

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA A FORMAR PARTE DE UNA MESA ELECTORAL

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 2.^a,
de 28 de octubre de 1998

INTRODUCCIÓN

Nuevamente el Tribunal Supremo ha vuelto a condenar a una testigo de Jehová. La razón de la condena se basa en la negativa de aquella a formar parte de una mesa electoral a la que previamente había sido adscrita, a pesar de que en el momento de la designación había formulado su deseo de ser excusada de formar parte de dicha mesa por impedírselo la religión que practicaba ¹. La testigo fue absuelta por la Audiencia de Barcelona, y posteriormente tal sentencia se casó y anuló por el Tribunal Supremo, el cual dictó una sentencia condenatoria ².

De una forma muy escueta, la sentencia del Tribunal Supremo se sustentaba en los siguientes hechos, los mismos que fueron tenidos en cuenta por la Audiencia Provincial: «Se trataba de una testigo de Jehová que, pese a haberle sido rechazada la excusa de formar parte de una mesa electoral, dejó de asistir a la mencionada mesa».

La absolución por parte de la Audiencia se apoyó en la apreciación de la concurrencia en dicha persona de un error invencible de prohibición del artículo 6 bis-a del CP de 1973.

1 Recordemos la famosa sentencia de la Audiencia de Huesca, de fecha 20 de noviembre de 1996, en la que absolvía a unos padres del delito de homicidio por haber impedido la realización de una hemotransfusión a su hijo. Posteriormente tal sentencia fue revocada por sentencia del TS, de fecha 27 de junio de 1997, apreciando la existencia de un delito de homicidio, si bien se apreciaba la concurrencia de atenuantes.

2 La primera de las sentencias aludidas fue dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2.^a, en 5 de enero de 1998, y posteriormente casada y anulada por el Tribunal Supremo, Sección 2.^a, en sentencia de fecha 28 de octubre de 1998.

El Ministerio Fiscal apeló dicha sentencia al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la LEC por infracción de ley, al considerar inaplicable el art. 6 bis-a, siendo por contra de aplicación los arts. 137 y 143 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

El Tribunal Supremo acepta los hechos, pero entiende que «la presencia en la mesa electoral tiene el carácter obligatorio, como se señalaba en la cédula de notificación, por lo que no puede basarse la inasistencia a la mesa electoral en la creencia de que tal conducta no era constitutiva de delito».

A) ESPECIAL REFERENCIA A LA NORMATIVA SUSTENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO,
Y LA AUSENCIA DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS RELATIVAS
A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Lo primero que nos ha llamado la atención ha sido la referencia que se hace de los normas aplicadas; solamente se hace mención de las siguientes: «art. 849 Ley de Enjuiciamiento Criminal; arts. 6 bis A del CP de 1973 y art. 14 del vigente CP; arts. 137 y 143 de la Ley Orgánica 5/85, de 19 de junio, relativa al régimen electoral general»³.

Creemos que lo lógico hubiera sido, al menos, hacer alusión al art. 16 de la CE, así como a los arts 2 y 3 de la LOLR.

En torno al ejercicio de la objeción de conciencia, el TC se ha mostrado vacilante admitiendo «que existe y puede ser ejercitado con independencia de que se haya dictado o no tal regulación»⁴. Sin embargo, posteriormente, el propio Tribunal llega a afirmar la posibilidad de la existencia de una objeción de conciencia con carácter general, y concluye: «Lo que puede ocurrir es que sea admitida (se refiere a la objeción) respecto a un deber concreto»⁵. De otro lado, aun partiendo de la base de que el concepto de objeción al que se alude en el art. 30-2.º del texto constitucional se cita únicamente al servicio militar obligatorio, lo que no cabe duda es que existen errores sintácticos de bulto que pueden llevar a la duda respecto a si se hace mención exclusivamente al servicio militar o a una objeción de carácter general, veámoslo: En el citado art. 30-2 puede leerse: «La

3 Sentencia del TS, Sección 2.ª, de 28 de octubre de 1998, F.J. 2 (Diario «La Ley», 5 de enero de 1999, p. 7).

4 Sentencia TS 35/85, de 5 de junio, F.J. 14.

5 Sentencia TC 161/87, de 27 de octubre, F.J. 3. *Vid.* también R. Rodríguez Chacón, *El factor religioso ante el TC*, Servicio de Publicaciones de la Univ. Complutense, p. 104; M. Gascón Abellán, *Obediencia al Derecho y la Objeción de Conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales 1990, pp. 301 y 311.

Ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará con las debidas garantías la objeción de conciencia...». De un análisis pormenorizado del art. 30-2 de la CE pueden obtenerse las siguientes consecuencias:

a) La norma afirma que regulará, y lo hace con carácter imperativo, la objeción de conciencia, sin matizaciones, y sin que en ningún momento se diga que la objeción es exclusivamente de carácter castrense; lo que ocurre es que se ha venido, sobre todo desde el campo jurisprudencial, haciendo referencia al aspecto militar porque se incluye dentro de las obligaciones militares. Parece que lo lógico es que la norma hubiera expresado que regulará con las debidas garantías la objeción de conciencia de carácter militar.

b) Más tarde continúa el mencionado art 30-2: «... así como las demás causas de exención»; lo que evidencia que la objeción de conciencia se equipara o se pretende equiparar con otras causas de exención. Pero además, si se está admitiendo la objeción como causa o motivo de exención, hemos de preguntarnos: ¿por qué en el supuesto de objeción castrense puede ser considerada como causa de exención, exclusión o justificación y en otros supuestos no es admisible?

c) El reiterado artículo alude a la «objeción de conciencia». No se pluraliza, cuando lo lógico hubiera sido referirse a LAS «objeciones de conciencia». Si se habla en singular, debe hacerse referencia a cada una de las posibles objeciones en particular, dejando, eso sí, el camino abierto a otras posibles nuevas objeciones que puedan crearse con motivo de los vaivenes de carácter sociológico⁶.

La realidad es que los testigos de Jehová vienen rechazando el deber de participación en las mesas electorales impuesto por la propia Ley Electoral, por considerarlo un acto de naturaleza política, rechazable, por tanto, de acuerdo con sus peculiares creencias⁷. No parece lógico que, por una parte, se esté protegiendo la libertad de religión y de conciencia; que afirme que se protegen los derechos y libertades de las personas, para luego, posteriormente, se les impida actuar de acuerdo con tales derechos y libertades; lo que nos lleva a pensar si no se estará haciendo un uso anfibológico

6 J. Martínez Torrón, 'La libertad religiosa en los últimos años de la Jurisprudencia Europea', ADEF, IX (1993) 68; R. Palomino, *Las objeciones de conciencia*, Madrid, 1994, p. 65; R. Navarro Valls - R. Palomino, 'Las objeciones de conciencia', en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, cit., p. 1099; G. Cámara Villar, *La objeción de conciencia al servicio militar*, Civitas, pp. 252.

7 Ley Organica 5/85, de 19 de junio, sobre Régimen Electoral General; G. Cámara Villar, *La objeción de conciencia al servicio militar*, Civitas, pp. 247, 251, 260; Carla Santoro hace referencia a que la actuación del objetor de acuerdo con su ideología se debe a un proceso de «armonía interior». *La obiezione di coscienza*, «Il Sapere», 1955, pp. 11 y 13.

de los términos derechos y libertades fundamentales, en concreto de la objeción de conciencia, o un uso decididamente falaz y parcial, cuando no partidista, sobre todo en cuanto a las minorías se refiere.

El TS basa la condena en función a lo ordenado en el art. 143 de la expresada Ley Electoral, con pena de arresto que comprende de 7 a 15 fines de semana. La razón para dictar una sentencia condenatoria, tanto en este supuesto como en otros casos, estaba basada en uno de estos cuatro supuestos: 1) o bien, la sentencia condenatoria se sustentaba en la falta de pruebas; 2) o en la circunstancia de que tales pruebas eran insuficientes; 3) o bien, en el dato de no haber podido acreditar la imposibilidad moral de participar en las mesas electorales⁸; 4) o en la falta de legislación idónea. Por último el TS ha intentado resolver la cuestión alegando el concepto de orden público, al entender que el hecho de la no participación supone o puede suponer una transgresión del orden público protegido por la ley, por lo que el ejercicio de la libertad religiosa ha de detenerse ante la idea de orden público⁹.

Evidentemente, un uso abusivo o desproporcionado del orden público podría anular o minimizar el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia y de paso dejar sin efecto tanto el art. 16-1 de la CE como el propio art. 3-1 de la LOLR¹⁰.

Por otra parte, hay que advertir que si el concepto de orden público es impreciso y cambiante, necesariamente hemos de aplicar los mismos calificativos cuando hagamos referencia a los límites; en este sentido, orden público y libertad religiosa presentan límites recíprocos¹¹.

Una vez expuesto cuanto antecede, necesariamente hemos de hacer alusión a la citada sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998. Haciendo especial hincapié a los dos basamentos en que tal sentencia se sostiene:

A) La supuesta existencia de un error invencible por parte de la objetora.

B) La falta de legislación alegada al efecto para negar el ejercicio de la objeción de conciencia a formar parte de una mesa electoral.

8 R. Navarro Valls - J. Martínez Torrón, *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, McGraw Hill, 1997, p. 224.

9 *Vid.* sentencia del TS, 15 octubre 1993 (R.J. 1993, n. 7717).

10 G. Cámara Villar, *La objeción de conciencia al servicio militar*, cit., p. 252.

11 Z. Combalía, 'Los límites al derecho de libertad religiosa', *Tratado de Derecho eclesiástico*, Eunsa, 1994, p. 501.

B) LA SUPUESTA EXISTENCIA DE UN ERROR INVENCIBLE POR PARTE DE LA OBJETORA

Hemos de empezar reiterando que la sentencia de la sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de enero de 1998, absolvió a la procesada Sra. X, testigo de Jehová, en base a haberse producido en ella un error invencible, por lo que declara la exención de responsabilidad criminal basada en los datos siguientes:

- 1.º La inasistencia fue debida al particular entendimiento derivado de sus creencias religiosas.
- 2.º Que no consta probado de forma alguna en la documentación recibida contuviese información puntual sobre las consecuencias jurídico-penales del incumplimiento de las obligaciones del cargo para el que había sido nombrada.
- 3.º El hecho de falta de conocimiento público de que esta clase de infracciones sean constitutivas de delito».

Por contra, el TS razona de la manera que a continuación hacemos referencia, llegando a la conclusión de anular la sentencia de la AP de Barcelona y dictar otra más ajustada a Derecho por considerar que la citada Sra. X había cometido un «... delito electoral, por lo que la condenaba a la pena de arresto de ocho fines de semana e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de seis meses, y al pago de las costas».

Para llegar a esta conclusión, el TS argumenta de la siguiente manera:

- Lo importante a estos efectos es que la acusada conocía que tenía el deber de asistir a la mesa el día señalado para las correspondientes elecciones, deber que le fue oficialmente comunicado y del que se excusó sin que la excusa fuera debidamente atendida...».
- La inasistencia fue debida a su particular entendimiento de sus creencias religiosas...».
- Se trata del problema de la delincuencia por convicción que existe cuando el que delinque coloca por encima de los deberes que como ciudadano le incumben su propia y personal convicción interior derivada de sus ideas políticas, religiosas o de otro orden».
- Cuando tal conflicto se produce, ha de prevalecer el mandato legal, porque la vigencia de las normas jurídicas no puede quedar condicionada a la aprobación que de ellas pueda hacer cada ciudadano... salvo que la ley prevea otra cosa, como ocurre con el servicio militar obligatorio, respecto del cual nuestra CE reconoce la eficacia de la objeción de conciencia y la legislación posterior regula la llamada prestación social sustitutoria...».

El primer problema que plantea la sentencia reside en el estudio de si estamos o no ante un error invencible.

Un análisis medianamente detenido tanto del art. 6 bis-a del anterior Código como del art. 14-3 del actual, nos lleva a la conclusión de que a pesar de las diferencias conceptuales, que las hay, se da una cierta semejanza entre el contenido de ambos artículos. Como consecuencia de todo ello puede llegarse a la deducción de que para alcanzar un correcto entendimiento del contenido de la expresada normativa, habrá que recurrir a la doctrina y a la jurisprudencia para conocer, tanto la forma de aplicación de tal articulado como la extensión y límites del mismo.

En primer lugar, han de tenerse en cuenta las circunstancias determinantes de la ilicitud; si estamos o no ante una posible causa de justificación motivada por determinada ideología religiosa; si en concreto, el supuesto error en que incide la persona podía ser calificado de vencible o invencible; hacer mención de la existencia del estado psicológico del individuo en relación con la imputabilidad; saber si como consecuencia de todo ello la persona se encontraba en condiciones de evitar el error mediante un proceso de reflexión para comprender la trascendencia de su acción y su repercusión en los campos jurídico y social¹², etc.

No parece lógico, técnicamente hablando, sustituir el derecho al ejercicio de un derecho que no puede ejercitarse por falta de norma¹³, por una eximente o una atenuante, porque ello es, precisamente, una forma de negar o no encontrar el basamento jurídico que permita el ejercicio de tal derecho. Ni desde el ángulo fáctico ni desde la perspectiva personal es sustentable el encaje del error. Mediante la aplicación, tanto en este supuesto que estudiamos, como en otros, a través del concepto del error invencible, parece que se está creando artificialmente un tipo penal no contemplado en el CP.

En el caso del objetor no se observa que la postura psicológica sea la de no comprender la posible punibilidad de su actitud, sino que, a la vista de su condición religiosa, se abstiene de realizar determinados actos contrarios a sus postulados, y con mayor motivo aún adopta ciertas actitudes cuando sabe que está amparado tanto por el art. 16 de la CE como por la propia LOLR; y sigue sin entender cómo es posible que, ante la falta de una normativa al efecto, el juzgador no encuentre otro camino para solventar el problema religioso que el punitivo.

12 E. Bacigalupo Zapater, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Dirección Cándido Conde Pumpido, Editorial Trivium, 1997, pp. 481 y ss.; J. L. Manzanares - J. L. Albarca, *Código Penal* (Comentarios y Jurisprudencia), Comares 1997, p. 29.

13 M. Gascón Abellán, *Obediencia al Derecho...*, cit., p. 321.

Por ello, sí nos llama la atención que en la sentencia que comentamos no se hayan tenido en cuenta los preceptos citados ante la falta de tal normativa.

Desde un punto de vista jurisprudencial, se llega a la conclusión de que cuanto se refiere al error, y en concreto, haciendo hincapié en el error de prohibición:

«Consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta. Esta creencia de la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, cual ocurre en el supuesto ahora enjuiciado, denominado error directo, como sobre el error indirecto acerca de una causa de justificación, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad criminal cuando sea vencible»¹⁴.

La aplicación del concepto de error en el Derecho penal tiene:

«Carácter excepcional y exige la prueba de su existencia en quien lo alega, y además no admite su medición con parámetros idénticos en todos los casos, sino al contrario, es importante tener en cuenta las circunstancias objetivas concurrentes en cada supuesto, y, sobre todo, las características personales, psicológicas, culturales y profesionales del sujeto activo del hecho. Es preciso además, para poder acoger el error con los efectos previstos en el Código penal, que se halle demostrado mediante afirmaciones que lo evidencian en la narración histórica de los hechos»¹⁵.

«Ha de quedar claro que la consideración de ese error de prohibición en su faceta de invencible, exige determinados pronunciamientos: 1. Su estudio y aplicación a un supuesto concreto obliga al respecto de hecho probado asumido por la instancia. 2. Para excluir el error no se precisa que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, pues basta que tenga conciencia de una alta probabilidad de la antijuricidad. 3. En todo caso deberá ser probado por quien lo alegare. 4. Para llegar a la exculpación habrán de tenerse en cuenta los condicionantes psicológicos y culturales del agente, de un lado, mas también las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o acudir a medios que permitan conocer la trascendencia jurídica de la acción de otro. 5. Su invocación no es permisible en aquellas infracciones cuya ilicitud sea notoriamente evidente y de comprensión generalizada. Era y es labor que a los jueces corresponde para, en labor diaria, obtener por medios indiciarios o pruebas indirectas los datos firmes y precisos con los que sentar conclusión determinante, en

14 Sentencias TS 21-4-94, 27-4-94 y 7-7-94; *vid.* sentencia TS, Sala 2.ª, 28 de diciembre de 1998, Ponente Sr. Martínez Arrieta (Diario «La Ley», 8 de marzo de 1999).

15 Sentencias TS 11-7-91, 13-6-92 y 19-10-94.

el buen entendimiento de que la legítima deducción no permite sin más llegar a las lícitas y prohibidas suposiciones, definitivamente abolidas definitivamente en el ámbito penal¹⁶.

Parece lógico que si, como se admite en la propia sentencia, la negativa a la asistencia estaba sustentada en razones de índole religioso, se hubieran tomado éstas en consideración, aplicando para ello la normativa contenida en la LOLR, y estableciendo una comparación entre el contenido y espíritu de dicha norma con los datos obtenidos mediante el empleo de los parámetros anteriormente aludidos; e incluso consideramos que no es aventurado creer si no serían utilizables como datos básicos los existentes dentro de la LOLR con carácter exclusivo, lo que seguramente nos conduciría a la consideración de que los hechos admitidos en la sentencia carecerían de trascendencia penal.

¿No hubiera sido más sensato, mediante una normativa adecuada, sustituir la pena por un trabajo socialmente productivo, al igual que ocurre con la objeción de conciencia de carácter militar?

La única referencia que se hace en la sentencia al aspecto religioso dista mucho de intentar utilizar unos módulos tendentes a sopesar las razones alegadas por la procesada, y a los cuales ya hemos hecho referencia en distintas ocasiones. En el Fundamento Jurídico Cuarto puede leerse: *«Esas creencias religiosas (Testigos de Jehová) efectivamente podían constituir motivo concreto de la mencionada inasistencia a la que, al parecer, la Sra. X consideraba acto de naturaleza política que no le era permitido por las normas morales de la religión que profesaba»*. Luego parece evidente que no se realiza ninguna reflexión encaminada a la valoración de las circunstancias personales que motivaron la negativa a formar parte de la mesa. A continuación se hace la siguiente afirmación: *«Sea cual fuere el motivo de ese comportamiento tipificado como delito...»*. Evidentemente, la frase no resulta muy afortunada, pues consideramos que lo que se quiere dar a entender es que existe una predisposición «a priori» para rechazar las excusas o si se quiere las razones humanas de cualquier clase que puedan amparar la falta de asistencia a la mesa.

No hemos encontrado en la sentencia del TS una sola línea dedicada a contemplar los condicionantes que impulsaron a dicha persona a actuar como lo hizo, así como si los factores que incidieron en la misma tenían tal peso específico como para justificar esa actuación, o si, por el contrario, carecían de entidad suficiente para avalar o justificar dicha conducta. ¿Es

16 Sentencias TS 17-7-91, 18-11-91 y 30-1-96.

posible, pues, considerar las ideas religiosas como posibles causas justificativas en qué sustentar la objeción de conciencia?

La contestación afirmativa parece obligada. La verdad es que los autores consultados hacen referencia a la existencia de causas justificativas pero no determinan, siquiera por vía de ejemplo, cuáles sean éstas ni qué requisitos han de reunir, ni cuáles son las circunstancias que han de tenerse en cuenta al objeto de, al menos, concretar el contenido de las mismas. A la vista de ello se impone que ha de considerarse cada supuesto de forma independiente y determinar qué razones o motivos ha tenido el individuo para no actuar, resaltando factores psicológicos, ambientales, ideológicos, culturales, etc., que de alguna manera han estructurado y dirigido su capacidad y forma de obrar. En este sentido juzgamos que la religión de una persona está condicionando, al menos en parte, no sólo la conciencia de tal persona, sino que además moldea la forma de actuar del individuo, su idea sobre determinados estímulos, así como la reacción a los mismos.

Suscribimos plenamente cuanto manifiesta Bacigalupo cuando afirma que se exige no sólo la concurrencia de los elementos cualificantes de la expresión en la ley sino también una ponderación total de la personalidad del autor¹⁷.

Compartimos totalmente la tesis de Hervada, cuando mantiene:

«Si un ordenamiento jurídico extiende la libertad de pensamiento y de religión a idearios o credos que contengan valoraciones morales erróneas sobre una terapéutica —como es el caso de los testigos de Jehová respecto de las transfusiones de sangre— necesariamente debe extender la libertad a las decisiones de conciencia, de modo que, cuando éstas se conforman a los credos o idearios profesados, en ningún caso pueden ser castigadas. Amparar el sistema moral erróneo por la libertad de pensamiento o religiosa y no amparar la correlativa conducta por la libertad de conciencia es una inaceptable inversión de los términos de la cuestión»¹⁸.

17 E. Bacigalupo Zapater, 'La ayuda omisiva al suicidio y la equivalencia de la omisión con la realización activa del tipo penal en la dogmática española', en *Omisión e imputación penal objetiva. Derecho penal*, p. 28; M. Bajo Fernández, cit. Cobrerros Mendazona, *Tratamientos sanitarios obligatorios y derecho a la salud*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate 1988, p. 30; A. Guarino mantiene en *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Jovene Editore 1992, p. 14: «Qualche autore identifica la libertà di coscienza con il Diritto all'intimo e libero atteggiarsi dell'individuo di fronte al problema dell'essere e dell'èssere in tal modo la libertà di coscienza non acquista un autonomo rilievo, essendo individuato il suo oggetto in quello che ne è solamente il presupposto».

18 J. Hervada, *Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica*, en *Persona y Derecho*, 1984, p. 53.

Juzgamos que en aquellos supuestos en los que intervenga de cualquier forma una religión cualesquiera de ellas, no puede atenerse el juzgador únicamente al aspecto frío que marca la norma sino que tal norma debe ser interpretada teniendo en cuenta el hecho religioso que, al menos de cierta manera, condiciona un comportamiento humano. Resulta evidente que junto con un problema jurídico surge o puede aflorar una cuestión de índole humana, por lo que la norma no puede ser ni interpretada ni ejecutada si se desprende de ese sustrato vital que es la persona y las circunstancias que la rodean¹⁹.

Si bien es verdad que, por ejemplo, en el art. 12-7 de la Ley Orgánica 5/95, de 22 de mayo, sobre el Tribunal del Jurado, contiene una fórmula amplia donde podrán acogerse los supuestos de objeción de conciencia a formar parte de un jurado²⁰, la realidad es que de una manera sistemática los jueces han venido negando a los testigos de Jehová la utilización de tal mecanismo para basar el ejercicio de su objeción de conciencia. La causa de tal negativa ha de buscarse tanto en la ambigüedad de la redacción del apartado transcrito a pie de página como de la actitud renuente del juzgador a extender la objeción de conciencia a otros campos que no sean el estrictamente militar.

Sin embargo, hay que observar que la Ley Orgánica 5/85, de 19 de junio, por la que se regula el Régimen Electoral General no contiene una fórmula ampliatoria semejante a la Ley del Jurado, por lo que si en esta última norma no resultaba fácil la prosperabilidad de la objeción es prácticamente imposible tal utilización en el supuesto de la objeción a formar parte de una mesa electoral.

Pero por si esto fuera poco, hay que advertir que en la Ley Electoral General no existe base para tan siquiera alegar una excusa como la que se

19 *Vid.* art. 3 del Código civil, así como las sentencias del TS de 28 de febrero de 1989, 8 de octubre de 1992, por ejemplo. *La familia, su cuidado y protección* (Publicación interna para los Testigos de Jehová), Sección Ético-legal, p. 24; R. Navarro Valls - J. Martínez Torrón - M. A. Jusdado, *La objeción de conciencia a los tratamientos médicos. Derecho comparado y Derecho español. Persona y Derecho*, Eunsa 1988, p. 331; J. A. Fontanilla Parra, *Algunas cuestiones relativas a las reclamaciones derivadas de la mala praxis médica* (Comentarios a la sentencia del TS, Sala 1.ª, de 18 de febrero de 1997) (Diario «La Ley», 13 de noviembre de 1997, p. 1).

20 «Los que aleguen y acrediten suficientemente cualquier otra causa que les dificulte de forma grave en desempeño de la función de jurado».

Ante la falta de seguridad jurídica de la fórmula empleada, los profesores Navarro Valls y Martínez Torrón proponen la siguiente, ampliable, a nuestro modo de ver, a la objeción de carácter electoral como nueva excusa al desempeño de la función del jurado: «La objeción de conciencia al desempeño de la función del jurado, siempre que sea posible cerciorarse de la sinceridad de las convicciones religiosas o éticas alegadas». R. Navarro Valls - J. Martínez Torrón, *Las objeciones de conciencia a los tratamientos médicos*, cit., p. 187.

ha hecho referencia en la Ley del Jurado. Los arts. 25 al 28 de aquella norma, que aluden a la constitución de la mesa electoral, no contienen un solo dato que facilite tal excusa. Por ejemplo, en el art. 27 se afirma que «... los interesados disponen de un plazo de siete días para alegar ante la Junta Electoral de la zona causa justificada y documentada que les impida la aceptación del cargo...» por lo que al no determinarse qué posibles causas pueden tener la consideración de justificativas, todo queda a la ventura de la decisión unilateral de la Junta, la cual resuelve «sin ulterior recurso». De otro lado, el aspecto penal contemplado en los arts. 139 a 150 de la norma electoral que comentamos, se hace referencia a los «Delitos en particular». En dicha sección tan sólo se contemplan aquellas conductas delictivas que se comentan en el ejercicio de la mesa ya constituida como pueden ser las falsedades, incumplimiento de normas electorales, infracciones de la normativa electoral, etc.

C) LA FALTA DE LEGISLACIÓN IDÓNEA ALEGADA COMO FUNDAMENTO
AL EJERCICIO DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA
A FORMAR PARTE DE UNA MESA ELECTORAL

Si la tesis acerca de si se produce en este caso una situación calificada de error invencible puede ser subjetivamente sustentada con mayor o menor acierto; sin embargo, no parece lógico que pueda sostenerse la siguiente manifestación que recogemos de la propia sentencia:

«Cuando tal conflicto se produce, ha de prevalecer el mandato legal, porque la vigencia de las normas jurídicas no puede quedar condicionada a la aprobación que de ellas pueda hacer cada ciudadano. No se trata de una mera recomendación cuyo cumplimiento pueda quedar a merced de un individuo o de aquellos que forman una determinada comunidad ideológica, salvo que la ley expresamente prevea otra cosa, como ocurre con el servicio militar obligatorio, respecto al cual nuestra CC reconoce eficacia a la objeción de conciencia y la legislación posterior regula la prestación social sustitutoria».

Una aseveración como la transcrita correría con el peligro de dar al traste con el concepto de objeción de conciencia, porque, como se desprende de dichas frases, la única objeción sustentable hace referencia al servicio militar contenida en el art. 30-2 de la CE. Mas si en breve plazo en nuestro país se tiende a sustituir el servicio militar obligatorio por un servicio militar profesional, resulta lógico suponer la desaparición de la idea de objeción, por-

que si la única objeción legalmente admitida es la referente al servicio militar, carece de fundamento cualquier referencia a la objeción de conciencia²¹.

Parece, según se desprende del párrafo transcrito, que se está abogando por la existencia de una sola objeción de conciencia, la referente al servicio militar, puesto que es la única regulada por la ley, dejando fuera del concepto de objeción otros tipos como la referente al aborto, a los tratamientos médicos, a los juramentos, al jurado, etc.²².

Los eclesiasticistas hacen siempre referencia a objeciones de conciencia, en plural, y estudian capítulo a capítulo las diferentes objeciones que pueden tratarse al día de hoy²³.

Tienen razón los profesores Navarro Valls y Martínez Torrón cuando mantienen:

«En este sentido parecen razonables aquellas posiciones doctrinales que, incluyendo la objeción de conciencia en el catálogo de los derechos fundamentales, llegan a una doble conclusión. De un lado, que el ejercicio de la objeción de conciencia no puede quedar limitado tan sólo a concretas modalidades amparadas y reguladas por la ley. Y de otro lado, que, gozando de una presunción de legitimidad constitucional, el juez viene obligado a una ponderación de los bienes jurídicos en conflicto cuando el sujeto singular elude el cumplimiento de un deber jurídico por razones de conciencia»²⁴.

La profesora Gascón Abellán reitera esta idea cuando afirma:

«Nuestra conclusión es, pues, que en un sistema democrático basado en un derecho general a la objeción de conciencia y no en un derecho circunscrito a las modalidades de objeción expresamente regulada»²⁵.

21 G. Cámara Villar, *La objeción de conciencia al servicio militar*, cit., p. 252; *vid.* STS 15-1- 2000.

22 *Vid.*, por ejemplo, R. Navarro Valls - J. Martínez Torrón, *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, McGraw Hill, p. 26; R. Navarro Valls - R. Palomino, 'Las objeciones de conciencia', en *Tratado de Derecho eclesiástico*, Eunsa, p. 1100; R. Palomino, *Las objeciones de conciencia*, Montecorvo, 1994, p. 65; Iván C. Ibán - Luis Prieto Sanchís - Agustín Motilla de la Calle, *Derecho eclesiástico*, McGraw Hill, p. 109.

23 M. Gascón Abellán, 'Obediencia al derecho y objeción de conciencia', CE Constitucionales, 1990, p. 255; M. J. Ciaurriz, 'Objeción de conciencia y Estado democrático', ADEF, 1996, pp. 47 y ss., y p. 63; R. Bertolino, 'L'obiezione di coscienza', en *Diritto ecclesiastico*, Milano 1993, p. 7; R. Navarro Valls - R. Palomino, 'Las objeciones de conciencia', en *Tratado de Derecho eclesiástico*, p. 1091; J. Oliver Araujo, 'La objeción de conciencia al servicio militar', Cívitas, 1993, p. 143; Carla Santoro, *La obiezione di coscienza...*, cit., Il Sapere, 1995, pp. 11 y ss.

24 R. Navarro Valls - J. Martínez Torrón, *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, cit., p. 26; R. Navarro Valls - J. Martínez Torrón, *Le obiezione di coscienza*, Torino 1995, p. 24.

25 M. Gascón Abellán, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, C. Estudios Constitucionales, 1990, p. 279.

El quid de la cuestión no reside, pues, en si la objeción de conciencia hace referencia solamente al servicio militar obligatorio exclusivamente, o a una pluralidad de objeciones de carácter variable de acuerdo con ciertos condicionamientos o movimientos sociales económicos, religiosos etc., sino que donde verdaderamente hay que cargar el acento es tanto cuanto se refiere a los intereses en juego como en los límites al ejercicio a la objeción²⁶.

Es decir, centrándonos en el supuesto que estudiamos, habrá que partir de la base acerca de la procedencia o no de la protección a la objeción de conciencia a formar parte de una mesa electoral sustentada en factores religiosos, éticos o filosóficos y contemplar si en cada caso concreto habría que elegir entre las razones estatales para imponer una prestación de esa índole y contrastarla con las razones personales de cada objetor en particular; y, al mismo tiempo y de manera paralela buscar hasta dónde llega la facultad del Estado para imponer una determinada actividad, y hasta dónde es lícita la posibilidad del ejercicio de cada objetor²⁷ en función de su particular objeción.

Lo que no resulta aceptable es la afirmación realizada por la Sala sentenciadora, a la que hacemos referencia, sin siquiera entrar en valoraciones de obligaciones legales comparándolas o cotejándolas con los intereses ideológicos y religiosos del objetor.

26 R. Navarro Valls - R. Palomino, 'Las objeciones de conciencia', en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, cit., p. 1099; M. J. Ciaurriz, *Objeción de conciencia y Estado democrático*, cit., p. 50; M. Gascón Abellán, o. c., p. 303: 'En tal sentido, se hace importante determinar si el legislador está obligado a admitir la objeción de conciencia en el derecho positivo, lo cual solamente tendría lugar si la objeción fuese uno de los considerados derechos fundamentales, inherentes a la persona y que, en consecuencia, no pueden ser desconocidos por el ordenamiento. Los ordenamientos, en efecto, todos ellos de los países que aspiran a la calificación de democráticos, recogen los derechos fundamentales entre los que evidentemente se encuentra el de la libertad, que en el campo tratado suele calificarse como libertad de conciencia, libertad religiosa o libertad ideológica'; J. A. Souto Paz, *El derecho a la libertad de ideas y creencias*, pp. 79 a 97 y 113 a 116: 'En todo caso, sí que será conveniente recordar que, amén de los valores materiales, la doctrina insiste hoy con especial fuerza en la exigencia de tutela por parte del ordenamiento, tanto de los valores morales como de los espirituales de orden superior'; Pérez Madrid, *La tutela penal del factor religioso en el Derecho español*, Pamplona 1995, p. 23: 'El intervencionismo del Estado moderno apoyado en la legitimidad democrática, en la fuerza moral que supone actuar en nombre de la soberanía popular y la responsabilidad creciente de subvenir a las necesidades más elementales de los ciudadanos, justifica la invasión legislativa, que pretende regular todos los aspectos y dimensiones personales y sociales, chocando en ocasiones frontalmente con aquellos ámbitos especialmente privados como la intimidad personal los criterios éticos, religiosos, etc. El Derecho positivo, ajeno por principio a la moral, tropieza frecuentemente con la moral de los ciudadanos y se ampara en una moral mínima'; J. A. Souto Paz, *El derecho a la libertad de ideas y creencias*, cit., p. 120.

27 J. Martínez Torrón, 'La objeción de conciencia en la jurisprudencia del TS norteamericano', ADEE, I (1985) 455; R. Navarro Valls - J. Martínez Torrón, *Las objeciones de conciencia...*, cit., p. 28.

Llegado a este punto, parece que estamos en disposición de formularnos las siguientes preguntas: ¿Pueden alegarse motivos de carácter religioso, con visos de prosperabilidad, para sustentar la objeción de conciencia? ¿En qué apoyatura legal podría basarse? Caso de no disponer de legislación específica, ¿es posible encontrar una base normativa en que pueda sustentarse el ejercicio de la objeción de conciencia de carácter penal administrativa o civil? ¿Pueden existir excusas o causas justificativas no comprendidas dentro de cada legislación específica?

El art. 16 de la CE garantiza la libertad ideológica, si bien limita las manifestaciones de tal libertad por razones de orden público. Por su parte, la LOLR proclama la libertad religiosa de las personas «con la consiguiente inmunidad de coacción» (art. 2-1) y la tutela de dicha libertad mediante el oportuno amparo judicial (art. 4), dejando, por supuesto, a salvo el límite relativo al orden público. De otro lado, desde el ángulo supranacional,

«se regula la libertad religiosa desde un punto de vista jurídico, partiendo del pluralismo religioso y conceptual vigente en el mundo actual. Su finalidad, por consiguiente, es el establecimiento de un régimen jurídico tal de libertad religiosa que eficazmente tutele y armónicamente la compagine con los demás derechos y deberes fundamentales del hombre, a la vez que permita la convivencia pacífica de todos los hombres y de las sociedades por ellos formadas²⁸. La dificultad de llegar a tal régimen jurídico internacional está en el hecho de que cada Estado tiene su propia concepción respecto a la cuestión de libertad de pensamiento, conciencia y religión»²⁸.

Lo que nos lleva a la conclusión de que desde un punto de vista conceptual puede dar lugar a diferentes grados de libertad de pensamiento, conciencia o religión que ineludiblemente nos conduciría a distintos tratamientos y a diferentes límites²⁹. El hecho cierto es que si se nos afirma que sólo está protegida la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, y, por tanto, la única objeción que puede ser alegada, ha de llegarse a la conclusión de que, o se está incumpliendo el espíritu de la CE y las normas supranacionales al efecto, o existe un vacío legal que toca llenarlo a la doc-

28 Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Dicha Comisión ha subrayado la oportunidad de reconocer la objeción de conciencia como un derecho íntimamente unido al ejercicio de la libertad individual. *Vid.* también a O. Fumagalli Carulli, 'L'obiezione di coscienza al servizio militare', en *Realtà e Prospettive...*, cit., p. 330.

29 C. Corral Salvador, *La libertad religiosa en la Comunidad Europea*, IEP 1973, p. 26; M. J. Ciauriz, *Objeción de conciencia y Estado democrático*, cit., pp. 56 y 60; J. A. Souto Paz, *El derecho a la libertad de ideas y creencias*, pp. 79 a 97 y 120.

trina y a la jurisprudencia³⁰, que después de un trabajo concienzudo obliguen al legislador a llenar tal vacío, bien regulando cada clase de objeción, bien regulando la objeción con carácter general, y deteniéndose en las peculiaridades propias y específicas de cada una de ellas³¹.

La verdad es que nuestra Constitución únicamente hace referencia al servicio militar obligatorio, y la legislación que desarrolla los arts. 16 y 30 tan sólo hacen mención a este modo de objeción. Ello tal vez haya motivado vaivenes jurisprudenciales en el TC; así, según hemos visto, mientras la sentencia 53/85 afirmaba que el derecho a la objeción de conciencia contenido en el art. 16-1 de la Constitución «existe y puede ser ejercicio con independencia de que se haya dictado o no tal regulación...»³² dos años más tarde niega cuanto se ha dicho y no otorga protección a cualquier tipo de objeción que no sea el estrictamente militar³³.

Puestas así las cosas al estudioso no le queda otra alternativa que tratar de buscar una o varias salidas que puedan amparar el ejercicio de las objeciones de conciencia no contempladas por legislación específica alguna, a fin de que el hipotético objetor disponga de una apoyatura legal para exigir respeto a su libertad religiosa, y al mismo tiempo el juzgador disponga de base suficiente para sustentar una sentencia absolutoria en el supuesto de que se cumplan los requisitos que se contemplen en la normativa en cuestión.

D) EN BUSCA DE POSIBLES SOLUCIONES

1. *El ejercicio legítimo de un derecho*

Se apunta como ejemplo de una posible solución la aplicación del art. 8-11 del CP anterior, cuyo contenido es exactamente idéntico al actual art. 20-7 del mismo cuerpo legal, manteniendo la tesis de que en los casos de objeción de conciencia el agente actúa en el «ejercicio legítimo de un derecho»³⁴. A tal

30 M. Gascón Abellán, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, cit., pp. 297 y 298; M. J. Ciauriz, *Objeción de conciencia y Estado democrático*, cit., p. 56; R. Navarro Valls, 'Las objeciones de conciencia', en AA. VV., *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Pamplona 1993, p. 479.

31 M. Gascón Abellán, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, cit., p. 300; G. Cámara Villar, *La objeción de conciencia al servicio militar*, cit., p. 269.

32 Sentencia TC 53/85, de 5 de junio, F.J 15; J. M. Mejica García - R. Fernández García, 'Sobre la objeción de conciencia médica en materia de aborto', en Diario «La Ley», 13 de abril de 1999, p. 1; sentencia TS, sala 3.ª, 16-1-98; F.J 14.

33 Sentencias TC 160/87, F.J 4, y 161/87, F.J 5; M. J. Ciauriz, 'Objeción de conciencia y Estado democrático', ADEE 1996, p. 52.

34 M. Gascón Abellán, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, cit., p. 320.

postura debe oponerse, en primer lugar, que hay que distinguir entre el derecho subjetivo que conlleva cualquier objeción, del ejercicio de ese derecho.

De otro lado, tal y como aparece redactada la exigente a la que hemos hecho referencia, «el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo» exige, además, un sustrato de carácter eminentemente jurídico cual es la consideración de gozar de un estatus que le faculta para actuar de determinado modo y no de otro; ha de tratarse, de otro lado, de deberes jurídicos que se deriven del propio Ordenamiento Jurídico (secreto profesional de abogados y procuradores, derecho racional de los padres a corregir a sus hijos, uso racional de armas, ejercicio legítimo de las profesiones médicas o periodísticas, etc.)³⁵. Estas maneras de obrar vienen siendo consideradas como causas justificativas. Quien obra en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber, obviamente no puede actuar de forma antijurídica³⁶, otra cosa distinta es que el agente se sobrepase en cuanto al límite de su actuación se refiere.

El término deber jurídico ha de ser entendido no sólo referido a disposiciones jurídicas españolas sino a normas contenidas en Tratados internacionales incorporados a nuestro Ordenamiento³⁷, en cuyos supuestos ha de entenderse que juega como límite del ejercicio del derecho el principio de dignidad de la persona³⁸.

Desde el punto de vista jurisprudencial se ha venido manteniendo que

«el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo que se recoge en el art. 20-7 del nuevo CP, y anteriormente en el art. 8-11 del precedente, y

35 E. Ruiz Vadillo, 'Comentario al art. 20-7 CP', en *Código Penal* (Doctrina y Jurisprudencia), año 1997, p. 704 y ss.; I. Serrano Butragueño, 'Eximentes: Cumplimiento de un deber', en *El Código Penal de 1995* (Comentarios y Jurisprudencia), Comares 1998, p. 333; I. Serrano Butragueño, 'Eximentes: cumplimiento de un deber...', cit., p. 334; Vid. SAP de Madrid, Sección 15, de 26 de mayo de 1999, Ponente Sr. Andrés Ibáñez. En «La Ley», Madrid, Suplemento de la Comunidad Autónoma de Madrid, lunes, 21 de junio de 1999;

36 Cerezo Mir, citado por I. Serrano Butragueño, 'Eximentes: Cumplimiento de un deber...', cit., p. 333.

37 El art 9-2 del Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos mantiene: «La libertad de manifestar la propia religión o convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección de orden, la salud o la moral públicas, o la protección de los derechos y libertades de los demás». La interpretación del art. transcrito ha sido perfectamente desarrollada por el profesor Martínez Torrón, en *Derecho a la libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, pp. 460 y ss.

38 Cerezo Mir, citado por I. Serrano Butragueño, 'Eximentes...', cit., p. 333.

Dignidad: «Cualidad del hombre que no sólo debe constituirse, sino también respetarse de forma incondicional», *vid.* nota 10. Etienne Montero, «Hacia una legislación de la eutanasia voluntaria? Reflexiones acerca de la tesis de la autonomía», Diario «La Ley», 16 de marzo de 1999, p. 1.

que opera como justificativa de la acción y hace desaparecer el reproche antijurídico determinando que esa acción devenga penalmente impune. Se precisa a tal efecto: 1.º que el sujeto activo sea una autoridad o un agente que esté autorizado para ejercer métodos violentos en el ejercicio de sus funciones (es de advertir que la sentencia hace referencia a un caso sobre si un agente se excedió al haber empleado un arma de fuego para detener a un delincuente pero el concepto de extralimitación o no abarca al ejercicio de otras profesiones dentro de unos lógicos límites); 2.º que su concreta actuación se haya producido precisamente en el ejercicio de sus funciones propias; 3.º que para cumplir en el caso concreto sus funciones o deberes sea necesario el uso de la violencia, y que, aun siendo necesaria, emplee la mínima y proporcionada en el concreto caso de su uso. Si esta última exigencia de necesidad del recurso a la violencia no concurre en la actuación del agente no puede ser cubierta ni por la eximente completa ni aun por la incompleta³⁹.

En el momento actual se están haciendo continuas referencias a la dignidad de las personas, tal vez por ese camino podía exigirse al legislador dictase una normativa idónea que al mismo tiempo que llenase el vacío legal aclarase el estatus jurídico de unos individuos con unas determinadas connotaciones ideológicas, filosóficas, éticas o religiosas cuando pretenden actuar de acuerdo con tal ideología⁴⁰.

39 Sentencia TS, Sala 2.ª, 22-11-97, F.J. 3; ver también, en el mismo sentido, las sentencias del TS, Sala 2.ª, de 5-7-95, F.J. 3; 30-1-96, F.J. 1, y 16-1-98, F.J. 3.

Como toda causa de justificación es preciso, en primer lugar, la presencia de un elemento subjetivo o «valor de acción» que, en este caso, consiste en el ánimo intención o propósito de actuar «en el cumplimiento de un deber» jurídico y no moral o de conciencia o en ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo, quedando proscritas las simples vías de hecho... En cuanto a los elementos objetivos o parte externa de esta eximente, que comportan el valor de resultado de la misma, los supuestos o presupuestos fácticos pueden ser muy variados... No obstante, como se trata de una causa de justificación eminentemente jurídica, el valor de resultado consistirá, precisamente en la defensa del bien o bienes jurídicos que se realiza al obrar correctamente en cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho. Para la procedencia de esta eximente se establecen estos requisitos: «Que la conducta enjuiciada sea necesaria para cumplir ese derecho. Que no existan abusos o extralimitaciones en su ejercicio. Que concorra una adecuada proporcionalidad entre el derecho ejercido y el resultado lesivo originado en el bien jurídico protegido.

Por su parte, en el caso concreto del cumplimiento de un deber, son exigibles estos tres requisitos: Conducta amparada en la necesidad de cumplir un deber. Que la situación no haya sido consecuencia de extralimitación o abuso de un sujeto. Que exista proporcionalidad en los medios empleados para cumplir ese deber con la entidad del resultado lesivo ocasionado para proteger el bien jurídico». Sentencia TS, 15 junio 1992. M. Gascón Abellán, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, cit., p. 327.

40 Carla Santoro, *La obiezione di coscienza...*, cit., pp. 9 y 13; D. Tirapu, 'Los derechos del fiel como dignidad y libertad del pueblo de Dios', *Fidelium Iura*, 1992-2, p. 47; J. Rodríguez Arana Muñoz, 'El valor de los derechos fundamentales en la cultura jurídica europea', *Humana Iura* 1992-2, p. 33; C. I. Massini Correas, 'El pensamiento contemporáneo acerca de los derechos humanos', *Persona y*

No debe pasar por alto el hecho de que la postura tanto fáctica como sociológica es distinta en el caso de quien comete un delito que en el supuesto del objetor; en la primera hipótesis, salvo en los tipos penales de los llamados delitos de omisión, se adopta, por lo general, una postura activa, así resulta de la redacción del articulado del CP: «el que hiciera tal cosa», «el que cometiere...», «el que con ánimo de lucro», «el que en provecho propio...», etc. Sin embargo, la actuación del objetor es, por lo común, no solamente pasiva sino decididamente renuente a hacer, al menos tal y como se le impone; de ahí que además de negarse a cumplir lo ordenado, pretende un cambio, no exclusivamente en el orden legal, sino, sobre todo, en el plano social; mutación que exige realizar una alteración o modificación sociológica, pero además, en aras de la protección de la propia libertad personal del objetor, se traduce en una búsqueda de una libertad social sea ésta religiosa, ideológica, ética o filosófica ⁴¹.

La realidad es que el objetor mantiene un comportamiento bifronte; por una parte, sostiene a ultranza una postura negativa respecto a la obediencia al ordenamiento estatal, pero al propio tiempo sustenta una actitud, en distinto sentido respecto al común de los ciudadanos, dirigida a conseguir unos fines más acordes con su ideología religiosa, ética o filosófica, tanto cuanto se refiere al ejercicio de la objeción como respecto a la modificación de la normativa sobre la que tal objeción se asienta ⁴².

2. La posible aplicación analógica

Si desde el punto de vista penal no parece que exista salvaguarda alguna a la objeción de conciencia, habrá que buscar otros mecanismos, si es que existen, mediante los cuales pueda sustentarse y defenderse, con probabilidades de éxito, la postura de las personas respecto al ejercicio de su objeción de conciencia.

Como hemos visto, la única objeción con basamento legal es la referente al servicio militar obligatorio. Habrá que comprobar qué analogías y

Derecho, 1991, pp. 256 y 267; D. Basterra, *El derecho a la libertad religiosa*, Serv. Public. Fac. Derecho UCM, 1989, p. 290; Cámara Villar, *La objeción de conciencia al servicio militar*, cit., pp. 251 y 258; V. Possenti, 'L'obiezione di coscienza oggi', en *Realtà e Prospettive...*, cit., p. 169.

41 R. Navarro Valls - R. Palomino, 'Las objeciones de conciencia', en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, p. 1110; C. Lorenzo Cazallo, 'Análisis motivazionale dell'obiezione', en *Realtà e Prospettive del obiezione di coscienza*, p. 307, Milano 1992; F. D'Agostino, 'Dinamiche postmoderne dell'obiezione di coscienza', en *Realtà e Prospettive del obiezione di coscienza*, cit., p. 248; V. Possenti, 'L'obiezione di coscienza oggi...', cit., en *Realtà e Prospettive...*, cit., p. 166.

42 R. Navarro Valls - J. Martínez Torrón, 'Le obiezione...', cit., p. 33.

diferencias existen entre aquella objeción y el resto de ellas y en concreto con la objeción de conciencia a formar parte de una mesa electoral; y en el supuesto de que se compruebe la existencia de cierto número de analogías, procede el estudio de las similitudes para comprobar si son comunes y, por tanto, si son aplicables a todas o a alguna clase de objeción, dejando, como es lógico, a salvo las peculiares características de cada una de ellas; es decir, en qué se parecen y en qué se diferencian, por ejemplo, la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio y la objeción de conciencia al aborto, al jurado, a los tratamientos médicos, etc. Ello supone una búsqueda para averiguar los rasgos comunes y las desigualdades que caracterizan a cada objeción. A pesar de todo, hay que advertir que la posibilidad de la utilización de la legislación militar como modelo base en modo alguno puede significar el olvido de que cada forma de objeción tiene unas características propias que la definen e identifican ⁴³.

Son de destacar, entre otras, la siguientes características, comunes a toda clase de objeción: 1.º Toda objeción tiene unas apoyaturas de carácter ético filosófico, religioso, etc. 2.º Toda objeción se opone, de un lado, a una normativa de carácter general emitida por el Estado, y de otro, el reconocimiento de una determinada conducta o un cierto estado y estilo de vida. 3.º El objetor pretende que cada Estado plasme en su normativa la forma de ejercitar su objeción, bien dictando normas de carácter general o aprobando normativas de tipo específico para cada clase de objeción. 4.º Además pueden existir otras afinidades entre el objetor de carácter castrense y otras clases de objeción, y concretamente, respecto al objetor a formar parte de una mesa electoral. De otro lado, ha de admitirse la existencia de una serie de similitudes tales como la raíz religiosa, ética o filosófica; las especiales características de cada credo religioso; la aceptación del objetor de ciertos condicionantes o mandatos religiosos; el inexorable cumplimiento de los dictados de cada credo, la disposición psicológica de cada objetor en función de las peculiaridades y directrices de cada religión, etc. ⁴⁴.

Las diferencias hay que buscarlas, así nos lo parece, no ya en cada objeción en particular, ni siquiera en la persona del objetor, como tal, sino más que en la persona que motiva o alega la objeción, en la repercusión sociológica de la objeción en concreto ⁴⁵, así como en el tratamiento jurídico que se dé a cada objeción individualizada, con la consiguiente dificultad de

43 R. Navarro Valls - J. Martínez Torrón, 'Le obiezione...', cit., p. 40.

44 A. Guarino, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Jovene Editore 1992, pp. 131 y 134

45 R. Navarro Valls - J. Martínez Torrón, 'Le obiezione...', cit., p. 34; A. Guarino, *Obiezione di coscienza...*, cit., p. 133.

su plasmación en el derecho positivo. No hay que olvidar que el ejercicio de la objeción de conciencia no debe ser contemplado desde la exclusiva perspectiva del objetor, puesto que toda objeción tiene una clara repercusión social, lo que hace imprescindible la consideración jurídica tanto desde el ángulo del objetor cuanto se refiere al ejercicio de la propia objeción, así como la proyección social de tal ejercicio, comparando tales resultados con la totalidad del ordenamiento jurídico.

La ausencia legislativa viene motivada, desde nuestro punto de vista, desde distintos frentes: factores sociales, políticos, simplemente de búsqueda de votos, o de dejadez normativa, impiden que se emprenda una labor legislativa seria. Por ello, no resulta sorprendente que se haga referencia a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio que afecta a miles de individuos y no se tome en consideración supuestos tales como objeción al aborto, al jurado o a formar parte de una mesa electoral, etc., que tan sólo afectan a individuos muy particularizados⁴⁶. La carencia de legislación produce una inseguridad no sólo desde los puntos de vista jurídico y social sino incluso desde el ángulo estrictamente personal de los propios objetores que por ello ven limitada su capacidad de obrar, al desconocer qué solución ha de darse a sus problemas, ni alcanzan a captar cuál sea la consecuencia de la actuación, en función de su propia ideología⁴⁷.

En este sentido, el propio TC ha hecho alusión a la necesidad de proteger los derechos fundamentales, y ha opinado que: «la analogía puede ser un sistema que permita esta protección»; la sentencia TC 103/90, de 4 de junio, decía que «si dejamos establecido que desde el plano constitucional en que nos sitúa la implicación del principio de igualdad, una interpretación o integración por vía analógica puede ser el instrumento idóneo para rectificar el trato discriminatorio que se produce a través de otro tipo de interpretación, resulta claro que el no haber acuerdo los órganos judiciales a esta interpretación integradora o analógica, que le hubiera autorizado a aplicar la norma de modo más favorable a la efectividad del derecho fundamental, constituye una vulneración del mismo». Una argumentación parecida utiliza la STC 7/89, de 19 de enero; en ella se resuelve un problema relacionado con la inadmisión de recursos por no ajustarse a las formalidades exigidas en las leyes procesales y se afir-

46 R. Navarro Valls - R. Palomino, 'Las objeciones de conciencia', en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, cit., p. 1100.

47 J. Mantecón, *El derecho fundamental de la libertad religiosa*, Eunsa, 1996, p. 81; J. M. González del Valle, *Derecho eclesiástico español*, p. 311; Iván C. Ibán - Luis Prieto Sanchis - Agustín Motilla de la Calle, *Derecho eclesiástico*, cit., McGraw Hill, p. 111; M. J. Ciaurriz, *Objeción de conciencia y Estado democrático*, cit., p. 69; R. Navarro Valls, 'Objeción de conciencia al aborto', ADEF, 1986, p. 262.

ma que: «No es sólo que las normas restrictivas no se han de interpretar o aplicar con rigor, ni extremar el rigor con más dificultades, sino que sobre toda interpretación del Derecho ha de primar la regla de la eficacia y protección de los derechos»⁴⁸.

Si no existe una norma específica que contemple un determinado supuesto o clase de objeción, procede la aplicación del contenido del art. 4 del Cc.

Por tanto, parece que cabe la aplicación analógica, SIEMPRE QUE NO EXISTA UNA NORMA APLICABLE A UN CASO CONCRETO, cuando entre el caso regulado y el no previsto existan caracteres comunes que determinan la disciplina del caso previsto. Por ello la identidad de casos no parece que dé lugar a la aplicación analógica, sino la semejanza entre los distintos supuestos, que viene determinada por la «ratio dicendi» entre los casos previstos y los nuevos⁴⁹.

Si cabe la posibilidad de extender la analogía a casos semejantes, se ha excluido la posibilidad de aplicar esta técnica en los supuestos de normas penales y excepcionales; de acuerdo totalmente cuando la imposibilidad de adaptación analógica recae en normas penales; pero aquí ha de advertirse que la objeción referida a la objeción de conciencia militar es de carácter eminentemente civil, o si se quiere administrativa, la cuestión relativa a la posible punibilidad no está en función del ejercicio de la objeción de conciencia, sino en la transgresión por parte del objetor de una determinada norma, a falta de una legislación específica en la cual amparar su derecho⁵⁰. Pero aún así, el aspecto sancionador tiene unas connotaciones distintas a las estrictamente penales⁵¹.

Por lo que respecta a las normas excepcionales no parece que la normativa sobre objeción de conciencia tenga nada de excepcionalidad. Estaremos en presencia de un derecho excepcional cuando respecto a supuestos de hecho concretos se establezcan circunstancias contrarias a las exigencias de aquellos principios.

48 Ver, en el mismo sentido, las sentencias del TC de 7/89, F.J. 4; de 19 de enero, F. 5, y 103/90, de 4 de junio, así como otras posteriores.

49 E. Roca Trías, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 1, Edersa 1992, pp. 600 y 603; E. Roca Trías, *o. c.*, p. 605; Figa Faura, *La analogía*. Ciclo de conferencias sobre el nuevo título preliminar del Cc, Barcelona 1975, p. 51. M. Albadalejo mantiene que es posible la aplicación analógica no sólo en los casos de semejanza, sino también en los supuestos de igualdad. *Derecho civil*, t. 1, vol. 1.º, 1991, p. 120.

50 Ver art. 527 del CP. Ver sentencia TS, 21 dic. 1998, F.J. 10. Ver también la Ley 22/1998, de 6 de julio, Reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social sustitutoria (-BOE- 7 de julio), sobre todo los arts. 17 y 18.

51 E. Roca Trías, *o. c.*, p. 611; F. de Castro, *Derecho civil de España*, 1955, p. 538; Díez Picazo - Gullón Ballesteros, *Sistema de Derecho civil*, Tecnos 1997, p. 177 y ss.; *Diccionario Jurídico España*, 1995, voz «Analogía»; F. Puig Peña, *Compendio de Derecho civil*, Aranzadi 1972, p. 123.

Los profesores Navarro Valls y Martínez Torrón entienden que la objeción «es valor constitucional en sí misma; es una posible regla entre otros valores-regla y no excepción, y ocupa un lugar central, no marginal, en el ordenamiento, por la misma razón y la misma manera que es central la persona humana»⁵².

La exclusión de una interpretación analógica, en cuanto se refiere a las normas penales y excepcionales, nos llevaría a contemplar el límite de la analogía en busca de la aplicación de la regla «inclusio unius, exclusio alterius»; sin embargo, la mayor parte de los autores entienden que bajo el trasfondo jurídico se esconden motivos políticos; ya dijimos que mientras que en el supuesto de la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio afecta a miles de personas cada año, en el resto de las objeciones afectan a uno o muy pocos individuos, lo que hace que éstos carezcan de la fuerza de aquéllos para exigir una legislación idónea que ampare y regule el ejercicio de su objeción⁵³.

Desde el punto de vista de la Jurisprudencia, se exigen los siguientes requisitos para que pueda darse la analogía: «a) que la norma no contemple un supuesto específico pero sí otro semejante; b) que entre ambos se aprecie identidad de razón; y c) que no se trate de leyes penales ni sancionadoras con pérdida de derechos»⁵⁴.

La fundamentación jurídica contenida en la sentencia que comentamos, además de la falta de aplicación de los arts. 16 de la CE y de la LOLR, en relación todo ello con el art. 30-2 de la propia Constitución, no se desprende que sea correcta. Es cierto que el art. 30-2 de la CE es el único que hace referencia a la objeción de conciencia (militar) pero de ahí no parece que pueda inferirse que no quepa el ejercicio de otras formas de objeción, ni que los conceptos básicos más elementales no puedan ser extrapolados a otras formas de objeción⁵⁵.

No debe pasar por alto el hecho de que la descripción de los derechos y libertades se centra en el capítulo 11 del texto Constitucional, que abarca desde el art. 14 al 38. El matiz diferenciador hay que buscarlo en el hecho de que en la sección 1.^a se describen los derechos y libertades fundamentales, en tanto que en la sección 2.^a se hace referencia a los derechos y deberes de los ciudadanos. Por este camino parece obvio que la objeción de conciencia no es un derecho fundamental; sin embargo, se trata de un dere-

52 R. Navarro Valls - J. Martínez Torrón, 'Las objeciones de conciencia...', cit., p. 27.

53 E. Roca Trias, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, cit., p. 602.

54 Sentencias TS, 4-6-93, F.J. 5; 11-5-95, F.J. 2; 17-11-95, F.J. 1.

55 G. Cámara Villar, *Objeción de conciencia al servicio militar*, cit., pp. 260 a 264.

cho que necesita ser tutelado mediante una normativa que asegure su ejercicio⁵⁶. Pero no hay que olvidar que el art. 16 garantiza la libertad religiosa, y lógicamente el ejercicio de la misma, según se desprende, además, del contenido de la LOLR. Por ello, cualquier objeción basada en razones de tipo religioso, quierase o no, al ser la objeción un proyección o consecuencia de una determinada ideología religiosa, está o debe estar protegida por la norma⁵⁷. Otra cosa es que no se hayan dictado normas concretas, pero de ahí no puede inferirse la desprotección. Y, o una de dos, o se legisla con carácter general el ejercicio de las diversas objeciones, cosa que sería deseable, o se aplican normas analógicas a otros supuestos que las contenidas para el ejercicio de la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. Lo que resulta improcedente es continuar utilizando un camino totalmente resbaladizo que provoca toda suerte de inseguridades jurídicas.

Tiene razón el profesor Souto cuando mantiene:

«El significado, por tanto, de la libertad individual garantizada en el art. 16 de la Constitución no puede limitarse, ni identificarse, al derecho de libertad religiosa, sino que se refiere a una interpretación integral de su contenido a la libre autodeterminación del individuo en la elección de su propio concepto de la vida o de su propia cosmovisión, así como a la libre adopción de decisiones existenciales»⁵⁸.

Luis Álvarez Prieto

Universidad Complutense
Madrid

56 R. Navarro Valls - J. Martínez Torrón, 'Le obiezione di coscienza...', cit., Torino 1995, p. 24.

57 G. Cámara Villar, *Objeción de conciencia al servicio militar*, cit., p. 264.

58 J. A. Souto Paz, *La Constitución y el Derecho eclesiástico del Estado*, INAP, 1999, pp. 271 y 272 (por cortesía del autor).