre, por el que se eximía del cumplimiento de la prestación social sustitutoria a unos veintidós mil objetores reconocidos como tales con anterioridad a enero de 1988 (110). Dos son los motivos que pueden apuntarse como determinantes de esta decisión. Por una parte, las dificultades prácticas de *colocar* a una cantidad tan elevada de objetores. Por otra, el temor de que dichos objetores, sin lugar a dudas el sector más ideologizado, pudiera engrosar las filas de los potenciales insumisos a la prestación sustitutoria, generando así un problema político de primera magnitud.

La solución adoptada presentaba, empero, dos puntos problemáticos. En primer lugar, sancionaba un tratamiento diferente no sólo entre objetores y no objetores al servicio militar, sino incluso en el seno de los primeros, en función del momento en que hubieran elevado al CNOC su solicitud (111). Asimismo, puede hacer pensar que el crecimiento del número de objetores es la mejor arma de que disponen los detractores de la prestación sustitutoria para lograr su incumplimiento.

Sea como fuere, lo cierto es que la medida no logró frenar el crecimiento de la campaña de rechazo a la legislación en materia de objeción de conciencia. Antes al contrario, desde 1990 se sumaron a la misma no sólo colectivos de ideología pacifista, sino incluso algunas Administraciones públicas (112).

Esa campaña, al margen de la proyección pública de las declaraciones en pro o en contra de la regulación actual del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, ha dado origen a una serie de conflictos jurídicos, cuyos principales aspectos conviene tener presentes. Se hace así preciso analizar las respuestas dadas a la misma por el poder judicial, tarea que emprendemos seguidamente.

(110) Vid. G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 293.

(111) Lo dicho no supone, obviamente, afirmar que el RD 1442/1989, de 1 de diciembre, vulnere el principio de igualdad, toda vez que situaciones diferentes reciben un tratamiento distinto, por lo que no cabe invocar ese motivo como causa de inconstitucionalidad del RD, como acertadamente señalara el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de febrero de 1992, a la que tendremos ocasión de aludir con posterioridad.

(112) Como recuerda G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia*, op. cit., págs. 293 y ss., los principales apoyos a los insumisos vinieron por parte de los municipios del País Vasco, pero también se pronunciaron en el mismo sentido la Universidad Autónoma de Madrid y el Consejo de la Juventud de España, Organismo Autónomo, cuyo ente matriz es la propia Administración del Estado.

2. *La respuesta jurisprudencial*

La campaña de rechazo a la Ley 48/1984 se ha llevado a sus últimos extremos con la formalización de un buen número de conflictos jurídicos. Conflictos que se han sustanciado, los menos, a través de los recursos contencioso-administrativos y, en mayor medida, por la vía penal.

A) *La respuesta del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.*

Al comenzar el repaso de las Sentencias dictadas por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, parece oportuno indicar la marginalidad de las mismas en relación con el núcleo central del problema (113). En vano buscará el lector una respuesta clara en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo al conflicto que suscita la aparición de una campaña de rechazo a la Ley 48/1984, puesto que las acciones individuales que se encuadran en dicha campaña entran dentro del tipo objetivo de los delitos de negativa a prestar el servicio militar —art. 135 bis.i) del Código Penal, según la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar— o negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutoria (art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, no modificada en este punto por la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre), quedando su conocimiento, en consecuencia, lejos de la competencia de este orden jurisdiccional.

Este es, por tanto, el primer aspecto que debemos tener presente al examinar la jurisprudencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en esta cuestión, su marginalidad respecto del núcleo de la cuestión. Marginalidad que, en todo caso, no impide dar cuenta de cuáles son los problemas que se han planteado ante el orden jurisdiccional que nos ocupa, ni de la respuesta dada a los mismos por éste.

En este sentido, la práctica totalidad de las Sentencias dictadas por la Sala de lo contencioso del Alto Tribunal se han enfrentado con el requisito de motivación de la solicitud del reconocimiento de la

(113) Adviértase que analizaremos únicamente las Sentencias dictadas con posterioridad a la aparición de las SSTC 160 y 161/1987, de 27 de octubre, por ser a partir de este momento cuando se radicaliza el movimiento de rechazo a la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, agravándose el conflicto suscitado en torno a la misma.

condición de objetor ante el CNOC (114). Este requisito, contenido en el artículo 3.1 de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, fue declarado, como tuvimos ocasión de comprobar con anterioridad, acorde con la Constitución por la STC 160/1987, de 27 de octubre.

Pues bien, el Tribunal Supremo, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, ha rechazado, en jurisprudencia constante, los recursos fundados en esta causa. Se ha formado, de esta manera, un cuerpo jurisprudencial que se inicia con la STS de 28 de diciembre de 1989 y que, al menos hasta la fecha, concluye con la STS de 2 de junio de 1992 (115).

En alguna de las Sentencias que integran ese cuerpo jurisprudencial a que se ha hecho referencia se desliza la consideración del servicio militar como una obligación de origen constitucional, lo que no parece plenamente conforme con lo establecido por nuestra Carta Magna (116). Sin embargo, como quiera que dicha consideración se efectúa *obiter dictum*, no parece necesario llevar a cabo un análisis más en profundidad.

En relación con los actos dictados por el CNOC, el Tribunal Supremo ha declarado, en su Sentencia de 29 de marzo de 1990, no haber lugar a la aplicación del silencio positivo en los supuestos de objeción de conciencia *sobrevenida*, toda vez que ésta no es admitida en nuestro Ordenamiento (117). De igual forma, ha negado, en el Auto de 11 de julio de 1990, la adopción de medidas cautelares positivas ante la falta de motivación del acuerdo denegatorio del mencionado órgano administrativo, pues la motivación no es un requisito del mismo (118).

(114) Se excluyen de este análisis las Sentencias dictadas con ocasión del recurso presentado contra el RD 22/1988, de 15 de enero, por el que se aprobaba el Reglamento de la Prestación Social Sustitutoria, por haber sido examinadas con anterioridad.

(115) Ese cuerpo jurisprudencial a que se hace referencia en el texto está compuesto por las siguientes Sentencias: la ya citada de fecha 28 de diciembre de 1989 (A. 9148), de la que fue ponente el Magistrado R. Trillo Torres; Sentencia de 23 de mayo de 1990 (A. 4124); de 11 de julio de 1990 (A. 5990), con ponencia del Magistrado A. Rodríguez García; de 2 de noviembre de 1990 (A. 8682), ponente el Magistrado J. A. Xiol Ríos; de 21 de mayo de 1991 (A. 4153), ponente el Magistrado A. Rodríguez García; de 24 de noviembre de 1991 (A. 8732), ponente el Magistrado J. M.^a González-Andrade y Gil; de 13 de enero de 1992 (A. 565), ponente el Magistrado V. Conde Martínez de Hajar, y, para concluir, Sentencia de 2 de junio de 1992 (A. 4766), ponente el Magistrado R. Trillo Torres. Debe indicarse que todas las Sentencias han sido dictadas en el curso de procesos de protección de los derechos fundamentales de las personas diseñados por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre.

(116) Así, señaladamente, el Fundamento de Derecho número 1 de la STS de 23 de mayo de 1990 (A. 4124).

(117) STS de 29 de marzo de 1990 (A. 3528), ponente: Magistrado R. Trillo Torres.

(118) Auto de 11 de julio de 1990 (A. 5990), ponente: Magistrado C. González Mallo. Resulta discutible que la resolución del CNOC no deba ser motivada, aunque no lo exija la Ley 48/1984, toda vez que al tratarse de un acto que incide negativamente en la esfera jurídica del solicitante, cabría aplicar las reglas generales de motivación de los actos administrativos, contenidas en el artículo 43 LPA (en la actualidad, art. 54.1 LRJ-PAC). Entre las

Para concluir este breve repaso de las Sentencias dictadas por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, debe reseñarse que la STS de 27 de febrero de 1992 ha rechazado la pretendida vulneración del principio de igualdad que supondría el pase de la reserva de los objetores reconocidos como tales con anterioridad a 1988 (119). Como se recordará, dicha medida fue dispuesta por el RD 1442/1989, de 1 de diciembre.

B) *La respuesta del orden jurisdiccional penal.*

A diferencia de lo que sucede con las Sentencias dictadas en relación con el ejercicio del derecho de objeción al servicio militar por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, no resulta fácil ofrecer una panorámica completa de la jurisprudencia penal en este ámbito. Lo que se explica por la ausencia de pronunciamientos al respecto de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo (120).

No obstante, a partir de las referencias periodísticas de que disponemos, podemos llegar a la conclusión de que la línea jurisprudencial en relación con el delito de negativa al cumplimiento de la prestación sustitutoria dista de ser uniforme entre las diferentes Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Penal. De este modo, si bien la pena prevista para la comisión de dicho delito por el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, es la de prisión menor en sus grados medio o máximo, esto es, de dos años, cuatro meses y un día a seis años, no es extraño comprobar cómo un buen número de los mencionados órganos jurisdiccionales imponen penas sustancialmente menores, por apreciar la concurrencia de circunstancias atenuantes.

Menudean, así, las Sentencias que condenan a los insumisos a penas inferiores a un año, con lo que no llevan aparejado el ingreso en una institución penitenciaria, e, igualmente, Sentencias que in-

mismas figura la exigencia de motivación para los actos que limiten derechos subjetivos. Toda vez que, de acuerdo con la STC 160/1987, FJ 5.º, el CNOC se limita a reconocer el *status* de objetor, pero no el derecho a la objeción, que sería un derecho preexistente, que podrá ejercerse si se reúnen los requisitos exigidos por la legislación y cuya concurrencia en el caso concreto aprecia el CNOC, parece que podemos concluir la necesidad de que el acto deba ser motivado.

(119) STS de 27 de febrero de 1992 (A. 1165), ponente: Magistrado A. Rodríguez García.

(120) Los repertorios jurisprudenciales al uso no recogen una sola Sentencia dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo relativa al delito de negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutoria. Esta ausencia de jurisprudencia es consecuencia, en buena medida, de la renuncia de los propios insumisos a presentar recurso de casación contra las Sentencias condenatorias que hayan podido dictar, en su caso, las Audiencias Provinciales.

cluyen la petición de indulto al condenado. Por lo que hace al primero de los supuestos, la conducta seguida por los Juzgados y Tribunales de lo penal se explica, entre otras causas, por la dificultad evidente de que en estos casos se consiga el efecto que, a tenor del artículo 25.2 Const., deben perseguir las penas privativas de libertad, la *reeduación y la reinserción social*. Tanto más cuanto que, en no pocos casos, los condenados ya realizan, voluntariamente, el tipo de actividades cuyo cumplimiento, por mandato legal, rechazan, lo que demuestra su plena inserción en el seno de la sociedad. En relación con el segundo de los supuestos, a la razón antes apuntada debe añadirse la existencia de una toma de conciencia entre los órganos del orden jurisdiccional penal acerca, cuando menos, del carácter notablemente excesivo de la pena a aplicar a este delito (121).

Ahora bien, el pronunciamiento que más relevancia social ha tenido ha sido, sin lugar a dudas, el contenido en la Sentencia 75/1992, de 3 de marzo, del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Madrid. Dicha Sentencia absolvía a un objetor del delito de incumplimiento de la prestación sustitutoria, al estimar que concurría en su conducta la eximente de obrar impulsado por un estado de necesidad, artículo 8.7 del Código Penal.

Ha sido ésta una Sentencia objeto de debate y polémica y a la que se ha prestado gran atención en las páginas de la prensa, con intervenciones destacadas y de sumo interés en muchos casos (122). No

(121) Recuérdese que, a tenor del artículo 2, párrafo segundo, del Código Penal, los Tribunales penales están facultados para solicitar del Gobierno el correspondiente indulto cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo, o la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito.

(122) Para ilustrar lo dicho en el texto, baste recordar, en primer lugar, el suplemento especial, *Temas de nuestra época*, publicado por el diario «El País» el 9 de abril de 1992 y dedicado con carácter exclusivo al análisis de la Sentencia en cuestión. Dicho suplemento cuenta, entre otras, con las firmas de E. GIL CALVO, *Rituales premodernos*, quien cuestiona la existencia misma del servicio militar obligatorio; J. ALBI DE LA CUESTA, *El yo y el nosotros*, que recuerda la necesidad de cumplir las obligaciones legales; G. CÁMARA VILLAR, *La reforma necesaria*, quien pone el acento en el progresivo proceso de deslegitimación de la prestación social sustitutoria y el aumento comparable de las actitudes de insumisión, y V. FISAS, *Desarme y defensa en Europa*, donde se vincula el debate en torno a la insumisión al del papel que deben representar los Ejércitos en las sociedades contemporáneas y concluye afirmando que *el problema no son los objetores ni los insumisos (...) el problema es de los políticos, o mejor dicho, de una cultura política que se resiste a abandonar viejos esquemas*. Mención aparte merece, igualmente, el artículo publicado por el profesor E. GIMBERNAT en el diario «El Mundo», el día 8 de octubre de 1992, con el título *Objeción e insumisión*. Para concluir esta breve panorámica, conviene mencionar los artículos de los profesores M. ATIENZA, *Un dilema moral. Sobre el caso de los insumisos*, y J. DE LUCAS, *El castigo de los insumisos. Acerca de la reciente jurisprudencia sobre objeción de conciencia e insumisión*, en «Claves de Razón Práctica», núm. 35 (1992), págs. 16 y ss. y 32 y ss., respectivamente. El primero de estos dos últimos autores centra su análisis en la posibilidad de generalizar el criterio sostenido en la Sentencia 75/1992 del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Madrid. Por su parte, el profesor J. DE LUCAS denuncia, pág. 39, que *se ha creado un mecanismo de*

es éste el lugar adecuado para profundizar en una polémica de la que, a buen seguro, habremos de recibir nuevas entregas en un futuro más o menos próximo, toda vez que el problema de fondo no hace sino agudizarse.

Sin embargo, sí conviene precisar algunos extremos que, sin duda alguna, resultan relevantes a los efectos de este trabajo. En primer lugar, es preciso recordar que no ha sido ésta la única Sentencia absolutoria de un insumiso. Concretamente, este mismo año, la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 20 de Madrid de 16 de enero aplicó, igualmente, la eximente de estado de necesidad para un supuesto idéntico al sustanciado en la Sentencia 75/1992 a la que nos hemos referido con anterioridad. En ambas Sentencias, el conflicto entre conciencia individual y obligaciones legalmente impuestas se resuelve con la primacía del primero (123).

Por otro lado, en una y otra Sentencias adquiere especial relevancia, de cara a la aplicación de la eximente de estado de necesidad, el análisis de la personalidad del acusado. Igualmente, en una y otra Sentencias, de dicha personalidad se deduce la existencia de una *conciencia auténtica, adquirida no en virtud de ciertas conveniencias, sino con base en su formación religiosa y en una constante educación de sus potencias morales* (Sentencia de 3 de marzo de 1992 del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Madrid) o *la veracidad de las manifestaciones del acusado (...) apreciadas en la inmediación del acto Juicio Oral, producen en el Juzgador la total convicción del contenido de su declaración sin posibilidad de que obedezcan a otros planteamientos interesados y acomodaticios de signo distintos a lo que ellas, por sí mismas, evidencian* (Sentencia de 16 de enero de 1993 del Juzgado de lo Penal núm. 20 de Madrid).

Finalmente, conviene destacar que la primera de las Sentencias citadas fue revocada por la Sentencia 491/1992 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 de octubre, dictada como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la

criminalización de quienes ni siquiera son disidentes, sino pura y simplemente ciudadanos que ejercen un derecho.

(123) En el Fundamento de Derecho 3.º de la Sentencia 75/1992 del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Madrid, se afirma que dicho conflicto *debe resolverse (...) a favor de la conciencia, que es hacerlo a favor de la persona y de su dignidad*, para añadir, en el FD 4.º, que *cuando el acusado decidió incumplir la prestación social sustitutoria y mientras la incumplió, su propia dignidad se encontraba en la situación de riesgo inminente que representaba la existencia del propio deber de cumplir aquella*. A su vez, la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 20 de Madrid de 16 de enero de 1993, tras señalar que *el conflicto entre el fuero moral del individuo (que es lo que está en juego) frente a la Sociedad y el Estado, no ha de resolverse dogmáticamente, sino en examen pormenorizado de las circunstancias del caso*, llega a la conclusión de que en este conflicto entre bienes jurídicos (conciencia individual, como expresión de la dignidad de las personas y observancia de las obligaciones legales) *es clara la prioridad y prevalencia que el ordenamiento jurídico otorga al primero de ellos*.

Sentencia de 3 de marzo de 1992 del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Madrid. Pues bien, la Sentencia de la Audiencia Provincial, condenó al acusado únicamente a la pena de cuatro meses de arresto mayor. En su Sentencia, si bien la Audiencia Provincial de Madrid discrepa de las tesis sostenidas por el juzgado de instancia, aplica no obstante la eximente —bien que incompleta— de obrar impulsado por un estado de necesidad, para imponer una pena sustancialmente inferior a la prevista por el legislador para el castigo de este tipo de conductas (124).

Estos supuestos bastan para poner de manifiesto la complejidad de una situación, de una realidad social, que escapa a la mera tipificación de conductas. Cabrá, quizá, hablar de activismo judicial, discutir la aplicación que los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional penal están realizando del artículo 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984. Pero eso no autoriza a desconocer que éste es el Derecho vivo, así como tampoco a ignorar que los operadores jurídicos implicados son, justamente, los más próximos a las conductas individuales que han de enjuiciar.

Como ya apuntáramos al comienzo de este trabajo, conviene huir de argumentaciones *ad hominem* y de maniqueísmos, por lo demás frecuentes en este ámbito. En definitiva, ni los insumisos son jóvenes cuyo único propósito sea el de eludir el cumplimiento de una obligación legal (pues existen mecanismos menos onerosos para ello que el que ofrece el ingreso en una institución penitenciaria), ni quienes defienden la pervivencia del servicio militar obligatorio, castigando las conductas de aquéllos, son unos retrógrados militaristas sin salvación posible.

3. *El incierto futuro de la Ley 48/1984*

Como hemos podido apreciar, la aplicación práctica de la Ley 48/1984 está enfrentándose con multitud de problemas que ponen en cuestión su propia efectividad. Problemas sobre los que convendrá reflexionar, que será preciso tener presentes a la hora de plantearnos

(124) La Sentencia, tras afirmar, frente a la tesis sostenida en el pronunciamiento del Tribunal *a quo* que la colisión entre bienes jurídicos *se encuentra resuelta legalmente* (FD 1.º), reconoce, no obstante, que el acusado *si bien actuó de forma consciente y voluntaria al desobedecer el deber legal, lo hizo con merma de su facultad de optar o elegir entre los intereses que se le representaban, es decir, con mengua de su libertad, puesto que otra conducta afectaría psicológicamente a su personalidad de forma muy profunda y en consecuencia más gravosa que para la generalidad de los ciudadanos, deduciendo de ello la aplicabilidad al caso de la eximente incompleta de obrar impulsado por un estado de necesidad.*

cuál haya de ser el devenir futuro de la legislación en materia de objeción de conciencia al servicio militar.

El primero de dichos problemas es el que plantea el crecimiento sostenido del número de objetores. Muy posiblemente, en la economía del texto constitucional, la objeción al servicio militar presentaba un carácter marginal. Para los constituyentes, se trataba, a un tiempo, de dar respuesta a una demanda planteada por sectores muy concretos de la sociedad (en especial, determinadas confesiones religiosas) y de poner fin a una situación de inicuidad que, como bien sabemos, se arrastraba desde finales de la década de los cincuenta. En consecuencia, se pensaba que ese derecho iba a ser ejercido por un reducido porcentaje de los llamados al cumplimiento del servicio militar.

Sin embargo, la realidad ha sido muy otra. Aun a pesar de las trabas dispuestas por la legislación, del carácter restrictivo de la misma, lo cierto es que el número de objetores ha ido aumentando de forma paulatina y constante, hasta llegar a alcanzar un porcentaje del reemplazo anual muy significativo (125).

Este hecho conlleva una doble consecuencia: por una parte, plantea a la propia Administración problemas prácticos de gestión de la prestación sustitutoria, toda vez que el número de objetores disponibles supera con creces el de vacantes existentes (126). Por otro lado, este incremento del número de solicitantes del reconocimiento de la condición de objetores parece traslucir un amplio rechazo del actual sistema de servicio militar obligatorio, que muy probablemente obligará a un replanteamiento del mismo en un futuro próximo (127). Replanteamiento que, en todo caso, habrá de tener presentes tanto las actitudes sociales a que nos referimos como las necesidades de la defensa nacional y la eficacia predicable de las Fuerzas Armadas en su calidad de Administración pública.

Finalmente, la campaña de rechazo a la Ley 48/1984 está hallando eco en amplios sectores de la sociedad y, de forma destacada, en-

(125) Recuérdense, en este sentido, las cifras totales de que se ha dado cuenta al comienzo del presente trabajo.

(126) Así ha venido a reconocerlo el informe interno de la Oficina para la Prestación Social de los Objetores de Conciencia, del que se hace eco «El Periódico de Aragón», de 29 de noviembre de 1993, pág. 3. No es fácil, ciertamente, hallar una ubicación adecuada para aproximadamente el 15 por 100 del reemplazo anual sin incidir negativamente, artículo 6.3 de la Ley 48/1984, en el mercado de trabajo. Tanto menos en un momento como el actual, en el que padecemos una aguda crisis económica.

(127) Esa necesidad de replantear el modelo de defensa se observa ya en el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, donde se opta por un modelo mixto en el que los efectivos de reemplazo se complementen con un volumen creciente de soldados profesionales, hasta alcanzar una tasa de profesionalización en torno al cincuenta por ciento de los efectivos totales.

tre los propios objetores. Ello hace que el número de potenciales insumisos presente una tendencia al crecimiento. Dicha tendencia se puede ver, asimismo, fortalecida por la proliferación de Sentencias absolutorias o, en su defecto, que impongan condenas que no lleven aparejado el ingreso en instituciones penitenciarias.

Ante este estado de cosas, cabe hacerse dos reflexiones principales. De una parte, hemos de considerar si Sentencias del tipo antes apuntado son acordes con el reconocimiento constitucional del derecho a la objeción de conciencia o, por el contrario, suponen un desconocimiento del Derecho positivo, una muestra de activismo judicial que ignora el sistema de fuentes de nuestro Ordenamiento. Por otra parte, es preciso plantearse el futuro de la regulación actual del servicio militar y, en relación con ella, de la objeción de conciencia al mismo. Reflexiones éstas que nos ocuparán en la última parte del estudio.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO Y DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

En línea con lo anteriormente apuntado, parece llegado el momento de apuntar algunas reflexiones genéricas en torno a la configuración jurídica del derecho a la objeción de conciencia y al posible devenir futuro del sistema actual de conscripción en que se basa el servicio militar obligatorio. En el bien entendido que se trata de consideraciones cuyo propósito fundamental es el de servir de elementos de un debate actual, de un debate vivo, acerca de problemas con los que se enfrenta de manera cotidiana la sociedad española.

1. *La objeción de conciencia y su engarce con la libertad ideológica y religiosa*

Como viéramos al comienzo de este trabajo, la conciencia es un elemento integrante de la individualidad, que adquiere relevancia colectiva a través de su inserción, expresa o implícita, en la norma suprema del Ordenamiento, la Constitución. En este sentido, cabe recordar que la toma en consideración de este factor de diferenciación de la persona humana es un requisito esencial para que el libre desarrollo de la personalidad, artículo 10.1 Const., pueda ser una realidad efectiva.

El ser humano lleva a cabo ese libre desarrollo de su personali-

dad por medio del ejercicio de los derechos fundamentales de los que es titular (128). De entre el conjunto de derechos fundamentales enunciados por la Constitución española en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I, nos interesa detenernos ahora en el estudio de la libertad ideológica y religiosa y su conexión con la objeción de conciencia, como actitud y como derecho (129).

Por lo que hace a la libertad ideológica y de conciencia, la STC 19/1985, de 13 de febrero, ya afirmó que *el derecho fundamental recogido en el artículo 16 de la Constitución comprende, junto a las modalidades de la libertad de conciencia y la de pensamiento, íntimas y también exteriorizadas, una libertad de acción* (FJ 2.^o) (130). Se trata de

(128) Bien entendido que los titulares de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española no son siempre todos los seres humanos, sino que en ocasiones el propio texto constitucional restringe esa titularidad en función de la pertenencia a una comunidad política. Así, mientras *todos*, artículo 15 Const., tienen derecho a la vida, el derecho a elegir libremente residencia y circular por el territorio nacional se predica, en principio, únicamente de *los españoles*, artículo 19 Const., y, finalmente, el derecho a participar en los asuntos públicos, artículo 23.1 Const., se restringe a quienes tengan la condición jurídica de *ciudadanos*. Ahora bien, como indica A. EMBID IRUJO, «El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos», en J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN (dirs.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, op. cit., pág. 107, esta división debe ser analizada en la actualidad a la luz de los importantes y significativos cambios introducidos en nuestro Ordenamiento por la ratificación del Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, en el que se crea la *ciudadanía de la Unión*, artículos 8 y ss. del Tratado de la Comunidad Europea. Se establece con ello un nuevo *standard* comunitario europeo de los derechos fundamentales. Acerca de la existencia de diferentes *standards* de los derechos fundamentales, vid., con carácter general, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derechos y Libertades Fundamentales: standard europeo, standard nacional y competencias de las Comunidades Autónomas*, «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 7 (1983), págs. 9 y ss.

(129) Como puede apreciarse, en el análisis de la fundamentación y tratamiento de los supuestos de negativa al cumplimiento de la prestación sustitutoria, no profundizaremos en el estudio de la llamada desobediencia civil. Es éste un concepto lábil, que presenta unas connotaciones histórico-políticas que, en buena medida, prejuzga las conclusiones que se pretenden alcanzar. A ello se ha referido recientemente G. PECES-BARBA, *Derecho*, op. cit., pág. 382. En general, acerca del concepto de desobediencia civil, vid. entre nosotros J. F. MALEM SEÑA, *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Ariel, Barcelona, 1988. En torno a las relaciones existentes entre desobediencia civil y objeción de conciencia, G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia*, op. cit., págs. 55 y ss., y M. GASCÓN ABELLÁN, *Obediencia al Derecho*, op. cit., págs. 40 y ss. Por último, conviene recordar que en nuestro Derecho positivo no se contiene ninguna referencia a la desobediencia civil, ni una afirmación genérica del *derecho de resistencia*, como sucede, por ejemplo, en el artículo 20.4 de la Ley Fundamental de Bonn, de tal suerte que nos hallamos más bien en presencia de un concepto politológico que jurídico.

(130) STC 19/1985, de 13 de febrero, ponente: Magistrado J. Arozamena Sierra. La Sentencia conocía de un recurso de amparo interpuesto con ocasión del despido de una trabajadora por abandono del puesto de trabajo y ausencias injustificadas. La recurrente alega violación del derecho a la libertad religiosa, toda vez que dejó de asistir al trabajo *en razón a sus creencias religiosas y pertenencia a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, que le imponen la inactividad laboral desde la puesta del sol del viernes a la del sábado* (FJ 1.^o). El recurso fue finalmente desestimado, al entender el Tribunal Constitucional que la actuación del empresario no era contraria al principio de neutralidad que debía observar, por lo que no conculcaba el derecho fundamental alegado.

un pronunciamiento capital, como tendremos ocasión de ver a continuación.

Capital porque supera la consideración de la libertad ideológica y religiosa como una mera libertad de pensamiento, como una simple libertad negativa, sin un componente positivo, que permita actuar en consonancia con las convicciones individuales (131). En este sentido, una identificación tal del contenido del derecho fundamental recogido en el artículo 16 Const. hace posible deslindar las dos vertientes que presenta el mismo: una negativa, residenciada en el apartado segundo del citado precepto, y otra positiva, que faculta a la persona a actuar de conformidad con sus convicciones más íntimas (132).

Asimismo, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional permite incardinar este derecho fundamental en el conjunto de los derechos y libertades constitucionales. Incardinación que comprende el establecimiento de relaciones entre unos y otros derechos (133). Así lo hizo, como se recordará, la STC 15/1982, de 23 de abril, que afir-

(131) El no agotamiento de la libertad ideológica en la dimensión interna del derecho ha sido afirmado, entre otras, por la STC 120/1990, de 27 de junio, ptes.: F. García-Mon y González-Regueral, E. Díaz Eimil y V. Gimeno Sendra, en relación con la huelga de hambre seguida por los presos del grupo terrorista «Grapo». Por lo que hace a las aportaciones doctrinales, E. STEIN, *Derecho político*, op. cit., pág. 210, señala que la diferencia entre la libertad de creencia (libertad de pensamiento) y la libertad de conciencia (en nuestra Constitución, libertad ideológica y religiosa) consiste en que mientras *la libertad de creencia protege especialmente la vida interior del hombre, la libertad de conciencia se refiere necesariamente a la conducta humana y no se limita a la libre formación de la conciencia, sino que se extiende también a la libertad de actuar según dicha conciencia*. Entre nosotros, vid. G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 263.

(132) Obviamente, se maneja aquí un concepto amplio del término *actuar*, comprensivo tanto de acciones como de omisiones. Entre las primeras, y como una concreción del derecho que venimos examinando, cabe referirse a las enumeradas en el artículo 2 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, cuyo núcleo vendría representado por la libertad para practicar el culto y hacer proselitismo. Vid., en este sentido, E. STEIN, *Derecho político*, op. cit., pág. 210. Por lo que se refiere a las segundas, ejemplo paradigmático de las mismas es, justamente, la negativa a cumplir determinadas obligaciones por ser contrarias a la conciencia individual. A este último supuesto se ha referido la STS de 20 de enero de 1987 (A 18), pte.: R. de Mendizábal Allende, que estimó conforme a Derecho el traslado de enfermeras de la sección de ginecología de un hospital por no querer participar en la realización de abortos. En dicha Sentencia se afirma que *la actitud negativa (de dichas enfermeras) implica la imposibilidad de colaborar en tareas normales del departamento en el cual se hallaban adscritas, con perturbación previsible del servicio cuando se presentasen tales casos (FD 4.º)*. Como puede apreciarse, el Alto Tribunal trataba así de hacer compatible la adecuada gestión de un servicio público con el ejercicio del personal adscrito al mismo del derecho a la libertad religiosa e ideológica.

(133) Juntamente con las Sentencias del Tribunal Constitucional que se citan en el texto, conviene recordar que la STS de 2 de noviembre de 1987 (A. 8764), de la que fue ponente el Magistrado J. I. Jiménez Hernández, conectó el ejercicio de las libertades reconocidas en el artículo 16 Const. con el derecho de asociación, a la luz de los artículos 18 y 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948. El supuesto fáctico de la Sentencia venía dado, en esta ocasión, por la negativa a inscribir en el registro correspondiente a la «Iglesia Cristiana Palmariana de los Carmelitas de la Santa Faz» y a la «Orden Religiosa de los Carmelitas de la Santa Faz en compañía de Jesús y María».

maba que *la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16* (FJ 6.º). E, igualmente, la STC 5/1981, de 13 de febrero, que, *obiter dictum*, señaló (134):

«La libertad de enseñanza que explícitamente reconoce nuestra Constitución (art. 27.1) puede ser entendida como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales —especialmente arts. 16.1 y 20.1.a)—. Esta conexión queda, por lo demás, explícitamente establecida en el artículo 9 de la Convención para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales firmado en Roma en 4 de noviembre de 1950, en conformidad con el cual hay que interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que nuestra Constitución incorpora, según dispone el artículo 10.2» (FJ 7.º).

Por otra parte, esas actuaciones a que se hacía alusión con anterioridad, deben llevarse a cabo con lealtad a la Constitución, con fidelidad a la misma (135). De este modo, únicamente las actuaciones conformes con la lealtad constitucional, es decir, aquéllas que respeten las reglas básicas de las relaciones políticas y sociales establecidas por la norma vértice del Ordenamiento, podrán ser consideradas como una proyección relevante de la libertad ideológica y religiosa (136).

Una cautela conviene establecer a este respecto. No toda actuación que dimana de una conciencia individual, derivada de forma directa de la posesión de unas creencias o convicciones amparadas por

(134) La STC 5/1981, de 13 de febrero, de la que fueron ponentes los Magistrados F. Tomás y Valiente y F. Rubio Llorente, resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, reguladora del Estatuto de Centros Escolares.

(135) En este sentido, las SSTC 101 y 122/1983, de 16 de diciembre, que iniciaron una jurisprudencia (cuya última entrega puede situarse en la STC 119/1990, de 21 de junio) en torno a la obligación, impuesta a los cargos públicos representativos, de prestar juramento, promesa de acatamiento y fidelidad a la Constitución, ya señalaron que *la fidelidad a la Constitución puede entenderse como el compromiso de aceptar las reglas del juego político y el orden jurídico existente en tanto existe y a no intentar su transformación por medios ilegales. La fidelidad, en esta línea interpretativa, no entraña una prohibición de representar y de perseguir ideales políticos diversos de los encarnados en la Constitución, siempre que se respeten aquellas reglas de juego* (FJ 5.º).

(136) Vid., acerca de la caracterización de la lealtad constitucional, M. GASCÓN ABELLÁN, *Obediencia al Derecho*, op. cit., pág. 44.

el Ordenamiento, podrá *eo ipso*, ser fundamento suficiente para la exención del cumplimiento de un deber constitucional o legal. Esto es algo que ya ha recordado la STC 161/1987, de 27 de octubre:

«La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea de Estado» (FJ 3.º).

Lo que no quiere decir que al Ordenamiento jurídico de un Estado social y democrático de Derecho, como es el que establece nuestra Ley Fundamental, le sea indiferente la fundamentación en esas convicciones propias como causa que motiva el incumplimiento de la obligación. En este sentido, la invocación de dichas convicciones —y, con carácter general, de la libertad de conciencia— obliga a una ponderación de los bienes jurídicos en juego, donde no siempre deberá imperar el deber jurídico objetado (137).

Dicho de otro modo, el desvalor de la acción del insumiso no será, no puede serlo, igual si actúa impulsado por motivos de conciencia o no. Esta es la perspectiva latente en las Sentencias dictadas por los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional penal que absuelven a los objetores que incumplen la prestación social sustitutoria, o que los condenan a penas que no llevan aparejado el ingreso en prisión. Cabe incluso preguntarse si la coacción por vía penal para obligar al cumplimiento de una obligación no conlleva un menosprecio hacia la conducta del insumiso, que no hace sino llevar hasta sus últimas consecuencias la conducta que le imponen los dictados de su propia conciencia, de una conciencia que la Constitución ampara y que sirve de base, recuérdese una vez más, para el libre desarrollo de la personalidad (138).

Cierto es que el propio artículo 16.1 Const. establece, como límite directo al ejercicio del derecho fundamental reconocido en ese mismo

(137) Vid., en este sentido, M. GASCÓN ABELLÁN, *Obediencia al Derecho*, op. cit., pág. 276. Por lo que hace a la relación existente entre libertad ideológica y objeción de conciencia, G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 253, señala que *desde una perspectiva estructural, la libertad ideológica es un prius lógico y ontológico de la objeción; desde una perspectiva funcional, ésta es un instrumento de aquélla (...)*.

(138) En este sentido, E. STEIN, *Derecho político*, op. cit., pág. 213, afirma que *frente a la doctrina dominante, son inadmisibles, a causa de su carácter discriminatorio, las medidas penales que sancionan al que rechaza un servicio sustitutivo. La coacción para obligar a aceptar una compensación debe realizarse de forma que no suponga ningún menosprecio para el afectado. Por ello debe limitarse a los medios coactivos de la Administración.*

precepto, el *orden público*, pero ese orden público deberá ser entendido como el orden público constitucional (139). Como el orden público que se asienta sobre la base de una sociedad pluralista, en la que se rechazan postulados perfeccionistas, en la que la consecución de la obediencia por la obediencia no es ya un objetivo deseable (140).

Pues bien, es discutible que la acción del objetor que se niega, por motivos de conciencia, al cumplimiento de la prestación sustitutoria, ponga en peligro ese orden público constitucional. Dicho de otra manera, que afecte a ningún bien o valor constitucionalmente relevante, toda vez que no parece que nuestra Norma Suprema imponga una obligación de servicio general a la comunidad (141).

Por todas estas razones, es posible amparar la conducta de quien así actúa no en la existencia de un estado de necesidad, que le impulsa a obrar en un sentido concreto, sino en el ejercicio legítimo de un derecho, artículo 8.11 del Código Penal (142). Entendido, claro es, el requisito de ejercicio *legítimo* de conformidad con el principio de lealtad constitucional a que hacíamos referencia con anterioridad. Cuestión distinta y de resolución necesariamente casuística es si dicha eximente ha de aplicarse como eximente completa o incompleta, dado el desvalor de la acción y las circunstancias concurrentes en cada supuesto (143).

(139) Acerca de los límites de los derechos fundamentales, resulta imprescindible la lectura de L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER e I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, y, más recientemente, L. AGUILAR DE LUQUE, *Los límites de los derechos fundamentales*, «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», núm. 14 (1993), págs. 9 y ss. Por lo que hace a la interpretación de la cláusula de orden público como límite al derecho a la libertad de conciencia, vid. G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia*, op. cit., págs. 227 y ss., quien se hace eco de los planteamientos defendidos por I. DE OTTO Y PARDO en el trabajo antes citado. Para un estudio de los postulados preconstitucionales en esta materia, vid. el trabajo ya clásico de L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Libertad religiosa y orden público (Un estudio de jurisprudencia)*, Tecnos, Madrid, 1970. Este mismo autor analiza el impacto de la Constitución en esta materia en «El orden público como límite al derecho de libertad religiosa», en *Bajo el signo de la Constitución*, IEAL, Madrid, 1983, págs. 287 y ss.

(140) Vid. G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 26.

(141) Esta misma afirmación fue sostenida, en el Derecho alemán, por la Sentencia del Tribunal Constitucional federal de 13 de abril de 1978, «BVerfGE», 48, págs. 127 y ss.

(142) Vid., en este sentido, M. GASCÓN ABELLÁN, *Obediencia al Derecho*, op. cit., págs. 254 y 329.

(143) G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia*, op. cit., págs. 244 y ss., se pronuncia por la aplicación de una atenuante a este tipo de conductas y no de una eximente completa.

2. *Acerca de la pretendida constitucionalización del servicio militar obligatorio*

No ha faltado, entre nosotros, quien, interpretando lo dispuesto en el artículo 30.2 Const., ha sostenido la constitucionalización del servicio militar obligatorio (144). Dicho planteamiento se ha deslizado, como hemos tenido ocasión de ver, en alguna Sentencia del Tribunal Constitucional y, de forma destacada, en la 160/1987, de 27 de octubre.

Sin embargo, parecen posibles otras interpretaciones del texto constitucional, más respetuosas con la libertad de decisión del legislador, que es a quien en última instancia corresponde la fijación de las obligaciones militares de los españoles.

Como punto de partida, debe señalarse que la Constitución no define en ningún momento en qué consiste el deber de defender a España establecido en el artículo 30.1 (145). Ante el silencio del texto constitucional, no parece adecuado optar por una tesis reduccionista, identificando el deber de defender a España con el cumplimiento de las obligaciones militares de los ciudadanos establecidas por la ley, al amparo del párrafo segundo del precepto constitucional antes mencionado.

En este sentido, conviene recordar que el deber constitucional de defender a España no se agota con el establecimiento, por el legislador, de la obligatoriedad del servicio militar. Entenderlo así supone confundir categorías jurídicas, identificar términos que no son coincidentes, toda vez que la definición de obligaciones jurídicas mediante normas supone la concreción de deberes de alcance más general y que, en consecuencia, engloban a aquéllas (146).

Por otro lado, el deber de defender a España se impone a la totalidad de los españoles, sin distinción alguna de edad o sexo (147). En tanto que la prestación del servicio militar alcanza únicamente a los varones y durante un período de su vida concreto (148). Que ello sea

(144) Así, J. M.^o SERRANO ALBERCA, en su comentario al artículo 30.2, en F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 606, afirma que *la Constitución contiene en este caso una reserva reforzada que impide a la ley suprimir el servicio militar obligatorio*.

(145) Así lo recuerda G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 205.

(146) Acerca de la diferenciación conceptual entre deberes y obligaciones, vid., por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, Civitas, Madrid, 1993, págs. 33 y ss.

(147) Vid., al respecto, G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., págs. 210 y ss.

(148) La distinción entre derecho-deber de defender a España y establecimiento de obligaciones militares tiene su correlato en la diferenciación que del ámbito subjetivo sobre el que operan establecen las leyes relativas a la defensa nacional y al servicio militar.

así, por otro lado, sólo se justifica por razones históricas, por el peso de una tradición compartida por la práctica totalidad de los Estados que forman parte de nuestro entorno (149).

Asimismo, si hubiera sido intención del constituyente equiparar la defensa nacional (concepto que subyace en el art. 30.1 Const.) y el cumplimiento de las obligaciones militares, hubiese bastado con utilizar la forma tradicional en nuestro constitucionalismo histórico (con excepción de la Constitución republicana de 1931), añadiendo en el artículo 30.1 la expresión *con las armas* (150). Al no hacerlo así, debemos entender que se ha pretendido avanzar un paso más en la evolución del concepto de defensa.

Evolución que, en su punto actual, obliga a reconocer que la política de defensa ya no es únicamente una política de contenido militar. En el bien entendido que no es admisible una expansión tal del concepto que nos lleve a entender la práctica totalidad de las políticas públicas como integrantes de la política de defensa (151).

Finalmente, desde el punto de vista práctico, mantener una tesis como la aquí rebatida implica una limitación de la libertad de que disponen *ex constitutione* las instancias centrales del Estado para la definición de la política de defensa. Tanto más cuanto que la posible opción por un Ejército de voluntarios o un Ejército profesional debería pasar necesariamente, de aceptarse la interpretación del artículo 30 Const. que venimos rebatiendo, por una reforma de nuestra Norma Suprema, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 167 Const.

Así, mientras el artículo 2 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de Defensa Nacional y de la Organización Militar, define la defensa nacional como *la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión*, al tiempo que afirma el deber de *todos los españoles de participar en el logro de tal fin*, el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 13/1991, de 29 de diciembre, del Servicio Militar, excluye a las mujeres de la obligación de prestar el servicio militar. A mayor abundamiento, el Preámbulo de esta última Ley Orgánica prevé que *las mujeres podrán incorporarse a las tareas de la defensa nacional con arreglo a las normas sobre movilización nacional*. En relación con la edad, el artículo 11.1.d) de la misma Ley establece como causa de exención del servicio militar el *tener cumplidos los treinta años*.

(149) Esta es la razón expresamente aducida por el Preámbulo de la Ley Orgánica del Servicio Militar de 1991 para excluir a las mujeres de la obligación de prestar el servicio militar.

(150) Así lo recuerda G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., págs. 215 y ss.

(151) Tal es el error en el que, desde las posiciones aquí mantenidas, incurre en algunas ocasiones G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., págs. 203 y ss.

3. *La opción por un Ejército voluntario.*
Algunos argumentos para un debate en profundidad

Concluiremos el presente estudio exponiendo una serie de reflexiones acerca de un tema objeto de un amplio debate social, cual es el relativo a la alternativa Ejército de conscripción/Ejército profesional. Reflexiones que no pretenden, en modo alguno, agotar los términos de dicho debate sino, antes bien, mostrar la complejidad del mismo y la conveniencia de tener presente un conjunto de factores de toda índole a la hora de optar por uno u otro término de la alternativa. Dicho de otro modo, se parte de la convicción de la imposibilidad de predicar la validez universal de ninguno de los dos modelos.

La decisión final depende de un presupuesto elemental, cual es la determinación de las necesidades defensivas de España (152). Es por ello que el debate sobre el servicio militar se incardina en otro de más amplio alcance, el relativo a la política de defensa, que a su vez trae causa de la existencia de unos peligros reales o potenciales para nuestra seguridad. No sería bueno, en consecuencia, hacer abstracción de este debate más amplio a la hora de reflexionar sobre el modelo de defensa (153).

Hecha esta precisión, cabe asimismo señalar la presencia de otros factores que sería bueno tomar en cuenta; la existencia de un conjunto de argumentos a partir de los cuales se postula bien el mantenimiento del actual sistema de servicio militar obligatorio, bien su sustitución por un Ejército profesional o voluntario. Así, en defensa del servicio militar obligatorio, suelen aducirse en primer lu-

(152) Vid., para un análisis en mayor profundidad, J. CANO HEVIA, «Introducción y planteamiento general del problema», en AA.VV., *Debate sobre el servicio militar*, Forum Universidad-Empresa, Madrid, 1987, págs. 15 y ss.

(153) Convendrá, sin embargo, no olvidar las dificultades de orden práctico que presenta la realización de un debate abierto sobre la política de defensa, toda vez que la determinación de las necesidades defensivas y de los medios con que hacer frente a las mismas corresponde al Presidente del Gobierno, artículo 8.2 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de la Defensa Nacional, quien aprueba la Directiva de la Defensa Nacional, y al Ministro de Defensa, al que corresponde formular el Plan Estratégico Conjunto, artículo 10.2 de la mencionada Ley. Pues bien, ambos documentos han sido clasificados como secretos por el Gobierno en uso de la competencia que le atribuye el artículo 4 de la Ley 9/1968, de 5 de abril, modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, sobre Secretos Oficiales. El acuerdo fue adoptado por el Consejo de Ministros en su reunión de 28 de noviembre de 1986 y figura en el «BOCG», Congreso de los Diputados, núm. 122, Serie D, de 6 de noviembre de 1987. Al margen de esas dificultades prácticas, es preciso señalar la existencia de una cierta incongruencia de quienes, al tiempo que han postulado una política exterior neutralista, se han pronunciado por un Ejército más reducido en sus efectivos y profesionalizado. El mantenimiento de la neutralidad en el orden exterior exige, como lo han demostrado los casos de los países neutrales de Europa, poseer unas Fuerzas Armadas que impliquen al conjunto de la población, pues sólo así se dispone de los medios personales suficientes.

gar razones de orden histórico, alegando la existencia de una tradición en este sentido, que entroncaría con los ideales igualitarios propugnados por la Revolución francesa (154).

Ciertamente, el debate histórico presenta una gran complejidad; sin embargo, por lo que hace a su punto de partida, suele olvidarse que la *levée en masse* decretada por la Convención el 23 de agosto de 1793 fue una medida destinada a responder a las necesidades defensivas provocadas por la invasión del territorio francés por las potencias coaligadas contra los revolucionarios. Dicho de otro modo, no respondía a una filosofía sobre el servicio militar, sustentadora del sistema de conscripción, sino que se trataba únicamente de una solución empírica, impuesta por las circunstancias del momento.

Fue con posterioridad a ese momento —y, señaladamente, en las postrimetrías del pasado siglo y principios del presente— cuando se generalizó la reivindicación en favor del servicio militar obligatorio, como reacción frente a los supuestos de exención del cumplimiento del mismo basados únicamente en motivos económicos o de clase. Distintas son en la actualidad las circunstancias y, por ello mismo, no parece conveniente cristalizar el debate en unos términos que responden a unos condicionantes históricos que ya no son los del momento presente.

Por otro lado, nada tiene que ver la exigencia de universalidad de la prestación del servicio militar con la opción por uno u otro modelo de Ejército. Aquélla deriva de modo directo del principio de igualdad, de tal suerte que mientras exista el servicio militar obligatorio no pueden prevalecer en este ámbito tratamientos diferentes no fundados en una causa objetiva. Sin embargo, la decisión misma del mantenimiento o no del servicio militar obligatorio es competencia propia del legislador, que la adoptará en función de los datos que obren en su poder.

Un segundo argumento, esta vez con acomodo en la propia legislación, es el que podríamos denominar cuantitativo, basado en la *práctica universalidad de su aplicación en nuestro entorno* (155). Se hace referencia, con ello, a la generalización del sistema de conscrip-

(154) Por poner tan sólo un ejemplo, baste citar el artículo de A. DE MIGUEL, «Polémica sobre el Servicio Militar», recopilado en AA.VV., *Debate sobre el servicio militar*, op. cit., págs. 170 y ss. Frente a este tipo de argumentaciones, G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 57, nota 67, recuerda cómo cuando se enuncia como un principio de la Revolución el dictum «tout citoyen doit être soldat et tout soldat citoyen», suele omitirse que habiendo sido pronunciado por un antiguo oficial real, Dubois-Crancé, ante la Asamblea Constituyente, ésta lo rechazó porque fue mayoritaria la idea de que «sólo un ejército de esta naturaleza (voluntario) parecía digno de una nación libre».

(155) Informe de la Ponencia de la Comisión de Defensa, cit., pág. 10. En el mismo sentido se pronuncia el Preámbulo de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar.

ción en la mayoría de los Ordenamientos de nuestro ámbito cultural. No obstante, tampoco faltan ejemplos de lo contrario. Así, debe resaltarse cómo la práctica totalidad de los países anglosajones cuentan con Ejércitos profesionales. En todo caso, y si bien es verdad que este argumento puede abundar en las razones que justifiquen el mantenimiento del servicio militar obligatorio, no parece suficiente por sí solo para fundamentar una decisión en tal sentido, pues ello supondría incurrir en un inadecuado mimetismo (156).

Existen asimismo una serie de argumentos marginales que no debemos pasar por alto en esta enumeración de las razones dadas por los defensores del servicio militar obligatorio. Así, por situarnos en los extremos del espectro político, se postula el mantenimiento de este modelo tanto desde la pretendida consideración de las Fuerzas Armadas como la *más soberana de las instituciones*, cuanto desde la consideración de que la integración de los soldados de reemplazo en el seno de las mismas viene a constituir un *caballo de Troya* que frenaría los instintos golpistas, al parecer congénitos, de nuestro Ejército (157).

Frente al primero de los planteamientos expuestos, es conveniente recordar que, en nuestro Ordenamiento jurídico y superando en este aspecto otras situaciones históricas, el titular único de la soberanía nacional es el pueblo español, del que emanan la totalidad de los poderes del Estado, artículo 1.2 Const. Por lo que hace a la consideración del servicio militar obligatorio como una cautela contra las tendencias golpistas de nuestras Fuerzas Armadas, no deja de ser preocupante la escasa confianza que muestra quien así se pronuncia en los profesionales de las Fuerzas Armadas, tanto más cuanto que una de las misiones que tienen éstas encomendadas, *ex* artículo 8.1 Const., es justamente la defensa del ordenamiento constitucional.

No ha faltado tampoco quien ha sostenido que el servicio militar obligatorio viene a democratizar el Ejército, o quien haya defendido que aquél es la mejor forma de consolidar la sociedad civil (158).

(156) En honor a la verdad, es preciso reconocer que ni el Informe de la Ponencia de la Comisión de Defensa, cit., ni el Preámbulo de la Ley Orgánica 13/1991, alegan este motivo como único argumento para defender el mantenimiento del servicio militar obligatorio.

(157) Por lo que hace al primero de los planteamientos, el general Salas Larrazabal, *apud* G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 232, nota 34, sostuvo en su momento que *las instituciones todas, son órganos constitucionales del poder soberano del pueblo y podríamos decir que la institución militar en mayor medida, pues de ella forman parte temporalmente todos los ciudadanos*. El segundo fue defendido por R. SANCHEZ FERLOSTO, en el artículo periodístico «Sobre el retorno del mercenariado», recopilado en AA.VV., *Debate sobre el servicio militar*, op. cit., págs. 157 y ss.

(158) Así, en primer lugar, J. M.^º SERRANO ALBERCA, en su comentario al artículo 30, en F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 606, sostiene que *el servicio militar, con la constante integración del pueblo, confiere a las*

A este respecto, convendría recordar, en primer lugar, que el Ejército, las Fuerzas Armadas, son Administración pública y, en su calidad de tales, se caracterizan por su función vicarial, de servicio a los intereses generales. Por otro lado, resulta cuando menos discutible que la mejor forma de consolidación de la sociedad civil en el ámbito de la defensa sea el mantenimiento del servicio militar obligatorio, y no reafirmando la subordinación de las Fuerzas Armadas al poder civil.

Finalmente, y para concluir este somero repaso a los argumentos alegados en defensa del servicio militar obligatorio, se aducen razones de tipo económico y demográfico. Así, por una parte, se afirma que un Ejército de conscripción supone un menor gasto en defensa (159). Por otro lado, que se adecúa mejor a las previsiones de evolución de las tendencias demográficas de un país.

Ciertamente, el servicio militar obligatorio permite calcular con mayor fiabilidad los efectivos disponibles, aunque tal vez sería deseable que si la actual tendencia al descenso demográfico varía de forma sustancial, no se reintroduzcan los factores aleatorios que en época bien reciente han determinado el cumplimiento de las obligaciones militares por parte de los españoles (160). A su vez, por lo que hace a los costes presupuestarios que llevaría aparejada la opción por un Ejército profesional, es éste un aspecto que se nos escapa en su exacta magnitud. No obstante, quizá la estimación comparativa no debiera hacerse con el Ejército actual, sino con el que se auspicia por la legislación vigente, un Ejército en el que las condiciones de prestación del servicio militar habrán de resultar mucho más adecuadas a lo que demanda la sociedad (161).

A su vez, quienes propugnan el abandono del actual sistema de defensa, basado en el servicio militar obligatorio, y su sustitución por otro estructurado en torno a un Ejército profesional, suelen adu-

Fuerzas Armadas carácter democrático. Por su parte, el anterior Ministro de Defensa, N. Serra, en respuesta a una pregunta planteada por el Diputado del Grupo Mixto, J. M. Paredes Grosso acerca de la supresión del servicio militar obligatorio en tiempos de paz, afirmó que *la mejor forma de consolidar a la sociedad civil es precisamente hacer que la defensa sea una preocupación de toda la sociedad civil y no circunscribir la defensa a un colectivo profesional limitado, por importante que sea.* «DSCD», núm. 128, de 29 de junio de 1988.

(159) Vid. Informe de la Ponencia de la Comisión de Defensa, cit., pág. 10.

(160) Se alude, claro es, a la figura de los llamados excedentes de cupo, que, como denunciara J. I. MARTÍNEZ PARICIO, «El servicio militar: ¿troquel o profesión?», en AA.VV., *Debate sobre el servicio militar*, op. cit., pág. 61, es una lotería en una sociedad no muy justa al tiempo que poco eficaz. Resulta sorprendente, por otro lado, que en ningún momento se planteara el cumplimiento de una prestación sustitutoria por parte de quienes fueran dispensados, por puro azar, del cumplimiento de sus obligaciones militares.

(161) Por otro lado, debe destacarse que el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida adujo, entre otras razones en defensa del Ejército profesional, las de tipo económico. Vid. «BOCG», Congreso de los Diputados, Serie E, núm. 138, de 13 de junio de 1991, págs. 26 y ss.

cir, en defensa de sus tesis, el ejemplo británico. Olvidan, sin embargo, las diferencias de las necesidades defensivas del Reino Unido y de España, que distan mucho de ser comparables (162). Convendría precisar, asimismo, que las Fuerzas Armadas británicas han sido tradicionalmente reducidas en número e integradas —de modo preferente— por voluntarios (163).

De igual forma, se alude al escaso apoyo social que el cumplimiento de las obligaciones militares encuentra en la España actual (164). Lo que no deja de ser un aspecto digno de ser tomado en cuenta, siempre y cuando se tenga presente que esa percepción social es voluble y puede cambiar en función de un amplio abanico de circunstancias. En este sentido tal vez sea oportuno analizar el impacto que puede tener sobre la sociedad española la intervención de nuestras Fuerzas Armadas en misiones humanitarias en zonas en conflicto bélico.

Finalmente, cuando se vincula la opción de un Ejército profesional con la reducción de los efectivos disponibles por el mismo, debe tenerse en cuenta que dicho Ejército presentará una operatividad adecuada en los supuestos de conflictos de baja intensidad, en tanto que se reducirá de forma considerable en los conflictos de intensidad media o elevada. Igualmente, la opción por un Ejército profesional debería tener presentes los resultados alcanzados en las experiencias de tropa profesional, o de militares de empleo, tal y como los denomina el Título VI de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional. Bueno será saber si dichas experiencias han arrojado un resultado positivo o, por contra, desaconsejan la profesionalización generalizada de las Fuerzas Armadas.

Ante este panorama, quizá resulte adecuado replantearse los términos del debate, los parámetros sobre los que se formula. Recordar, así, que las Fuerzas Armadas son Administración pública y, en cuanto tal, actúan de conformidad con los principios rectores de la organización y actuación de las Administraciones públicas contenidos en

(162) Vid. J. CANO HEVIA, «Introducción y planteamiento general del problema.», en AA.VV., *Debate sobre el servicio militar*, op. cit., pág. 23.

(163) Vid. J. DIGGLE, «Las Fuerzas Armadas en el Reino Unido.», en AA.VV., *Debate sobre el servicio militar*, op. cit., págs. 89 y ss., en especial pág. 90.

(164) Así, J. I. MARTÍNEZ PARICIO, *El servicio militar*, cit., pág. 70, se pregunta *cómo se puede cumplir con los objetivos que se fijan en el texto constitucional si una parte importante de los que tienen que cumplirlos es tan crítica como dicen las encuestas*. Por su parte, G. CÁMARA VILLAR, *La objeción de conciencia*, op. cit., pág. 244, señala que *en un país donde el servicio militar es muy contestado, y donde la tardía y equívoca legislación sobre objeción de conciencia ha conocido un espectacular fracaso, es cuando menos necesario interrogarse seriamente sobre los principios y considerar desapasionadamente otras soluciones respetuosas de la democracia y más capaces, quizá, de suscitar el necesario apoyo social*.

el artículo 103.1 Const., entre los que interesa subrayar en estos momentos el de eficacia.

Se trata de disponer de unas Fuerzas Armadas eficaces, capaces de cumplir las funciones que tienen encomendadas, de aplicar con rigor y acierto la política de defensa diseñada por las instancias centrales del Estado. Al mismo tiempo, su naturaleza de Administración pública obliga a las Fuerzas Armadas a actuar de conformidad con las previsiones presupuestarias, lo que, necesariamente, supone una limitación de las alternativas posibles, tanto más cuanto que los criterios de eficiencia y economía como informadores del gasto público, artículo 31.2 Const., son plenamente aplicables a las Fuerzas Armadas.

Sería conveniente, en este sentido, que se abriera un debate desapasionado, que parta de la consideración de las necesidades defensivas de nuestro país. Por ello mismo, el debate deberá ser racional, prescindiendo en lo posible de argumentos historicistas y eludiendo la desconfianza hacia las diversas soluciones posibles. Un debate, en definitiva, que tuviera presente lo que la sociedad española está dispuesta a sacrificar, bien sea en términos humanos o económicos.

V. RECAPITULACIÓN

Finalizado el presente estudio, parece llegado el momento de exponer, de forma esquemática, algunos de los principales aspectos tratados en el mismo, así como de dar cuenta de las tesis defendidas en relación con los problemas analizados:

1. A diferencia de lo sucedido en otros Ordenamientos, en el nuestro, el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar es un hecho tardío, que sólo tiene lugar con la aprobación de la vigente Constitución. El desarrollo legislativo del artículo 30.2 Const., a su vez, hubo de esperar hasta la aprobación de las Leyes de 26 de diciembre de 1987. En definitiva, el *edificio* jurídico de la objeción de conciencia tardó no menos de veinticinco años en coronarse, desde que aparecieran los primeros casos significativos de este fenómeno, hasta que recibieran una respuesta normativa no penalizadora. Retraso que trae causa, fundamentalmente, de la ausencia, durante una buena parte de ese período, de un régimen de libertades.

2. Las Leyes de diciembre de 1984, cuya constitucionalidad ha sido sancionada por las SSTC 160 y 161/1987, de 27 de octubre, conforman un supuesto de *reconocimiento-sanción* del derecho, que no

ha dado satisfacción a las expectativas sociales creadas en este ámbito. Al margen de la existencia de ciertos extremos susceptibles de crítica en las dos Sentencias del Tribunal Constitucional mencionadas, no debe olvidarse, en todo caso, que los defectos que se aprecian en la regulación actual del derecho en nuestro Ordenamiento son achacables no tanto al intérprete supremo de la Constitución, sino al legislador. En este sentido, cabe afirmar que las Leyes de 1984 vienen a configurar el *mínimo* constitucionalmente aceptable, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, quedando abiertas otras vías, otras posibles soluciones al problema.

3. El descontento provocado entre amplios sectores de la población por los términos de la legislación a que se ha hecho referencia, ha dado lugar a una campaña de rechazo a la regulación actual del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar. La expresión más conocida de esta campaña ha sido el fenómeno conocido como *insumisión*. Esto es, la negativa a la prestación del servicio militar y al cumplimiento de la prestación sustitutoria, que constituyen sendos delitos, tipificados en nuestro Ordenamiento.

4. Conviene precisar, no obstante, que la fundamentación de estas conductas en motivos de conciencia atenúa, cuando no excluye, el desvalor de la acción. Tanto más cuanto que la conciencia es un atributo personal de relevancia constitucional. A mayor abundamiento, la solución penal no parece suficiente, ni aun adecuada, para asegurar la paz jurídica, para atajar este tipo de conductas, como pone de manifiesto día a día la propia realidad.

5. Finalmente, en el fondo de todos estos problemas se halla la conveniencia de abrir un debate racional sobre el modelo de Fuerzas Armadas de que desea dotarse la sociedad española. Un debate que todavía no ha sido abordado con la serenidad y el rigor imprescindibles.

JURISPRUDENCIA

